

# JURISPRUDÊNCIA CIVIL E COMERCIAL

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### DEMARCAÇÃO - POSSE - USUCAPIÃO

- O simples possuidor não pode requerer ação de demarcação.
- A posse capaz de gerar o usucapião induz apenas presunção de propriedade.

Inácio Francisco de Araújo e outros *versus* Clóvis Dias Martins e outros

Rec. ext. nº 18.211 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.211, do Ceará, recorrentes Inácio Francisco de Araújo, sua mulher e outros, recorridos Clóvis Dias Martins, sua mulher e outros:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório *retro* e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 30 de outubro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

#### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Trata-se de ação *finium regundorum* sôbre que proferiu o ilustre Tribunal do Ceará o acórdão de fls. 183, *verbis*:

"O mero possuidor não pode requerer a ação de demarcação.

"A posse capaz de gerar o usucapião induz apenas presunção de propriedade.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível de Granja, entre partes, apelantes Inácio Francisco de Araújo, sua mulher e outros e apelados Clóvis Dias Martins, sua mulher e outros, etc.:

"Nos têrmos do relatório de fls. 177-179, que fica integrado na presente decisão, a sentença apelada acolheu a defesa dos promovidos, julgando os promoventes carecedores de ação, por lhes faltar o *jus in re* sôbre a terra demarcanda.

"De fato, os promoventes alegaram posse por tempo superior ao fixado pela lei para a prescrição aquisitiva, mas o meio de reconhecê-la não é a ação de demarcação.

"CÂMARA LEAL ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, nº 319, pág. 321), aludindo ao art. 569 do Cód. Civil, esclarece que sômente o proprietário, aquêle que é senhor, que tem domínio sôbre o prédio, pode exigir do confinante a demarcação, para fixação dos limites entre os dois prédios, e CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado" vol. VIII, pág. 110) acentua que o mero possuidor não pode promover a demarcatória.

"Na espécie dos autos, houve oposição (fls. 74-77 e 94-96) aos limites pretendidos pelos promoventes, de modo que a posse, não obstante longa, carece de ser apurada nas vias regulares, porque a posse capaz de gerar o usucapião induz apenas presunção de propriedade (v. CÂMARA LEAL, ob. vol., nº e pág. cites.).

"E tanto mais necessária se faz a liquidação da extensão da posse, quanto até a origem é dada por viciada e irregular (contra-protesto, fls. 112).

"Não basta a posse; é preciso o domínio adquirido na forma da lei, e devidamente transcrito no Registro de Imóveis.

"Quem detém a coisa, com ânimo de possuí-la, exercendo sôbre ela uma dominação de fato, não é mais do que possuidor (v. ASTOLFO RESENDE, "A posse e a sua proteção", vol. II, nº 208, pág. 41).

"Tendo em vista os fatos alegados e a prova feita nos autos, a sentença apelada bem decidiu, analisando, como fêz, com justiça, a documentação apresentada, oriunda, tôda ela, de documento sem valor jurídico, incapaz de gerar o domínio, como foi salientado, - e, por isso, não infirmam as suas conclusões as razões da apelação:

"Acordam os juízes da Turma julgadora, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso para confirmar a sentença apelada, por seus fundamentos; pagas as custas na forma da lei.

"Fortaleza, 26 de maio de 1947. – *Leite de Albuquerque*, presidente; *A. Câmara*, relator".

Não se acurvaram os vencidos a essa solução e lhe opõem recurso extraordinário, pedido nos termos de fls. 87:

*"Extrato*

"Comarca do imóvel - Granja.

"Denominação: Terra e casa.

"Confrontações e característicos: Haverá para seu pagamento, no valor das terras da propriedade "Jaburuna", com direito às casas velhas, à lagoa da "Jaburuna" e aos carnaùbais, com as extremas constantes do presente instrumento, pelo valor da avaliação de cinqüenta e novecentos e quinhentos mil réis, a quantia de oito contos e quinhentos mil réis, que vão à margem. Haverá, finalmente, no valor da casa de tijolo e telhas, moradia da inventariada, nesta cidade, à rua Pessoa Anta, com direito ao compartimento do fundo, pelo preço da avaliação de três contos e quinhentos mil réis, a quantia de quinhentos mil réis, que vão à margem.

"Nome e domicílio do adquirente: Isabel Maria Coelho, brasileira, casada com José Vicente Coelho, prendas domésticas, residente nesta cidade.

"Nome e domicílio do transmitente: Umbelina da Fonseca Maia, brasileira, doméstica, já falecida.

"Título de transmissão; Herança.

"Fórmula do título: Certidão de inventário fornecida pelo escrivão e tabelião Cícero Dias Martins, em 20 de dezembro de 1938.

"Valor da herança: Nove contos de réis.

"Condições: As da partilha.

"Ceará, 28 de dezembro de 1938".

E razoaram a fls. Os recorridos deixaram fluir *in albis* o prazo de contra-razões. E o eminente Sr. Dr. procurador geral PLÍNIO TRAVASSOS deu, afinal, o parecer seguinte:

"O recurso foi interposto com fundamento nas alíneas *a* e *d* do preceito constitucional, sendo indicados como violados os arts, 859 e 530, I, do Cód. Civil.

"O venerando acórdão recorrido, de fôlhas 183-184, confirmando a sentença de fls. 148-151, não negou serem os recorrentes os proprietários da gleba em litígio. Apenas julgou, frente à prova apresentada nos autos, que a posse, não obstante longa, carecia de ser apurada pelas vias regulares, uma vez que houve oposição (fls. 74-77 e 94-96) aos limites pretendidos pelos promoventes.

"Julgou, a nosso ver, o venerando acórdão matéria de fato, o que não enseja a interposição do recurso extraordinário.

"Opinamos, assim, pelo não conhecimento do recurso.

"Distrito Federal, 22 de outubro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Nenhuma dúvida em que o exercício da *finium regundorum* é projeção do direito dominical: "todo proprietário", *data venia* do art. 569 do Cód. Civil, "pode obrigar seu confinante a proceder com êle à demarcação entre os dois prédios...".

"É exato que se toma a palavra "proprietário" a têrmos de abranger o titular de direito real que não seja de simples garantia, e excluindo o mero possuidor - o usufrutuário, o enfiteuta.

O Código francês e o italiano também falam, a êsse propósito, em proprietário e BAUDRY et WAHL dilucidam: "*la parola proprietario deve essere interpretata in un senso largo conforme alle tradizione romane ed aquele dell'antico diritto, conforme anche alle necessità a pratiche ed alle scopo utilitario dell'azio ne di regolamento di confini riferirsi ad ogni persona titolare di un diritto reale sul fondo...*" ("Dei Beniv.", ed. Vallardi, nº 905, pág. 652).

O que frisa com a lição de RAVIART: "Sont encore fondés à tenter l'action en bornaye, d'après la doctrine et la jurisprudence, tous ceux qui possèdent sur la chose un droit réel tels que l'usufruitier l'uisayer, l'emphytéute" ("Traité des Actions Possessoires et du Bornage", nº 483, pág. 415).

Mas a sentença e o acórdão de fls. e fls. não o negaram, com ofensa do art. 569 do Cód. Civil. O que está no acórdão é que o mero possuidor não pode requerer *finium regundorum*, o que os mesmos recorrentes não contestam e constitui verdade pontual, em face do art. 569 do Código Civil.

O que a Justiça local deixou afirmado. foi falecer aos promoventes o *ius in re* sôbre a terra demarcanda, pressuposto que, aceito, não podia deixar de levar ao malôgro da ação.

Renitem os recorrentes em que tinham título de *ius in re*, e somente a esse propósito, isto é, que poderia haver ocorrido ofensa da lei em sua literalidade, como alegam os recorrentes.

Daí, a cita do art. 859 do Cód. Civil, por força do qual se presume pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu, produzindo o registro incancelado todos os seus efeitos, nos termos do art. 293 do dec. n° 4.857, de 9 de novembro de 1939.

Como, porém, há decidido este Tribunal, num ror de acórdãos, a presunção de que se trata é vencível, é *legis tantum*.

De resto, aludiram a sentença e o venerando acórdão à falta de prova do encadeamento dos títulos e a não constituir, no caso, prova terminativa, o formal de partilha, ainda que rejeitado, prova cabal de domínio, sabendo que a divisão é declaratória e não constitutiva do domínio.

Não há, no processo, afirmam a sentença e o acórdão, que a roborou, "provas que demonstrem nem o encadeamento de sucessões a partir de Manuel Bezerra Monteiro até os promoventes, ou seja, a prova de que Maria da Penha Araújo, a quem eles sucederam por herança, era, de fato, filha do antigo possuidor de Sambaíba e que a ela couberam estas terras na partilha de seu espólio".

Tais considerações eliminam a possibilidade de ofensa do art. 859 do Cód. Civil e, do mesmo passo, sublinham circunstâncias que não se sabe se ocorreram nos julgados que os recorrentes indicam como exemplares de dissídio na jurisprudência.

Não provada a identidade ou persemelhança dos casos, descabe o recurso na letra *d*.

E porque, como se viu, a letra *a* também lhe não oferece superfície e fundamento dêle não conheço em preliminar que submeto aos eminentes colegas.

É o meu voto.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, serra divergência de votos.

Havendo se ausentado, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA não tomou parte no julgamento.

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar em gôzo de férias, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

\*

## FUNCIONÁRIO PÚBLICO - REMOÇÃO

**- O funcionário que não goze da prerrogativa da inamovibilidade pode ser removido pela administração, respeitada a lotação existente.**

]

**- Interpretação dos arts. 71 e 72 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.**

Requerente: Teófilo Lopes da Silva

Mand. de seg. nº 883 (embs.) - Rel.: MIN. ANÍBAL FREIRE

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos no mandado de segurança número 883, do Distrito Federal, em que é embargante a União Federal e embargado Teófilo Lopes da Silva, resolvem os ministros do Supremo Tribunal Federal receber os embargos unânimemente, de acôrdo com as notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 3 de junho, de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Aníbal Freire*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: O relatório proferido no mandado foi o seguinte: (*lê fls. 53*).

O voto do relator, Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, assim se expressa: (*lê fôlhas 57*).

Divergiu o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, nos seguintes termos: (*lê fôlhas 59*).

Este voto foi acompanhado pelos Sr. ministros CASTRO NUNES e BARROS BARRETO.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal concedeu o mandado.

A União Federal apresenta embargos infringentes do julgado.

Alega o Sr. Dr. procurador geral da República que não há paridade dêste caso com o do mandado de segurança nº 814. Neste se tratava de funcionário designado para servirem Território, ao passo que o caso atual é de funcionário removido para Estado, de conformidade com os arts. 71 e 72 do Estatuto dos Funcionários Públicos.

O art. 35, em que se apoiou o voto vencedor, não tem aplicação ao caso. Ele regula apenas o exercício do funcionário para fim determinado e por prazo certo em serviço ou repartição diferente daquela em que estiver lotado. A melhor prova de que se não confundem a remoção (arts. 71 e 72) e o exercício temporário em outra repartição (art. 35) está em que êste depende de prévia autorização do presidente da República, enquanto aquêle é decretado pelo próprio presidente da República.

Os embargos foram impugnados, sustentando o embargado a juridicidade do aresto embargado e a identidade dos dois casos o atual e o do mandado nº 814.

### EXPLICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE (relator): Sr. presidente, o ilustre advogado acentuou que se trata de perseguição política, pelo fato de pertencer o impetrante ao extinto Partido Comunista. Apraz-me repetir, como em outras circunstâncias tenho feito, que ao Tribunal não interessa a ideologia das partes.

Devo mencionar, também, que o fundamento do douto voto vencedor do nosso eminente presidente, LAUDO DE CAMARGO, foi o seguinte: "De acôrdo com o voto proferido no mandado de segurança nº 814 e a que o pedido faz referencia, concedo o mandado". Portanto, a identificação foi feita pelo douto voto vencedor com o mandado de segurança nº 814.

Passo a ler o meu voto.

### VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: As legislações e os ensinamentos da doutrina sempre conferiram à administração pública o direito de remoção de funcionários públicos, aos quais não seja assegurada a inamovibilidade. Essa faculdade, porém, não é exercida senão dentro de certos limites determinados, quer pelas necessidades do serviço, quer pelas próprias aspirações dos funcionários.

A doutrina italiana, que se salientou sempre no estudo das relações entre a administração e os funcionários, preconiza a ação discricionária do govêrno. Isto desde PETROZZIELLO ("Primo Trattato di Diritto Amministrativo" de ORLANDO) até os modernos autores, como D'ALESSIO ("Istituzioni di diritto amministrativo italiano", 1º volume, 1932).

A legislação brasileira não se afastou da orientação dominante na matéria.

O dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, estabelece os casos de transferência e remoção. Uma e outra poderão ser feitas, a pedido do

funcionário, atendida a conveniência do serviço, e *ex officio*, no interesse da administração (arts. 64 e 71).

Tendo em vista a sistematização do serviço público, o legislador prescreveu que a remoção só poderá ser feita, respeitada a lotação de cada repartição ou serviço (art. 72).

Na hipótese dos autos, o funcionário foi transferido - é o termo de que usou o diploma - por força do dec. nº 22.860, de 2 de abril de 1947, que alterou a lotação numérica de repartições do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Esse decreto não abrange somente o impetrante, refere-se a outros serviços, com a menção dos funcionários por êle atingidos.

Reconhecida, a autoridade da administração para prover às necessidades do serviço, resta indagar se o ato administrativo incorreu em ilegalidade manifesta que autorize a medida impetrada para anulá-la.

A remoção foi efetuada, sem ofensa aos dispositivos legais acima apontados. O govêrno usou da faculdade legal da remoção do funcionário dentro da lotação decretada. Para inquirir esta de ilegal, seria preciso estabelecer o princípio de que a lotação dos serviços jamais poderia ser alterada. O douto voto vencido apoiou-se no art. 35 do Estatuto dos Funcionários Públicos, que dispõe sobre o exercício da função. Mas o preceito regulador da remoção é, como vimos, o dos artigos 71 e 72. A razão do disposto no art. 35 é óbvia. Como a remoção pode em alguns casos ser feita por ato dos chefes de serviço, a lei prescreveu que nenhum funcionário poderá ter exercício em serviço ou repartição diferente daquela em que estiver lotado, salvo os casos previstos no Estatuto ou prévia autorização do presidente da República, inspirou ao legislador a preocupação de defender o funcionário contra atos de arbítrio e ao mesmo tempo a eficiência do serviço. Por isto tornou imprescindível a anuência do presidente da República, chefe supremo da administração.

Recebo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ARMANDO PRADO: O dec. nº 22.860, de 2 de abril de 1947, alterou a lotação numérica de repartições do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e transferiu do Serviço de Identificação Profissional do Departamento Nacional do Trabalho para a Delegacia Regional do Trabalho, no Estado do Amazonas, um cargo da carreira de dactiloscopista, ocupado por Teófilo Lopes da Silva.

O fato se me afigura diverso do que provocou a impetração do mandado de segurança nº 814, por funcionários públicos que haviam sido transferidos do quadro do Departamento Administrativo do Serviço Público para o do Ministério da Justiça, com designação para servirem em territórios federais, a princípio, até 31 de dezembro de 1946, e, em seguida, até 31 de dezembro do ano seguinte.

Disse, naquela ocasião, o eminente ministro EDGAR COSTA que aquelas designações não haviam decorrido de uma remoção e muito menos de uma transferência, que pressupõem movimentação dentro do mesmo quadro, repartição ou serviço. Os territórios, acrescentou S. Ex.<sup>a</sup>, constituem uma extensão da administração federal, mas têm características, funcionalismo e quadros administrativos próprios e organização distinta e separada da federal. E concluiu sustentando que a designação dos impetrantes fôra para o exercício de uma comissão, que não podia ser instituída, sem observância de certas condições, a qual, no caso, não se dera.

Disse com acêrto o Sr. Dr. procurador geral, em seus embargos, que remoção e exercício temporário em outra repartição não se confundem, porque este depende de prévia autorização do presidente da República (artigo 35 do Estatuto), enquanto que aquela é decretada pelo próprio presidente da República (dec.-lei nº 1.795, de 22 de novembro de 1939).

Se considerarmos o caso anterior como sendo de comissão irregularmente imposta, ou de designação para lugar que não era repartição federal correspondente àquela em que os impetrantes trabalhavam, o que, na frase do eminente Sr. ministro OROZIMBO NONATO, bastava a sublinhar a ocorrência de ilegalidade, verificaremos que a dessemelhança entre as duas hipóteses ainda é mais profunda.

Assim aparece o caso vertente em tôda a sua singularidade, reclamando tratamento de acôrdo com as prescrições legais que a êle se ajustarem.

Essa singularidade ainda mais se acentua, a meu ver, se atentarmos mais devagar nesta circunstância: o decreto malsinado pelo impetrante transferiu cargo de carreira, isto é, alterou a lotação numérica das repartições atendidas pelos quadros do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

O dec.-lei nº 1.713, de 1939, só regula as condições de provimento dos cargos públicos, os direitos e vantagens, os deveres e responsabilidades dos funcionários civis. Nos capítulos consagrados às transferências e remoções, só se refere a funcionário. O mesmo se diga dos decs. ns. 6.222 e 6.223, de 4 de setembro de 1940, que regulamentam êsses dois assuntos.

Rigorosamente consideradas, as regras prescritas nesses diplomas não têm, segundo penso, adequação perfeita nos casos em que se opera a transferência de cargo e com ela a do funcionário que o ocupa. Parece-me que, nesse terreno, deve preponderar o justo arbítrio do presidente da República, orientado principalmente pelas conveniências do serviço, dentro das repartições constitucionais.

A Constituição federal, no art. 65, IV, reserva, para o Poder Legislativo, cora a sanção do presidente da República, a competência para a criação e extinção dos cargos públicos e fixação de vencimentos. Mas, entre essas duas atribuições, existe a da transferência dos cargos públicos, que pode tornar-se necessária, tais sejam as injunções da administração, dentro da maleabilidade que a caracteriza. Se a competência para essa tarefa não é do Legislativo e, muito menos do Judiciário, só pode ser do Executivo.

O presidente da República é, pois, nesse terreno, o exclusivo intérprete das vantagens da administração, das conveniências do serviço público. Para a remoção do funcionário, *ex officio*, no interêsse da administração, o dec.-lei nº 1.795, de 22 de novembro de 1939, exige decreto do presidente da República, respeitada a lotação de cada repartição ou serviço. É claro o intuito da lei. Persuadindo-se da importância e gravidade da matéria, não quis deixá-la ao alcance de um simples ato administrativo. Exige responsabilidade maior. Para a remoção de cargo, justificada pelas conveniências da administração, como na

hipótese em aprêço, o presidente da República é o único juiz da oportunidade do ato que, aliás, na espécie em aprêço, nenhuma injúria fêz ao funcionário, como salientou o eminente ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, no seu autorizado voto.

Sr. presidente, recebo os embargos, denego o mandado.

#### VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, seria talvez desnecessário que eu redundasse em argumentos, a fim de demonstrar a profunda diferença que existe entre o caso discutido no mandado de segurança nº 814 e o caso ora submetido a julgamento. Na primeira hipótese, tratou-se, em rigor, de transferência, porque o funcionário mudou de quadro, passou de um quadro para outro; no caso em aprêço, entretanto, trata-se, em rigor, de uma remoção, isto é, de transferência de funcionário de um para outro órgão da mesma repartição ou serviço. Não houve transferência de um quadro para outro, mas remoção de um órgão para outro, dentro do mesmo serviço. Esta remoção atendeu, segundo afirmou a autoridade que a realizou, ao interêsse público. Como muito bem acentuou, não cabe, em mandado de segurança, discutirem-se, apreciarem-se fatos; não é lícito duvidar-se da afirmação que faz o govêrno federal, de que havia interêsse público, recomendando, exigindo a remoção do funcionário de um órgão para outro, dentro do mesmo serviço.

Assim, também recebo os embargos.

#### VOTO

O SR. MIN ASTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, conceituada legalmente a medida da remoção de funcionário, nos têrmos dos brilhantes votos proferidos e expostos ao Tribunal pelos Srs. ministros relator e revisor, não tenho dúvida de que a situação diversifica do caso anterior. Assim, modifico o meu voto, no sentido de também receber os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr presidente, também recebo os embargos, diante dos novos argumentos apresentados pelos Srs. ministros relator e revisor.

### VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA Sr. presidente, ficou acentuada - e ainda há pouco acaba de o fazer o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES - a diferença existente entre o mandado de segurança, ora em grau de embargos, e aquele de que fui relator, o de nº 814. Está provado que a transferência do embargado foi perfeitamente legal: a conveniência ou inconveniência desta transferência, ato de exclusivo arbítrio do Poder Executivo, escapa à apreciação judiciária.

Nestas condições, acompanhando os votos dos Srs. ministros relator e revisor, também recebo os embargos.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam os embargos, unânimemente.

Deixaram de comparecer, por se acharem em gôzo de licença, os Exmos. Srs. ministros CASTRO NUNES, OROZIMBO NONATO e GOULART DE OLIVEIRA, substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ARMANDO PRADO, ÁBNER DE VASCONCELOS e MACEDO LUDOLF.

\*

### **FUNCIONÁRIO PÚBLICO - APOSENTADORIA - LEGISLAÇÃO POSTERIOR**

**- A aposentadoria se rege pela, lei vigente ao tempo de sua concessão e não pode ser atingida por leis posteriores.**

João Otaviano de Lima Pereira e outros *versus* Prefeitura de São Paulo

Rec. ext. nº 8.287 - Relator: MINISTRO ARMANDO PRADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recuso extraordinário nº 8.287, de São Paulo, em que são recorrentes João Otaviano de Lima Pereira e outros e recorrida a Municipalidade de São Paulo:

Acordam os ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório de fls. 169, em conhecer do recurso e lhe dar provimento unânimemente, de acôrdo com as notas taquigráficas juntas aos autos.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 3 de janeiro de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Armando Prado*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARMANDO PRADO: Nos têrmos do ato nº 984, de 27 de dezembro de 1935, a Prefeitura Municipal de São Paulo criou um serviço de assistência médica e farmacêutica aos seus funcionários e operários, gratuita para êstes e, mediante módica remuneração, para aquêles (doc. de fls. 10).

Pelo ato nº 1.146, de 4 de julho de 1936, o custeio dêsse serviço seria feito graças a uma taxa de saúde, de 1%, descontada dos vencimentos mensais dos funcionários municipais, inclusive os contratados, os comissionados e os extranumerários. A taxa jamais recairia sôbre os salários do operariado municipal, dizia o ato, o qual, no art. 269, declarava que o quadro dos funcionários municipais só compreendia os que exercessem, em caráter efetivo, cargo municipal criado por lei.

Com base nesses dispositivos, a Prefeitura Municipal de São Paulo, desde 1º de julho de 1936, passou a descontar a taxa de saúde dos vencimentos dos advogados João Otaviano de Lima Pereira, Pedro Vicente de Azevedo Júnior e João de Azevedo Carneiro Maia.

A certidão de fls. 12-14 assenta que êsses advogados, quando entrou em vigor o ato nº 1.146, de 1936, já tinham sido aposentados nos cargos de procurador judicial, procurador fiscal e subprocurador judicial, respectivamente.

Entendendo que essa cobrança compulsória feria a Constituição federal, o Código Civil e a Lei Estadual de organização dos Municípios, os referidos advogados deram entrada no pretório a uma ação ordinária postulando fôsse declarada inconstitucional e ilegal a mencionada taxa de saúde e condenada a ré a restituir aos autores as importâncias já descontadas dos seus vencimentos e as que viessem a sê-lo, a pagar os honorários de advogado, na base de 20%, juros da mora e custas.

A Constituição federal de 1934, no artigo 13, § 2º, V, autorizava os municípios a criarem taxas sôbre serviços municipais. Disposição idêntica se encontrava no art. 28, IV, da Carta de 37. A Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, nº 2.484 de 16 de dezembro de 1935, no art. 50; nº 6, incluía como fonte de renda municipal taxas de serviços municipais, como aferição de balança, pesos, medidas e aparelhos ou instrumentos de pesar ou medir, fornecimento de luz, água, gás e energia, esgotos domiciliares, calçamento, colocação de guias, limpeza das vias públicas, remoção de lixo, escórias e resíduos domiciliares. Por aí se via, alegam os autores, que sômente os serviços públicos, de interêsse coletivo, geral, podiam justificar a criação de taxas. Os serviços de assistência, criados pela Municipalidade de São Paulo e limitados a funcionários e a operários do município, da capital do Estado, jamais poderiam classificar-se entre aquêles servidos públicos, de interêsse geral da coletividade, dos quais poderiam utilizar-se quaisquer cidadãos, funcionários ou não funcionários. O que se verificava era que a assistência em questão, não a fornecia o poder público municipal, mas à custa só dos funcionários era ministrada.

Ao lado desta argüição, os autores, considerando que a taxa só incide sôbre os funcionários, quando os operários também se aproveitavam do serviço, a increpavam de violadora do princípio de igualdade, essencial à sua existência, em virtude do postulado constitucional da igualdade de todos perante a lei.

Como terceiro fundamento da ação, expuseram que os proventos dos suplicantes, como aposentados, não podiam ser reduzidos pela Prefeitura.

Contestada a ação e feita a prova das alegações dos autores e da ré, a sentença não acolheu a arguição de inconstitucionalidade da taxa, por entender que se tratava de uma remuneração por parte dos funcionários, expressão essa usada pelo ato nº 824, de 1935, e não, propriamente, de louvável serviço hospitalar e farmacêutico, em exclusivo benefício da classe. O ato apoiava-se no disposto no art. 138, letra *a*, da Constituição de 34, *in verbis*:

"Incumbe aos municípios, nos termos das leis respectivas, assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar".

O fato de já se acharem aposentados os autores não os isentava da contribuição, visto como não deixavam, por isso, de ser funcionários pertencentes ao quadro, com os direitos e obrigações atinentes ao cargo, embora sem função.

Julgada improcedente a ação, os autores apelaram. A 3ª Câmara Civil do provecto Tribunal de São Paulo, por maioria de votos, limitou-se a negar provimento ao recurso e a confirmar a sentença por seus próprios fundamentos, por serem jurídicos (fls. 136 verso). Foi vencido na votação o ilustre desembargador ALMEIDA FERRARI.

Não se conformando com a decisão, os apelantes manifestaram recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *c* e invocação: 1º) do art. 28, IV, da Constituição de 37, que reproduziu o estatuído no art. 13, § 2º, V, da Constituição de 34; 2º) do artigo 122, nº 14, da Carta de 37, e 113, nº 17, da Constituição de 34; 3º) do art. 113, nº 3, da Constituição de 34, em vigor quando o tributo foi criado. Legitimando o recurso pela letra *a*, invocaram o art. 3º da Introdução então vigente do Cód. Civil, segundo o qual a lei nº prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, e o art. 275, §§ 1º e 2º, do Estatuto dos Funcionários Públicos (dec.-lei nº) 1.713, de 28 de outubro de 1939), literalmente reproduzidos no art. 264 e §§ 1º e 2º do Estatuto dos Funcionários Públicos dos municípios do Estado de São Paulo (decreto estadual nº 1.303, de 28 de outubro de 1942).

Pela recorrida, falou a sua Procuradoria Geral, que suscitou a preliminar de não cabimento do recurso, por se tratar de acórdão embargável, uma vez que houve

voto vencido, e, no mérito, reiterou os fundamentos já acolhidos pela sentença, confirmada.

Nesta instância, a ilustre Procuradoria Geral da República deu o seguinte parecer:

"1º) Improcede a preliminar levantada pela recorrida (fls. 150), no sentido de que o recurso foi prematuramente interposto de acórdão embargável.

"Improcede, porque o acórdão de fôlhas 136 v. confirmou a sentença de primeira instância e, assim, embora proferido por maioria de votos não era embargável (Cód. de Proc. Civil, art. 833).

"2º) O recurso tem cabimento, com apelo na invocada alínea *c* (fls. 139), uma vez que os recorrentes contestaram a validade de lei local em face da Constituição, e a decisão recorrida julgou válida a lei impugnada.

"3º) *De meritis*, opinamos que ao recurso seja negado provimento, pois a Sentença de fls. 65, confirmada pelo acórdão de fls. 136 v., assenta em fundamentos jurídicos.

"Distrito Federal, 3 de novembro de 1944. - *Luís Gallotti*, procurador da República.

"De acôrdo. - *Gabriel de R. Passos*".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ARMANDO PRADO (relator): O acórdão recorrido não era embargável, disse com acêrto a ilustre Procuradoria Geral. É que, na data, do seu perecer, novembro de 1944, o art. 833 do Cód. de Processo Civil modificado pelo dec.-lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942, não sofrera as alterações advindas com o dec.-lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1946. Os embargos eram admissíveis, quando não fosse unânime o acórdão que, em grau

de apelação, houvesse reformado a sentença. No caso vertente, o acórdão confirmou a sentença.

Proferindo o voto vencido no julgamento da apelação, o provento desembargador ALMEIDA FERRARI declarou que dava provimento ao recurso tão-só por lhe parecer que, achando-se os recorrentes aposentados ao tempo em que entraram em vigor os atos da Municipalidade, já a Prefeitura não podia tocar nas quantias fixadas para os vencimentos dos autores, obrigando-os a desconto que êles não haviam conhecido, quando em exercício. Se as melhorias concedidas ao funcionalismo, por disposição expressa, não se estendiam aos aposentados, nem mesmo para lhes elevar os vencimentos, não se via por que aplicar-lhes o incômodo dos descontos, sobretudo quando, segundo resultava de prova dos autos, êles não se tinham socorrido dos serviços em questão.

Nas razões do recurso extraordinário, os autores sustentam cabalmente, a meu ver, o entendimento expresso no voto vencido. Fazem-no citando trechos da doutrinação de RUI: "O cidadão, que a lei aposentou, jubilou ou reformou, assim como o a quem ela conferiu uma pensão, não recebe êsse benefício em paga de serviço que esteja prestando, mas em retribuição de serviços que já prestou e cujas contas se liquidaram e encerraram com um saldo a seu favor, saldo reconhecido pelo Estado com a estipulação legal de lho amortizar mediante uma renda vitalícia, na pensão, na reforma, na jubilação ou na aposentadoria. Sob um regime, portanto, que afiança os direitos adquiridos santifica os contratos, submete ao cânon da sua inviolabilidade o poder público, e, em garantia dêle, adstringe as leis à norma tutelar da irretroatividade, não há, consideração de natureza alguma, juridicamente aceitável, moralmente honesta, lógicamente sensata, pela qual se possa autorizar o Estado a não honrar a dívida que com êsses credores contraiu, a obrigação que para com êles firmou. A aposentadoria, a jubilação, a reforma são bens patrimoniais, que entram no ativo dos beneficiados, como renda constituída e indestrutível, para tôda sua vida, numa situação jurídica semelhante à de outros elementos da propriedade individual, adquiridos à maneira de usufruto, com a limitação de pessoas, perpétuos e intransferíveis. Na espécie das reformas, jubilações e aposentadorias, a renda assume a modalidade especial de um crédito contra a Fazenda; e, por isso mesmo, a esta não seria dado, jamais, exonerar-se dêsse

compromisso, essencialmente contratual, mediante um ato unilateral de sua autoridade" ("Rev. de Direito Público", vol. 8, pág. 247).

Invocam ainda os recorrentes, a favor da tese, a lição de MEUCCI ("Ist. di Dir. Am.", 6ª ed., págs. 218-219). Eu acrescentarei a de J. M. DE AZEVEDO MARQUES, *in verbis*: "A aposentadoria é um crédito contra o Estado, enquanto o aposentado vive; e um direito que adere à sua existência como um predicado pessoal, que não pode ser cancelado nem diminuído" (parecer, "Rev. dos Tribunais". CXI-478). O direito a uma aposentadoria eventual pode ser modificado pelo Estado, mas o direito a uma aposentadoria já conquistada é intangível. A remuneração fixada no decreto de aposentadoria é propriedade que o funcionário conquista. Daí, a doutrina firmada na jurisprudência do Supremo Tribunal, de que a situação do funcionário aposentado é regulada pelas leis em vigor ao tempo da aposentadoria e não poderá ser alterada, em seu desfavor, por leis posteriores, que também não podem ser por êles invocadas, se mais favoráveis. É a lição de CLÓVIS BEVILÁQUA ("Rev. dos Tribunais", CXIII-23). Vide MENDONÇA DE AZEVEDO, "A Constituição federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal", 1891-1924, nº 353, 2ª alínea, pág. 134.

A aposentadoria concedida, creio eu, é um direito de propriedade e um direito adquirido, regulado pela lei em vigor ao tempo da concessão. Os autores foram aposentados em 1935 (fls. 12 a 14), na vigência do art. 113, nº 3, da Constituição de 34, que assegurava o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Amparava-os também o art. 3º da Introdução do Cód. Civil, que só foi revogado em 1942. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (dec.-lei nº 1.713, de 1939), que, em virtude do prescrito no seu art. 1º, se tornou obrigatório, desde logo, para os municípios, e expresso no art. 275 e §§ 1º e 2º.

Quando o próprio ato municipal deu ao desconto o nome de "taxa de saúde" não é admissível o argumento de que se cogitava, na realidade, de contribuição médica.

Basta-me a última das arguições dos recorrentes, para que eu entenda que a decisão contrariou a letra de lei federal (Lei de Introdução do Cód. Civil e

Estatuto dos Funcionários Federais) e que a lei local é invalidada em face da Constituição então vigente.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e lhe deram provimento. Votação unânime.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro CASTRO NUNES, por se achar em gôzo de licença, substituído pelo Exmo. Sr. ministro ARMANDO PRADO.

\*

## ISENÇÃO FISCAL - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

**- As isenções fiscais devem constar de termos expressos e a sua interpretação se produz em limites restritos.**

The Western Telegraph Company Ltd. *versus* Municipalidade de São Paulo

Rec. ext. nº 9.960 - Relator: MINISTRO ANÍBAL FREIRE

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 9.960, de São Paulo, em que é recorrente The Western Telegraph Company Ltd. e recorrida a Municipalidade de São Paulo, resolvem os ministros do Supremo Tribunal, Federal, que constituem a 1ª Turma, conhecer do recurso e lhe negar provimento, unânimemente, de acôrdo com as notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 18 de abril de 1949. - *José Linhares*, presidente; *Aníbal Freire*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: A Municipalidade de São Paulo promoveu executivo fiscal contra The Western Telegraph Company Ltd., para cobrança da importância de Cr\$ 2.226,40, proveniente de impostos de publicidade e licença.

A executada apresentou embargos, sustentando que, em virtude de seus contratos, desde o Império, goza de isenção de quaisquer impostos, invocando a propósito os decretos nº 5.270, de 1873, que autorizou a novação de contrato, nº 3.307, de 1899, que manteve as cláusulas do decreto de concessão imperial, e nº 15.193, que permitiu a extensão da rede submarina da ré até São Paulo.

O juiz julgou procedente o executivo. São termos da decisão:

"A cobrança ajuizada tem neste último decreto o seu fundamento. Do seu contexto se verifica que a lei não cogitou de isenção tributária. Trata-se de autorização independente das demais exploradas pela mesma ré (v. artigo único, nº 30). Para que a isenção fôsse admitida, era preciso que a lei explicitamente declarasse, mas, não o tendo feito, decorre a obrigação da ré de pagar os impostos cobrados. As leis fiscais têm interpretação restritiva. Essa a doutrina dos nossos melhores hermeneutas e a corrente uniforme da nossa atual jurisprudência".

The Western Telegraph Company Limited agravou da decisão e a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, unânimemente, negou provimento ao recurso, para confirmar a sentença, pelos seus fundamentos, conforme a jurisprudência sempre seguida pelo Tribunal".

A parte vencida interpõe recurso extraordinário, com fundamento nas alíneas *a* e *e* do nº III do art. 101 da Constituição, por ofensa, à Constituição e às leis federais citadas nos embargos.

Os litigantes arazoaram e contra-arazoaram o recurso.

O Sr. Dr. procurador geral da República exarou o seguinte parecer:

"O recurso é cabível, com apoio na letra *c* do art. 101, n° III, da Constituição, uma vez que a recorrente contestou a validade do ato do governo local, em face da Constituição e de lei federal, e o ato foi mantido.

"É certo que não foi invocada aquela alínea.

"Mas o egrégio Tribunal tem admitido o recurso com fundamento outro que não o declarado quando o fundamento omitido ressalta da decisão.

*"De meritis*, opinamos que ao recurso seja negado provimento.

"A recorrente invoca a decisão arbitral proferida no pleito que sustentou com a União (fls. 14).

"Aquêlê julgamento entretanto, não vincula a Municipalidade recorrida, que nêlê foi parte.

"E como nos coube a defesa da União no citado pleito, reproduziremos alguns dos argumentos em que se apóia a nossa convicção contrária à pretensão da recorrente.

"Dispôs a cláusula 4ª do dec. n° 5.279, de 26 de abril de 1873:

"O prazo da concessão será de 60 anos, contados da presente data.

"§ 1º Durante êsse prazo nenhum outro telégrafo submarino poderá ser estabelecido de qualquer ponto onde a empresa tiver as estações indicadas nesta concessão para outro nas mesmas condições em tôda a extensão das linhas, tanto do Norte como do Sul" (seguem-se limitações ao estabelecido neste parágrafo, as quais, entretanto, não interessam à matéria em debate).

"Estatuiu a cláusula 13ª:

"Extinto o privilégio ao fim de 60 anos, nos termos da cláusula 4ª, todo o material da linha, bem como as estações e dependências, continuarão a ser propriedade da companhia, tendo o governo preferência para comprá-las pelo preço que fôr arbitrado, nos termos da cláusula 17.ª".

"A cláusula 18.<sup>a</sup> preceitua:

"Se a companhia tiver alguma das linhas em estado de funcionar, quando se verificar o caso de caducidade ou houver terminado o prazo da concessão, poderá continuar a usar da referida linha por mais 40 anos, além dos 60 da concessão, sem, contudo, ter nenhum privilégio".

"E na cláusula 22<sup>a</sup> foi estipulado: proteção e auxílio.

"Conseqüentemente:

"OS cabos nas águas do Brasil, os fios terrestres e as estações telegráficas da companhia serão considerados como fazendo parte da propriedade do Estado, menos para o efeito de lhes serem aplicáveis os privilégios que no nível exclusivamente pertencem à Fazenda Nacional.

"Os cabos, os fios terrestres para as junções e material telegráfico, os navios empregados nas operações da sondagem e imersão, serão isentos dos direitos de Alfândega e de quaisquer outros nos portos do Império.

"Os cabos telegráficos e os fios terrestres, de que trata a cláusula 2<sup>a</sup>, assim como sua exploração, não serão sujeitos a contribuição alguma ou imposto especial.

"A situação é, portanto, clara: Durante 60 anos a companhia gozaria de todos os privilégios consignados no contrato (o de exclusividade, previsto na cláusula 4<sup>a</sup>, o de isenção de impostos, assegurados na cláusula 20.<sup>a</sup>, etc.).

"Decorrido esse prazo, e tendo a companhia alguma das linhas em estado de funcionar, poderia continuar a usá-la por mais 40 anos, mas, já então, sem ter nenhum privilégio" (cláusula 18.<sup>a</sup>), vale dizer, sem o monopólio (privilégio exclusivo) garantido pela cláusula 4<sup>a</sup> e sem qualquer dos demais privilégios assegurados em outras cláusulas, inclusive o de isenção de impostos (Cláusula 20.<sup>a</sup>).

"Objetará, entretanto, a companhia: A citada cláusula 18.<sup>a</sup>, dizendo que nos 40 anos aí previstos não subsistiria "nenhum privilégio", visou apenas excluir o monopólio e não os demais favores constantes do contrato.

"Mas concluir assim, seria desatender flagrantemente ao sentido da palavra privilégio.

"É de uso corrente o emprêgo dêsse vocábulo para designar circunstâncias favoráveis que dão a uma pessoa ou coisa uma situação que não é a comum.

"Eis o que significa *privilégio*, no conceito dos léxicos:

"Vantagem concedida a um só ou a muitos e de que se goza com exclusão dos outros, contra o direito comum" (DOMINGOS VIEIRA).

"Lei particular em favor de alguma pessoa ou coisa privativamente, contra o que de ordinário se legislou no mesmo negócio a respeito de coisas ou pessoas ou de alguma classe" (MORAIS).

"Direito ou vantagem especial que se concede a uma ou mais pessoas para esta ou mais gozarem com exclusão das outros, fazendo exceção ao direito comum ou à regra geral" (AULETE).

"Vantagem concedida a algum com exclusão de outros e contra o direito comum" (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO).

"O mesmo no francês e no italiano:

"*Avantage accordée à un ou a plusieurs, et dont on jouit à l'exclusion des autres, contre le droit comun*" (LITTRÉ).

"*Legge privata, gozzia o essenzione fatta a luogo o persona*" (FERRARI).

"Na técnica jurídica, a palavra privilégio tem igual sentido.

"Um privilégio (diz MACKELDEY), no sentido amplo do termo, é todo favor introduzido pela lei e que se afasta da regra comum.

"Êste favor pode ser concedido por uma lei geral (*lex generalis*) a todos os súditos que se acharem nos casos, previstos e então é sinônimo de "*beneficium juris ou jus singulare favorabile*"; pode também ser o resultado de uma disposição especial do legislador (*lex personalis*) em favor de uma pessoa ou de uma coisa determinada, e então é um privilégio no sentido restrito: ("Droit Romain", n° 197, pág. 105).

"E VAN WETTER acrescenta:

*"Les privilèges ou bénéfices (privilegia vel beneficia) sont des droits exceptionnels attachés à certaines personnes ou à certaines choses, en vertu de dispositions spéciales de la loi* ("Droit Romain", 1° vol., § 26, pág. 79).

"CARLOS MAXIMILIANO, por seu turno, esclarece:

"Privilégios - Consideram-se excepcionais as disposições que assegurar *privilégio* (1), palavra esta de significados vários no terreno jurídico. Abrange: *a) o direito exclusivo* de explorar serviço ou utilidade pública, isto é, o fornecimento de água, luz, transporte fluvial ou urbano, etc.; *b) o gozo e a exploração de propriedades e riquezas do Estado; franquias, benefícios e outras vantagens concedidas a indivíduos ou corporações; c) preferências e primazias asseguradas, quer a credores, quer a possuidores de boa-fé, autores de benfeitorias e outros, pelo Cód. Civil. Lei das Falências e diversas mais* (2)" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 1925, n° 278, pág. 248).

"Resulta manifesto, portanto, que na expressão *genérica* privilégio se compreendem várias *espécies*. Assim, tanto são privilégios os monopólios, como igualmente o são os benefícios, vantagens ou favores excepcionais porventura concedidos a uma pessoa.

"Em outras palavras: Todo monopólio é um privilégio, pois que coloca a pessoa, a quem é concedido, numa situação excepcional em relação às demais. A recíproca, porém, não é verdadeira. Nem todo privilégio consiste num monopólio, ou seja, no uso exclusivo de uma coisa ou atividade.

"Quando a Constituição diz, no art. 113, nº 1, que "não caberá *privilégios*, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas", certamente não se restringe à idéia do monopólio:

"Do mesmo modo, as leis administrativas, quando falam nos *privilégios da Fazenda*; as leis de processo civil ou a Lei de Falências, quando dispõem sobre *créditos privilegiados*.

"O próprio contrato ajuizado, dizendo "nenhum privilégio", deixa reconhecido que havia mais de um; que essa expressão designava, além do emprêgo exclusivo da atividade, objeto da concessão, outros favores que colocavam o concessionário em situação excepcional.

"E não podia deixar de reconhecê-lo, pois que de suas cláusulas resultavam expressamente para a concessionária, além daquele uso exclusivo (monopólio), favores outros excepcionais, como isenção de direitos, que é inquestionavelmente um privilégio.

"Se a cláusula em questão tivesse dito simplesmente "sem privilégio", ainda se poderia supor que quisesse apenas referir-se ao monopólio. Dizendo, porém, "sem

nenhum privilégio", é evidente que quis abranger todos os favores excepcionais, isto é, todos os privilégios conferidos à concessionária.

"Se, terminado o prazo de 60 anos, a companhia, embora perdendo a exclusividade da exploração, continuar a gozar da isenção de impostos, poderemos dizer que ela perdeu o monopólio, mas não se poderá afirmar, que continua "sem nenhum privilégio".

"Ao menos um, dentre os de que gozava, lhe teria sido conservado, contra a formal estipulação da cláusula que reza: "poderá continuar... sem, contudo, ter nenhum privilégio", nenhum, nem o monopólio, nem os demais, entre êstes compreendida a isenção de direitos.

"Para se chegar à conclusão que pleiteia a concessionária, seria mister que a cláusula questionada dissesse: "poderá continuar a usar a linha por mais 40 anos, sem ter o "privilégio previsto na cláusula 4ª", ou então declarasse: "poderá continuar, etc., *com todos os privilégios, exceto o monopólio*."

"Mas não é isso o que diz a cláusula. O que ela declara é que poderá continuar, decorridos 60 anos, *sem, contudo, ter nenhum privilégio*".

"E assim dispôs, presumindo, e presumindo com acêrto, que, com os progressos realizados, ao cabo dêsse tempo, vencidos os riscos inerentes a tôda indústria nascente, teriam cessado as razões justificativas das vantagens concedidas à companhia, e deveria ser aberto o campo desta atividade industrial aos que quisessem concorrentemente explorá-la.

"Todos êstes propósitos ficariam iludidos se depois de ter contado para a instalação dos serviços com os benefícios que os "novos não teriam, depois de os ter explorado em situação privilegiada, conservasse a concessionária o benefício que reclama.

"No próprio texto da concessão, a palavra *privilégio*, é empregada, não apenas no sentido de monopólio, mas também no de regalias ou favores excepcionais. Conforme deixa evidente a cláusula 20ª:

"O govêrno dará à companhia proteção e auxílio".

"Conseqüentemente:

"Os cabos nas águas do Brasil, os fios terrestres e as estações telegráficas da companhia serão considerados como fazendo parte integrante da propriedade do Estado, menos para o efeito de lhes serem aplicáveis os *privilégios* que no nível exclusivamente pertencem à Fazenda Nacional".

"Nem cabe objetar que, no direito administrativo, a palavra *privilégio* é empregada no sentido da "concessão com direito exclusivo de explorar o serviço, pois:

"a) a afirmativa já importa no reconhecimento de que em outros ramos do direito e, portanto, não somente no sentido vulgar, o referido vocábulo tem significação diversa;

"b) a expressão "privilégios da Fazenda" pertence indubitavelmente ao direito administrativo, e ninguém dirá possa ela significar concessão, com direito exclusivo de explorar o serviço";

"c) por igual, os autores de direito administrativo empregam a palavra *privilégio* em sentido outro que não o de monopólio. Veja-se, por exemplo, BIELSA, que, enumerando as relações de direito público decorrentes da concessão, alude, no item *b*, a "privilégios reconhecidos ao concessionário"; e somente no item *d* trata do *monopólio* ("Derecho Administrativo", 1929, volume I, pág. 136). E veja-se ainda FLEINER ("Derecho Administrativo", 1933, págs. 112-113);

"d) o mesmo verificamos em acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal concernentes à matéria de direito administrativo, como se pode ver, na apelação cível nº 3.468, em que se reclamava montepio em dôbro, instituído por lei especial, e o Tribunal encarou tal vantagem como um privilégio, afirmando textualmente:

"Os privilégios, os favores, os benefícios devem ser entendidos restritivamente" (acórdão na "Rev. do Supremo Tribunal", vol. 39, pág. 131);

"e) no próprio dec. nº 5.545, de 7 de fevereiro, de 1874, que é um dos invocados pela companhia, vemos a palavra *privilégio* empregada em sentido diferente do de monopólio (cláusula 24ª);

"j) são muitos os exemplos, que seria longo citar, de decretos de concessão de serviços públicos e em que a palavra *privilégio* foi usada na acepção ampla de regalias ou favores excepcionais. Assim, o dec. número 4.133, de 28 de março de 1868 (concessão relativa a emprêsa de carris de ferro entre esta cidade e a serra da Tijuco), determinou na cláusula 8ª:

"Os concessionários pagarão à Ilma Câmara Municipal pelos terrenos que ocuparem, pertencentes a esta, o arrendamento que a mesma Câmara arbitrar, e

farão aquisição dos que forem precisos para o estabelecimento de estações, oficinas e mais conveniente direção, da linha, *desapropriando os prédios precisos na forma da lei* e com prévio consentimento do govêrno imperial, que para êste fim lhes concederá os direitos e privilégios que a mesma lhe confere".

"E o dec. nº 4.322, de 19 de janeiro de 1869, permitiu fôsem transferidos pelo Barão do Rio Negro a Quintino de Sousa Bocaiúva os privilégios (ainda no plural) e favores que lhes foram concedidos pelo decreto nº 4.133, de 28 de março de 1868".

"Por sua vez, o dec. nº 22, de 29 de novembro de 1889, referente a essa mesma concessão, autorizou a Companhia São Cristóvão a transferir a outrem os "privilégios" (sempre no plural) de que é cessionária. Ora, para significar apenas o "privilégio exclusivo", como pretende a parte adversa, a expressão evidentemente não poderia ser usada no plural. Há mais: No decreto nº 5.220, de 11 de janeiro de 1873, ainda encontramos o têrmo *privilégio* em sentido absolutamente diverso do de "monopólio" (cláusula 6ª).

"Vamos agora ver que a interpretação pretendida pela companhia para o dispositivo em questão (sem, contudo, ter nenhum privilégio) não se limita a suprimir nêle um vocábulo (*nenhum*) e a acrescentar outro (*exclusivo*), de maneira a se transformar neste, bem diverso: "sem contudo, ter privilégio exclusivo".

"Mais do que uma palavra, essa interpretação torna inútil, no texto da concessão, tôda uma frase.

"Na verdade, o dec. nº 5.270, de 1873, dispôs na cláusula 13ª:

"Extinto o privilégio no fim de 60 anos, nos têrmos da cláusula 4ª, todo o material da linha, bem como estações e dependências, continuarão a ser propriedades da companhia, tendo o govêrno preferência para comprá-los pelo preço que fôr arbitrado, nos têrmos da cláusula 17.ª".

"Refere-se, aí, indubitavelmente, ao "privilégio exclusivo", pois é dêste que cuida a invocada cláusula 4.ª.

"De sorte que, pela disposição clara e terminante da cláusula 13.<sup>a</sup>, já ficara estatuída a extinção do "privilégio exclusivo" ao fim de 60 anos.

"Vem depois a cláusula 18.<sup>a</sup> e declara:

"Se a companhia tiver alguma das linhas em estado de funcionar, quando se verifique o caso de caducidade ou houver terminado o prazo da concessão, poderá continuar a usar da referida linha, por mais 40 anos, além dos 60 da concessão, sem, contudo, ter nenhum privilégio".

"Ora, se a intenção do decreto fôsse, como se pretende, assegurar à companhia, nos últimos 40 anos, a mesma concessão especial, vigorante aos primitivos 60 (mantidos no segundo período todos os favores do primeiro com exceção apenas do "privilégio exclusivo"), evidentemente não precisaria a cláusula 18.<sup>a</sup> de acentuar que na fase final, a concessionária não teria "nenhum privilégio", porquanto a extinção do "privilégio exclusivo", uma vez decorridos 60 anos, já fôra claríssimamente estipulada na cláusula 13.<sup>a</sup>.

"Se assim dispôs, se disse de modo preciso que a companhia, "terminado o prazo da concessão, poderá continuar a usar da referida linha por mais 40 anos, além dos 60 da concessão, sem, contudo, ter nenhum privilégio", foi porque quis que, naqueles 40 anos, não tivesse privilégio algum, nem o de exclusividade, já extinto por fôrça da cláusula 13.<sup>a</sup>, nem os demais consignados no contrato (isenção de impostos, etc.), e, conseqüentemente, usasse a dita linha de acôrdo com a legislação vigente, sob o regime comum de tais concessões.

"E note-se que, declarando o decreto: "o prazo da concessão será de 60 anos" (cláusula 4.<sup>a</sup>), e reafirmando isso mesmo duas vêzes na cláusula 18.<sup>a</sup> ("terminando o prazo da concessão, poderá continuar a usar da referida linha por mais 40 anos, além dos 60 da concessão"), manifesto se torna o propósito de que, decorridos 60 anos terminasse a concessão especial outorgada à companhia, entrando esta no regime legal comum.

"Entender o contrário seria ampliar para 100 anos (60+40) o prazo de uma concessão especial que, nos precisos têrmos do respectivo contrato, ficou, como vimos, reiteradamente limitada a 60 anos. Seria subverter normas elementares de hermenêutico. Seria esquecer, além do mais, êste princípio:

"Importando o contrato de concessão numa restrição de soberania do Estado, as respectivas cláusulas devem ser interpretadas estritamente, não sendo admissível a analogia ou paridade.

"Todos os compromissos assumidos pela Poder Público devem ser expressamente declarados" (VIVEIROS DE CASTRO, "Direito Administrativo", 1944, pág. 266).

"As concessões são de direito estrito, não podendo os concessionários pretender o que não está formalmente determinado nos contratos" (acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal, na respectiva revista; vol. 27, pág. 136, e vol. 31, pág. 323).

Há outra circunstância digna de nota.

"Preceituou a cláusula 14.<sup>a</sup> do dec. número 5.270, de 1873:

"Em qualquer tempo depois dos 10 primeiros anos, contados do dia em que começaram a funcionar as linhas em tôda a sua extensão, e até que termine a concessão, poderá o govêrno resgatá-las, bem como as respectivas estações e dependências.

"O preço do resgate será fixado por árbitros que devem ter em consideração não só a importância das obras no estado em que se acharem, sem atender ao seu custo original, mas também o valor médio do produto líquido das linhas, nos cinco últimos anos.

"Em todo caso, não será o preço do resgate inferior ao capital despendido, efetivamente pela companhia para assentar e fazer funcionar os cabos telegráficos".

"A cláusula 13.<sup>a</sup>, entretanto, prescreveu:

"Extinto o privilégio no fim de 60 anos, nos têrmos da cláusula 4.<sup>a</sup>, todo o material da linha, bem como as estações e dependências, continuarão a ser

propriedades da companhia, tendo o govêrno preferência para comprá-los pelo preço que fôr arbitrado, nos têrmos da cláusula 17.<sup>a</sup>".

"E a cláusula 17.<sup>a</sup> estabeleceu:

"No caso de caducidade desta concessão, nos têrmos já declarados, ficará o govêrno imperial inteiramente livre e habilitado a transferi-la a qualquer empresário, sem que a companhia possa reclamar coisa alguma a título de indenização, salvo a faculdade de dispor do material que lhe pertence, sendo preferido o govêrno, se quiser adquiri-lo, ou por ajuste com a companhia, ou pelo preço fixado por arbitramento; o que também se observará quando cesse o privilégio por ter decorrido o prazo de 60 anos".

"Do confronto destas três cláusulas, deflui, ainda de maneira seguríssima, a inadmissibilidade da interpretação pleiteada pela parte adversa.

"Se, pela cláusula 14.<sup>a</sup>, depois dos 10 primeiros anos, e "até que termine a concessão", tem o govêrno o direito de resgatar as linhas, estações e dependências, mas pagando uma indenização ampla em que se compreendem até lucros líquidos calculados de acôrdo com a média dos cinco últimos anos, e se, no dizer da companhia, a concessão não finda ao cabo de 60 anos, mas só após decorridos mais 40 (ao todo 100), lògicamente o direito da concessionária àquela indenização ampla só deveria cessar depois de 100 anos, pois o decreto manda que ele subsista até que termine a concessão" (cit. cláusula 14.<sup>a</sup>).

"Isso, porém, que é uma conclusão inevitável das premissas assentadas pela companhia, importaria num absurdo palpável, evidenciando quanto elas têm de inaceitáveis. Importaria em reduzir a letra morta as disposições das cláusulas 13.<sup>a</sup> e 17.<sup>a</sup>, segundo as quais, não ao fim de 100 anos, mas logo após decorridos 60, é facultado ao govêrno adquirir tôdas as linhas, estações e dependências, pagando apenas o respectivo preço que fôr arbitrado e sem estar obrigado a qualquer outra indenização.

]

"Temos aí mais uma prova de que a concessão especial da Western, nos têrmos em que a regulou o decreto de 1873, findou ao cabo de 60 anos. Até porque, se

após o transcurso dêstes 60 e durante os 40 anos seguintes, a companhia continuasse a gozar de todos os privilégios ou favores da primitiva concessão (excluído apenas o monopólio), ao direito do govêrno - de nesse período resgatar pelo preço arbitrado tôdas as linhas, estações e dependências - haveria de necessàriamente corresponder a obrigação de garantir à concessionária uma indenização, senão de amplitude igual à da prevista na cláusula 14.<sup>a</sup>, ao menos compreensiva dos vultosos privilégios ou favores que a companhia supõe lhe foram mantidos.

"Manifestando sua concordância com a nossa argumentação, assim se manifestou o então procurador geral da República, Dr. CARLOS MAXIMILIANO, em carta que nos dirigiu:

"Em 23 de outubro de 1935.

"Exmo. Sr. Dr. Luís Gallotti.

"Saudações cordiais.

"Tendo lido, a pedido seu, os seus dois substanciosos memoriais acêrca da divergência entre o governo e a Western Telegraph Company, cabe-me felicitá-lo pela segurança da sua argumentação a respeito da exegese de cláusula contratual.

"Em verdade, ficou bem demonstrado que, se, ao cabo do período de 60 anos, a companhia quisesse continuar com o serviço, ficaria automaticamente prorrogada a concessão, porém sem privilégio algum.

"Ora, constituem privilégios concedidos o monopólio do serviço e a isenção de impostos. A ressalva, portanto, evidentemente colima excluir aquelas regalias, isto é, as que o ato bilateral assegurava por 60 anos; lògicamente eram estas as eliminadas pela cláusula, ao permitir a prorrogação, sem nenhum privilégio.

"É o próprio contrato que fornece elementos para a conclusão a que o Sr. chegou: renova-se, apenas, a concessão, excluídos, porém, da mesma os privilégios, as vantagens especiais, as regalias excepcionais - tôdas.

"O meu parecer é, pois, no sentido de haver o brilhante colega interpretado com sabedoria o contrato.

"Prevaleço-me do ensejo para reiterar ao Sr. os meus protestos de alto aprêço e distinta consideração. - *Carlos Maximiliano*, procurador geral da República".

"Além das razões acima, existem outras, no caso da Municipalidade recorrida, que lhe amparam o direito e são, a, nosso ver, irrecusáveis.

"Assim:

"a) no tocante ao serviço de que se trata, entre São Paulo e Santos, a recorrente é apenas permissionária e não concessionária de serviço público (dec. nº 15.193, de 24-12-1921), o que lhe não faculta invocar o art. 32, parág. único, da Constituição de 1937, então vigente (o impôsto em questão é de 1943);

"b) a cláusula 30.<sup>a</sup> do dec. nº 15.193, de 1921, expressamente declarou que "a autorização de que trata êste decreto é independente das demais exploradas pela companhia:

"c) a recorrente não apontou lei especial, que, nos precisos têrmos do citado artigo 32, parág. único, da Constituição, lhe houvesse concedido a isenção pretendia.

"Em face do exposto, opinamos que o egrégio Tribunal conheça do recurso e lhe negue provimento.

"Distrito Federal, 20 de setembro de 1948. - *Luís Gallotti*, procurador geral da República".

VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE (relator): É ponto incontroverso que as isenções tributárias devêm constar de têrmos expressos e a sua interpretação se produz em limites restritos.

Na hipótese dos autos, as razões invocadas pela recorrente não subsistem diante do exame das cláusulas do contrato celebrado com o governo federal.

Na renovação do mesmo desapareceram quaisquer privilégios conferidos, sendo que, no aspecto particular da demanda, a empresa não é concessionária de serviço público, e, mesmo que fôsse, não havia lei especial a garantir-lhe a isenção, *ex vi* do disposto no art. 32, parág. único, da Constituição de 1937, vigente ao tempo do executivo.

Conheço, entretanto, do recurso, pela alínea *c* do n° III do art. 101 da Constituição, embora não invocado pelo recorrente e, no mérito, nego-lhe provimento de acôrdo com o substancioso parecer do eminente Sr. Dr. procurador geral da República.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento do recurso e negaram-lhe provimento, unânimemente.

Deixou de comparecer, por se achar, em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro CASTRO NUNES, substituído pelo Exmo. Sr. ministro ARMANDO PRADO.

\*

### IMPOSTO DE TRANSMISSÃO "INTER VIVOS" - VALOR DO IMÓVEL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA

**- O valor do imóvel para o efeito da incidência do impôsto de transmissão "inter vivos" é o contemporâneo do compromisso de compra e venda e não o da escritura definitiva, ainda que haja valorização no intervalo da lavratura dêsses atos.**

Estado de São Paulo *versus* Tomás Sebastião de Mendonça

Rec. ext. n° 14.202 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 14.202, de São Paulo, recorrente a Fazenda do Estado, recorrido Tomás Sebastião de Mendonça:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, não conhecer do recurso, unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 19 de maio de 1949. - *José Linhares*, presidente; *A. M. Ribeiro da Costa*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Nos presentes autos de executivo fiscal intentado pela Fazenda do Estado de São Paulo contra Tomás Sebastião de Mendonça, proferiu o colendo Tribunal de Justiça do mesmo Estado o seguinte acórdão (*fls. 104, lê*):

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 36.734, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo agravante a Fazenda do Estado e agravado Tomás Sebastião de Mendonça, adotado o relatório da sentença de fls. 86:

"Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso e manter a sentença recorrida por seus fundamentos.

"Custas na forma da lei.

"A questão versa em se saber se a sisa deve ser paga de acôrdo com o valor do imóvel ao tempo da escritura de compromisso ou da sua cessão quando a escritura, definitiva foi outorgada a terceiro. Como bem demonstrou a sentença recorrida, na conformidade de reiterados julgados dêste egrégio Tribunal, e mesmo desta colenda Câmara, o valor para o efeito de pagamento de sisa deve ser d do tempo da escritura de compromisso, mesmo no caso de ser êste cedido, porque o valor da transmissão é fixado no momento do compromisso de compra e venda, e é êste o que vai figurar na transcrição, como valor real do

imóvel, não importando para o caso que tivesse havido oscilação em seu valor, para mais ou para menos. Nessas condições, negam provimento ao recurso".

Surgiu, a seguir, o recurso extraordinário manifestado pela Fazenda Estadual, com base na letra *a*, do nº III, do art. 101 da Constituição, por violação do disposto nos arts. 530 e 531 do Cód. Civil.

Repousa a recorrente no argumento contrário ao aresto recorrido objetando que êste mandou que o impôsto fôsse calculado sôbre o valor da época de um contrato de compromisso de compra e venda, que antecederia ao ato da transmissão efetiva da propriedade, incidindo na apontada censura por considerar que a sisa fôsse devida pelo simples "compromisso", como se tal importasse na translação da propriedade imóvel, disciplinada pelos arts. 530 e 531, de cujo texto decorre contrária consequência jurídica.

Com o oferecimento de razões e contra-razões subiu o recurso, apresentando o ilustrado Dr. procurador geral o seguinte parecer (*fls. 129, lê*):

"Não vemos como se possa afirmar que o acórdão de fls. 104 contrariou a letra dos arts. 530 e 531 do Cód. Civil (fls. 106).

"Êsses artigos dizem que a propriedade imóvel se adquire pela transcrição do título, mas o acórdão recorrido não disse o contrário, apenas admitiu que o impôsto de transmissão recaia sobre o valor do imóvel na data da escrituração do compromisso e não na data da escritura definitiva.

"No recurso extraordinário nº 11.534 (do Estado do Rio), em que se discutia sôbre a constitucionalidade da exigência do impôsto, ao ser assinada a escritura de promessa de venda, tivemos ensejo de apreciar argumento análogo ao usado pela recorrente.

"Dizia-se que o impôsto é de transmissão da propriedade e esta não se transmite pela promessa de venda.

"E replicamos que, apreciado o problema com êsse rigor, nem mesmo ao tempo da escritura definitiva, seria exigível o tributo, pois é pela transcrição do título que a propriedade imóvel se adquire (Cód. Civil, art. 530, nº I).

"Acresce que, no direito vigente, o contrato de promessa pode ser inscrito no Registro de Imóveis, para constituir um direito real.

"Pelo exposto, opinamos que o egrégio Tribunal não conheça do recurso.

"Distrito Federal, 31 de janeiro de 1949. - *Luís Gallotti*, procurador geral da República".

## VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Versa o objeto do recurso questão de natureza estritamente fiscal, pertinente ao valor imobiliário que deve prevalecer, para o feito da cobrança do impôsto de transmissão *inter vivos* nas escrituras definitivas de venda e compra, quando precedidas de pactos compromissórios.

A sentença de primeira instância, recordando jurisprudência do colendo Tribunal *ad quem* acentua a prevalência da tese, no sentido de que: "o valor do contrato, em se tratando de compra e venda, é o do valor dado ao seu objeto ao tempo em que aquêle se formou, e não o que venha a ter ao tempo da sua execução" ("Rev. dos Tribunais", vol. 82, pág. 375).

Esclarece a mesma sentença: "O requisito de achar-se o compromisso de compra e venda devidamente inscrito está satisfeito como exige a jurisprudência, para que determine o valor da escritura definitiva outorgada".

"Ficou determinado pelo legislador que os proprietários de terras e terrenos loteados em curso de venda deverão, dentro de três meses, proceder ao depósito e registro, nos têrmos da lei, indicando no memorial os lotes já comprometidos.

"Quer dizer, então, que, pelo menos a partir do final dêsse prazo estipulado pelo legislador e por fôrça do direito real de que se formou o titular, o respectivo compromissário, não se pode duvidar da existência de que fôra pactuado entre êste e a vendedora. Os seus efeitos não podem deixar de atingir a própria exeqüente, inclusive para o fim de tornar certo que o preço ajustado foi realmente consignado na escritura definitiva".

Pretende a recorrente demonstrar ofensa à letra dos arts. 530 e 531 do Cód. Civil, em matéria de tributação fiscal, quando em nenhum lance do aresto recorrido se depara, fundamento para justificar aquela conclusão. Com efeito, não seguem, os dispositivos em causa, a solução jurídica da espécie *sub judice*, eis que se não discute a tese acêrca de forma pela qual se adquire a propriedade imóvel (art. 530, ns. I, II, III e IV), nem se decidiu acêrca da exigência da transcrição, no registro respectivo dos títulos translativos da propriedade imóvel, por atos entre vivos (art. 531).

Trata-se exclusivamente de decidir qual o valor do imóvel, para incidência de impôsto: se o da escritura de compra e venda ou se o contemporâneo à época em que se lavra a escritura definitiva. O valor, segundo a lei aplicável, é e deve ser o do compromisso de venda e compra, pois êsse valor, para todos os efeitos, por presunção legal, é um só, não se altera segundo condições supervenientes, nem mesmo as que marcam a valorização do imóvel, circunstância que à parte o ajustado pelos contratantes, devemos considerar como fenômeno comum na oscilação de preços.

A vista do exposto, não conheço, liminarmente, do recurso.

## DECISÃO

Como enrista da ata, a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento, unânimemente.

Deixou de comparecer, por se achar em gozo de licença, o Exmo. Sr. ministro CASTRO NUNES, substituído pelo Exmo. Sr. ministro ARMANDO PRADO.

\*

## **DESAPROPRIAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

**- Os honorários do advogado do expropriado devem ser incluídos na indenização decorrente da desapropriação.**

Prefeitura de São Paulo *versus* Wagib Assad Abdalla, sua mulher e outros

Rec. ext. nº 10.278 (embs.) - Rel.: MIN. LAFAYETTE DE ANDRADA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 10.278, de são Paulo, embargante a Municipalidade de São Paulo, embargados Wagib Assad Abdalla, sua mulher e outros:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, rejeitar os embargos, por maioria de votos, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 6 de maio de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *A. M. Ribeiro da Costa*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Trata-se de ação de desapropriação e o recurso extraordinário versou sôbre os honorários de advogado, que o acórdão do Tribunal de São Paulo fixou em Cr\$ 40.000,00.

A 1ª Turma, por maioria de votos, conheceu do recurso e negou-lhe provimento. Eis como se pronunciaram os ministros (*lê fls. 200*).

A Municipalidade de São Paulo ofereceu embargos visando à exclusão dos honorários, que considera indevidos, pois que nenhum ato ilícito foi praticado.

A embargante ofereceu razões e o Dr. procurador geral opinou pelo recebimento dos embargos.

É o relatório. Ao Sr. ministro revisor.

## VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): Os honorários de advogado não são devidos nas desapropriações por necessidade pública.

O ato do poder expropriante é lícito, quando no interesse da coletividade faz desapropriações.

A Municipalidade de São Paulo, atendendo à lei, fez oferta legal: ficou nos limites do parág. único do art. 27 da Lei de Desapropriações. A quantia oferecida compreendia o justo valor na forma da lei e da Constituição, e nêle estava incluído todo o prejuízo que o expropriado poderia ter.

A justa indenização abrangeu, portanto, os honorários sem parcelas em separado, honorários e tudo mais que tiver sido despendido.

Reporto-me aos numerosos votos que proferi sôbre êsse assunto (recs. exts. números 9.002, de 6-5-47; 10.550 (embargos), de 2-7-48; 10.123 (embargos), de 2-7-48; 13.266, de 20-7-48, e 13.774 e 13.862, de 3-12-48).

Recebo os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (revisor): Sr. presidente, não considero o caso relevante, em face da copiosa e farta jurisprudência dêste Tribunal, que se antepõe ao meu ponto de vista. Ressalvando, portanto, êsse ponto de vista, desprezo os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, igualmente, rejeito os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, também rejeito os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO ARMANDO PRADO: Sr. presidente, rejeito os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, peço vênua ao Sr. ministro relator, para acompanhar o voto do Sr. ministro revisor, rejeitando os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: presidente, coerentemente com votos anteriores, rejeito os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sr. presidente, rejeito os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, guardando coerência com meus votos anteriores, recebo os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES Sr. presidente, rejeito os embargos.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, contra os votos dos Srs. ministros relator e BARROS BARRETO.

Deixaram de comparecer, por se acharem em gôzo, de licença, os Exmos. Srs. ministros CASTRO NUNES, OROZIMBO NONATO e GOULART DE OLIVEIRA, substituídos pelos Exmos. Srs. ministros ARMANDO PRADO, ÁBNER DE VASCONCELOS e MACEDO LUDOLF.

\*

## DESAPROPRIAÇÃO - VALOR DA INDENIZAÇÃO

**- O expropriado deve ser integralmente indenizado.**

Luísa Deolinda de Andrade Ribeiro *versus* Prefeitura do Distrito Federal

Rec. ext. nº 9.007 (embr.) - Rel. MIN. HAHNEMANN GUIMARÃES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes ao recurso extraordinário nº 9.007, do Distrito Federal, em que é embargante Luísa Deolinda de Andrade Ribeiro, sendo a Prefeitura do Distrito Federal embargada:

Acordam, por maioria de votos, os ministros do Supremo Tribunal Federal receber os embargos em conformidade com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 27 de maio de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Em acórdão de 1º de setembro de 1944 (fls. 111), a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação confirmou a sentença de fls. 76, que fixou em Cr\$ 663.900,00, a indenização devida pela Prefeitura do Distrito Federal a Luísa Deolinda de Andrade Ribeiro, expropriada do prédio nº 526, da rua Santa Luzia.

Julgando o recurso extraordinário numero 9.007, oposto pela expropriante, a 1ª Turma, em acórdão de 22 de outubro de 1945 (fls. 165), reduziu a indenização ao máximo fixado no parág. único do art. 27 do dec.-lei nº 3.365, de 1941, contra os votos dos Srs. ministros LAUDO DE CAMARGO (fls. 159) e ANÍBAL FREIRE (fls. 161).

Publicado o acórdão em 27 de dezembro de 1945 (fls. 165 v.), veto a expropriada, em 4 de janeiro de 1946, com embargos infringentes, porque se reduziu a Cr\$ 168.960 00 o valor do prédio, que tem área de 221,30 m<sup>2</sup>. A indenização, calculada pelo preço de Cr\$ 3.000,00 para o metro quadrado, já não correspondia ao justo preço, porque o laudo de fls. 42 atribuíra o valor de Cr\$ 10.000,00 àquela unidade. A redução feita pelo acórdão embargado causaria, porém, maior lesão à expropriada. Pede, assim, a embargante sejam, restabelecidas as decisões que estimaram o dano em Cr\$ 663.900,00 (fls. 167-174).

A embargada não ofereceu impugnação (fls. 181).

### VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): O parág. único do artigo 27 do dec.-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, contém disposição que, segundo a jurisprudência dominante, somente pode ser aplicada quando não contrariar o princípio, pelo qual o dano impôsto ao expropriado deve ser integralmente ressarcido.

Na espécie, o valor máximo, calculado pela regra do citado art. 27, parág. único, é muito inferior ao justo preço do prédio.

Acompanho os votos dos Srs. ministros ANÍBAL FREIRE e LAUDO DE CAMARGO, quando, observando o princípio indicado, mantiveram a decisão da 3ª Câmara do Tribunal de Apelação.

Recebo, assim, os embargos, para restabelecer o acórdão de fls. 111 e fixar em..... Cr\$ 663.900,00 o preço devido pela desapropriação do prédio nº 526, da rua Santa Luzia.

### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Recebo os embargos para restabelecer a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, e assim o faço porque a indenização no caso de desapropriação por utilidade pública deve ser completa,

de modo que a desapropriada não venha a sofrer lesão no seu patrimônio. O valor alcançado em laudo pericial bem justificaria o preço de indenização, e bem assim os honorários dos advogados, despendidos por quem foi obrigada a vir em juízo defender o seu patrimônio.

### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, desprezo os embargos.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a Seguinte: receberam os embargos, contra o voto do Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO. Deixaram de comparecer, por se acharem em gozo de licença, os Exmos. Srs. ministros OROZIMBO NONATO e GOULART DE OLIVEIRA, substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e MACEDO LUDOLF, e, por motivo justificado, os Exmos. Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e ARMANDO PRADO, substituto do Exmo. Sr. ministro CASTRO NUNES, que se acha em gozo de licença.

### **SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PRESCRIÇÃO - INFLUÊNCIA DAS JURISDIÇÕES**

- **A prescrição da ação do segurado contra o segurador, no caso de seguro de responsabilidade civil, só começa a correr da decisão que faça certa a condenação do segurado como responsável.**
- **O fato de se tratar de responsabilidade derivada de contrato faz desmaiar, no cível, a influência do julgado penal.**

Cia. de Seguros Porto-Alegrense versus Amador dos Santos Fernandes

Rec. ext. nº 19.708 – Relator – MINISTRO OROZIMBO NONATO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.708, do Rio Grande do Sul, recorrente Cia. de Seguros Pôrto-Alegrense, recorrido Amador dos Santos Fernandes:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório *retro* e, na conformidade das notas taquigráficas precedentes, não conhecer do recurso, pagas as custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 16 de novembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Trata-se de recurso extraordinário que visa à reforma do acórdão de fls. 88, *verbis*:

"Preliminar improcedente de nulidade do processo.

"Prescrição não ocorrida.

"É válido o seguro de responsabilidade, em nosso direito, podendo ser excluído por acôrdo das partes o ressarcimento no caso de culpa grave do segurado ou do seu preposto.

"Graduação da culpa e influência que o julgamento criminal tem a respeito sôbre o civil, para os efeitos da responsabilidade do segurador.

"Ação procedente por verificar-se que o segurado fôra condenado civilmente pelo ato de seu preposto, o qual, igualmente, o fora no juízo criminal.

"Não houve infração da cláusula contratual, em face das circunstâncias apuradas, de que o preposto poderia ter agido com culpa leve, afastada, ainda, a culpa, grave do preponente.

"Transação que não envolve infração contratual e decadência do direito do segurado.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 6.694, desta cidade, em que é apelante Amador dos Santos Fernandes e apelada a Cia. de Seguros Pôrto-Alegrense:

"Acordam, em 2ª Câmara Cível, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do processo e, negado provimento ao agravo no auto do processo, dar provimento à apelação para condenar a ré a reembolsar o autor da importância de Cr\$ 40.000.00, juros da mora, honorários de advogado, arbitrados em 20%, e custas.

"O autor celebrara com a ré contrato de seguro de responsabilidade civil, contra danos ocorridos com os seus veículos de transporte, e, tendo sido condenado a ressarcir, como preponente, danos decorrentes em acidente, que vitimara pedestre na via pública, pretende reaver a importância respectiva e mais despesas.

"Fêz a prova de que o seu preposto fora condenado criminalmente, tendo tido êle civilmente, pelo mesmo fato, acordado o pagamento com os herdeiros do sinistrado, após a sua condenação em primeira instância.

"Juntou a apólice do seguro, que cobria os riscos dos danos ocasionados pelo auto-caminhão, em referência.

"A ré opôs-se, alegando que o seguro não cobria o fato, como se verificava de cláusulas expressas na apólice, pois, na espécie, o acidente defluira de culpa grave do preposto, como reconheceu a justiça criminal. Além disso, foram violados regulamentos relativos ao tráfego e fizera o autor acordo com os herdeiros da vítima, sem o seu prévio consentimento. Ainda expõe que não lhe caberia responsabilidade, em face do art. 1.436 do Cód. Civil, afora a circunstância de estar prescrito o direito do autor ao reembolso, se a êle tivesse direito.

"Houve a interposição do agravo no auto do processo de fls.

"O juiz julgou imprudente a ação, aceitando os fundamentos da contestação e que o seguro só cobria os riscos ocasionados acidentalmente.

"O autor, em suas razões, sustentou a nulidade do processo, por não ter sido ouvida uma das suas testemunhas.

"Preliminarmente, não tomam conhecimento da nulidade invocada por cerceamento de defesa, porque na audiência de instrução de julgamento não compareceram as testemunhas do autor e foram elas dispensadas, sem que houvesse repulsa e tivesse êle agravado da decisão judiciária.

"E, tomando conhecimento do agravo no auto do processo, lhe negam provimento.

"Não está prescrita a ação, nos termos do art. 178, § 6º, inciso II, do Cód. Civil, porque o prazo não corre da data do fato, mas da que autorize a ação do segurado, porque o sinistro, o risco do seguro, não é o fato produtor do dano, mas a consequência dêste, a obrigação de indenizar; e, na hipótese, só defluiria da condenação do segurado. Assim, o prazo só começa a correr da decisão, que faz surgir a garantia acordada entre seguradora e segurado, nos seguros de responsabilidade (vêde "Dicionário de Seguros", por AMÍLCAR SANTOS, páginas 184 e segs.; HENRI et LEON MAZEAUD, "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile", 4ª ed., vol. III, página 963).

"Quanto ao mérito, é de se examinar a apólice, a fim de verificar em que casos subsiste a garantia, qual seja a de reembolsar o segurado a importância que tenha sido levado a despende pelo fato danoso.

"Nesse título foi declarado que cobre sòmente risco de responsabilidade civil e danos contra terceiros, inserindo e nomeando os ditos riscos e os casos em que a companhia, seguradora não se responsabilizaria.

"Temos precisamente um contrato de seguro de responsabilidade que consiste na obrigação assumida pelo segurador de indenizar o segurado do dano patrimonial, que êle venha a sofrer, em consequência legal de responsabilidade civil, em que haja incorrido. Dita obrigação resulta da ocorrência de um acidente e que haja sido, pelos meios combinados ou judicialmente, apurada a responsabilidade civil do segurado (MAZEAUD et MAZEAUD, ob. e volume citados, pág. 770; CAMILO VITERBO, "El seguro da la responsabilidad civil",

páginas 8 e segs.; "Rev. dos Tribunais", volume 139, pág. 440, e autores aí citados).

"O seguro de responsabilidade civil, ainda pouco estudado e sobre o qual as legislações nada ou pouco referiam, a não ser casos de legislação marítima, é hoje usado em todos os domínios e a sua validade não pode ser contestada e cabe não só a responsabilidade pelas conseqüências civis dos delitos como a responsabilidade contratual ou legal, sofrendo, exclusivamente, a regulamentação das leis.

"Cumpre, entretanto, examinar se a nossa legislação, no art. 1.436 do Cód. Civil, proíbe, dito seguro de responsabilidade, tendo em vista, ainda, o que ensina CLÓVIS, no sentido de que o dispositivo viera do Código de Zurich e que não se permite o seguro da culpa (v. "Comentários", vol. 5, pág. 199):

"Viu-se que o seguro de responsabilidade civil só ùltimamente, no ramo terrestre, vem sendo disciplinado e muitas legislações silenciaram a seu respeito, inclusive a nossa, de modo que o art. 1.436 do Código Civil, elaborado de acôrdo ou baseado em um velho Código europeu, não poderia ter visado essa modalidade, hoje adotada universalmente e ao referir a ato ilícito quis abranger aos fatos intencionais, que seriam imorais e ofenderiam aos nossos costumes se admitisse a sua cobertura pelo seguro. Em todo o caso, não visaria senão a segurado e não a terceiro causador do acidente, pois, como é sabido, no direito marítimo o seguro de barataria repousa sôbre a culpa grave ou intencional do preposto.

"É de notar-se que o citado art. 1.433, oriundo não do projeto de CLÓVIS, mas do da Câmara não atentara ao seguro de responsabilidade, cuja doutrina não era, devidamente, disciplinada pela legislação coetânea, a não ser no direito marítimo, e não se tratava de seguros comuns, mas de outra natureza e especial, em que o risco do seguro não é o fato produtor do dano, mas a sua conseqüência.

"Assim, não só o Cód. Comercial, nos arts. 711, nº 12, 712 e 713 o consagra, bem como os Códigos do Ar e de Transito tornaram-no obrigatório, assinalando que o Cód. Civil não o visara, ou a sua orientação está modificada, se por acaso a êle se referisse. Aliás, seria a asseguração da tendência que hoje domina, de

favorecer o segurado e garantir a vítima sistema esse adotado na generalidade das Códigos (vêde JOSSERAND, "Evolutions et atualité", página 32; estudo de ANDRADE FIGUEIRA na "Rev. dos Tribunais", vol. 184, pág. 17).

"De modo que o dispositivo em foco não proíbe o seguro de responsabilidade, salvo os decorrentes de fato intencional do segurado ou do seu preposto.

"Poder-se-á incluir a culpa lata equiparável ao dolo, mas a depender do que houver sido contratado entre as partes, pois que ainda que a culpa lata seja equiparável ao dolo, entretanto não é fato intencional, e a doutrina bem os distingue (CAPITANT e outros citados em MAZEAUD, vol. III, pág. 784; VITERBO, ob. cit., págs. 132 e segs.).

"E assim sendo, verifica-se da apólice que nela se excluíram os danos ocasionados a terceiros, decorrentes da culpa grave do segurado ou seu preposto, o que é aceitável, não pelo simples fundamento do agente ter contrariado lei ou regulamentos concernentes ao tráfego, pois que isto fá-lo-ia incidir, igualmente, em culpa leve ou levíssima, sendo então caso de apreciar-se fato e declará-lo no processo.

"Isto pôsto, vejamos se ocorreu culpa grave do segurado ou do seu preposto.

"Nada há que objetar na apólice, porque a doutrina e a jurisprudência a respeito dêsses seguros excluem também as ditas hipóteses e a depender da legislação de cada país que disciplina, a matéria de modo diferente. Em regra, a culpa grave do segurado afasta a cobertura do risco, e talqualmente, se dita culpa é a do seu preposto.

"Essa graduação em culpa lata, leve ou levíssima, apesar de combatida, como velharia, ainda tem guarida em nossa legislação e vem sufragada pela jurisprudência ("Rev. dos Tribunais", vol. 184, pág. 129).

"Ensina EDUARDO ESPÍNOLA: "Excluída, a intenção de prejudicar, será grave a culpa sempre que houver falta de cuidado e de atenção comumente empregadas na prática do ato que produz; a culpa leve deriva da falta de diligência habitual em um bom pai de família; a levíssima consiste na omissão

de cuidado que tem o diligentíssimo pai de família e assinala o limite entre a culpa e o caso fortuito" ("Sistema", vol. I, pág. 593).

"De acôrdo, CHIRONI e ABELLO: "Os atos ilícitos do direito civil não se confundem com os delitos das leis penais" (ESPÍNOLA, ob. cit., pág. 590, nota 1).

"Quanto ao segurado, nada se apurou, a não ser que, presumidamente, era culpado pelo evento, não se precisando se houve culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

E não precisando os fatos e bastando a culpa levíssima para a sua Condenação no cível, não se há de afastar a cobertura do seguro, máxime ante o ensinamento da doutrina e da jurisprudência, de que a exclusão da responsabilidade civil só se dará se a culpa grave partir do segurado.

"No tocante ao preposto é que se poderá dizer que houve culpa grave ou leve de sua parte, pelo fato de ter sido condenado no crime, desde que aí não bastaria a culpa levíssima" (RAUL MACHADO, "A culpa no direito brasileiro", pág. 373).

"Entretanto, os fatos que determinaram a condenação do preposto poderão ser examinados para os efeitos de saber se a sua culpa era tal, que excluiria o seguro de responsabilidade.

"Na ação civil, em que foi condenado o preponente, não foi feito o exame de sua culpa, baseia-se na condenação criminoso sofrida pelo preposto. Mas os fatos indicados na decisão criminal, se incontroláveis pelo juiz civil, nos termos do art. 1.525 do Cód. Civil, serão reexaminados para o efeito da responsabilidade civil do preposto, a saber se trata de culpa lata equiparável ao dolo para excluir a cobertura do dano ocasionado (vêde acórdão do Supremo Tribunal Federal, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 186, pág. 912).

"E examinados os fatos constantes daquela decisão, verifica-se que a falta de iluminação dos faróis não teria ocorrido se, realmente, o ônibus viesse com velocidade apreciável, pois, a aceitar-se essa circunstância, viria êle com iluminação adequada, como ficou bem ressaltado e vê-se dos estudos a respeito

de WILLIAM H. CROUSE ("Conheça seu automóvel", pág. 95); ONORINO CARNEIRO QUEIRÓS ("Motores a explosão", pág. 150); H. A. BUZZONI ("Manual do automobilista", págs. 75 e 84).

"Dêsses estudos, conclui-se que a falta de bateria não impediria a iluminação se o autocaminhão viesse com a alegada velocidade. São situações antagônicas: velocidade apreciável e falta de iluminação.

"Em conseqüência, na falta de melhores dados, o acidente teria ocorrido quando o caminhão desenvolvia marcha mais que moderada e êsse fato por si só não evidenciaria falta grave equiparada ao dolo, por parte do preposto.

"Finalizando, não há carência de direito por violação de cláusula contratual.

"A transação feita entre o segurado e os parentes da vítima, após a condenação do primeiro, no juízo civil, sem o prévio assentimento da seguradora, não constitui violação do contrato.

"É certo que ficara exposto na apólice dever o segurado eximir-se de providências ou de fazer declarações reconhecendo direitos ou a procedência da reclamação do devedor, e, por outro lado, de declinar ou alegar, perante terceiros, a existência do seguro.

"Essa matéria é campo de grande divergência na doutrina e, especialmente, na jurisprudência francesa, mas é só de considerar violada a cláusula quando fôr precisa e não gerar perplexidade, não atentar contra o interêsse público, também em jôgo, e haja culpa ou fraude do segurado nesse reconhecimento (vêde MAZEAUD, obra cit., vol. III, págs. 854, 861, 862 e 863; CAMILO VITERBO, ob. cit., pág. 188).

"Ora, na espécie, não era obrigado o segurado a chamar a seguradora a assumir o processo e tomar a sua direção e, por isso mesmo, tendo sido condenado na ação civil, como antes o fôra o seu preposto na criminal, não era obrigado a apelar. E o posterior acôrdo teve em mira evitar maior responsabilidade de sua parte, se, afinal, fôsse liquidado o dano.

"Reconhecida a sua culpa, em juízo, poderia o réu transacionar sobre o *quantum*, não se vislumbrando violação da oitava cláusula contratual, que só é expressa quando veda ao segurado o reconhecimento da responsabilidade, não aludindo à transação.

"Entretanto, se considerasse implícita dita proibição na referida cláusula, não se perceberia, em concreto, a sua violação, não só porque a ré não demonstrou, nem sequer indicou motivo legítimo para impugnar o ato, bem como êste teria a sufragá-lo as circunstâncias e o momento em que foi celebrado (MAZEAUD, ob. e volume cits., pág. 863, nota 2, reportando-se a julgado do Tribunal Federal Suíço).

"Nessas circunstâncias, desde que não comprovada a culpa grave, pois que da decisão criminal poderia ter também ocorrido a culpa leve e não evidenciada no juízo civil a referida culpa do preposto ou do preponente, e nem a violação da cláusula contratual, é de se admitir a validade do seguro de responsabilidade civil, em referência.

"Pôrto Alegre, 18 de abril de 1951. - *Erasto Correia*, presidente; *M. Daielo*, relator".

Daí o presente recurso extraordinário, em que se alega, com a vulneração do artigo 1.525 do Cód. Civil e com o dissídio que se abre entre o venerando cresto recorrido e os acórdãos citados a fls. 83 e 85 dos autos. Nas razões de fls. ainda se alude á ofensa do art. 178, § 6º, inciso II, do Cód. Civil.

Razões a fls. e fls. (*lê*).

A julgamento.

## VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Invocou o recorrente para esforçar o apêlo as letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

Pôsto não aludisse o seu pedido ao artigo 178, § 6º, nº II, do Cód. Civil, nas razões é êle indicado como malferido pelo venerando aresto recorrido.

E que, dizem os recorrentes, estabelece o dispositivo citado ser de um ano n, prescrição da ação do segurado contra o segurador, *contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do fato*, enquanto que o venerando aresto recorrido fixa o marco inicial da prescrição da sentença que faz surgir a garantia acordada entre seguradora e segurado".

"A resolução da egrégia Câmara recorrida quanto à prescrição, assevera a recorrente, não se enquadra no texto do inciso II, § 6º, do art. 178, visto estabelecer uma condição não prevista na mesma: a condenação pessoal do segurado".

O fato a que alude o preceito legal é o que autoriza a ação, *verbis*:

"Prescreve em um ano a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, *se o ato que a autoriza se verificar no país, contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato*. Antes dêsse conhecimento, antes de ciente da lesão de seu direito, não pode o prejudicado propor ação, têmos em que o preceito citado é um caso de aplicação do princípio da *actio nata*".

E o venerando aresto de fls. não o feriu em seu âmago ou em seu córtice.

Fala o texto legal que começa a fluir o prazo de prescrição de um ano do dia em que o interessado se torna noticioso *de fato que a autoria*.

E, na hipótese, o fato que autorizava a ação era a condenação do segurado.

Foi o que sublinhou o próprio acórdão, *verbis*:

"... o prazo só começa a correr da decisão, que faz surgir a garantia acordada entre seguradora e segurado, nos seguros da responsabilidade".

A alegação dos recorrentes deixa em oblição, exatamente, que se trata de seguro de responsabilidade civil - contrato em virtude do qual, mediante o prêmio ou prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento da indenização que porventura lhe seja imposta com base em fato que acarrete sua

obrigação de reparar o dano" (AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", 2ª ed., vol. II, página 443).

Contrato de garantia, a obrigação do segurador nasce da imposição ao segurado da pena civil, o que bastou a infaturar, neste pouco, a alegação da recorrente e pôr de manifesto haver ficado invulnerado o preceito citado do Cód. Civil.

Ainda que o caso pudesse espertar dúvidas em certos aspectos, êle é certo não se tratar de vulneração de letra de lei.

Alega, ainda, porém, a recorrente ofensa do art. 1.523 do Cód. Civil e, ainda, ao propósito do assunto que êle versa, estar o venerando aresto recorrido em chaças com os acórdãos que cita a fls., ao fito de justificar o cabimento do recurso na letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

Passo a ler as alusões aos arestos que exemplificariam a divergência: (*lê*).

Como se vê, dessas indicações, não curou a recorrente em demonstrar a propinquidade dos casos, a semelhança das hipóteses decididas, bastando realçar em contrário que o caso dos autos é de responsabilidade contratual.

Resta, pois, examinar se ofendido foi, e em sua mesma letra, o art. 1.523 do Código Civil, que versa o implexo e trituradíssimo assunto da influência, no juízo civil, do julgado criminal.

Já a consideração deixada acima, de se tratar de responsabilidade derivada do contrato, fazendo desmaiar a influência, no cível, da sentença penal, eliminaria a hipótese de vulneração da letra mesma do art. 1.523 citado.

De resto, inegável é, em tese, a influência discutida, mas naquilo que pertence às duas jurisdições, ocorrendo os extremos da *res iudicata*.

Em outras, e várias oportunidades, tive ensejo de desdobrar, embora em compêndio, vários aspectos da *per difficilis ac voexata quaestio*.

Aqui, o que cumpre só examinar é se foi vulnerado o art. 1.523 em sua própria superfície verbal.

Tenho que não. O dispositivo de que se trata enuncia a tese de ser independente a responsabilidade civil da criminal, não se podendo, entretanto, controverter mais, se tais questões se acharem decididas no crime, sôbre a existência do *fato* ou quem seja o seu autor.

E sôbre a ocorrência mesma do fato e sua autoria não corre dissídio entre o julgado criminal e o venerando aresto recorrido.

A qualificação do fato e o exame das circunstâncias que o envolveram foram objetos, nos dois juízos, de apreciação diferentes, não ocorrendo, entretanto, a essa conta, vulneração da própria literalidade do artigo 1.523 citada.

Numerosas questões alcançam o caso dos autos. E a êles não falece interêsse prático e sedução doutrinária.

Mas, ao plano do recurso extraordinário só vieram à balha as que se acham acima indicadas e cujo exame leva ao remate do descabimento do apêlo.

Não conheço, preliminarmente, do recurso.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram, preliminarmente, por decisão unânime, de conhecer do recurso.

Ausentes ao relatório, deixaram de tomar parte no julgamento os Exmos. Srs. ministros ROCHA LAGOA e EDGAR COSTA.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar em gôzo de férias, sendo substituído pelo Exma. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

## FALÊNCIA - DEPÓSITO

**- O depósito da importância da dívida elide a decretação da falência. Não constitui depósito bancário a importância recebida "para guardar", inexistindo documento próprio, ou proposta de depósito.**

José Gobat *versus* Banco Central Mercantil S. A.

Rec. ext. nº 17.224 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA

### ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 17.224, do Distrito Federal, em que é recorrente José Gobat e recorrido Banco Central Mercantil S. A.:

Acordam os ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, não conhecer do recurso, de conformidade com as notas taquigráficas juntas aos autos.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 27 de junho de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Antônio Carlos Lafayette de Andrada*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: A decisão recorrida denegou a falência do Banco Central Mercantil S. A. Como assistente no processo figurou o Dr. José Gobat por ter assinado promissória, como avalista.

Eis os fundamentos do acórdão:

*Ementa* - O depósito da importância da dívida, motivo de pedir a decretação da falência do devedor, a elide (parte 2ª do § 2º do art. 11 da Lei de Falências). Não constitui depósito bancário a importância recebida "para guardar", inexistindo documento próprio, ou proposta de depósito.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 9.465, em que é agravante o Banco Central Mercantil, S. A. e agravados Carlos Luciano da Rocha e a massa falida do mesmo Banco:

"Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, reformando a decisão agravada, denegar a falência.

"Custas *ex lege*.

"E assim decidem porque dois são às motivos invocados pelo 1º agravado para a decretação da falência: a falta de pagamento de título de dívida líquida e certa, como seja, a promissória de Cr\$ 100.000,00, assinada pelo representante legal do falido e devidamente protestada, e da importância depositada de Cr\$ 197.327,00, sendo o primeiro elidido nos termos da parte segunda do § 2º do art. 11 do dec.-lei número 7.661, de 1945, e o segundo tão-só por não constituir depósito bancário, mesmo porque por estar provado não ter a sua entrega essa destinação.

"Bem decidiu a decisão agravada denegando a falência pelo primeiro dêses motivos, uma vez que hoje, face à lei, o depósito da importância do crédito autorizado pelo § 2º do art. 11 do citado decreto-lei não admite qualquer discussão quanto aos seus efeitos, que não são restritos à garantia exigida àquele que pretende se defender do pedido de falência, porém a elidi-lo, mesmo quando êsse não tenha, sido o propósito do devedor, como certo faz a sua parte segunda ao dispor: "feito o depósito, a falência não pode ser declarada, e se fôr verificada a improcedência das alegações do devedor, o juiz ordenará, em favor do requerente da falência, o levantamento da quantia depositada, ou da que tiver reconhecido como legítimamente de vida".

"A alegação do agravante relativamente à nulidade do título por não terem seus subscritores qualidade para obrigarem-no, é de nenhuma procedência, diante dos termos da cláusula, ou melhor, do art. 10 dos estatutos do Banco-agravante, ao consignar "obrigá-lo" documento de qualquer natureza, uma vez que esteja assinado por um diretor ou procurador, com poderes indispensáveis à obrigação assumida.

"Ora, isso se verificou, no caso dos autos, como nô-lo demonstra a prova colhida e bem acentuou a decisão agravada, pois José Gobat era um dos diretores do estabelecimento e Adjalme Figueiredo procurador com poderes bastantes para êsse fim, em nada favorecendo ao agravante não ter sido o título lançado na escrita, máxime em havendo irregularidades nos negócios bancários que motivaram a intervenção da entidade fiscalizadora federal.

"Dos t ermos do documento que dá notícia a certid ao de fls. 22,   fora de d vidia que o segundo motivo do pedido de falência não traduz depósito bancário, portanto d vida que autorizasse a decreta o da falência, como se verifica da declara o constante do respectivo instrumento "para guardar".

"A falta de proposta ou instrumento regular de depósito bancário basta para a prova da existência de d vida líquida e certa, que autorizasse a decreta o da falência.

"O próprio ilustrado juiz *a quo* reconhece na sua sustenta o de fls. 108 não traduzir depósito bancário o documento a que se refere aquela certid ao, ao repelir a alega o do mesmo representar uma obriga o pessoal do assistente, também agravante, Dr. José Gobat, e não um encargo do Banco, ao escrever, quanto a êsse argumento, a simula o não se presume, e, além disso, t da a matéria que na minuta relacionada   objeto de uma a o ordinária que, neste mesmo juízo, o Dr. José Gobat move ao Dr. Artur Vítor - antes que julgue a demanda, não   possível extrair dela qualquer argumento incontestável com que se venha elidir a falência; reconhece, portanto, a inexistência de seu caráter de d vida líquida e certa, de que d  - notícia o art. 1  da Lei de Falências e, mais que isso, seja obrigado o agravante.

"Daí dar-se, como se d , provimento ao presente recurso, para, reformando a sentença agravada, denegar o pedido de falência do agravante, pelo segundo motivo, por não traduzir depósito o doc. de fls., e por elidido pelo pagamento, o primeiro.

"Distrito Federal, 26 de julho de 1949. - *Antônio Vieira Braga*, presidente: *Mém de Vasconcelos Reis*, relator".

O Dr. José Gobat interpôs recurso extraordinário com fundamento na letra *a* do inciso III do art. 101 da Constituição. Alega ofensa ao art. 289 do Cód. de Proc. Civil e arts. 995, 997 e 1.074 do Cód. Civil.

Argumenta: (*lê fls. 143*).

As partes arrazoaram.

É o relatório. À mesa.

### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): O recurso é de assistente na falência do Banco Central Mercantil S. A. Pretende se reconheça coisa julgada.

Não houve ofensa ao art. 289 do Código de Proc. Civil. O acórdão recorrido negou a falência do Banco, decidiu a favor do ora recorrente. Na parte de interesse direto do recorrente aludiu o acórdão: "Além disso, tôda a matéria que na minuta é relacionada é objeto de uma ação ordinária que neste mesmo juízo, o Dr. José Gobat move ao Dr. Artur Vítor. Antes que se julgue a demanda, não é possível extrair dela qualquer argumento incontestável com que se venha elidir a falência; reconhece, portanto, a inexistência de seu caráter de dívida líquida e certa, de que dá notícia o art. 1º da Lei de Falências, e, mais que isso, seja obrigado o agravante" (fls. 133). Mesmo que a êsse tempo a demanda do recorrente já estivesse julgada, a decisão, ora em exame, não feriu *coisa julgada*. Não foi isso alegado no correr dêste processo e assim o acórdão não dá ensejo ao recurso extraordinário. Se a alegação houvesse sido feita e desprezada, se teria caracterizado essa ofensa. Além disso, não se provou nestes autos os pressupostos da coisa julgada: questão já decidida, relativa à mesma lide.

Também sem procedência o desrespeito aos arts. 995, 997 e 1.074 do Cód. Civil. A matéria dos autos é regulada pela Lei de Falências. Tratou-se sòmente de se saber se a falência requerida era ou não de ser decretada. A conclusão dos julgados foi pela negativa. Ficou resolvido ter sido a falência elidida, pelo depósito (fls. 132).

Tenho para mim do não cabimento do recurso e dêle não tomo conhecimento.

### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram, preliminarmente, do recurso, contra o voto do Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA.

Ausente, com causa justificada, o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

\*

### LETRA DE CÂMBIO - AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO

**- Não é título de crédito a letra de câmbio a que falte, a assinatura do sacador, mas o documento pode constituir prova de obrigação exigível e justificar a ação comum de locupletamento indébito.**

João Batista da Silva *versus* Espólio de João Arão

Rec. ext. nº 17.120 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 17.120, de São Paulo, recorrente João Batista da Silva, recorrido espólio de João Arão:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, não conhecer do recurso, unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 3 de julho de 1950. - *José Linhares*, presidente; *Álvaro M. Ribeiro da Costa*, relator.

## RELATÓRIO

O Sr. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Processa-se, na comarca de Assis, Estado de

São Paulo, por iniciativa do espólio de João Arão, representado pela viúva inventariante, com fundamento no art. 48 da lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, contra João Batista da Silva, ação de locupletamento ilícito, para haver dêste a importância de Cr\$ 250.000,00, a que se refere a cambial de fls. 8, ou a quantia com que se locupletou, expostos os motivos fundamentais da ação nos itens I a XV da inicial (fls. 2 a 4).

Oferecidas contestação e reconvenção, prosseguiu o feito até a prolação da sentença de fls. 143 a 164. Concluiu o MM. juiz pela procedência do pedido, condenando o réu a pagar ao espólio-autor a importância de Cr\$ 227.000,00, confessada a fls. 12 v. dos autos, ressaltando-lhe, contudo, o direito de, pela ação competente, propor contra o espólio a prestação de suas contas, condenando ainda o réu ao pagamento dos juros da mora, contados da citação inicial, nos termos da decisão constante da "Rev. dos Tribunais", vol. 156, pág. 649.

Interposta apelação, foi a mesma desprovida, reportando-se o acórdão de fls. 200 aos fundamentos da sentença apelada, que fêz honra ao qualificativo de "magnífica decisão".

Vencido, valeu-se o réu do recurso constitucional à sombra da alínea a do texto adequado, aduzindo aos *consideranda* da sentença, confirmada pelo acórdão recorrido, que tendo ela reconhecido: a) que o documento de fls. 8 não tem natureza cambial; b) que dêsse documento decorre a existência de um mútuo, como negócio fundamental, subjacente, definiu, mediante essas afirmativas, precisamente, a incidência legal e, então, remata:

"Se na relação cambiária a posição de João Batista da Silva, como *aceitante* seria do responsável principal, e a de João Arão, como *avalista*, de mero garantidor, no mútuo seriam ambos, igualmente, devedores solidários.

"Logo, segundo as premissas estabelecidas pela sentença na análise do documento de fls. 8, a incidência não era dos artigos 14 e 15 da Lei Cambial, mas, isto, sim, dos arts. 1.256 *usque* 1.264, combinados com os arts. 890, 896, 897 e 913 do Código Civil.

"Sem embargo disso, a decisão deixou de aplicar o Cód. Civil incidente para aplicar o dec. nº 2.044, lei não incidente".

Juntas, a fls. 209 e segs., as alegações de defesa, e a fls. 227, as contra-razões, subiram os autos, em tempo hábil.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Fundou-se a ação, de locupletamento indébito, no art. 48 da lei nº 2.044, suscitando o réu, ao propósito, a preliminar de impropriedade, porque o título (fls. 8) que a fundamenta não é letra de câmbio, uma vez que lhe falta um requisito essencial - a assinatura do sacador.

Argumenta o julgado de primeira instância (fls. 149): "Desta exposição, parecerá à primeira vista, que assiste razão ao réu. Um exame mais aprofundado da matéria revelará, contudo, que tem cabimento, na espécie, não a ação do art. 48 da lei número 2.044, mas a ação comum de locupletamento, JOÃO ARRUDA, explicando o fundamento desta ação, ensina que a prescrição paralisa somente a ação, mas não extingue o direito do credor, podendo este portanto, intentar a ação que lhe dava o contrato de que nasceu, ou proveio, o título cambial. Tem de comum com a ação cambiária apenas, como salienta VIVANTE, que o autor deve estar na posse da cambial, pois que "*il diritto che forma l'oggetto dell'azione e le comunica la sua natura giuridica è essenzialmente diverso*" ("Diritto Commerciale", vol. 3º, pág. 566). CARVALHO DE MENDONÇA salienta, também, que a ação de

enriquecimento baseia-se nas relações que deram causa à criação da letra de câmbio" ("Tratado de Direito Comercial", vol. V, 2ª parte, nº 940) e, portanto, as normas rigorosamente cambiais não afetam as relações jurídicas que precederam à criação ou ao aceite da letra de câmbio (ob. cit., nº 938). As relações de que nasce são estranhas ao direito cambial (ob. cit., nº 940), não derivam do título (SARAIVA, "A Cambial", pág. 622). Ora, se na cambial prescrita ou decadente subsiste a obrigação originária, não vemos motivos para que não subsista igualmente nas cambiais a que faltam requisitos essenciais e que, por isso, não valem como letras de câmbio. Ensina TULLIO ASCARELLI que o título de crédito é antes de mais nada, um "documento", e acrescenta: "A disciplina legislativa, necessariamente diferente quanto aos títulos diversos, indica os requisitos de cada um deles. Caráter constante, porém, de todos, é que constituem um "documento", "escrito", "assinado" pelo devedor, "formal", no sentido de que é submetido a condições de forma, estabelecidas justamente para identificar com exatidão o direito nêle mencionado e as suas modalidades, a espécie do título de crédito (daí nos títulos cambiários até o requisito da denominação), a pessoa do credor, a forma da circulação do título e a pessoa do devedor" ("Teoria Geral dos Títulos de Crédito", nº 5, pág. 29). Levanta, em seguida, a seguinte questão: "Questão distinta é a de saber-se se, embora não sendo título de crédito, o documento, nesses casos, constitui prova suficiente de uma obrigação civil ou comercial, podendo ser invocado para êsse fim" (ob. cit., pág. 32).

".....

"Assim, embora o título, por falta de requisito essencial, não possa ser tido como cambial, comprova, todavia, o contrato primitivo, o negócio fundamental. Isto porque, embora declare o Cód. Civil (art. 130) que "não vale o ato que deixar de revestir a forma especial determinada em lei", "a nulidade do instrumento não induz a do ato, sempre que êste puder provar-se por outro meio" (Cód. Civil, art. 152, parág. único). Daí, por que WHITAKER, depois de afirmar que a nulidade do título acarreta, evidentemente, a nulidade de tôdas as declarações nêle lançadas, pois que, não havendo letra, de câmbio, não, pode, tampouco, haver obrigação cambial, declara que: "Nada impede, entretanto, que o título nulo tenha, nas relações extra-cambiárias, os efeitos probatórios regulares" (ob. cit., pág. 88).

Conclui a sentença, depois de arrimar-se à opinião de MAGARINOS TÔRRES, EDUARDO ESPÍNOLA e PAULO DE LACERDA. Nessas condições, não tem procedência a preliminar levantada, de vez que, em face dos arts. 75 do Cód. Civil e 291 do Cód. de Processo Civil, a ação é de rito ordinário. Não tem qualquer significação o fato de ter o espólio-autor fundado a sua cobrança no art. 48 da lei nº 2.044, porque, como dispõe o art. 276 do Cód. de Processo, "a impropriedade da ação não importará nulidade do processo". Aliás, não se trata, pròpriamente de impropriedade de ação, pois que ambas têm o rito ordinário (art. 48, segunda alínea, da lei nº 2.044, e art. 291 do Cód. de Processo).

Opõe o recorrente, a essa razão substancial da sentença, no afastar a arguição preliminar, a inferência de que, se na relação cambiária a posição de João Batista da Silva, como *aceitante*, seria responsável principal, e a de João Arão, como *avalista*, de mero garantidor, no mútuo seriam ambos, igualmente, devedores solidários; logo, segundo as premissas estabelecidas pela sentença na análise do documento de fls. 8, a incidência não era dos arts. 14 e 15 da Lei Cambial, mas, isto, dos arts. 1.256 e 1.264, combinados com os arts. 890, 896, 897 e 913 do Cód. Civil.

Nenhuma razão ampara o recurso, sob essa feição, pretendendo o recorrente que se aprecie a causa como decorrente de mútuo e que aos mutuários, que seriam as partes figurantes no título, como solidariamente responsáveis, se aplique a regra constante do art. 913 do Cód. Civil.

A sentença bem apreendeu a hipótese, em face do título de fls. 8, evidenciando-se da prova colhida e da própria confissão, a fls. 12 v. dos autos, que o negócio fundamental fora um empréstimo realizado pelo ora recorrente a Antônio de Pádua Melo, figurando o finado João Arão como avalista, ou garantidor do cumprimento da obrigação. A posição, pois, do de cujus não é, como se pretende, de mutuário, não tendo êle se beneficiado com o produto do empréstimo e, sim, exclusivamente, o recorrente. Acontece haver o finado, como garantidor da obrigação, honrado o compromisso, tornando-se, de conseqüente, credor do réu, ora recorrente, da importância com que êste se locupletou, embolsando o produto do referido empréstimo, daí lhe assistindo direito a reaver a importância por êle integralmente paga.

Vê-se do exposto que o recorrente visa, evidentemente, alterar a face do problema jurídico em tela, a fim de o submeter a novos debates e à reapreciação pela instância extraordinária, o que é defeso em lei.

Deixo, portanto, de tomar conhecimento do recurso preliminarmente.

## DECISÃO

Como consto, da ata, a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento do recurso, unânimemente.

\*

## RETOMADA - USO COMERCIAL

**- Concede-se a retomada para uso de firma de que o proprietário faz parte. Não Ne exige prova prévia da sinceridade do pedido.**

Kalil Darzé *versus* Armando Augusto dos Reis

Rec. ext. nº 14.458 (embs.) - Rel.: MIN. LAFAYETTE DE ANDRADA

## ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 14.458, embargos, da Bahia, em que é embargante Kalil Darzé e embargado Armando Augusto dos Reis:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, rejeitar os embargos de conformidade com as notas taquigráficas juntas aos autos.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 1º de junho de 1950. - *Lauda de Camargo*, presidente; *Antonio Carlos Lafayette de Andrada*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Trata-se de ação renovatória de contrato de locação. O Tribunal da Bahia deferiu a retomada pedida pelo proprietário para uso do imóvel por firma comercial de que faz parte: uso próprio. A renovação foi indeferida.

A 1ª Turma conheceu do recurso e, unânimemente, negou-lhe provimento, adotando a tese do acórdão então recorrido. O conhecimento do extraordinário foi autorizado pela letra *d*.

Eis o voto vencedor: (*lê fls. 165*).

Kalil Darzé ofereceu embargos, procurando mostrar que a jurisprudência tem seguido orientação diversa: não dispensa a prova da sinceridade - exige-a previamente.

Argumenta: (*lê*).

Os embargos foram impugnados.

Com êste relatório passo os autos ao Sr. ministro revisor.

## VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): Trata-se de retomada de prédio para uso próprio, para uso da firma comercial de que o proprietário faz parte.

A decisão embargada foi no sentido da jurisprudência: manteve a retomada, sem exigir a prova prévia da sinceridade do locador e permitindo a prova da insinceridade por parte do locatário.

Assim venho sustentando invariavelmente. O proprietário de um imóvel pode retomá-lo para seu uso ou para uso da firma comercial de que faça parte: há nessa hipótese o uso próprio.

A retomada pelo proprietário dispensa, a prova prévia da sinceridade do pedido: pede o imóvel e fica sujeito às penalidades da lei se não cumprir o que alegar quanto ao destino a dar ao pedido. Em favor do proprietário há a presunção de honestidade, de boa-fé que acompanha o direito de propriedade (recs. exts. ns. 9.352, de 14-6-46; 9.732, de 16-7-46; 11.272 (embargos), de 8 de julho de 1948; 14.376, de 25-1-49, e 14.509, de 19-4-49).

A prova da insinceridade pode ser dada pela parte contrária. Os autos da ação podem, mesmo, fornecer elementos que levem ao juiz a convicção da insinceridade e nessa hipótese a retomada pode ser indeferida.

Na espécie, essa a tese adotada e as custas mostram a sinceridade do autor.

Desprezo os embargos.

### ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (revisor): Sr. presidente, o ilustre advogado que ocupou a tribuna, sustentando os embargos opostos ao acórdão, alegou matéria que S. Ex.<sup>a</sup> mesmo disse foi alegada só nesses embargos matéria que, a meu ver, entende com a legitimidade da parte, uma vez que o autor, propondo a ação em que pede a retomada do imóvel, alegou a qualidade de proprietário desse imóvel. Mas, essa qualidade é contestada pelo ilustre advogado que ocupou a tribuna, sob a afirmação de que o autor não é proprietário; o autor alegou que é condômino do imóvel. Se esta fôsse a posição jurídica do autor ao pedir a retomada, a meu ver cumpria ao réu suscitar a preliminar de ilegitimidade de parte contra o pedido de retomada e esta matéria teria que ser enfrentada e resolvida no saneador.

Na contestação, o réu, ao pedir a retomada, alegou, preliminarmente, que adquirira o prédio para ele e seus filhos menores. Na escritura nenhuma declaração foi consignada pelos vendedores de referência ao contrato que tinham com os embargantes, cujo contrato, sem esta declaração expressa na escritura, o comprador não está obrigado a respeitar. E que, por conseguinte, a pretensão do autor à renovação do contrato de locação já extinta, não se justifica.

O autor opôs à contestação a seguinte réplica: (*lê fls. 143*).

O autor interpôs agravo do despacho saneador. Houve, portanto, despacho saneador.

Vê-se que na réplica à contestação o autor não levanta a preliminar de ilegitimidade do réu, que alega que adquiriu o prédio para os filhos e deseja no mesmo instalar um dos filhos e ele próprio com um negócio comercial.

Procederei à leitura do acórdão, de que foi interposto recurso extraordinário, na parte que interessa ao julgamento dos embargos.

A sentença de primeira instância dera pela procedência do pedido de retomada e o acórdão do Tribunal de Justiça reza: (*lê acórdão de fls. 138*).

O acórdão é unânime; examinou o pedido de retomada sob o ângulo da sinceridade, declarou sincero êsse pedido, achou legítimo, nas condições expostas, e afirmou que o proprietário deste o adquirira para seus filhos, com o fito de instalar nas suas lojas, e oportunamente, um dos seus filhos.

O que o advogado ora alegou da tribuna é que o embargante não é proprietário nem condômino do imóvel, que pertence a seus filhos.

Esta matéria não foi objeto de decisão pelo acórdão recorrido. Daí porque, no recurso extraordinário trazido a julgamento perante a 1ª Turma, o relator, que foi o eminente Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, produziu o seguinte voto, com o qual fiquei inteiramente de acordo, bem como os demais colegas. Diz o voto de S. Ex.<sup>a</sup>: (*lê veto de fls. 165*).

Expostas as condições mediante as quais o pedido de retomada vingou na Justiça local e expostos igualmente os fundamentos pelos quais também a 1ª Turma conheceu do recurso em face da divergência de julgados, quanto ao pedido para uso próprio, devo referir-me à sustentação do advogado.

Não me parece que em embargos possa ser acolhida a alegação embora relevante, feita por S. Ex.<sup>a</sup>, de que o réu que pede a retomada não é proprietário do imóvel. Esta matéria não esta provada nos autos. O que está provado é que

pediu o imóvel na qualidade de proprietário, alegando que o fazia, a fim de instalar nas lojas um ramo de negócio para seu filho.

Assim, pois, não posso considerar a defesa apresentada nos embargos sob esse ângulo, uma vez que nem sequer o Tribunal local enfrentou essa feição da defesa, apresentada agora.

O acórdão local não pôs em dúvida que o réu, pedindo a retomada, preenchesse todos os requisitos da lei e aceitou-o como proprietário. Trata-se, por conseguinte, de prova a ser feita em ação rescisória.

Quanto à matéria dos embargos, meu voto é o seguinte:

#### VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Trata-se de pedido de retomada para uso próprio, deferido nas condições previstas na lei nº 24.150, ressaltando o julgado local a ausência de prova da insinceridade, elemento que pesaria em sentido contrário à pretensão do proprietário. Não houve ofensa à letra da lei, verificando-se o ingresso à via extraordinária, de acordo com a alínea d do texto constitucional adequado. Agitam, pois, os embargos, matéria de todo irrelevante.

Desprezo os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, sinto grande pesar em não poder aderir à tese sustentada pelo eminente ministro RIBEIRO DA COSTA, segundo a qual não é possível, em embargos infringentes opostos ao acórdão que conhece do recurso extraordinário, discutir a legitimidade da parte. Admitido ao conhecimento da Turma o recurso extraordinário, transforma-se este Tribunal em instância de mérito, em terceira instância, julgando inteiramente o caso. A Constituição afirma-o expressamente, quando diz, no artigo 101, inciso III:

"Julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes", etc.

Conseqüentemente, admitido ao conhecimento o recurso extraordinário, a causa tem de ser julgada no mérito, e elemento do mérito, condição da ação, requisito da tutela jurídica, é a legitimidade para a causa.

O direito de gestão processual, o interêsse de agir e a questão de direito são as três condições da ação, são os três requisitos da tutela jurídica. Assim, parece-me que ao Supremo Tribunal é lícito, em grau de recurso extraordinário, apreciar a legitimidade das partes *ad causam*, a legitimidade ativa ou passiva.

No caso dos autos, afirma-se expressamente que a causa foi proposta por quem pretendia exercer o direito de retomada para seus filhos. Por conseguinte, quem exerce o direito de retomada confessa não ser proprietário do prédio, alegando que o retoma para seus filhos, que o prédio é destinado ao uso próprio de seus filhos, que são os proprietários.

Posta de lado, porém, essa controvérsia, recebo os embargos, porque não posso aderir à tese aceita no acórdão impugnado pelo recurso extraordinário e também pelo acórdão ora embargado.

Afirma o Tribunal de Justiça da Bahia que, segundo o art. 8º, letra *e*, do dec. número 24.150, de 20 de abril de 1934, não cabe ao locador provar que vai destinar o prédio a seu próprio uso. Êste art. 8º enumera exceções, enumera contra-direitos conferidos ao locador. Ora, não é lícito que alguém oponha uma exceção sem prová-la. Isso decorre do texto do art. 209, § 2º, do Cód. de Proc. Civil, relativo a fatos extintivos ou impeditivos do direito pretendido pelo autor. Se o locador vem a juízo e opõe a exceção de que vai destinar o prédio a seu próprio uso, deve, pelo menos, tornar crível êsse uso.

Não parece, pois, razoável, Sr. presidente, que se confira ao locador a faculdade de pela mera alegação de que vai destinar o prédio a uso próprio, resolver o contrato de locação, dando lugar a que se extinga o estabelecimento comercial ou industrial, cuja conservação é o propósito máximo, precípua da lei.

Ainda há pouco, pedi licença aos meus eminentes colegas para sustentar que, em face do nosso sistema legal, o estabelecimento comercial ou industrial deve ser, tanto quanto possível, conservado, ao contrário do que se verifica no sistema francês de 1926, que foi, de certo modo, nosso modelo.

Todo o cuidado do juiz, pois, deve ser no sentido de que se conserve o estabelecimento comercial ou industrial, só se admitindo a asserção do locador quando ela estiver cabalmente provada ou, pelo menos, acompanhada de elementos que a tornem digna de fé, de aceitação.

Assim sendo, Sr. presidente, por não poder aceitar a tese sustentada no acórdão do Tribunal local, esposada pela egrégia 1ª Turma, recebo os embargos, *data venia* dos eminentes Srs. ministros relator e revisor.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, conhecido o recurso pela egrégia 1ª Turma, o Tribunal, como acentuou o eminente ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, podia e devia entrar no exame e apreciação das provas, e, no caso em espécie, sôbre a questão da sinceridade ou não do pedido, formulado pelo embargado.

Ao locatário cabe a prova de insinceridade, não necessitando o locador provar sua sinceridade, porque êle tem, em seu favor, essa presunção. Mas, também, já se tem acentuado, em diversas decisões, e neste sentido tenho votado, que a insinceridade pode surgir dos próprios têrmos do pedido, sem necessidade de que o locatário faça essa prova. Do próprio pedido pode-se deduzir a insinceridade dêle e é o que o embargante sustenta: que, no caso, não houve sinceridade no pedido de retomada. E não houve, por dois motivos:

Primeiro, porque o embargante não é proprietário do prédio, mas representa seus filhos menores, tanto assim que êle veio a juízo como pai; representando seus filhos menores; logo, êstes não podiam se estabelecer. E, mais, êle não se poderia estabelecer, por qualquer dos filhos, ainda que algum pudesse fazê-lo, porque o seu contrato comercial lho vedava.

De forma que não é uma questão de legitimidade de partes o que se discute, mas sim a questão da sinceridade. E afigura-se-me que a insinceridade, à vista das alegações e das provas dos autos, surge dos próprios termos do pedido, em face do que consta dos autos.

Assim, com a devida vênia da Turma, acompanho o voto do eminente ministro HAHNEMANN GUIMARÃES: recebo os embargos, para julgar improcedente a ação.

## VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, a primeira questão a ser defrontada e resolvida, no caso, é a de se definir o âmbito em que se estreita ou se amplia o recurso extraordinário. É saber se as questões ora suscitadas da tribuna pelo eminente advogado podem ser conhecidas, ainda que não versadas e solvidas pela Justiça local.

Constitucionalistas nossos, do mais elevado tomo, como CASTRO NUNES e FRANCISCO CAMPOS, entendem que, no recurso extraordinário, o Supremo Tribunal julga a causa, mas julga-a no plano inalterável de fato estabelecido pela Justiça local. Uma vez que entenda que haja ofensa de letra de lei, julga a causa, mas nos pressupostos do fato apurados pela Justiça local.

Desabraço-me, entretanto, dessa douta opinião para entender que, conhecido o recurso, o Supremo Tribunal julga a causa, como está na Lei Maior. Êsse julgamento abrange o fato e o direito. Nem a aplicação do direito é possível sem a apreciação do fato, que o origina: *ex facto ius oritur*.

Mas êsse julgamento se dá, nos limites em que a controvérsia foi enterreirada no juízo local e antessupõe a pronúncia derradeira dêste. A não ser que ocorra pronunciamento implícito, não poderá questão irresolvida na Justiça local receber desate no Supremo Tribunal Federal.

Não pode, assim, pois, *data venia*, ser agora versada a questão da *illegitimatío ad causam* suscitada da tribuna pelo eminente advogado do embargante.

A questão é de mérito, ainda que preliminar. Neste particular, ponho-me de acôrdo com o eminente Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES. A ilegitimidade não é *ad processam*, mas *ad causam*. Faltaria, neste caso, ao embargado a qualidade para proceder como condômino. Mas não é isso o que consta dos autos, ao que inferi do relatório e dos debates.

O condômino é dono. E o sócio pode exercer o *droit de réprise* em favor da sociedade.

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Êle, próprio declara na contestação que é condômino.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: A questão é nova. Mas, no caso, já se tornou indebatível, não porque, ao propósito, o despacho saneador produzisse coisa julgada. O despacho saneador produz *res iudicata* nas questões, que decide Mas, se trata de questão não suscitada na instância local, não pode ser, a meu ver, apresentada no recurso extraordinário.

Restam as demais questões. Nelas, nítido tem sido meu modesto pronunciamento. Entendo que a sinceridade se presume sempre, "*quilibet praesumitur bonus donec probetur contrariam*".

Não se presume a insinceridade, não se presume o dolo, a mendacidade o que se presume é a lealdade e a sinceridade no procedimento dos homens. O ônus da prova da insinceridade cabe ao locatário, porque a sinceridade vem desde logo provada, ainda que por simples presunção *hominis*.

A prova é frágil. Mas subsiste, enquanto indestruída, o que pode ocorrer pela própria apresentação do pedido, como adverte o eminente Sr. ministro EDGAR COSTA. Estou de inteiro acôrdo com S. Ex.<sup>a</sup> em que cabe ao locatário produzir a prova da insinceridade, mas, uma vez que o acórdão entende que a sinceridade surgiu provada, parece-me que também neste particular os embargantes não têm razão, como, igualmente, não a têm nas demais questões que são acessórias.

Rejeito os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sr. presidente, rejeito os embargos.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Sr. presidente, o Tribunal baiano não decidiu a causa e não a decidiu, porque o maior argumento do acórdão recorrido é que a sinceridade provinha do grande conceito de que gozava o locador na sociedade baiana, homem extraordinariamente sério e financeiramente independente.

Mas o próprio locador teria dito, na contestação da ação, que o prédio não era para êle, mas, sim, o havia adquirido para seus filhos. Ora, era preciso que essa prova de necessidade ocorresse, e não, como resultou, ser contra o autor.

Sou daqueles que pensam que a simples afirmação da necessidade é uma presunção. Mas essa presunção cede a provas em contrário e o Tribunal baiano não quis enxergar o que ilidia inteiramente a prova de sinceridade.

Assim, recebo os embargos.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros HAHNEMANN GUIMARÃES, EDGAR COSTA e JOSÉ LINHARES.

Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

\*

**SOCIEDADE COMERCIAL - DISSOLUÇÃO - DIVISÃO DO  
PATRIMÔNIO COMUM**

- Quando a causa de dissolução da sociedade opera de pleno direito, ao sócio apenas compete requerer a divisão do patrimônio comum. O caso é menos de "actio pro socio" que de "actio communi dividundo".

- Desfeita a sociedade, a partilha pode ser pedida por qualquer sócio, ainda que, pela falta de registro, o instrumento do contrato não tivesse validade entre os sócios. Essa falta impediria a existência regular da sociedade; não impede, porém, que se constitua um patrimônio comum e que o sócio peça a divisão.

Daniel Uziel *versus* Moreno Castro & Cia.

Rec. ext. n° 9.892 (embs.) - Rel.: MIN. HAHNEMANN GUIMARÃES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n° 9.892, do Distrito Federal, em que é embargante Daniel Uziel, sendo embargados Moreno Castro & Cia.:

Acordam, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal receber os embargos, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 18 de agosto de 1950. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Decidiram, em acórdão de 10 de abril de 1945 (fls. 80), os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Apelação, que Daniel Uziel não tinha qualidade para requerer a dissolução e a liquidação de Moreno Castro & Cia., sociedade em nome coletivo, constituída de Jacques Eskenazzi, Claude Joseph Brutt e Moreno Castro (fls. 14 a 20). O documento de fls. 9 mostra que entre Moreno Castro & Cia. e Daniel Uziel se formou uma sociedade de fato. Se Moreno Castro & Cia. estivesse dissolvida pelo advento do termo de sua duração, caberia apenas a seus sócios pedir a declaração da

dissolução, para que se liquidasse o patrimônio social. Nem os credores sociais, nem terceiros poderiam intervir na liquidação, salvo restritíssimos casos.

Daniel Uziel impugnou a decisão pelo artigo 101, III, *a* e *d*, da Constituição de 1937 (fls. 83), alegando a violação dos arts. 655 e 656 do Cód. de Proc. Civil e o dissídio da jurisprudência, porque o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul considerou necessária a dissolução judicial da sociedade, qualquer que fôsse o fundamento (Cód. cit., arts. 656 e 673).

Em sessão de 27 de setembro de 1945, da 1ª Turma, o relator, Sr. ministro ANÍBAL FREIRE (fls. 128), conheceu, pelo segundo fundamento, do recurso e lhe negou provimento.

O Sr. ministro CASTRO NUNES não conheceu do recurso (fls. 131).

Pedindo vista dos autos (fls. 133), o Sr. ministro FILADELFO AZEVEDO votou, na sessão de 1 de outubro de 1945 (fls. 134), pelo provimento do recurso, de que conheceu pelos fundamentos, visto que se decidira contra a expressão literal do referido artigo 655.

Vencido na preliminar, o Sr. ministro CASTRO NUNES negou provimento ao recurso (fls. 140).

O Sr. ministro BARROS BARRETO acompanhou o relator (fls. 141).

O Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO conheceu do recurso e lhe deu provimento (fls. 142).

Ao acórdão de fls. 144 o recorrente opôs embargos (fls. 146), em que insiste na qualidade de sócio de Moreno Castro & Cia., pois o doe. de fls. 9 o declara sócio de indústria e o investe em funções administrativas. O sócio de maior cota, Claude Joseph Brutt, concordou com a dissolução requerida (fls. 53). Termina o embargante pelo pedido de que, se não fôr declarada dissolvida a sociedade, continue o processo, nos termos do art. 656, § 2º, do Cód. de Proc. Civil.

Claude Joseph Brutt pede o recebimento dos embargos, para que se decrete a dissolução da sociedade (fls. 177).

A embargada nega validade ao documento de fls. 9, por defeito de forma prescrita no art. 301 do Cód. Comercial, que exige o registro. O embargante seria, quando muito, credor, por participação nos lucros (fls. 180).

### VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Quando a causa de dissolução da sociedade opera de pleno direito, como se dá no caso (Cód. Comercial, artigo 335, nº I), ao sócio apenas compete requerer a divisão do patrimônio comum. O caso é menos de *actio pro socio* que de *actio communi dividundo*.

Desfeita a sociedade, a partilha pode ser pedida por qualquer sócio, ainda que, pela falta de registro (Cód. Comercial, artigo 301), o instrumento do contrato não tivesse validade entre os sócios.

Essa falta impediria a existência regular da sociedade; não impede, porém, que se constitua um patrimônio comum, e que o sócio peça a divisão.

A respeito das sociedades em nome coletivo e em comandita simples o direito italiano estabelece que o sócio pode pedir a dissolução pelo defeito de publicidade do contrato (VIVANTE, "Tratt. di Dir. Commercial", 1923, II, nº 333, pág. 57). Parece-nos que o caso é, não de dissolução, pois o contrato não chegou a ter eficácia, mas de partilha do capital constituído, apesar da irregularidade do ato constitutivo.

Na espécie agora examinada, dissolve-se de pleno direito a sociedade regular, de que participava um sócio de indústria, admitido por ato que não teve a publicidade necessária. Não se pode negar a êste sócio legitimidade de partilha da sociedade irregular.

Recebo, pois, os embargos, para restabelecer a sentença de primeira instância.

### VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: De acôrdo com os votos proferidos na Turma pelos eminentes ministros FILADELFO AZEVEDO e LAUDO DE CAMARGO, recebo os embargos.

O Cód. de Proc. Civil, no art. 655, dispõe:

"A dissolução de sociedade civil, ou mercantil, nos casos previstas em lei ou no contrato social, poderá ser declarada a requerimento de qualquer interessado, para o fim de ser promovida a liquidação judicial".

Comentando êsse dispositivo, observa PONTES DE MIRANDA ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. 3º, tomo 2, nº 3, pág. 366):

"Qualquer interessado, ainda o credor da sociedade ou do sócio, pode pedir a declaração ou decretação da dissolução e liquidação, desde que alegue e prove o interêsse".

FILADELFO AZEVEDO, no voto que proferiu após ter pedido vista dos autos, mostrou que, no caso, tôda a controvérsia se reduz ao exame do sentido da expressão *interessado*, usada no art. 655 do Cód. de Processo.

E, depois de notar que não pode a expressão ser tornada no sentido vulgar de caixeiro, com retribuição percentual, acrescentou que, por outro lado, não pode o têrmo ser reduzido a sinônimo de sócio, pois haverá casos, embora raros, em que existam terceiros interessados na dissolução, como salientara o acórdão de fls. 81 e apontou a recorrida (fls. 117). Ora, o documento de fls. 9 não corresponde à simples nomeação de caixeiro interessado, mas oferece aspecto *sui generis* de criação, ora de sócio oculto, em conta de participação, ora, segundo referência expressa, de sócio de indústria, que também pode ser admitido, sem dependência, de firma social (Cód. Comercial, artigo 318).

Nem se diga; como fêz o acórdão da Justiça local, que se trata de uma sociedade de fato entre a embargada (a pessoa jurídica Moreno Castro & Cia.) e o embargante (Daniel Uziel), pois o documento de fls. 9 se refere

expressamente à participação de Daniel no contrato social daquela e nos seus lucros, aludindo ao respectivo balanço e dando a Daniel função na firma.

O ministro FILADELFO AZEVEDO ainda ponderou que o documento de fls. 9, assinado no mesmo dia do contrato ostensivo, ou representava uma simulação, ou envolvia pacto de sociedade oculta. Na primeira hipótese, o contrato levado à publicidade oficial seria diverso da realidade, em várias cláusulas, enganando ao público e viciando a sociedade, assim tornada irregular. Na segunda hipótese, a falta de registro não impediria que o prejudicado lançasse mão de seus direitos, inclusive com a dissolução da sociedade; o próprio art. 304 não exclui a reclamação por fatos pretéritos, até em caso de ausência de contrato social, e não apenas de registro.

Não se pode, pois, negar ao embargante a condição de *interessado*, prevista no citado art. 655 do Cód. de Processo.

E certo que o art. 302, nº VII, *in fine*, do Cód. Comercial declara nula toda a cláusula ou condição oculta contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato social.

Mas ASCARELLI mostra que êsse dispositivo visou à proteção de terceiros.

Acresce que havia expirado e não foi prorrogado o prazo de duração da sociedade, caso em que a lei a reputa dissolvida (art. 335, nº I, do Cód. Comercial) e um dos sócios, o de maior capital, se declarou favorável à liquidação (fls. 53), o que ainda agora reafirma, ao falar sobre os embargos (fls. 177).

Daí se conclui que, terminada a vida normal da sociedade, ela se tornou irregular, e não mais pode opor o contrato caduco à pretensão do interessado, no processo judicial de liquidação, em face da dissolução de pleno direito.

Diante do exposto, recebo os embargos, para restabelecer a sentença de primeira instância.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, a dissolução da sociedade era *pleno iure* e irão dependia de interpelação.

Estabeleceu-se a comunhão de interesses entre a sociedade extinta e o sócio. Nestas condições, é impossível faltar interesse àquele sócio oculto ou àquela pessoa interessada em requerer a partilha da sociedade.

Acompanho a egrégia Turma, recebendo os embargos.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam os embargos, unânimemente, Deixaram de votar a Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, por impedido, e os Exmos. Srs. ministros ROCHA LAGOA e ANÍBAL FREIRE, por não terem assistido ao relatório.

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e RIBEIRO DA COSTA que se acham afastados, para terem exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros AFRÂNIO COSTA e MACEDO LUDOLF.

\*

### COMPRA E VENDA MERCANTIL - DUPLICATA

**- Tem os consignatários ou comissários a obrigação de expedir a duplicata, quer a fatura seja tirada em nome do consignador ou comitente, quer em seu nome.**

Santos Soares & Cia. *versus* União Federal

Ap. nº 7.875 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.875, do Distrito Federal, em que são apelantes Santos Soares & Cia., sendo apelada a União Federal:

Acordam, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal negar provimento ao recurso conforme as nulas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 25 de agôsto de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VALDEMAR FALCÃO: Em ação sumária especial movida contra a União Federal, em outubro de 1939, no Juízo dos Feitos da Fazenda Pública, no Distrito Federal, pediu a firma Santos Soares & Cia., com base no art. 13 da lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, fôsse anulada a decisão administrativa do ministro da Fazenda que, reformando um acórdão do 1º Conselho de Contribuintes, restaurara a decisão de primeira instância, condenando a referida firma a pagar Rs. 53:148\$000, referente a impostos de vendas mercantis e respectiva multa, no tocante a transações feitas durante os anos de 1935, 1936 e 1937.

Entendia a autora que tal pagamento não tinha assento legal, pois as transações apontadas haviam sido feitas pela mesma autora como consignatária de produtos da Cooperativa de Banha Sul-Brasileira, Limitada, com sede no Rio Grande do Sul, da qual era, a postulante a única representante na Capital da República, realizando ditas vendas como mera intermediária por conta da consignadora (*ut* inicial de fls. 2-3).

Contestou a União-ré a ação (fls. 28-301, alegando a improcedência da mesma, pois a própria autora teria confessado a infração de que fôra argüida, ao dirigir uma petição ao diretor da Recebedoria Federal, em que se penitenciava da falta em que havia incorrido, atribuindo-a à inexperiência de seus novos sócios e pedindo fôsse permitido recolher o impôsto sem a multa (doc. por cópia a fls. 31).

Houve recíproca produção de prova pelas partes, sendo feita a junção de documentos aos autos (fls. 51-65) e realizando-se exame nos livros da autora (fls. 83-113).

Prolatou afinal o juiz sua sentença, julgando improcedente a ação e condenando a autora nas custas, por entender que o ato ministerial impugnado, restaurando a decisão da Recebedoria, era, sem dúvida, legal.

Agia, na espécie, a autora como firma *comissária-vendedora*, fazendo jus à comissão *del credere* que ajustara sendo assim o produto que vendia negociado em seu próprio nome, como vendedora, estando assim a mesma autora sujeita ao imposto exigido e mais à multa, derivada do não pagamento da tributação regular (sentença de fôlhas 126-130).

Daí a presente apelação, interposta pela vencida em tempo útil (petição de fls. 134) e arazoada de fls. 135 a 140.

Insiste a apelante em procurar demonstrar que agiu sempre como representante da Cooperativa de Banha Sul-Brasileira, Limitada, encarregada que era de introduzir no mercado do Distrito Federal a banha "Magnólia", produto da mesma Cooperativa, por conta de quem efetuava as vendas respectivas, não estando assim sujeita ao impôsto exigido.

Estão as razões da apelada de fls. 144 a 148, e nelas procura o representante da ré evidenciar que, no caso, deixou a apelante de observar os textos legais referentes à venda feita pelo *consignatário* em nome do *consignador*, razão por que não pode furtar-se ao impôsto devido, eis que as operações mercantis que realizou incidiram claramente na órbita tributária.

Neste Supre no Tribunal, assim falou o Sr. Dr. procurador geral da República (fôlhas 155 v.-156):

"A sentença caracterizou a relação jurídica com os próprios elementos fornecidos pelos apelantes e o fêz de maneira segura e concisa. Está patente que os apelantes são comissários da Cooperativa, que a esta representam nesse caráter e, pois, as vendas que efetuam são feitas no próprio nome. Devem, em consequência, pagar, aqui, onde negociam, o impôsto contra que se rebelam.

"Esperamos a confirmação da sentença, por seus jurídicos fundamentos.

"Distrito Federal, 15 de outubro de 1942. - *Gabriel de R. Passos*".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Nego provimento à apelação.

Como se vê, a fls. 99, na resposta ao 5º quesito, o perito verificou que as faturas correspondentes às duplicatas questionadas eram extraídas em nome dos apelantes.

Segundo já dispunha o dec. nº 22.061, de 9 de novembro de 1932, arts. 22 e 23, a lei nº 187, de 15 de janeiro de 1936, nos artigos 8º e 9º, impõe aos consignatários ou comissários a obrigação de expedir a duplicata, quer a fatura seja tirada em nome do consignador ou comitente, quer em seu nome.

Como demonstrou a apelada (fls. 147) o dec.-lei nº 915, de 1º de dezembro de 1938, não podia se aplicar a negócios realizados de 1935 a 1937, sendo, aliás, o lugar da venda o Distrito Federal. Inaplicável também seria o dec.-lei nº 3.248, de 8 de maio de 1941, seja por não ser o caso de ação proposta pelo fisco seja pela revogação estabelecida no dec.-lei nº 3.449, de 23 de julho de 1941.

## VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA, Na presente ação sumária especial, pretende a firma Santos Soares & Cia., ora apelante, que se anule a decisão administrativa do ministro da Fazenda que, reformando um acórdão do 1º Conselho de Contribuintes, restaurou a decisão de primeira instância em que fôra condenada ao pagamento de Rs. 53:148\$000, referente a imposto de vendas mercantis e respectiva multa, relativos a transações realizadas em 1935, 1936 e 1937.

A sentença de primeira, instância, julgou improcedente a ação, por entender que a autora estava sujeita ao imposto em causa, porque procedia na condição de comissária mercantil, isto é, negociava o produto em, seu próprio nome, agindo como vendedora.

Inconformada, recorreu a autora, sustentando que para o fisco somente é possível a cobrança quando há venda realizada. Ora, não comprando o comissário de comitente, pois vende por conta do mesmo, não há duas vendas, pelo que não pode haver dois impostos a pagar.

Verifica-se, destarte, que o *punctum saliens* da controvérsia é apurar se a autora realizava as operações mercantis em seu próprio nome ou por conta de sua comitente Cooperativa de Banha Sul-Brasileira Limitada.

Ora, mostra-se dos autos que, nas venças a prazo, a emissão de duplicatas foi realizada pela autora, em seu nome, contra os compradores o que se infere da seguinte resposta, dada pelo perito, no laudo pericial de fls. 83 : "O perito pode adiantar que as faturas correspondentes às duplicatas em causa foram extraídas em nome de Santos Soares & Cia., sendo de presumir-se, portanto, que as duplicatas a elas correspondentes também tenham sido emitidas em seu nome".

Se a firma autora, ora apelante, agia como vendedora, estava sujeita ao impôsto exigido, mais à multa decorrente do não pagamento do mesmo.

Nego, assim provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento, decisão unânime.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, que se acha afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

## AUTOMÓVEIS - COMPRA E VENDA - REGISTRO - TERCEIROS

**- O contrato de compra e venda de automóveis, seja qual fôr sua forma, só valerá contra terceiros, se transcrito no Registro de Títulos e Documentos.**

Josino de Assis *versus* Eduardo Barreiro

Rec. ext. nº 17.661 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 17.661, do Rio Grande do Sul, em que é recorrente Josino de Assis e recorrido Eduardo Barreiro, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, não conhecer do recurso, unanimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 11 de setembro de 1950. - *José Linhares*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Na ação executiva proposta por Eduardo Barreiro contra Diogo Ferreira, foi arrestado um automóvel. Pretendendo ser reconhecido como proprietário dêste, o bacharel Josino Assis ofereceu embargos de terceiro.

A sentença de fls. 40 os julgou improcedentes, porque o documento apresentada pele embargante não pode ser oposto ao exeqüente-embargado, visto não ter sido transcrito no Registro de Títulos e Documentos, condição exigida pela lei para que pudesse valer contra terceiros.

Esta sentença foi confirmada pelo acórdão unânime de fls. 49 v., cuja ementa é a seguinte:

"Embargos de terceiro. Aquisição de automóvel. Bens móveis registrados. A transcrição, exigida pelo nº 7 do art. 136 do dec.-lei nº 4. 857, de 9 de

novembro de 1939, é requisito essencial para a oponibilidade *erga omnes* da aquisição".

Recorreu extraordinariamente o 3º embargante, sob invocação da alínea *a* do artigo 101, III, da Constituição (fls. 52 ). Alega que o acórdão recorrido, interpretando os preceitos contidos nos arts. 134, letra *a*, nº 1, e 136, nº 7, do dec.-lei nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações do dec.-lei nº 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, transmudou *recibo* em *contrato* de compra e venda de automóvel, muito embora seja curial que se não deve confundir o cumprimento do contrato com o contrato mesmo. Assim, embora não exista no direito substantivo brasileiro, quer civil, quer comercial, qualquer disposição de lei que prescreva *forma* para o contrato de compra e venda de bens móveis, o acórdão recorrido descobriu que a aquisição de automóveis só se pode efetuar mediante escrito suscetível de transcrição e que esta é que opera a translação do domínio.

Desta sorte, o Tribunal do Rio Grande do Sul feriu o § 2º do art. 141 da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Também o § 1º do mesmo art. 141 foi violado, pois, sendo dispensado o instrumento quando a compra e venda fôr mercantil, como se pode concluir pela exclusão feita no art. 134 do dec.-lei nº 4.857, teríamos entre a venda civil e a mercantil dois pesos e duas medidas, com ofensa ao princípio da igualdade perante a lei.

Finalmente, foi ofendido o art. 620 do Cód. Civil, que declara transferir-se a propriedade móvel pela tradição.

O recorrente ofereceu contra-razões (fôlhas 77).

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): O acórdão recorrido aplicou o texto vigente do art. 136, nº 7, do dec.-lei número 4.857, de 9 de novembro de 1939, que assim dispõe:

"Estão sujeitos à transcrição no Registro de Títulos e Documentos, *para valerem contra terceiros*:

.....

7º - os contratos de compra e venda de automóveis, bem como o de penhor dos mesmos, qualquer que seja a forma de que se revistam".

Por conseguinte, em face do direito vigente, o contrato de compra e venda de automóveis, seja qual fôr sua forma, só valerá contra terceiros, se transcrito no Registro de Títulos e Documentos.

Foi isso precisamente o que decidiu o aresto recorrido, que, assim, não pode ser tido como contrário à letra da lei.

SERPA LOPES, na 2ª edição do seu excelente "Tratado dos Registros Públicos", vol. 2º, nº 189, pág. 63, acentua com clareza que, embora a tradição da coisa seja elemento constitutivo da transferência do domínio mobiliário, o contrato só se torna oponível a terceiros se transcrito no Registro de Títulos e Documentos. E mostra que, no caso de oposição de embargos de terceiro senhor ou possuidor, dará o juiz preferência, entre dois contratos, não ao de data mais antiga, senão ao que tiver prioridade no registro, citando acórdão onde o Tribunal do Ceará firmou que "a data do documento particular, oponível a terceiros, é a que consta do registro público e não a do *recibo* de compra do bem penhorado".

Apreciando os casos previstos no citado art. 136 do dec.-lei nº 4.857 entre os quais está, sob nº 7, o contrato de compra e venda de automóveis), SERPA LOPES ainda observa (vol. ci., nº 201, pág. 78):

"Empregando expressões diversas das que figuram ao art. 134, o art. 136 dispõe de um modo mais enérgico, declarando que "estão sujeitos à transcrição, no Registro de Título e Documentos, para valerem contra terceiros, os atos que, a seguir, enumera inútil será tentar desconhecer o imperativo das disposições legais, de tal modo que, sem o registro, qualquer espécie de ato por êle previsto carece de todo efeito em face de terceiros. Sem o registro, a sua eficácia se cinge às partes contratantes".

O argumento, de que se trata apenas de um recibo e não do contrato, valeria, se êste não se provasse na espécie apenas por aquêle, isto é, se, além do recibo não registrado, pudesse o recorrente apresentar um contrato de compra e venda devidamente transcrito, como exige a lei, para valer o ato contra terceiros.

Do exposto se vê que nenhuma pertinência tem na espécie a invocação dos preceitos constitucionais citados pelo recorrente.

Não demonstrada ofensa à letra da lei, mas verificado, ao contrário, que ela foi exatamente aplicada, não conheço do recurso.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento do recurso, unânimemente.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

\*

### **SEGURO - PERDA TOTAL DA COISA SEGURADA**

**- Nos contratos de seguro, verificada a perda total da coisa segurada, deve, a indenização corresponder ao valor declarado na respectiva apólice, sem necessidade de indagar de seu valor na ocasião do sinistro.**

Instituto de Resseguros do Brasil e outros *versus* Viana Ferreira & Cia.

Rec. ext. nº 16.932 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 16,932, do Distrito Federal, sendo 1<sup>os</sup> recorrentes o Instituto de Resseguros do Brasil e a

Companhia Paulista de Seguros, 2º recorrente a Companhia Internacional de Seguros e recorridos Viana Ferreira & Cia.:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, por votação unânime.

O relatório do feito e as razões de decidir constam das notas dactilográficas que precedem.

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 21 de agosto de 1950. - *José Linhares*, presidente; *Barros Barreto*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Proposta ação ordinária no Juízo da 1ª Vara da comarca de São Luís, Estado do Maranhão, a fim de Viana Ferreira & Cia. receberem das Companhias Paulista e Internacional e do Instituto de Resseguros do Brasil as importâncias correspondentes aos seguros, em virtude de violento incêndio no estabelecimento comercial dos autores, com destruição total do prédio, maquinário, móveis, utensílios e mercadorias, acobertados pelas apólices, não vingou o pedido, nos termos da sentença lavrada a fls. 82-85 v.

Em grau de apelação, provida unânimemente pelo Tribunal Federal de Recursos, foi julgada procedente a ação, condenados, ainda, os réus ao pagamento de honorários de advogado.

É a seguinte a ementa do acórdão de fls. 127:

"Seguro - Verificado o risco em previsão do qual foi feito o seguro, constatada a perda, total, da coisa segurada, não surgindo fato da categoria a que se refere o Cód. Civil, arts. 1.436, 1.444, 1.454 e 1.455, o prejuízo já se acha fixado. Nada que examinar o valor que a coisa tinha na ocasião do sinistro. Êsse valor já se acha previamente estabelecido. A indenização, é a que a apólice declara".

A fls. 128 e 196, os vencidos acudiram com recurso extraordinário autorizado na Constituição de 18 de setembro, art. 101, n° III, alíneas *a* e *d*.

Juntas as razões dos recorrentes, deixaram estas de ser impugnadas, tendo vista dos autos o Dr. Procurador geral da República, que se pronunciou do parecer de fôlhas 213:

"Reformando a sentença de primeira instância, para julgar procedente a ação ajuizada, decidiu o colendo Tribunal Federal de Recursos, em acórdão unânime de 1° de setembro de 1949, de sua 1ª Turma, que, nos contratos de seguro, constatada a perda total de coisa segurada, deve a indenização corresponder ao valor declarado na respectiva apólice, sem necessidade de se indagar do seu valor na ocasião do sinistro (vêde fls. 116 e 127).

"Todavia, o egrégio Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma, em acórdão unânime de 22 de julho de 1948, relatado pelo eminente ministro OROZIMBO NONATO, no recurso extraordinário n° 8.992, do Ceará, decidiu que o segurador responde pelo valor dos objetos segurados por ocasião do sinistro e não por ocasião do contrato, pois o fim do contrato é proporcionar ao segurado indenização pelos prejuízos provenientes do sinistro sofrido" ("REVISTA FORENSE", vol. CXXII, págs. 107 a 111). Êste julgado consta, na íntegra, da certidão de fls. 172 a 178.

"Parecem-nos, pois, cabíveis os recursos extraordinários de fls. 128 a 167 e 196-197, pelo fundamento da letra *d* do artigo 101, III, da Constituição federal.

"É de boa doutrina, que o contrato de seguro, não sendo meio de enriquecimento ilícito, tear a finalidade de proporcionar ao segurado uma justa indenização pelos prejuízos efetivamente sofridos, tendo-se em vista o valor da coisa segurada na ocasião do sinistro. A obrigação de indenizar, que cabe ao segurador, está subordinada à prova a ser feita pelo segurado, dos danos provenientes do sinistro. O valor declarado na apólice serve de base ao cálculo do prêmio do seguro e representa o valor máximo que poderá alcançar a indenização.

"Por êsses fundamentos, opinamos pelo conhecimento dos recursos de fls. 128 a 169 e 196-197 e pelo provimento, em parte, a fim de se liquidar na execução o *quantum* dos prejuízos que o sinistro causou à recorrida.

"Distrito Federal, 8 de agosto de 1950. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Demonstrada a divergência de julgados, diante do acórdão de egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal, *in* "REVISTA FORENSE", vol. CXXII, pág. 107, além de outros, não padece dúvida sôbre o cabimento do presente apêlo.

Inegável que o contrato de seguro não tem caráter lucrativo, nem a sua finalidade é o enriquecimento ilícito, e, sim, proporcionar ao segurado justa, indenização pelos prejuízos real e efetivamente sofridos com o sinistro. Há de se atender, porém, a que, segurado e segurador estão obrigados a guardar a mais estrita boa-fé e veracidade, respeito ao declarado e avençado no contrato, ficando facultado ao segurador o direito de provar o dolo ou fraude do segurado (arts. 1.438, 1.439 e 1.443 do Cód. Civil).

Demais disso, por fôrça do art. 1.462, no caso de perda total, uma vez feita prévia fixação do valor do objeto do contrato e do respectivo seguro, a indenização deve ser paga integralmente, sem perder o segurador o direito de defesa que conferem os citados arts. 1.438 e 1.439.

Assim, pois, não parece razoável exigir-se, quando totalmente destruída a coisa segurada, a existência e o valor desta, por ocasião do incêndio, ou a prova dos danos que daí resultaram para o segurado, até o máximo estabelecido na apólice.

Está a merecer confirmação o venerando acórdão recorrido, quer no resolver a questão jurídica controvertida, quer na apreciação, soberana, dos elementos informativos dos autos.

Nessas condições, conheço dos recursos, a que, *de meritis*, nego provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento dos recursos, e negaram-lhes provimento, unânimemente.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

\*

### **RESPONSABILIDADE CIVIL – DESASTRE DE BONDE - TERCEIRO**

**- A responsabilidade da transportadora é contratual, baseada na obrigação de conduzir o viajante são r salvo ao lugar do destino. O fato de o acidente ter sido ocasionado por culpa de terceiro não constitui o caso fortuito ou a fôrça maior que a isenta de responsabilidade.**

Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro *versus* Viação São Jorge Ltda.

Rec. ext. n° 16.086 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

## ACÓRDÃO

Acordam, em Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime da 2ª Turma julgadora - relatados êstes autos de recurso extraordinário n° 16.036, do Distrito Federal, em que é recorrente a Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro e recorrida a Viação São Jorge Ltda., - em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, de acôrdo com o voto do relator, constante das notas anexas da assentada do julgamento.

Custas pela recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 20 de junho de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Antônio Pinto Braga viajava como passageiro em um bonde-reboque da companhia ora recorrente, quando um ônibus da companhia recorrida chocou-se com o dito reboque, daí resultando sofrer êle graves ferimentos, com a perda conseqüente do pé direito e da ação total da perna correspondente. Para haver perdas e danos pelo acidente de que foi, assim vítima, propôs Antônio Pinto Braga uma ação de indenização contra ambas as companhias, por culpa contratual duma - a recorrente - e aquiliana de outra - a recorrida. O juiz de primeira instância, considerando ter o acidente ocorrido por culpa exclusiva de terceiro a companhia de ônibus, - o que equivalia, a fôrça maior ou caso fortuito, e concluindo, em face das provas, pela culpa, do preposto dessa companhia, - julgou improcedente ação em relação à Companhia de Carris, Luz e Força do Rio de Janeiro, ora recorrente, e procedente em relação à Companhia Viação São Jorge, condenando-a a pagar ao autor o que em liquidação fosse apurado, inclusive honorários de advogado (sentença a fls. 106).

Dessa sentença apelaram, o autor, na parte em que julgou ilíquida a condenação; e a ré, Viação São Jorge Ltda., sustentando ser a única responsável a outra ré, a Companhia de Carris.

A 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, deu provimento ao 1º recurso para liquidar desde logo a condenação, nos têrmos do laudo pericial, e, por maioria, o 2º recurso, para absolver a companhia apelante e condenar como responsável a emprêsa de cujo veículo era passageiro o autor, ressalvado o direito reversivo de que o cogita o art. 19 do dec. nº 2.681, de 1912. A decisão está assim fundamentada nesta parte: "O art. 19 do decreto nº 2.681 é taxativo: "se o desastre acontecer nas linhas de uma estrada de ferro por *culpa da outra*, haverá em relação a esta o direito reversivo". Quer dizer que a emprêsa que transporta a vítima responde pelo desastre, por culpa contratual, e poderá depois agir contra a verdadeira causadora do desastre. O que a lei visou foi, evidentemente, pôr o passageiro a coberto de maiores dificuldades, na cobrança da indenização: basta-lhe provar a qualidade de passageiro. A culpa dos prepostos das duas rés, o motorneiro e o *chauffeur*, não foi apurada no processo criminal, mandado arquivar, como se vê a fls. 45. Não se pode, pois,

decidir agora sobre a culpa aquiliana da empresa de ônibus, de que a vítima não era passageiro" (ac. de fls. 156).

A Companhia de Carris ofereceu embargos a êsse acórdão, que foram rejeitados por maioria de votos, pelo de fls. 183 v. das Câmaras Cíveis Reunidas, que traz a seguinte ementa: "A empresa de transporte de passageiros e cargas, como ônibus, carros, bondes, ou qualquer veículo, tem a responsabilidade das estradas de ferro. A culpa de terceira estrada não faz equiparar o fato ao caso fortuito ou à força maior, para efeito de isentar a transportadora do dever de indenizar a vítima, que seja seu passageiro. Êste, acionando a transportadora, tem direito a receber indenização dela. O reverso é um direito de quem paga; o passageiro não pode ficar à espera de que se prove a culpa, pois é suficiente a referida qualidade para ser indenizado pela transportadora".

Com fundamento nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, interpôs a companhia embargante o presente recurso extraordinário. O recorrente aponta como violados, pelo acórdão recorrido, os arts. 17 do dec. nº 2.681, de 1912, e 1.058 do Cód. Civil, e invoca como decisão divergente a do Tribunal de Justiça de São Paulo, na "Revista dos Tribunais", vol. 164, pág. 228, segundo a qual "o abaloamento de veículo por outro, por culpa do terceiro, constitui fôrça maior que isenta o transportador da obrigação de indenizar" (petição a fls. 188).

Admitido o recurso, e não conhecida a revista que simultâneamente manifestara, ofereceu a recorrente as razões de fls. 200; arazoou, por sua vez, a recorrida a fls. 202, subindo os autos a êste Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): O que neste recurso se debate é se, face ao art. 17 do dec. nº 2.681, constitui fôrça maior, que isente a transportadora da obrigação de indenizar, o fato de ter sido o acidente, com o seu passageiro, ocasionado por culpa de terceiro, ou, mais precisamente, por culpa exclusiva de outra companhia. Concluiu peia negativa o acórdão

recorrido: em sentido oposto, fê-lo o acórdão do Tribunal de São Paulo invocado pela recorrente.

Ante a divergência ocorrente na inteligência daquele dispositivo, o recurso encontra assento na letra *d* do preceito constitucional.

A responsabilidade da transportadora é contratual, baseada na cláusula de incolumidade, isto é, na obrigação de conduzir o viajante são e salvo ao lugar do destino. A sua culpa é presumida por lei, salvo prova de caso fortuito ou força maior, ou de culpa do viajante, não concorrendo culpa da empresa. É o que dispõe o art. 17 citado; mas que a força maior a que êle se refere não compreende o acidente verificado durante o transporte por culpa, de outra companhia - como no caso ocorreu, - é o que se deduz do disposto pelo art. 19, que, naquela hipótese, dá à transportadora direito reversivo contra a causadora do acidente, não a isentando assim, não obstante ausência de culpa de sua parte, da indenização decorrente da obrigação assumida em virtude da cláusula de incolumidade, que é implícita no contrato.

O acórdão recorrido deu, portanto, à lei a inteligência que se deve ter como a mais acertada.

Conhecendo do recurso, nego-lhe, porém, provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram o recurso e negaram-lhe provimento por decisão unânime na preliminar e no mérito.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA.

\*

**SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - DISSOLUÇÃO**

**- Requerida por um dos cotistas, decreta-se a dissolução da sociedade por cotas por tempo indeterminado, desde que os fatos evidenciem que a sociedade não vem cumprindo seus compromissos para com os sócios.**

F. Gonçalves & Cia. Ltda. *versus* Judite Gonçalves Krochmalnick

Rec. ext. nº 17.376 - Relator: MINISTRO ANÍBAL FREIRE

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 17.376, de Pernambuco, em que é recorrente F. Gonçalves & Cia. Ltda. e recorrida Judite Gonçalves Krochmalnick: resolvem os ministros do Supremo Tribunal Federal, que constituem a 1ª Turma, conhecer do recurso e lhe negar provimento, unânimemente, de acôrdo com as notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 31 de julho de 1950. - *José Linhares*, presidente; *Aníbal Freire*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: No fôro de Recife, Pernambuco, Judite Gonçalves Krochmalnick, dizendo-se sócia da firma T. Gonçalves & Cia., requereu a dissolução da referida sociedade comercial, alegando não lhe convir continuar na mesma. Fundamenta o seu pedido na cláusula 10ª do contrato, e consoante o disposto no art. 335 do Cód. Comercial.

A firma, devidamente representada pelo seu sócio gerente, contestou a ação.

O juiz julgou procedente a ação para o fim de decretar a dissolução da sociedade, e, na forma do art. 657 do Cód. de Processo, notificar os interessados para a escolha do liquidante.

Interposta apelação, o Dr. procurador geral do Estado manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Neste sentido, decidiu, unânimemente, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça.

A ementa do acórdão é a seguinte:

"Sociedade por estas de responsabilidade limitada - dissolução pela vontade unilateral de qualquer dos sócios. E lição de VALDEMAR FERREIRA, com apoio no art. 335, nº 5, do Cód. Comercial, que, sendo a sociedade por tempo indeterminado, ela se reputa dissolvida pela vontade de um dos sócios, seguindo-se a respectiva liquidação. Confirmou-se, em grau de apelação, a sentença recorrida que se ateve a êstes princípios".

A firma T. Gonçalves & Cia. Ltda. recorre extraordinariamente, com fundamento na alínea *d* do nº III do art. 101 da Constituição.

Alega o recorrente que o acórdão decidiu:

"... não só contra os mais modernos e avançados princípios da doutrina, mas, sobretudo, deu interpretação diversa, inteiramente diversa da aplicada pelos diferentes tribunais dos Estados, a um dispositivo do Cód. Comercial. Infringiu uma jurisprudência rigorosamente uniforme e que tem tido, sempre e sempre a seu favor, a respeitosa fôrça homologatória de decisões sábias, firmes, idênticas, preferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal".

Os litigantes apresentam razões e contra-razões do recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE (relator): O recorrente aponta vários acórdãos de outros tribunais, que, no seu entender, são divergentes do aresto recorrido.

Em relação aos acórdãos do Tribunal de São Paulo, invocados pelo recorrente, não há discordância capital, porquanto se referem êles a casos em que o contrato social regulava a dissolução da sociedade, o que não é o caso atual, em que o contrato celebrado e omissos no ponto versado no recurso.

Há, entretanto, divergência entre o acórdão recorrido e o do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, publicado no "Direito", volume 14, pág. 374.

Nêle se declara que, quando constituída de dois sócios, a sociedade por cotas é dissolvida pela vontade de um deles. Se possui mais de dois sócios, o voto da maioria é que prevalece.

O acórdão recorrido baseou-se na lição de VALDEMAR FERREIRA em substancioso parecer publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 106, pág. 459. Nesse trabalho o eminente comercialista refuta justamente o acórdão, que vai servir de base ao conhecimento do recurso e salienta com razão o aresto fêz uma distinção que não está na lei.

É verdade que VILEMOR DO AMARAL sufraga a mesma opinião, mas à sua autoridade pode ser oposta a do douto professor de São Paulo.

OLIVEIRA E SILVA, em seu trabalho "Das sociedades por cotas", 2ª ed., 1944, pág. 125, insere acórdão do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, relatado pelo ilustre desembargador EDMUNDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO, em que sobressaem as seguintes judiciosas considerações:

"Permite o art. 355 do Cód. Comercial que a sociedade se dissolva por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade por tempo indeterminado.

"É certo que o texto legal tem sido suavizado pela jurisprudência, no sentido de pela facilidade concedida a um sócio, não ser intempestivamente consumada a ruína do patrimônio social com prejuízo para todos. Cumpre antes considerar cada caso em espécie".

Adotado êsse critério salutar e justo, vê-se que na hipótese dos autos a dissolução da sociedade se impunha.

Conforme salientou o douto parecer do Sr. procurador geral do Estado (fls. 99), a sociedade não vem cumprindo seus compromissos para com os sócios e, segundo depoimento da sócia gerente, os lucros sòmente são distribuídos quando há dinheiro em caixa, e desde 1944 não vem a firma auferindo lucros.

São circunstâncias de fato que não podiam deixar de ter influência no espírito do julgador.

## VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, tenho voto no sentido de considerar que a sociedade comercial não deve ser compulsòriamente dissolvida pela retirada de um dos sócios. Filio-me à corrente que admite a continuação da sociedade em nome individual, sendo paga, naturalmente, ao sócio retirante a sua cota-parte. Êste o pensamento que tem sempre dominado em meu espírito, em se tratando do assunto ora em julgamento.

Mas o eminente Sr. ministro relator demonstrou que, cabendo o conhecimento do recurso pela letra *d*, dada a divergência de julgados, o que se apurou, no caso, foi que circunstâncias de fato levaram à necessidade de se considerar a dissolução da sociedade para sua conseqüente liquidação.

Nestes têrmos, conheço do recurso e lhe nego provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento do recurso e negaram-lhe provimento, unânimemente.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

\*

## FILHO ADULTERINO - TESTAMENTO

**- O filho adúltero pode adquirir pelo testamento de seu pai. Se, porém, através do filho como pessoa interposta, se visou beneficiar a concubina do testador casado, nula é a disposição testamentária.**

**- A interposição resulta de uma presunção "juris et de jure". Na hipótese, entretanto, de haver a concubina falecido, cessa o temor da violação indireta da lei e desaparece o motivo da nulidade.**

**- O filho adulterino pode ser nomeado, pelo pai, herdeiro ou legatário, se solteiro o testador, pois a incapacidade da concubina é estatuída apenas em relação ao testador casado.**

Hermelinda Sampaio Gonçalves *versus* Hilda Gomes e outros

Rec. ext. nº 5.755 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 5.755 de Alagoas, em que é recorrente Hermelinda

Sampaio Gonçalves e são recorridos Hilda Gomes e outros, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso, unanimemente, e, por maioria de votos, dar provimento, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 8 de novembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Dona Hermelinda Sampaio Gonçalves moveu ação ordinária, dizendo que seu marido, Joaquim Gonçalves, faleceu e deixou testamento em que instituiu herdeiros universais Nabuco do Amaral Gonçalves e Hilda do Amaral Gonçalves, ambos filhos de Vicentina do Amaral Pinheiro, concubina do testador. Assim, foi esta a verdadeira beneficiária do testamento, com infração dos arts. 1.719, nº III, e 1.720 do Cód. Civil. Daí pedir a nulidade do testamento e que se lhe reconheça direito à herança.

A sentença de fls. 110 julgou improcedente a ação.

Embora reconhecendo provado serem os seus filhos adulterinos do testador com sua concubina, considerou a sentença que os filhos adulterinos não se incluem entre os incapazes de adquirir por testamento. E o art. 405 do Cód. Civil admite o reconhecimento da paternidade espúria, para o efeito de prestação de alimentos.

A autora apelou.

O acórdão de fls. 145, da lavra do ilustre desembargador MEROVEU MENDONÇA, reformou a sentença, por desempate.

Disse o acórdão (fls. 145):

"Argumentam os réus, ora apelados, que o Cód. Civil (art. 1.720), proibindo ao testador fazer legado aos filhos da concubina, somente pode referir-se aos filhos da união desta com terceiro, porque, se compreendesse também os filhos da concubina com o próprio testador, chegar-se-ia à conclusão de que os adulterinos não podem herdar por via testamentária, contrariamente ao que está firmado na doutrina.

"Este argumento, acolhido pela sentença, não procede.

"Tendo proibido ao testador beneficiar a sua concubina com legados, o Cód. Civil (art. 1.719, nº III), para evitar que esta proibição fôsse burlada estendeu-se às pessoas interpostas, declarando logo que se presumiam tais os descendentes da concubina (art. 1.720), dadas as íntimas relações desta com aqueles" (CLÓVIS, "Código Civil Comentado", vol. 6, pág. 170).

Trata-se de presunção legal, que não admite prova em contrário CLÓVIS, ob. cit.; CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", art. 1.720).

Sendo assim, não importa que os filhos da concubina sejam ou não filhos do testador. A deixa feita a qualquer filho da concubina a esta pode beneficiar, o que a lei visou impedir.

E outra não é a opinião de PONTES DE MIRANDA, quando escreveu: "O Código nega o direito da sucessão legítima aos adulterinos (arts. 1.605 e 358).

Nega o direito de suceder por testamento à concubina do testador casado (art. 1.719), e no artigo 1.720 considera interposta pessoa o descendente da concubina, portanto o filho adulterino, ou não, desta, isto é, o filho do testador com ela, ou dela com nutrem" ("Tratado dos Testamentos", vol. 4, página 52).

Cumprindo-se o art. 1.720 do Cód. Civil, de acôrdo com sua letra e o seu objetivo, não se cria uma proibição absoluta para os filhos adulterinos herdarem por via testamentária. Se o testador é solteiro e apenas a concubina é casada, nada impede que êle faça o legado em favor do filho adulterino. Também, segundo PONTES DE MIRANDA, "nos casos em que a concubina tiver morrido ou por outra causa não puder se beneficiar com o legado feito a seus filhos, é êle válido, pois nestas hipóteses não se contraria a finalidade dá citado art. 1.720".

E, após outras citações de doutrina e jurisprudência, concluiu (fls. 148).

"Na espécie, a concubina do testado está viva e em situação de se beneficiar com o legado feito aos seus filhos, um dos quais é até menor e está sob o seu pátrio poder. A causa foi contestada pelo mesmo procurador, instituído no mesmo instrumento por Vicentina do Amaral Pinheiro, por si, e como representante do seu filho menor, e pela filha maior (fls. 18-38).

"Em face do exposto, acorda a Turma julgadora, pelo voto de desempate, dar provimento à apelação para julgar a ação procedente".

O ilustre desembargador BARRETO CARDOSO assim fundamentou o seu voto vencido (fls. 148).

"Negava provimento à apelação para julgar a ação improcedente, de vez que me pareceu, pela prova aos autos, que a intenção única do testador foi a de beneficiar os seus filhos e jamais a sua concubina, não havendo assim, a meu ver, nulidade na disposição testamentária".

Os réus embargaram.

E o acórdão de fls. 173, por ter havido empate, recebeu os embargos, para que prevalecesse a sentença de primeira instância, conforme o antigo texto do parág. único do art. 838 do Cód. de Processo.

Êstes os fundamentos da decisão (fôlha 173-174).

"Os embargos procedem pelos fundamentos que passamos a expor: Atendendo ao Cod. Civil, em face do que dispõem os seus arts. 1.717 e 1.719, a filiação espúria não constitui incapacidade para adquirir por testamento. É através dessa claridade, legal, que se evidencia poderem filhos adulterinos herdar ou ser beneficiados por testamento. Êste critério sociológico é incontroverso até na própria cristalização doutrinaria, constituindo, por sua feição específica um postulado na sistemática legal do direito. Esta verdade verdadeira de legalidade se acha em plena harmonia com o que dispõe o art. 1.720 do mesmo Código, desde quando se dê a êste artigo uma exegese substancial e clarividente do seu contexto, da sua letra e do seu espírito, tende em consideração de relêvo o elemento subjetivo da intenção do disponente ou testador, na concretização ou subjetivação dos autos, a fim de que se evite uma injustiça na aplicação da lei. O art. 1.720, dentro de sua lógica legal, na justeza do seu raciocínio jurídico, veda à concubina qualquer benefício do testador casado, ainda mesmo por interpostas pessoas: pai e mãe descendentes do incapaz, porque a lei figura a concubina entre os incapazes. Entretanto, quando a lei alude aos descendentes da concubina, considerando interpostas pessoas, se impõe considerar de um modo evidente, categórico e conclusivo, num conceito fundamental de unidade legal, referir-se a interposição em aprêço aos filhos exclusivos da concubina e não aos filhos da concubina da união com a testador. Desta união se vê, de um modo eloqüente e retilíneo, ter querido o testador beneficiar os seus próprios filhos e não à concubina por interposição de pessoas estranhas ao testador, ligadas à concubina exclusivamente, incidindo essa na proibição legal.

"Eis, pois, o diagnóstico seguro e prognóstico verificado da questão que se nos oferecem os autos, à luz do bom-senso instrutivo e da sensatez técnica dos dispositivos moralizadores e quanto justos do Código Civil, na plenitude de sua sinergia legal, não se impondo para esta conclusão ser o anatomista da exegese nem o fisiologista da sua valorização legal, nem o psicologista do seu espírito de legalidade, nem o matemático dos postulados do direito legalizado, bastando para isso tão-sòmente a luz da inteligência que se desprende dos próprios

dispositivos em análise. A *contrario sensu*, só por um grande esforço de abstração mental e não dentro de um raciocínio objetivo, chegaríamos, a uma inconseqüência; a uma desintegração jurídica da nulidade legal, aberrativa dos elementos mais elementares, propedêuticos da interpretação.

"Os filhos adulterinos podendo herdar por disposição testamentária conforme a lei, de um lado e do outro lado, conforme a própria lei, os mesmos filhos adulterinos não podendo herdar ou ser beneficiados, pelo fato material de ter mãe viva, sob o pretexto de vir a ser esta beneficiada indiretamente. Esta restrição, além de não se ajustar aos altos sentimentos de moralidade na civilização social, não se acha especificada nos contextos legais, quer em suas linhas gerais, quer particulares do Código Civil, pois, quando a lei restringe direitos, só obriga aos casos que ela enumera taxativamente, o que não ocorre no caso *sub judice*.

"A autora recebeu extraordinariamente, invocando as alíneas *a* e *d* (fls. 180).

"Diz que foram contrariados os artigos 1.710, n° III, e 1.720 do Cód. Civil.

"E invoca jurisprudência divergente do Tribunal de São Paulo.

"As partes arazoaram.

"E o eminente procurador geral da República opinou (fls. 210):

"O recurso foi interposto com fundamento nas letras *a* e *d* do preceito constitucional.

"Descabe o recurso quanto à invocação da letra *a*, de vez que não houve omissão de lei federal, mas, apenas, interpretação dos arts. 1.717 e 1.720 do Cód. Civil.

"A alegação de que a mãe dos recorridos era concubina do testador e que indiretamente seria beneficiada com o legado, não deve merecer acolhida, de vez que provado ficou serem os recorridos filhos do testador.

"O acórdão citado como divergente refere-se a testamento feito em favor da concubina a dos filhos desta, sendo o testador casado, com filhos. No caso dos autos, o testador, apesar de casado no regime da comunhão de bens não tinha filhos, tendo legado a metade de seus bens, que eram disponíveis, em favor dos dois filhos ilegítimos.

"Opinamos, assim, pelo não conhecimento do recurso.

"*Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Conheço do recurso, pela alínea *d*, em face do dissídio jurisprudencial.

Na própria sentença, que deu ganho de causa aos ora recorridos, foi indicado um acórdão divergente, do Tribunal de São Paulo, tendo a sentença preferido a doutrina constante do voto vencido do ilustre desembargador ALCIDES FERRARI (fls. 112 v.).

Conhecendo do recurso, dou-lhe provimento.

Não nego que o filho adulterino possa adquirir pelo testamento do pai.

Mas diverso é o problema que aqui se apresenta. Entre os que não podem ser nomeados herdeiros nem legatários, está a concubina do testador casado (art. 1.719, número III, do Cód. Civil). E a disposição em favor do incapaz é nula, ainda quando o beneficiário por interposta pessoa, sendo que os descendentes do incapaz se reputam sempre pessoas interpostas (art. 1.720).

CLÓVIS observa ("Código Civil Comentado", vol. 6º, art. 1.720).

"A interpretação dispensa prova. Resulta de uma presunção legal, que não admite prova em contrário".

Por igual, CARLOS MAXIMILIANO ("Sucessões", 2ª ed., vol. 2º, pág. 565, número 1.157):

"Qualquer disposição em favor do cônjuge, do pai, da mãe, ou de um ou mais descendentes de incapaz de suceder, considera-se feita a êste; não prevalece. A presunção é *juris et de jure*; dispensa demonstrar a ocorrência da simulação e não admite prova em contrário, isto é, de ser a deixa real e sincera, em prol do indivíduo mencionado".

FERREIRA ALVES, por sua vez, doutrina ("Manual do Código Civil", 2ª ed., volume 19, nº 175, pág. 284):

"O nosso Código e o italiano reputam pessoas interpostas o pai, a mãe, os descendentes e o cônjuge do incapaz por uma presunção *juris et de jure*".

Por conseguinte, a nulidade da disposição testamentária resulta, na espécie, não da incapacidade do filho adulterino, mas da incapacidade da concubina, cujo filho, por presunção legal, é considerado pessoa interposta, através de quem se beneficiou a própria concubina.

Nem se objete que isso importa em tornar o próprio filho adulterino incapaz de adquirir pelo testamento de seu pai.

Se importasse, seria uma decorrência do disposto na lei.

Mas a verdade é que não importa.

Suponhamos, por exemplo, que a concubina houvesse falecido.

Já não haveria razão para aplicar o artigo 1.720, pois, deixando de existir a pessoa incapaz, já não haveria como considerá-la beneficiada através de pessoa interposta.

E o que mostra FERREIRA ALVES, citando LOMONACO, que figura a hipótese de, ao tempo da morte do testador, só existir a pessoa interposta.

"Deve-se julgar nula a disposição, aplicando-se a teoria da interposição de pessoas? A disposição deve-se julgar válida. A nulidade cominada pelo citado art. 773 (do Código italiano) é limitada pelo conceito da coexistência de pessoa incapaz com a pessoa interposta".

Se essa coexistência cessa, ressurgem a regra geral da capacidade na pessoa interposta. O fim da lei é impedir que alguém faça chegar a uma pessoa incapaz, uma herança, ou um legado.

Mas, quando a pessoa incapaz de suceder é falecida no momento da abertura da sucessão, cessa o temor da violação indireta da lei (ob. cit., pág. 284, nº 176).

Vê-se, assim, que o filho adulterino, se a concubina sua mãe houver falecido, poderá suceder por efeito de testamento de seu pai.

Mas, no caso, a concubina está viva.

Poderá, ainda, o filho adulterino ser nomeado, pelo pai, herdeiro ou legatário, se solteiro o testador, pois a incapacidade da concubina é estatuída apenas em relação ao testador casado (art. 1.719, nº III).

Na hipótese, porém, o testador era casado.

Pelo exposto, e reportando-me aos demais fundamentos do brilhante acórdão de apelação, da lavra do ilustre desembargador MEROVEU DE MENDONÇA, dou provimento ao recurso, para restabelecer aquêlê acórdão.

#### VISTA

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, peço vista dos autos.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por pedido de vista do Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, depois do voto do Sr. relator conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

## VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: O Cód. Civil, por princípio de moralidade, que tanto se reflete nas relações de família, no art. 1.720, proibindo que o homem casado consigne verba testamentária em benefício de concubina, dispôs, numa fórmula ampla, que a disposição não pode ser feita por interpostas pessoas, nestas se compreendendo os ascendentes, os precedentes da concubina e o seu próprio cônjuge.

Visou assim a lei evitar a fraude em desfavor dos sucessores do testador. Mas, na rígida estreiteza do dispositivo citado, não se inclui a hipótese do descendente da concubina ser filho do testador casado. Como adulterino, o filho não herda do pai, mas a lei não impede que êste o contemple em testamento. Não há dúvida nos autos de que os beneficiários não sejam filhos adulterinos do testador, e é a própria viúva dêste quem os reconhece e proclama. Na forma do artigo 1.720, não se trata, de simulação. O fim do testador não foi beneficiar a concubina na pessoa de seus filhos, e sim amparar pessoas a quem o testador trouxe à vida e que lhe incumbia o dever natural e jurídico de os manter. Verifica-se assim que o caso escapa ao objetivo imediato da proibição e, desde que a verba testamentária visa beneficiar menores espúrios, aos suais a legislação posterior trouxe uma situação jurídica que os aproxima da filiação natural, não vejo como deixá-los ao desamparo legal, por uma ficção que não resiste à lógica dos argumentos e da verdade de fato e de direito.

Uma vez que a lei não impede a contemplação do filho adulterino em testamento, aspecto jurídico diferente do seu reconhecimento proibido, deve a hipótese ser estranha à segunda parte do art. 1.720 do Cód. Civil. Para o fim visado pelo testamento, antes dos beneficiários serem considerados como filhos da concubina, devem ser subentendidos como filhos do testador, por cuja, qualidade foram contemplados.

Com êste entendimento que eu dou à lei, para fazer justiça aos menores, que não têm culpa do seu nascimento amoral, para, cumprir integralmente a vontade do testador que não estava impedido de amparar aquêles descendentes, e por estar dentro de sua nomeação disponível, não veio ofensa à lei federal, e,

pelo dissídio jurisprudencial, conheço do recurso, mas, *data venia* do brilhante voto do eminente relator, nego-lhe provimento.

### EXPLICAÇÃO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Sr. presidente, emanto ao cabimento do recurso, eu dêle conheci, não pela letra *a*, mas pela letra *d*. Na própria sentença de primeira instância, que adotou o entendimento do eminente Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, está citado um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que interpreta o Cód. Civil em divergência com o aresto recorrido. Apenas, o prolator da sentença levou em conta a fundamentação do voto vencido do ilustre desembargador FERRARI. O recurso foi interposto pelas letras *a* e *d*, mas eu dêle conheci pela letra *d*. Quanto ao mérito, não nego que o filho adulterino possa ser nomeado herdeiro ou legatário. Quem não pode ser é a concubina do testador casado, como está expresso no art. 1.719, nº III, do Cód. Civil. E o artigo 1.720, estabelecendo presunção *juris et de jure*, diz que são nulas as disposições em favor de incapazes, ainda quando os beneficiem por interposta pessoa. E considera pessoas interpostas os pais, os descendentes e o cônjuge incapaz. Assim, os descendentes do incapaz, no caso os descendentes da concubina, não podem ser herdeiros ou legatários do testador casado, porque a lei os considera pessoas interpostas. É como se fôsem a própria concubina, em face da presunção legal. O eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS lê: descendentes do incapaz, como está na lei, e acrescenta: contanto que não sejam filhos do testador. Mas isto, a meu ver, não é interpretar a lei e sim emendá-la.

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Isto é interpretação legítima da lei.

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): O intérprete, no meu entender, não pode ter a liberdade de acrescentar à lei uma cláusula Liteira que ela não contém. Peço vênia para manter o voto que proferi, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

### VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, conheço do recurso, pela letra *d*, dado o dissídio jurisprudencial indisfarçável, que existe em tórno do tema de que se trata. *Data venia*, porém, do eminente Sr. ministro relator, adiro ao voto do eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS. Entendo que o art. 1.720 do Cód. Civil não se aplica, ao caso em que o adúlterino é filho do próprio testador. Se o filho adúlterino tem direito a reclamar alimentos do pai, lògicamente não se pode entender ilícito o legado que êste lhe atribui em testamento.

O citado artigo sòmente pode abranger o caso de filho da concubina sue não seja, ao mesmo tempo, filho do testador.

De outro modo, estaria o dispositivo em colisão com outro do Cód. Civil. A interpretação dada pelo eminente Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS é tanto mais de ser aceita quanto, nos últimos tempos, a política legislativa brasileira tem se afirmado no sentido de maior extensão à tutela do filho adúlterino. Inclino-me assim, francamente, pelo ângulo de vista do ilustre Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

#### VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento.

#### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (presidente): Conheço do recurso e lhe dou provimento.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceu-se do recurso, unânimemente, dando-se-lhe provimento, contra os votos dos Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e NÉLSON HUNGRIA.

## LOCAÇÃO - RETOMADA - USO PRÓPRIO - DEMOLIÇÃO - SUBLOCAÇÃO

- A retomada para demolição e reconstrução se entende no conceito de uso próprio.
- Não há fundo de comércio a proteger no imóvel alugado para exploração de sublocação.

Antônio Alves Brandão *versus* Abílio Soares de Sousa

Rec. ext. nº 18.928 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.928, do Distrito Federal, recorrente Antônio Alves Brandão, recorrido Abílio Soares de Sousa:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório retro e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, não conhecer do recurso, pagas as custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 13 de julho de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Consta nos autos, fls. 163, o seguinte acórdão do ilustre Tribunal de Justiça do Distrito Federal, lavrado pelo Exmo. Sr. Des. MEM DE VASCONCELOS REIS:

"*Ementa* - Não tem aplicação o decreto nº 24.150, de 1934, e sim o dec.-lei número 9.669, de 1946, aos imóveis destinados ao negócio das sublocações, pois para que aquêle tenha lugar é mister a existência dum fundo de comércio. Tem-se entendido que a retomada para a demolição do prédio locado e

edificação de outro, de maior capacidade, está compreendido na retomada para uso próprio. Não constando da locação por tempo determinado pactuada expressamente a cláusula de vigência, no caso de alienação do prédio, não está o novo adquirente obrigado a respeitar o contrato (dec.-lei nº 9.669, art. 16).

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 6.797, em que é apelante Abílio Soares de Sousa e apelado Antônio Alves Brandão:

"Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, da mesma conhecer e dar-lhe provimento para, reformando a sentença apelada, julgar procedente a ação e, em consequência, decretar o despejo do apelado, cominada, porém, no máximo a sanção do § 6º do art. 18 do dec.-lei nº 9.669, de 1946.

"Custas *ex lege*.

"E assim decidem porque não se trata, no caso dos autos, de locação regida pelo dec. nº 24.150, de 1934, porém de locação regulada pelo dec.-lei nº 9.669, de 1946, e não estar o novo adquirente obrigado a respeitar a locação existente quando inexistir cláusula de vigência.

"A sentença apelada, julgando improcedente a ação, porque não era de aplicar-se ao caso *sub judice* o dec.-lei nº 9.669, de 1946, e sim o dec. nº 24.150, de 1934, e ser evidente não só a desnecessidade e insinceridade do pedido de retomada formulado pelo apelante, bem não decidiu, por isso que não se compreende no uso comercial ou industrial, a que se refere o art. 1º desta última lei o negócio de sublocação de cômodos de imóveis, salvo em se tratando de indústria hoteleira, e tudo porque inexistente fundo de comércio a ser protegido.

"O fato do apelado ter contrato escrito e por tempo determinado celebrado com os antigos proprietários não pode obstar a retomada pleiteada pelo apelante, dês que a atual Lei do Inquilinato não modificou totalmente o preceito contido no art. 1.197 do Cód. Civil, como certo faz o seu art. 16, ao estabelecer que:

"Ressalvado o disposto no art. 1.197 do Cód. Civil, o adquirente (Cód. Civil, art. 530) é obrigado a respeitar a locação, podendo rescindi-la nos termos do art. 18".

"Não está provada a argüida insinceridade do pedido de retomada, como pretende o apelado, e pelos fatos por êle apontados, isto é, ter o apelante escritório na avenida Rio Branco, ser solteiro e ter sido o motivo da mesma, declarado na notificação para a desocupação o "uso próprio" e demolição para edificação de outro prédio de maior capacidade de utilização, e na inicial da presente ação limitar-se sòmente àquele primeiro motivo.

"Tem-se entendido que a demolição para a edificação de outro prédio de maior capacidade de utilização e quando o proprietário venha a ocupar essa ou parte da mesma está compreendida no uso próprio".

"Provou o apelante ter escritório e residir em prédios alugados e, assim sendo, lícito é o seu pedido de retomada.

"Não traduz simulação o fato de o apelante ter adquirido por baixo preço, pois não é de admitir-se que alguém transfira a terceiro sua, propriedade por ajuste nossas condições.

"A insinceridade não se presume, prova-se e, concludentemente, essa prova inexistente nos autos. Se atos posteriores a evidenciam, sofre o autor do pedido de despejo a repressão estabelecida no § 6º do art. 18 do dec.-lei nº 9.669, de 1946, que ora se examina".

"Irresignado a essa solução, opôs-lhe Antônio Alves Brandão recurso extraordinário, nos termos do pedido de fls. 166:

"Antônio Alves Brandão, nos autos de apelação cível nº 6.797, em que é apelado, e apelante Abílio Soares de Sousa, não se conformando, data venia, com o venerando acórdão de fls. 163, que é decisão definitiva, porque unânime, vem do mesmo interpor recurso extraordinário para o egrégio Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, III, letras *a* e *d*, da Constituição federal, e arts. 863 e segs. do Cód. de Processo Civil, pelas razões adiante

expostas, integrantes destas, e requer seja o seu recurso processado e julgado na forma da lei.

"Outrossim, tendo interposto, simultâneamente, recurso de revista do mesmo acórdão, requer fique êste recurso sobrestado até o julgamento do referido recurso de revista na conformidade do § 2º do art. 803 do Cód. de Proc. Civil.

*"Razões do recorrente Antônio Alves Brandão*

"I. Tempestividade do recurso - O venerando acórdão recorrido foi publicado no "Diário da Justiça" de 20-9-50, como provam a certidão a fls. 165 e exemplar junto, que só circulou em 21-9-50, e como 30-9-50 fôsse sábado e 1-10-50, domingo, o prazo útil de 10 dias só terminou em 2-10-50, *ex vi* do disposto nos §§ 6º e 7º do art. 393 do dec.-lei nº 8.527, de 31-12-45.

"II. Cabimento do recurso - *Trata-se de locação para fim comercial ou industrial, como tal excluída expressamente das leis do inquilinato, porque regida pelo decreto nº 24.150, de 20-4-34.*

"A locação foi feita primeiramente por 6 anos, de 4-11-41 a 31-12-47, cert. a fôlhas 40 v., depois prorrogada até 31-12-53, "cert. fls. 23.

A destinação do imóvel foi sempre "*exploração de sublocações com fim especulativo*", isto é, apenas com a refeição matinal, café, etc., como fazem vários hotéis desta cidade, inclusive o Hotel Serrador, sendo a diferença em ser esta modesta.

"Essa, destinação aliás, *era já explorada pelo antigo proprietário*, como se vê da escritura de contrato, a fls. 42:

"O locatário toma conta, do imóvel locado, ocupado por *diversos inquilinos, cujas locações lhe são transferidas*, podendo aceitar os atuais inquilinos ou despejá-los como lhe aprouver" (fls. 42).

"Como casa de *alugar cômodos para fim especulativo*, paga o recorrente os respectivos impostos de indústria e profissão, como prova a cert. a fls. 43, item

6. Assim entendeu a sentença de primeira instância, a fls. 123, *julgando improcedente a ação de despejo*.

"Todavia, foi aquela sentença reformada pelo venerando acórdão recorrido, da lavra do Des. MEM REIS, que entendeu:

"Não se compreende no uso comercial ou industrial a que se refere o art. 1º do dec. nº 24.150, de 1934, o negócio de sublocação de cômodos de imóveis, *salvo em se tratando, de indústria hoteleira*, e tudo porque inexistente fundo de comércio a ser protegido".

"Ora, o art. 1º do citado dec. nº 24.150 *não distingue*, alude apenas a "contratos de arrendamento de prédio urbano ou rústico, *destinado, pelo locatário, a uso comercial ou industrial*".

"O caso em tela se equipara a um hotel!

"Dando inteligência a êste dispositivo legal, decidiu o Tribunal de Minas que:

"A sublocação de cômodos, feita *esporadicamente, não confere ao locatário o título de comerciante... O que somente ocorreria no caso de exploração habitual de sublocações com fim especulativo*" (ac. do "Tribunal de Minas, de 27-11-47, no "Mensário Forense", vol. 1, pág. 50, *apud* "Brasil-Acórdãos", nova série, 1º supl., pág. 118, nº 8).

"É o caso em tela!

"Destarte, o venerando acórdão recorrido, *infringindo a lei citada e divergindo do acórdão acima transcrito*, ensejou o cabimento dêste recurso, pelos incisos *a e d* da Constituição federal invocados.

"III. Por outro lado, admitindo-se, só para argumentar, a inobrigatoriedade do novo adquirente a respeitar o contrato de locação em curso, por inexistência nêle da cláusula de ser respeitado no caso de alienação do imóvel, restaria uma locação, simples, sem prazo, e o pedido de despejo, para residência própria, *estaria sujeito à prova de insinceridade*:

"Ora, o recorrente *provou a insinceridade do pedido!*

"Na notificação a fls. 9 o fundamento era no art. 18, ns. I e V, isto é, *retomada para residência própria e demolição e edificação licenciada de obra de maior capacidade de utilização.*

"Todavia, desistiu o recorrido do fundamento do nº V, na inicial, pois a êle não, alude nem juntou prova de estar "licenciada" a edificação, como exige aquêle fundamento legal.

"Mas, aduziu na inicial, além de "*para sua residência própria*", mais "*onde pretende também instalar o seu escritório comercial*" (fls. 6).

"Contestando a legitimidade e necessidade do pedido para o uso próprio referido, *provou o recorrente:*

"a) que o recorrido *reside à travessa Mosqueira nº 35*, conforme confessou êle na inicial a fls. 2, procuração a fls. 7, notificação a fls. 9, procuração a fls. 11 e depoimento pessoal a fls. 58, e com os recibos de fls. 72 a 91;

"b) que o recorrido tem seu *escritório comercial à avenida Rio Branco nº 108, 16º andar, sala 103*, pelo depoimento pessoal dêle, recorrido, a fls. 58, e pelos documentos por êle juntos a fls. 92 a 108;

"c) que está bem instalado nesses lugares, pois não alega ou fêz prova de que seus locadores lhe estejam pedindo, quer o prédio em que reside, quer a sala em que tem seu escritório comercial; e sendo solteiro não precisa residir em prédio de 16 quartos;

"d) que tais alegações *são insinceras*; pois mal encobrem a simulação de compra do prédio, que está locado ao recorrente, por preço muito inferior ao do custo real (um prédio na rua Joaquim Silva, número 75, junto ao largo da Lapa, com 16 quartos, por Cr\$ 130,000,00, fls. 13, tendo pago o impôsto de transmissão na base de Cr\$ 399.600,00, fls. 14, hipotecando-o no mesmo ato da compra por Cr\$ 150.000.00, fls. 110), para consecução do despejo do recorrente e obter maior locação ou fazer melhor venda do prédio, uma vez desocupado.

"Dando inteligência ao art. 16 do decreto-lei nº 9.669, diz o venerando acórdão, a fls. 145:

"Exatamente veio o artigo citado abolir êsse direito, que decorria do art. 1.197 do Cód. Civil. Porque estava êle dando margem a freqüentes alienações e com estas à expulsão dos moradores dos prédios aludidos, cujos contratos de locação se rompiam com aquela, resolveu, por isso, a lei nova aboli-lo. Não o fêz, porém, sem assegurar ao novo adquirente o direito de retomada e os demais previstos no art. 16. Nem se pretenda ver, nas palavras iniciais dêsse art. 16, "ressalvado o disposto no art. 1.197 do Cód. Civil", a subsistência integral dêste. Seria então contraditório o dispositivo novo. Significa a ressalva apenas isto: além do caso do art. 1.197 do Código Civil, o adquirente, na vigência desta lei, é obrigado a isto. A ressalva proclama a vigência do art. 1.197; o art. 16, em si mesmo, estende, amplia a subsistência da locação a quaisquer hipóteses; haja ou não a cláusula do art. 1.197; seja ou não a locação escrita. Entender de outro modo o artigo 16, isto é, suas palavras iniciais, é retirar-lhe qualquer eficácia. E uma tal interpretação seria incurial".

"Assim sendo, o acórdão recorrido infringiu o § 4º do art. 18 do dec.-lei nº 9.659, admitindo a sinceridade do pedido para uso próprio, *quando provada está a insinceridade*, e infringiu também o art. 16 do mesmo dec.-lei nº 9.669, dando cabimento a êste recurso.

"IV. O mérito - Trata-se de uma simulação evidente, de um solteirão, amigo íntimo do proprietário, que, não tendo obtido do recorrente mais Cr\$ 50.000,00, por nova prorrogação do contrato, *simulou vender-lhe o prédio de 16 quartos, perto do largo da Lapa, lugar privilegiado, coração da cidade, por Cr\$ 130.000,00, pagando o impôsto de transmissão sobre "Cr\$ 390.600,00, porque a Prefeitura não concordou com aquêle preço simulado, tendo hipotecado o prédio, no mesmo ato da compra, por Cr\$ 150.000,00, como tudo provam as certidões a fls. 13 e 110!!!*

"É evidente a imoralidade!

"Tudo indica ter sido aquela compra e venda *uma simulação* para despejar o prédio e tomar o negócio do recorrente ou vender o prédio, quando desocupado, por Cr\$ 1.500.000,00 ou Cr\$ 2.000.000,00!

"Deixará a Justiça vingar semelhante bandalheira?!"

"O conhecimento deste recurso e seu provimento, para reformar o acórdão recorrido e confirmar a sentença de primeira instância, é imperativo de Moral, de Direito e de Justiça.

"Rio, 2 de outubro de 1950. - *João Pinheiro de M. França*, advogado".

Razoaram as partes a fls. e fls. (*ler*).

A julgamento.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Decidiu o acórdão recorrido, ao que se vê de sua ementa, ser inaplicável o decreto nº 24.150, de 1934, "aos imóveis destinados ao negócio das sublocações, pois, para que aquele tenha lugar, é mister a existência de um fundo de comércio".

No casa aludido na ementa, se renderia ensejo à aplicação, não do *ius speciale* do dec. nº 24.150, senão do dec.-lei nº 9.669, de 1946.

Na ementa ainda se consigna o entendimento de se tratar de retomada para uso próprio a que se faz para demolição de prédio locado e construção de outro de maior valor.

E ainda que, na ausência de cláusula expressa de vigência do contrato, no caso de alienação, não está o adquirente obrigado a respeitá-la, nos termos do art. 16 do decreto-lei nº 9.669.

Na versão do recorrente, em se tratando de casa de alugar cômodos com o fito de lucro, o assento legal da matéria é o citada dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934.

O venerando aresto entendeu de modo contrário, uma vez que se não cuida de indústria hoteleira, porque inexistente então, fundo de comércio, cuja tutela suscitou o dec. nº 24.150.

Não vulnerou, nestes termos, o art. 1º do dec. nº 24.150. Certo é que êle alude, de modo geral, a contratos de arrendamento de prédio urbano ou rústico, destinado, pelo locatário, a uso comercial ou industrial.

Mas a desequiparação do caso dos autos ao de hotel não envolve ofensa da letra mesma da lei.

O que diz o venerando aresto, ao propósito, é o seguinte:

"Não se compreende no uso comercial ou industrial a que se refere o art. 1º o negócio de sublocação de cômodos, salvo em se tratando de indústria hoteleira, e tudo porque inexistente fundo de comércio a ser protegido".

Tenho por evidente que essa interpretação não vulnera o texto da lei.

Argumentar com a generalidade dos termos da lei não é, *data vênia*, civil, uma vez que as finalidades do mandamento legislativo formam natural baliza à expansão do texto.

A expressão "uso comercial" está ligada ao conceito versado e debatidíssimo de *ato de comércio*, que alcança a mediação com o ânimo de lucro, entre produtor e consumidor, e a *matéria de comércio* - constituída de atos - que a lei atribui natureza comercial. Longe está, pois, de formar expressão de sentido amplo. Ainda, porém, que tal ocorresse, fôra necessário não deixar em obliúvio o antigo princípio reproduzido em TRIGO DE LOUREIRO ("Instituições de Direito Civil Brasileiro", vol. I, pág. 32), de que, "tôda vez que a significação das palavras da lei fôr mais ampla do que a sua razão, e seu fim, então convém restringir-lhe a significação ao caso e fim da mesma lei".

Ofensa de letra de lei não ocorreu, assim, a tôdas as luzes.

Pelo dec. nº 24.150, escreve ÉTIENNE BRASIL ("Inquilinato Comercial", pág. 271), sòmente são protegidos os negociantes e industriais, que tenham fundo de comércio. E, no caso de simples sublocação de cômodos, concluir pela inexistência de "fundo de comércio" não é vulnerador de texto citado ou qualquer outro.

Ao que se apurou no exame levado a efeito pela Justiça local, o caso era de simples sublocações, estando, pois, desconvizinho da zona de influência do dec. nº 24.150.

E se vulneração não ocorreu do texto da lei, a demonstração de dissídio jurisprudencial se mostra incompleta.

De manifesta insuficiência a êsse efeito é o só único lance tirado a lume no pedido e nas razões de fls.

O outro fundamento do recurso reside em que, pôsto se admita estar o adquirente desvinculado à obrigação de respeitar a locação contratada, restaria locação simples, sem prazo, têrmos em que se sujeita à prova de insinceridade o pedido de despejo.

Aceita a pertinência da razão, confuta-a o venerando aresto nestes têrmos:

"Não está provada, a argüida insinceridade do pedido de retomada, como pretende o apelado pelos fatos por ele apontados..."

E neste passo dá o aresto os motivos de sua assertiva, em matéria que constitui *quaestio facti* e não configura qualquer *federal question* capaz de dar tema próprio de recurso extraordinário.

É o que se traduz dêste relanço das razões de fls.:

"Assim sendo, o acórdão recorrido infringiu o § 4º do art. 18 do dec.-lei nº 9.669, admitindo a sinceridade do pedido para uso próprio, quando provada está a sinceridade, e infringiu também o art. 16 do mesmo decreto-lei, dando cabimento a êste recurso".

Não provou o recorrente a ofensa do texto do art. 16 no aresto recorrido. Opõe-lhe outro aresto, do próprio e ilustre Tribunal do Distrito Federal, o que não demonstra a violação argüida e nem - por se tratar de discórdia de arestos do mesmo Tribunal - do dissídio previsto na letra *d*.

Vale observar, à derradeira, que não foi o presente recurso preparado em tempo hábil (fls. 183). O eminente Sr. ministro presidente do Tribunal, depois de o julgar deserto, admitiu o preparo, pois determinou a distribuição (fls. 186).

Mas diferiu para o julgamento dêste recurso a questão suscitada a fls. 185.

Nesta, alegando precedente, que não é da Turma, dá o recorrente como razão do pagamento tardio moléstia na pessoa de seu advogado, o que não constituía obstáculo insubordinável à prática daquele ato.

Por todos êsses motivos, não conheço do recurso.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, à unanimidade.

Ausente ao relatório, deixou de votar o Exmo. Sr: ministro ROCHA LAGOA.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

\*

### **ATO ADMINISTRATIVO - REVOGAÇÃO**

- E facultado à administração pública revogar os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois, só na hipótese de ter sido esta obedecida, é que dêles poderia haver nascido um direito público subjetivo. Ao pronunciar-se o Judiciário se provocado, sôbre a legalidade do ato revogador, dirá sempre a palavra final e estenderá o seu exame ao ato revogado. Se êste era legal,

gerando um direito subjetivo, o Judiciário o restabelecerá, anulando o ato revogador. Se, porém, era ilegal, mantê-lo, apesar disso, só porque a administração o **rescindi**, seria falhar o **Judiciário à sua missão, que é de controle da "legalidade" dos atos administrativos.**

Recorrente: Benedito Francisco de Melo

Rec. de mand. de seg. nº 1.543 - Rel.: MIN. LUÍS GALLOTTI

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança número 1.543, de Mato Grosso, em que é recorrente Benedito Francisco de Melo e recorrido o Estado de Mato Grosso, decide o Supremo Tribunal Federal negar provimento ao recurso, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 29 de outubro de 1951. - *José Linhares*, presidente: *Luís Gallotti*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Benedito Francisco de Melo impetrou mandado de segurança ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso, alegando: Exercia o cargo de chefe da Seção Administrativa da Comissão de Estradas de Rodagem nomeado por portaria de 4-7-1947, na qualidade de extranumerário mensalista da mesma Comissão. A 25 de janeiro de 1951, foi efetivado pelo diretor da Comissão, por contar mais de cinco anos de serviço, sob invocação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em 27-2-1951, o novo diretor revogou a portaria de efetivação, por se tratar de extranumerário, e êste seu ato foi aprovado pelo governador. Daí o mandado de segurança, sustentando o impetrante ter direito líquido e certo a continuar como efetivo, nos termos do art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado de Mato Grosso.

O Tribunal local negou a segurança, por maioria de votos, por entender que a administração pode tornar sem efeito os próprios atos, quando eivados de nulidade substancial, ressalvada a apreciação judicial. O impetrante foi

efetivado, sem que a isso lhe desse direito o art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição federal, pois nenhuma interinidade exercia no dia de sua promulgação. E também não lho dava o art. 27 das disposições Transitórias da Constituição estadual.

Diz o acórdão:

"A Constituição do Estado aproveitou apenas a primeira parte do art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição federal, com relação aos funcionários interinos, e relegou os funcionários extranumerários. Se a Constituição quisesse beneficiar êstes funcionários, teria expressamente incluído no benefício, como fêz a federal.

"As palavras "funcionários *interinos* do Estado" não são o gênero, de que sejam os *extranumerários* a espécie, nem tampouco ao impetrante aproveita o disposto na lei federal nº 525-A, de 7 de dezembro de 1948, que regulamentou o art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição federal, porque êle apenas ampara os extranumerários e os que a êles são legalmente equiparados, *desde que*, a 18 de setembro de 1946, tivessem mais de cinco anos de exercício em função de caráter permanente e a exercessem em virtude de provas de habilitação.

"O impetrante, naquela data, não estava no exercício do cargo em que pretende se efetivar, nem tampouco, seu anterior de extranumerário foi conquistado em virtude de concurso ou de prova de habilitação".

O voto vencido do ilustre desembargador ERNESTO BORGES fundou-se em que a administração não podia, por iniciativa própria, revogar, sob pretexto de ilegalidade, o seu próprio ato, gerador de direito subjetivo para o beneficiário e criador de uma situação jurídica definitivamente constituída. Entendeu ainda aquêle voto vencido que, em matéria de estabilidade, o que a lei reconhece ao funcionário, entende-se reconhece, por igual, ao extranumerário, em face da equiparação trazida pela lei federal número 525-A.

O impetrante embargou. Insiste nos argumentos do citado voto vencido e, quanto ao argumento do acórdão, de que o art. 27 das Disposições, Transitórias da Constituição estadual só alcança os funcionários interinos, objeta que as

Constituições estaduais podem ampliar e nunca restringir as garantias estabelecidas pela Constituição federal.

Os embargos foram rejeitados, ainda por maioria de votos.

O recorrente interpôs recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, dentro do prazo de cinco dias.

A douta Procuradoria Geral da República opinou (fls. 110):

"Somos por que se negue provimento ao recurso pelos fundamentos do venerando acórdão recorrido e das razões de fls. 101-103, do recorrido, bastantes, a nosso ver, para evidenciar que o recorrente não tem direito líquido e certo ao que pretende.

"Distrito Federal, 17 de setembro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

## VOTO

O SR: MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator) : Tenho sempre entendido, com apoio em citações de Mestres que seria longo e escusado reproduzir agora, que é facultado à administração pública revogar os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois, só na hipótese inversa, de ter sido a lei obedecida, é que dêles poderia haver nascido um direito público subjetivo.

Ao pronunciar-se o Poder Judiciário, se provocado, sobre a legalidade do ato revogador, dirá sempre a palavra final e estenderá, é claro, o seu exame ao ato revogado. Se êste era legal, gerindo um direito subjetivo, o Judiciário o restabelecerá, anulando o ato revogador. Se, porém, era ilegal, mantê-lo, apesar disso, só porque a administração o rescindiu, seria, a meu ver, falhar o Judiciário à sua missão, que é de contrôle da *legalidade* dos atos administrativos. Seria o Judiciário invalidar o segundo ato que restaurou o império da lei e pôr em vigor o primeiro que a violara, com evidente subversão do papel que lhe cabe no regime vigente.

No caso, há que examinar, portanto, se o ato do antigo diretor que efetivou o recorrente, ato revogado pelo novo diretor, com aprovação do governador, teve apoio na lei.

Entendo que não. Não lhe servia de base o art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição federal de 1946, porque êle se refere aos "atuais extranumerários", isto é, aos que o fôsem na data da promulgação daquelas Disposições, e o recorrente não o era então.

E o próprio impetrante o reconhece, tanto que invoca o art. 27 das Disposições Transitórias da Constituição estadual de 11 de julho de 1947 (fls. 97), visto que nessa data era extranumerário, como prova a portaria de 4 de julho de 1947, que o admitira, considerando-o em exercício desde 1º de julho de 1947 (fls. 10).

Ora, o art. 27 das Disposições Transitórias da Carta estadual dispõe:

"Os atuais *funcionários interinos* do Estado e dos Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automaticamente efetivados na data da promulgação dêste Ato".

Não se referiu também aos *extranumerários*, como fizera a Disposição Transitória da Constituição federal, mas apenas aos *funcionários interinos*. E o recorrente não era *funcionário interino*.

Objeta-se que a Carta estadual não poderia ter restringido o favor outorgado pela Constituição federal.

Mas a verdade é que ela não o restringiu. Ela, ao contrário, o ampliou no tempo, embora essa ampliação não fôsse total e sim parcial. A Carta estadual dilatou, em parte, até a data de sua promulgação (11 de julho de 1947) o benefício que a Constituição federal concedera aos que preenchessem certos requisitos até 18 de setembro de 1946. Ampliando o favor, é claro que tanto podia fazê-lo no todo como em parte. Mas, de qualquer modo, foi uma *ampliação*. Logo, não é possível dizer que *restringiu*. Tanto não restringiu, que ninguém negaria o direito pretendido pelo impetrante, se as Disposições

Transitórias da Carta federal de 18 de setembro de 1946 o amparassem. Mas já vimos que não o amparam, porque, naquela data, não era o recorrente nem extranumerário nem funcionário interino.

Verificado que o ato, que efetivou o recorrente com fundamento nas Disposições Transitórias da Constituição estadual (fôlhas 8), não era por tais Disposições autorizado, força é reconhecer que dêle não nasceu qualquer direito e legal foi o ato de sua revogação, impugnado no presente mandado.

Nego provimento ao recurso.

### VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, mais de uma vez tenho aludido aos debates a que a revogação do administrativo dá ensejo. Entendo que, em tese, a administração não pode derrogar o próprio ato, máxime se tem feição de legalidade, criando situação que não cabe à administração inopinadamente modificar. Neste sentido, relatei acórdão que teve o apoio unânime dos eminentes colegas. Faz-se mister, entretanto, distinguir aquêle caso do de nulidade, em que a administração comete erro palpável, que ela própria reconhece.

Ora, no caso, demonstrou o eminente ministro relator que o ato não era válido, pelo que também entendo que o caso não é de mandado de segurança, acompanhando e voto de S. Ex.<sup>a</sup>.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento, unânimemente.

Deixaram de Comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, por se achar licenciado, o, Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, e, por estar em gozo de férias, o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, sendo os dois últimos substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

\*

## FUNCIONÁRIO PÚBLICO - VIOLAÇÃO DE DEVERES - SANÇÃO DISCIPLINAR

- A violação dos deveres que incumbem ao funcionário pode acarretar conseqüência, legais de três sortes: penais, de direito privado e disciplinares. Tão indiscutível é a competência do Poder Judiciário para conhecer das duas primeiras quanto a da autoridade administrativa para tomar conhecimento das últimas.

Luís Ramos *versus* União Federal

Rec. ext. nº 19.395 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.395, do Distrito Federal, em que é recorrente Luís Ramos e recorrida a União, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso, unânimemente, e, por maioria de votos, negar-lhe provimento, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 20 de dezembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Luís Ramos moveu ação contra a União, para anular o ato do presidente da República de 7 de dezembro de 1943, que o demitiu, a bem do serviço público, do cargo da classe "E" da carreira de detetive.

O autor, depois de responder a inquérito administrativo, foi demitido e processado criminalmente, sendo absolvido. Alega ainda que alguns dos seus

companheiros de processo foram reintegrados. O mesmo pleiteou o autor, mas não obteve.

O juiz julgou procedente a ação, por entender que a causa da demissão do autor, apurada no inquérito administrativo, foi a mesma do processo-crime, em que o autor logrou absolvição.

A União apelou.

E o Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, reformou a sentença, por serem independentes as jurisdições criminal e administrativa.

Em embargos, êsse acórdão foi mantido, divergindo o ilustre ministro ARTUR MARINHO.

Recorreu o autor extraordinariamente, sob invocação das alíneas *a* e *d* (fls. 100).

E o eminente procurador geral da República opinou (fls. 118-119):

"O recurso foi interposto em tempo oportuno, tendo invocado o recorrente, como seu fundamento, as alíneas *a* e *d* do preceito constitucional, por isso que, segundo alega, teria o venerando acórdão de fls. 99 contrariado os arts 141, § 4º, e 190 da Constituição federal e o art. 1.525 do Código Civil, além de lhes haver dado inteligência diversa da adotada por outros tribunais pátrios (fls. 100-101), tendo sido o recurso admitido pelo respeitável despacho de fls. 102, apenas quanto ao primeiro fundamento.

"Confirmando, por maioria de votos, em embargos, o aresto de fls. 71, que, reformando a sentença de primeira instância (fls. 46-47), julgara improcedente a ação ajuizada, decidiu o venerando acórdão recorrido que, dada a independência das jurisdições criminal e administrativa, nem pelo fato de ter sido absolvido na ação penal adquire o ex-servidor direito a reingressar no serviço público, se regularmente demitido na esfera administrativa.

"Essa tese, que esposa a melhor doutrina, tem sido consagrada pela jurisprudência, do egrégio Supremo Tribunal Federal (vêde "Rev. do Supremo

Tribunal", vol. 58, pág. 441; vol. 60, pág. 241; vol. 64, página 110; "Rev. de Direito Administrativo", vol. I, pág. 179; Jurisprudência", apenso ao "Diário da Justiça" de 17 de março de 1952, pág. 771).

"Funcionário público em gôzo de estabilidade, o recorrente foi regularmente demitido, mediante processo administrativo, em que se lhe assegurou ampla defesa.

"Pouco importa tenha sido êle absolvido na ação penal. Com sua absolvição apenas teria sido decidido que o recorrente não cometera um *crime*, que não ficaram provados todos os elementos integrantes do *delito* a êle imputado.

"Não se decidiu, nem poderia afirmá-lo a sentença absolutória, que não incidira o recorrente em falta capaz de justificar uma pena administrativa, como a da demissão, que se lhe impôs, nos têrmos do Estatuto que disciplina as relações do Estado com os seus servidores.

"O venerando acórdão recorrido não violou os textos legais indicados pelo recorrente, nem divergiu de julgados proferidos por outros tribunais pátrios, na apreciação de idêntica relação de direito.

"A vista do exposto, sendo *incabível* o recurso, opino, preliminarmente pelo seu não conhecimento, ou, *de meritis*, quando dêle se conheça, quanto ao fundamento da alínea *d*, pelo seu não provimento, para que se confirme o venerando acórdão recorrido, pelas suas jurídicas razões de decidir.

"Distrito Federal, 19 de novembro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Conheço do recurso, com base na alínea *d*, em face do dissídio jurisprudencial quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória sôbre o processo administrativo de que resultou a demissão.

Mas nego-lhe provimento.

O ilustre ministro ARTUR MARINHO, no seu voto vencido, respondendo ao voto do ilustre ministro CUNHA VASCONCELOS, que citara um modesto parecer meu (fls. 92), referiu-se a mim em termos de extrema generosidade e declarou que tenho sido eu um dos grandes responsáveis pela publicação de afirmações de SANTI ROMANO no Brasil, a partir de 20 anos para cá, pois, de tanto insistir eu, como procurador da República, em tais afirmações ganharam elas foros de cidade, de tal modo que tem sido difícil um repensamento do direito a respeito (fls. 95).

Aceito a responsabilidade, como uma distinção imerecida, pois há evidente exagêro no atribuir-se tão marcada influência à opinião que modestamente sustentei.

Mas peço vênia para notar que não foi apenas na lição de SANTI ROMANO sue me baseei e sim também na de MEUCCI, VITTA, D'ALESSIO, LABAND, BONNARD, WALINE e outros.

Veja-se, por exemplo, o que diz WALINE ("Droit Administratif", 1936, págs. 369-370): *"La règle non bis in idem, en vertu de laquelle un individu ne peut être poursuivi et puni deux fois à raison d'un même fait, ne joue qu'à l'intérieur du droit pénal et n'empêche pas que deux instructions puissent être ouvertes, à propos d'une même fait, l'une pénale, l'autre administrative, instructions dont les résultats peuvent être différents: un fait peut ne pas être assez grave pour motiver une sanction pénale, ne pas réunir les éléments d'un délit pénal, et être cependant assez grave pour motiver une sanction disciplinaire"*.

BONNARD, tratando das penas disciplinares impostas ao funcionário público, entre elas a demissão, acentua ("Droit Administratif", 1935, pág. 396): *"De ce que la faute disciplinaire possède des caractères propres qui la différencient de l'infraction pénale, il en résulte l'indépendance réciproque des deux répressions disciplinaire et pénale"*.

*"C'est ainsi que les deux répressions peuvent intervenir à la fois pour un même fait, parce que ce fait peut avoir à la fois la qualité de faute disciplinaire et d'infraction pénale, justifiant la coexistence des deux répressions.*

*"En outre la répression disciplinaire peut intervenir après non-lieu ou acquittement sur poursuite pénale, parce qu'un fait peut ne pas être une infraction pénale et constituer cependant une faute disciplinaire".*

Como observa LABAND ("Direito Alemão", vol. II, pág. 160), a violação dos deveres que incumbem ao funcionário pode acarretar consequências legais de três sortes: penais, de direito privado e disciplinares. Tão indiscutível é a competência do Poder Judiciário para conhecer das duas primeiras quanto a da autoridade administrativa para tomar conhecimento destas últimas.

Adverte, com razão, MEUCCI ("Instituições de Direito Administrativo", pág. 230) que subordinar em tal caso à ação da autoridade administrativa à da autoridade judiciária, colocando-a na contingência de conservar, até que esta se pronuncie, um funcionário não vitalício, convencido de faltas que o incompatibilizam com o serviço público e exigem o seu afastamento imediato do cargo, seria desconhecer que as duas obedecem a critérios diversas, dirigem-se a fins diversos e guiam-se por normas também diversas.

Essa doutrina, que sempre tive como verdadeira e que o Supremo Tribunal muitas vezes consagrou, comporta, é certo, uma restrição.

Se o fato imputado ao funcionário fôr um só e o julgado criminal negar a existência desse mesmo fato ou negar a autoria atribuída ao funcionário, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado do cível até mesmo em obediência à regra do art. 1.525 do Cód. Civil. Na espécie, porém, não provou o autor que houvesse ocorrido tal hipótese.

A sentença absolutória irão foi trazida aos autos.

Está apenas resumida no acórdão que condenou alguns dos réus, tendo deixado de conhecer da apelação quanto a outros (entre os quais o autor), porque o Ministério Público, em relação a êles, ao prenuunciar-se antes do julgamento em

primeira instância, não pedira a condenação, limitando-se a solicitar justiça (fls. 14 v.).

A acusação era de terem os réus recebido em caráter permanente gratificações de contraventores do jôgo do bicho, como recompensa pela sua criminosa complacência para com êstes.

A sentença, segundo o resumo constante do acórdão, entendeu que "a denúncia se apresentou algo indefinida, imprecisa e aparentemente confusa, refletindo o próprio estado e natureza dos fatos nela argüidos"; que a autoridade de policial "parece ter querido emprestar valor demasiado às confissões dos indiciados"; que "em juízo, a materialidade e a autoria foram unânime e coerentemente negadas pelos acusados"; que "nenhuma testemunha positiva, precisa, especifica atos dos acusados que, sem vestígio de dúvidas, possam caracterizar as figuras dos delitos que lhes são imputados"... (fls. 13 v.).

Vê-se, pois, que a sentença, sem negar o fato ou a respectiva autoria, apenas não considerou provado o crime atribuído aos réus.

Estamos, portanto, em face de um daqueles casos em que, conforme a doutrina citada, a sentença criminal, apreciando apenas a existência do crime (que é o que lhe compete) e negando-a sem negar o fato, não invalida o processo administrativo, onde foram guardadas as formalidades legais e onde se apurou o fato que, embora não sendo suficiente para autorizar a imposição de pena criminal, todavia o era para justificar uma pena administrativa, como a demissão a bem do serviço público.

O recorrente alegou que companheiros seus de processos foram reintegrados.

Mas do documento, que nesse sentido invoca (fls. 21), se vê que não houve reintegração e sim readmissão.

A reintegração envolveria o reconhecimento, de um direito, a traduzir, sem dúvida uma desigualdade de tratamento, suscetível de exame pelo Poder Judiciário.

Se, porém, o Executivo tornou a nomear alguns, no exercício de uma faculdade discricionária, como é a de nomear, não cabe ao Judiciário intervir para constrangê-lo a que nomeie outros.

Diante do exposto, embora conhecendo do recurso, nego--lhe provimento.

## VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, a minha opinião em torno da matéria em julgamento, já a tenho manifestado em livros e votos. Entendo que o ilícito administrativo, de regra, é um *minus* em relação ao ilícito penal, escapando, por isso mesmo, à pena criminal, reservada para os casos mais graves ou de ilícito penal. Acontece, porém, que, por vêzes, há coincidência perfeita entre o ilícito administrativo e o ilícito penal. É o que se dá, no caso vertente. Trata-se de "corrupção passiva", isto é, determinados funcionários de polícia teriam recebido propinas no curso de uma campanha contra jôgo de azar.

O fato constitui, ao mesmo tempo, ilícito administrativo e ilícito penal. Em hipóteses tais, entendo que, se os funcionários, são disciplinarmente punidos na esfera administrativa, mas, em seguida, no juízo penal, vem a per reconhecida a ausência de provas da imputação, não se pode admitir a persistência da pena administrativa. Se, abstraído o aspecto de ilícito penal, ficasse um resíduo de ilícito administrativo a legitimar a pena disciplinar, compreender-se-ia que esta permanecesse.

No caso concreto, porém, não há isso. Os recorrentes, quer na órbita administrativa quer no juízo penal, responderam pelo mesmo e único fato: mercado da função. A decisão da Justiça penal, pelo prestígio que lhe vem das amplas garantias de defesa dos acusados e do ambiente de serenidade em que se desdobra o processo, deve prevalecer sôbre a decisão administrativa muitas vêzes desviadas do espírito de justiça, em face de provas colhidas sob um ambiente de pressão moral, quando mais não seja pelo receio das testemunhas em contrariar o *parti gris* da autoridade processante. Os recorrentes foram administrativamente demitidos, e a medida de perda do cargo constituiria precisamente uma pena acessória no Juízo criminal. Ora, se neste os recorrentes foram absolvidos, por falta de provas da autoria, a subsistência de sua demissão

constituiria uma incongruência ou, melhor, uma intolerável injustiça. Haveria uma chocante colisão entre a decisão administrativa e a da Justiça penal. Estaria uma gritando com a outra, e não se pode duvidar que a da Justiça penal deve superar ou apagar a administrativa, pois, de outro modo, estaria negado até mesmo o princípio constitucional do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Não tenho razões para repudiar a opinião já por várias vezes por mim sustentada em tal sentido. *Data venia* do eminente Sr. ministro relator, conheço do recurso e lhe dou provimento.

### VISTA

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, peço vista dos autos.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado por pedido de vista do Exmo. Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES, depois do voto do Sr. ministro relator, conhecendo e negando provimento, e o do Exmo. Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, que conhecia do recurso e lhe dava provimento.

Impedido o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, substituto do Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha licenciado.

### VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Luís Ramos, demitido após inquérito administrativo das funções que ocupava na Polícia Civil desta Capital, foi processado criminalmente pelo mesmo fato que dera lugar à demissão, logrando ser absolvido. Julga-se agora, por força da sentença absolutória, com direito a volver ao cargo de que foi afastado.

Se o ato que o demitiu houvesse tido por base o inquérito policial, eu não teria dúvida em atender ao seu pedido, porque, nesse caso, destruída a premissa, cairia a conclusão.

O ato do Sr. presidente da República assentou, porém, num inquérito administrativo, que o obedeceu, presumidamente, aos cânones legais. Não se lhe apontam irregularidades.

A demissão surgiu, assim, como consequência natural, e não dependia de um posterior procedimento criminal, que a lei não exige. Poderia até não ter havido o processo perante a Justiça penal. Houve, é verdade. Mas, se neste nada se apurou, para configuração de um delito, não somos obrigados a concluir que no outro, no administrativo, foi nenhuma a prova para demonstração de uma falta.

O julgamento penal, ensina WALINE, *"ne lie l'autorité investie du pouvoir disciplinaire que dans la mesure ou il affirme l'existence ou l'inexistence matérielle du fait incriminé. Mais un acquittement peut signifier seulement que les faits établis ne réunissent par les éléments d'un déloit tout en pouvant constitaer une faute disciplinaire"* ("Droit administratif", pág. 304).

Aplica-se ao administrativo a regra inserta no art. 66 do Cód. de Proc. Criminal, que só concede, no cível, reflexos da sentença criminal se esta, categòricamente, nega a existência do fato.

Aliás, o que fez o acórdão recorrido foi dar, à coisa julgada no crime, efeito retroativo, fazendo-a alcançar o passado e invalidar os atos consumados. Isso não era possível.

Se, por força da absolvição criminal, brotasse para o réu absolvido direito à reintegração, ter-se-ia, mediante decisão de um juiz criminal, anulado um ato do presidente da República o que é aberrante do nosso sistema constitucional. E ter-se-iam também criado para a União, por efeito de um processo em que ela não foi parte, graves responsabilidades.

Nem se revide que é neste e não no outro que se lavrará a condenação. Se nós, no atual processo, estamos vinculados à pressão da sentença absolutória, naquele em que tal sentença foi proferida, naquele em que a União não tomou parte, e não neste, é que, na realidade, se terá decidido a contenda. O presente processo nada mais será que uma execução de sentença.

O que é verdade, entretanto, é que nem mesmo precedendo ao administrativo, o processo criminal se impõe como coisa julgada, como defluiu do art. 66, citado.

O art. 189, n° II, da Constituição, estabelece, como condição única, para demissão de funcionários estáveis, a apuração da falta em processo administrativo, no qual se lhes haja assegurado ampla defesa. Nada mais que isso.

Neste ponto é que se localiza, precisamente, a distinção entre funcionário vitalício e estável. Para a demissão daquele, é mister a intervenção do Judiciário. Para a deste, basta o critério do Executivo, manifestado após o exame dos fatos, garantida a defesa. Se o funcionário é demissível *ad nutum*, até êsse exame é dispensável.

Não há contestar, todavia, que o art. 141, § 4º, da Constituição, prescreve que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Isso não quer dizer que possa o Judiciário intervir na alçada de demais poderes, confiscando-lhes atribuições. Nem há uma lesão de direitos quando as autoridades do Executivo ou do Legislativo nada mais fazem senão exercitar seus ofícios dentro das lindes que lhe estão marcadas.

O Judiciário só intervém se as fronteiras da lei são ultrapassadas. Exemplifiquemos: é mister, para a demissão do funcionário, seja feito processo administrativo, repitamos, assegurada ampla defesa. O chefe do governo, demite, entretanto, um funcionário sem ouvi-lo, ou sem lhe dar tempo para oferecer as suas razões. Estará infringida a lei. Houve a lesão de um direito e o Judiciário acode para repará-lo.

Ou, então, fez-se o processo com regularidade, mas para a falta se aplica, não a pena que a lei prescreve: advertência, censura, etc., mas outra mais grave, a de demissão.

Desatendeu-se também ao Direito e ao Judiciário deve ser chamado.

Se, porém, a defesa foi livre, as provas coligidas normalmente, e n Executivo cominou a pena dentro do arbítrio de que dispunha, não há lesão de direitos individuais. Não há ingresso, por isso, ao Judiciário.

Nessas condições, pedindo vênia ao eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, nego provimento ao recurso, na conformidade do voto do Sr. relator.

### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (presidente): Conheço do recurso e lhe nego provimento.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, unânimemente, e lhe negaram provimento, contra o voto do Exmo. Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA.

Deixou de tomar parte no julgamento, por se achar em gozo de licença, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

\*

### **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MOVIMENTO REVOLUCIONÁRIO**

**- O mau exercício da função militar pelos membros das forças armadas acarreta a responsabilidade da Fazenda Nacional no dano causado a terceiros.**

João Câmara & Irmãos *versus* União Federal

Ap. nº 7.264 (embs.) - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes na apelação cível n° 7.264, do Rio Grande do Norte, em que são embargantes João Câmara & Irmãos, sendo a União Federal embargada:

Acordam, por maioria de votos, os ministros do Supremo Tribunal Federal receber, em parte, os embargos, em conformidade com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 13 de abril de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Relatou, de fls. 113 a 119, o Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, que João Câmara & Irmãos propuseram em Natal ação para que fôsse a União Federal condenada a indenizar prejuízos causados a suas propriedades, quer na Capital, quer na cidade de Baixa-Verde, com o movimento operado em 1935 por soldados da guarnição federal, a que civis se incorporaram.

A sentença de fls. 79 a 81 acolheu o pedido.

Houve recurso de ofício e apelação da Procuradoria da República.

O Sr. ministro relator deu provimento ao recurso de ofício, e julgou improcedente a ação, porque não se provou a culpa da ré, quer por ação, quer por omissão (fls. 121 a 122).

Concordou com êsse julgamento o Sr. ministro BARROS BARRETO (fls. 123).

O Sr. ministro FILADELFO AZEVEDO proferiu longo voto em que estudou a responsabilidade da Fazenda Pública no dano causado por seus agentes, concluindo pela divisão do prejuízo em partes iguais, e, assim, reduziu a condenação à metade (fôlhas 124 a 153).

Os ministros CASTRO NUNES (fls. 154 a 156) e ANÍBAL FREIRE (fls. 157 a 160) seguiram os votos do relator e do revisor.

Pelo acórdão de 12 de abril de 1943 (fôlhas 161) foi reformada, par maioria de votos, a sentença apelada, sob a ementa seguinte: "O Estado responde, em regra, pela ordem pública. Deposto, porém, o governo estadual e nenhuma prova sendo dada contra a União, por ato ou omissão no cumprimento de seus deveres, não se pode fazê-la responsável pelos danos causados por uma malta sediciosa" (fls. 163).

Os autores embargaram o acórdão insistindo em que ficou provado terem sido os danos causados pelo movimento subversivo que a guarnição federal encabeçou (fls. 165 a 176).

O Sr. procurador geral da República, então, o Dr. TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, impugnou os embargos, alegando que nenhuma culpa se pode atribuir à autoridade pública (fls. 181 a 183).

#### VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: A sentença de fls. 79 a 81 acentua que o movimento iniciado em a noite de 23 de novembro de 1935, não partiu da massa popular, mas de elementos militares componentes do 21° B. C. A ré omitiu as providências necessárias para debelar a sedição, evitando os danos que os autores sofreram e que, não obstante o seguro contra motim, devem ser reparados.

Devem, pois, os embargos ser acolhidos apenas em parte, para que se liquide, na execução, o valor do dano que sofreram os embargantes, acrescido dos honorários de seu advogado, correspondente a 0,20 da indenização, juros da mora e custas.

A disposição do art. 15 do Cód. Civil foi incorporada ao art. 171 da Constituição de 1934, que, além de estabelecer a solidariedade da Fazenda Pública e do funcionário, exigiu a citação dêste para o processo da ação interposta, facilitando o exercício do direito regressivo (§§ 1° e 2°).

As Constituições de 1937, no art. 158, de 1946, no art. 194 e seu parágrafo, não exigiram mais o consórcio passivo da pessoa jurídica de direito público interno e de seu funcionário na ação de ressarcimento.

As pessoas jurídicas chamadas de direito público, respondem pelo dano que, no exercício de suas funções, causem seus representantes.

O mau exercício da função militar pelos membros das forças armadas acarreta a responsabilidade da Fazenda Nacional no dano causado a terceiros.

A sedição dos militares que compunham o 21º B. C. constituiu, sem dúvida, procedimento contrário ao direito que regula as funções militares; o dano, resultante desse mau procedimento no exercício da função pública, há de ser reparado, e à Fazenda Pública incumbe, tanto quanto a seu servidor, o dever da reparação.

Recebo, pois, os embargos, em parte, nos termos acima indicados.

## VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente em matéria de responsabilidade do Estado, minha posição é mais radical que a do eminente Sr. ministro relator. S. Ex.<sup>a</sup> acantoa esta responsabilidade aos termos estritos do art. 15 do Cód. Civil e da Constituição, que somente a considera quando representantes da União se desviam de seus deveres e causam danos a particulares.

Tenho, aliás, adotado nesta matéria idéias já defendidas desde o princípio do século por AMARO CAVALCANTI e que vão abrindo margem larga na jurisprudência de todos os povos cultos. Não chego ao extremo de dizer, como PEDRO LESSA, que só o apêgo demasiado à tradição pode impedir se tomem daquelas diretrizes. Não. Até porque, em favor da aplicação estrita do aludido critério, se manifestou reais de uma vez a maioria deste egrégio Tribunal e êle encontra, ainda entre os juristas, defensores de prol. Mas, a meu ver, ligar a responsabilidade do Estado ao conceito civil da culpa será, lógicamente negá-la.

O Estado não incide em culpa, quer *in vigilando* quer *in eligendo*, se não ofende as condições legais de investidura.

O princípio, pois, extremoso, mas lógico, seria o da irresponsabilidade do Estado, a proclamação da procedência, literalmente do "*King do no wrong*". Mas na Inglaterra mesma, êste princípio já foi repellido e o que abre caminho cada vez mais largo é a idéia da ampla responsabilidade do Estado através de critérios objetivos. Essa tendência se manifestou através das decisões do Conselho francês e atende a razões de justiça e de conservação do consórcio civil.

O Estado é responsável sempre que a ordem pública não se mantém e que daí decorra prejuízo para o particular.

O art. 15 do Cód. Civil trata do assunto, mas não o esgota inteiramente. Trata apenas de um de seus aspectos e fixa a responsabilidade em casos de culpa do funcionário. Não exclui, porém, outros casos em que dominam os princípios gerais de direito.

Tenho aplicado um rol de vêzes êsse princípio, não só pelas razões políticas e jurídicas como pelo mandamento da própria justiça distributiva.

A teoria dos ônus e dos cômodos, a do risco, a de acidente administrativo é que dominam atualmente. A meu ver, o nosso direito não consagra literalmente essas idéias, mas não as repele; porque o Cód. Civil não é completo a respeito e não pode abranger todas as hipóteses, nem completa é a Constituição.

No caso não se torna, porém, necessário voltar àqueles princípios para justificar a tese do eminente Sr. ministro relator. A força pública que tem o dever de manter a ordem, perturbou-a. O argumento de que ela não se destinava a descumpri-la, de que não tinha outra vocação senão a de resguardá-la, a meu ver, prova demais e, portanto, nada prova, porque levaria a concluir-se, metódicamente sempre pela irresponsabilidade do Estado por quaisquer danos causados por seus funcionários. Em todos os casos de desvio da função pública os funcionários estariam operando contra as finalidades do Estado.

Entre nós houve decreto, ao tempo da Revolução, que fixou a responsabilidade do Estado apenas nos casos em que não houvesse *crime* da parte do funcionário. Mas foi um retrocesso violento na nossa evolução jurídica e que teve existência efêmera, como devia ter, porque dava a responsabilidade do Estado em casos menos graves e negava-a em casos mais graves.

No caso, como observa o eminente Sr. ministro relator, a guarnição federal descumpriu seu dever de velar pela ordem pública.

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Não descumpriu, foi além. Sendo de seu dever manter a ordem pública, rebelou-se contra a mesma.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (revisor): É exato. Mas não se cumpre o dever de dois modos: não só quando se age contra a função específica de manter a ordem, como quando, em lugar de mantê-la, se fomenta a desordem.

O eminente Sr. ministro ANÍBAL FREIRE, cuja opinião sempre acato, há de concordar que raras vêzes ocorreria ordem de autoridade maior da República para que o Exército fomentasse a desordem e se voltasse contra o poder constituído.

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Mas é necessário que haja o exercício da função. Se o poder público nega-se a Intervir no bando e a praticar os atos objetivos necessários à manutenção da ordem, evidentemente a União fica responsável.

Mas, no caso ele rebeldia, de revolução, a hipótese é diferente.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: A meu ver, *data venia*, o argumento de V.Ex.<sup>a</sup>, Sr. ministro ANÍBAL FREIRE, denuncia o contrário, que, na hipótese, é mais pravo a desobediência, porque o dever existe não só quando há a ordem expressa, como pela função da fôrça militar.

Mas ainda colocada a questão do ponto de vista da culpa civilista, acho que a razão está com o eminente Sr. ministro relator.

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Sigo a teoria da culpa.

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Mas é possível caracterização da culpa no caso dos autos?

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Trata-se de agentes do poder público que exerceram mal suas funções.

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Houve omissão do poder público.

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: O art. 15 não exige este elemento da parte do preponente. Só o mau exercício da função.

O SR. MINISTRO OROZIMEO NONATO (revisor): Mas o exercício regular da função não poderia dar ensejo a dano em princípio. Dai dizer eu que o argumento do Sr. ministro ANÍBAL FREIRE prova demais e levaria sempre à conclusão da irresponsabilidade da União. Mas essa conclusão choca nossa sensibilidade, nossa consciência jurídica.

*Data venia*, acompanho o voto do eminente Sr. ministro relator, ainda por motivos de ordem mais radical daquelas que tiveram o alto prestígio do voto de S. Ex.<sup>a</sup>

Recebo *in totum* os embargos.

#### PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, dada a relação evidente que tem o presente julgamento com o caso Matarazzo, de São Paulo, de cujos autos pedi vista, peço também vista dêstes.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Demanda-se a União por prejuízos provenientes de um levante comunista que, arrebatando o poder estadual, fêz desaparecer, por algum tempo, a defesa à propriedade particular.

A maioria da fôrca federal aderiu ao movimento sem a inspiração dos seus chefes. A ação de indenização proposta pelos autores foi totalmente dirigida contra a Fazenda Nacional. Vencendo na primeira instância, perderam êles na apelação em cujo julgamento a egrégia 1ª Turma, num pronunciamento notável, resolveu o material jurídico referente à responsabilidade civil do Estado, no que diz respeito ao aspecto particular da causa. E então, os votos eruditos dos eminentes ministros LAUDO DE CAMARGO, relator, CASTRO NUNES, BARROS BARRETO e ANÍBAL FREIRE mostraram a verdadeira orientação do direito brasileiro, consubstanciado no art. 15 do Cód. Civil. É verdade que o eminente ministro FILADELFO AZEVEDO, com a projeção da sua cultura, emitiu, em sentido contrário, um voto brilhante e exaustivo, que é mais uma formosa construção jurídica do que pròpriamente a exegese dos textos legais. Refletiu as tendências da doutrina moderna, na dilatação das raias da responsabilidade civil, mas reconheceu e enumerou a série de julgados da nossa Justiça, especialmente dêste egrégio Tribunal, no sentido de que o Estado não responde por fatos anormais que, na realidade, representam motivos de fôrça maior, que escapam à vigilância ordinária da administração pública e não podem gerar laços obrigacionais de reparação.

Nossa legislação civil não chegou ainda à etapa atingida e preconizada pela doutrina e assim não é possível substituir a fonte positiva do direito pela aceitação de uma teoria jurídica que ainda flutua e da qual RIPERT tece um hino de louvor no "Regime Democrático e o Direito Civil Moderno".

#### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, acompanho o vôto do eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, coerente com os pronunciamentos que tenho enunciado em casos análogos.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam em parte, os embargos, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e BARROS BARRETO.

Deixaram de comparecer, por motivo justificado, os Exmos. Srs. ministros ANÍBAL FREIRE, GOULART DE OLIVEIRA, EDGAR COSTA e RIBEIRO DA COSTA e os Exmos. Srs. ministros CASTRO NUNES e OROZIMBO NONATO, substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ARMANDO PRADO e ÁBNER DE VASCONCELOS, por se acharem em gôzo de licença.

\*

## **INEXECUÇÃO DE CONTRATO – PERDAS E DANOS - VERBA TESTAMENTÁRIA**

Sanatório Santa Isabel Ltda. *versus* Nélon Noronha Gustavo Filho e outra

Ag. nº 14.890 - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados êstes autos de agravo de instrumento do Distrito Federal, em que é agravante Sanatório Santa Isabel Ltda. e agravados Nélon Noronha Gustavo Filho, inventariante do espólio de Risoleta Ferreira Jorge, e outra, etc.:

Acordam os ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, na forma do relatório e das notas taquigráficas que vão anexas.

Supremo Tribunal Federal, 26 de junho de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Ábner de Vasconcelos*, relator.

### **RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: D. Risoleta Ferreira Jorge celebrou a locação de um prédio ao Sanatório Santa Isabel Ltda., de Campinas, Estado de São Paulo. Falecendo, a locadora deixou testamento, sendo seus bens inventariados.

O testamenteiro e inventariante Dr. Néilson Noronha Gustavo Filho, pelo espólio e pela legatária, Associação Agrícola de Educação e Assistência, moveu ação ordinária contra o Sanatório referido, para, cobrança da multa contratual e perdas e danos, com os acréscimos legais, sob alegação de infração por parte do locatário. Êste, como réu, alegou que os danos do prédio decorriam do seu longo uso e que a multa contratual era de caráter compensatório, não podendo ser cumulativamente cobrada com os danos. E após reconvenção, pedindo também perdas e danos, multa contratual, honorários e custas. Reduzindo a legatária a mera assistente do espólio, o juiz julgou em parte procedente a ação, condenando o réu a pagar a multa reduzida, juros da mora, honorários e custas proporcionais. A reconvenção foi julgada improcedente por falta de prova de violação de contrato por parte da locadora. Eis pois de ter analisado tôdas as partes da sentença, o Tribunal de São Paulo proveu a anulação da autora e sua assistente, para condenar a ré a pagar cumulativamente perdas e danos e multa compulsória no total de Cr\$ 89.725,00, como quantia necessária para repor o imóvel nas condições estabelecidas no contrato. E ainda nos juros da mora, custas e honorários de 20%.

Unânime o julgamento e inconformado, o Sanatório Santa Isabel manifestou recurso extraordinário com fundamento na Constituição federal, art. 101, III, alínea *a*. Deu como violado o Cód. Civil, arts. 145, V, e 146, e a sua motivação consiste na interpretação dada a Cláusulas testamentárias em ação de perdas e danos e multa contratual em locação de prédio. O presidente do Tribunal de Justiça proferiu o seguinte despacho:

"Denego o recurso de fls. 217, já porque "não está devidamente justificado, já porque se trata de questão de fato, interpretação de ato e de lei".

Daí, o presente instrumento de agravo que foi arrazado pelas partes. Mantido o despacho agravado, falou nesta instância o Dr. procurador geral, dizendo: "Questão de fato e de interpretação de ato e de lei foi o que decidiu o venerando acórdão do qual o agravante manifestou recurso extraordinário, denegado pelo respeitável despacho de fls. 67, que se nos afigura jurídico. Somos, por isso, porque se negue provimento ao agravo".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): Dois objetivos visou o recurso extraordinário denegado: anular verba testamentária em ação de perdas e danos decorrente de locação de prédio e impedir a simultaneidade dos pedidos da pena contratual e perdas e danos. Para a primeira hipótese, indicou como violados os arts. 145, V, e 146 do Cód. Civil, que cogitam de nulidade de ato jurídico. Para o segundo caso, omitiu o dispositivo legal que obste a dupla exigência. O testamento tem o seu juízo próprio em que é possível a sua anulação, com a audiência dos interessados e assistência do poder público. Não é, pois, em juízo diferente o momento oportuno de ser atacado, mormente por terceiro. Seria facilitar a prolação de decisões contraditórias, que o processo civil não permite. Não tem, assim, consistência jurídica a alegação.

Com referência à duplicidade de condenação, por multa contratual e perdas e danos, pode a mesma dar margem a contradita jurídica, mas, segundo o aresto recorrido, a sua aplicação decorreu da prova dos autos.

Desde que não há texto de lei apontado como infringido, sendo vedado a que o julgador possa aplicá-lo, a conclusão é de que se trata de simples interpretação de direito positivo, que pode ser injusta, mas não ilegal.

Diante do exposto, e por estar plenamente justificado o despacho recorrido, nego provimento ao agravo.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por votação unânime, negou-se provimento ao agravo.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, por se achar em gozo de férias, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

\*

**PRESCRIÇÃO - RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA**

- **A reclamação administrativa não interrompe, mas suspende a prescrição.**
- **Interpretação do dec. nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.**

Estado de São Paulo *versus* Ubirajara Gomes de Amorim

Rec. ext. nº 13.612 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 13.612, de São Paulo, recorrente Fazenda do Estado, recorrido Ubirajara Gomes de Amorim:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso, por maioria de votos, e lhe dar provimento, unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 30 de maio de 1949. - *José Linhares*, presidente; *Álvaro Ribeiro da Costa*, relator designado.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Na capital de São Paulo, perante o Juízo dos Feitos da Fazenda do Estado, Ubirajara Gomes de Amorim chamou a juízo o Estado de São Paulo, na pessoa de seu então interventor federal, a fim de ver-se-lhe propor ação destinada a anular o decreto estadual de 5 de junho de 1909, que o pós em disponibilidade, restabelecendo-se, conseqüentemente, todos os seus direitos de administrador-tesoureiro da Recebedoria de Águas da Capital ou na impossibilidade, por não mais existir êsse cargo, de outro equivalente, inclusive o pagamento de seus vencimentos integrais e acréscimos posteriores a ser apurados.

Contestada pelo Estado a ação, foi ela julgada prescrita pela sentença de fls. 41. Interposto recurso de ofício para o Tribunal de Justiça, êste reformou a decisão por achar não ter ocorrido a prescrição, porque foi interrompido o prazo prescricional com a reclamação administrativa e recurso.

Com a decisão não se conformou a Fazenda do Estado, interpondo recurso extraordinário, na base do art. 101, III, *a*, da Constituição federal alegando ter a decisão recorrida contrariado o art. 178, § 10, número VI, do Cód. Civil; os decretos federais n° 20.910, de 6 de janeiro de 1932, arts. 1°, 4° e 6°, n° 4.697, de 19 de agosto de 1942, e n° 4.657, de 4 de setembro de 1942.

As partes arrazoaram na instância inferior e nesta a douta Procuradoria da República apresentou a parecer de fls. 91, em que opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): Preliminarmente, não tomo conhecimento do recurso, de vez que não se trata de decisão definitiva proferida na causa. Ao contrário, o Tribunal mandou que o juízo inferior julgasse a ação no seu mérito.

#### PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, peço vista dos autos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA Sr. presidente, o recurso extraordinário foi interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo com fundamento em ofensa ao disposto do dec. n° 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição das dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios o Tribunal de Justiça de São Paulo, na conformidade do aresto exarado a fls. 63. decidiu, reformando a sentença de primeira instância, desprezar a preliminar da prescrição argüida pela Fazenda, por entender que o

prazo prescricional, na espécie, fora Interrompido com a reclamação administrativa apresentada pela parte. O Estado de São Paulo sustenta a tese contrária, no sentido de que a reclamação administrativa, expressamente, de acôrdo com a lei, não tem o efeito de interromper a prescrição, mas de suspendê-la no seu curso.

A hipótese citada nestes autos, a meu ver, está bem esclarecida pela sentença de primeira instância, da qual vou ler trecho que encara precisamente a matéria de aplicação e interpretação do dec. nº 20.910, de 1932. Assim:

"Em conformidade com o dec. nº 20.910, de 6-1-1932, art. 1º, prescreve em cinco anos as dívidas passivas da União dos Estados e dos Municípios, e bem assim todo e qualquer direito e ação, contra aquelas Fazendas, contadas da data do ato ou fato do qual se originaram. No caso o ato impugnado foi o que declarou o autor em disponibilidade, em 5 de junho de 1939. Em igual data do ano de 1944, estaria prescrito o direito de ação. Mas, diz o autor, o prazo prescricional foi interrompido com reclamação administrativa e recurso interposto em conformidade com o art. 220 do Estatuto dos Funcionários, sendo certo que, para o caso de disponibilidade, foi fixado em cinco anos o prazo para a reclamação referida, prazo êsse que podia ser interrompido por duas vezes. Sua reclamação foi feita em 26 de maio de 1942 e só decidida em 23 de julho de 1944, conforme documentos de fls. 36 a 38, e interrompido o prazo prescricional em conformidade com o parág. único do art. 220 do Estatuto, a propositura da presente ação o foi em tempo hábil. Não procede a argumentação do autor. A interrupção de prescrição por êle invocada só prevalece na esfera administrativa. O art. 220 ao Estatuto dos Funcionários admitiu o direito de reclamação administrativa, fixando, em o número I, em cinco anos o prazo para a mesma, quando pôsto o funcionário em disponibilidade. Usando dêsse direito, o fêz dentro ao prazo legal, mas, para a propositura de uma ação judicial, os prazos são regidos pelo dec. nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Êste, depois de fixar em seu art. 1º, o prazo prescricional de cinco anos declara, no art. 4º, que não corre a prescrição durante a demora que, no estudo e recurso e reconhecimento, tiverem as repartições para solucionar as reclamações administrativas, verificando-se a suspensão na prescrição, pela entrada ao requerimento do titular do direito nos livros ou protocolos, com designação do dia mês e ano. Verifica-se que a reclamação do autor deu entrada no Tesouro em 26 de maio de 1942, quando já decorridos 2

anos, 11 meses e 21 dias de prazo prescricional. Solucionada a reclamação em 24 de julho de 1944 e proposta a ação em 9 de setembro deste ano, já havia decorrido o prazo de 2 anos, 1 mês e 17 dias, os quais, somados aos 2 anos, 11 meses e 21 dias, prazo entre o ato impugnado e o da data da entrada da reclamação, perfazem 5 anos, 1 mês e 8 dias. Portanto, proposta a ação em 9 de setembro passado, o foi fora de prazo, pelo que julgamos prescrita a mesma e condenamos o autor ao pagamento das custas".

O Estado de São Paulo recorreu da decisão proferida em última instância do Tribunal *ad quem*, invocando em seu abono a expressa, disposição da lei que determina que nos casos de funcionários postos em disponibilidade, a reclamação dêstes perante a instância administrativa, tem o efeito, apenas, de suspender a prescrição, invocou a opinião de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, neste sentido:

"Como os atos judiciais, também os atos administrativos passam em julgado, isto é, contra eles não cabe mais recurso, nem para a mesma autoridade, nem para a instância administrativa superior".

Ainda neste sentido, cita o recorrente a lição do Prof. MÁRIO MASAGÃO:

"A reclamação administrativa jamais constituiu, em nosso direito, *causa interruptiva* da prescrição (Ordenações, livro 4º, tit. 79; § 1º; reg. nº 737, art. 59; TEIXEIRA DE FREITAS, "Consolidação", art. 855; CARLOS DE CARVALHO, "Nova Consolidação", art. 982; Código Civil Brasileiro" artigo 172). Foi essa reclamação considerada *causa suspensiva*, apenas, pelo art. 4º do dec. nº 20.910, de 1932".

O Sr. ministro OROZIMBO NONATO, também abordando o mesmo tema, assim se manifestou:

"A reclamação administrativa, atualmente, tem influência, não interruptiva, mas suspensiva, quando se trata dos casos especiais de dívidas líquidas".

Com êstes fundamentos, aceitando o recurso da Fazenda Estadual, nos termos em que é postulado, e à vista de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conheço preliminarmente do recurso e lhe dou provimento, para que

prevaleça a sentença de primeira instância, que julgou prescrito o direito do autor.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sr. presidente, conheço do recurso, *data venia* de V. Ex<sup>a</sup>.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, preliminarmente, conheço do recurso.

#### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): Vencido, dou provimento ao recurso para restabelecer a decisão de primeira instância, porque, ainda que seja o prazo da prescrição de cinco anos, teria o prazo se esgotado, por isto que a reclamação administrativa não interrompe, mas suspende o decurso do mesmo, como bem se vê do parágrafo único do art. 4º do dec. nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Suspenso que foi o prazo, e acrescido o tempo que teria corrido a prescrição antes da reclamação, ultrapassada teria êle ficado, como bem assinala o Dr. juiz na sentença reformada em grau de agravo.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: toma am conhecimento do recurso, contra os votos dos Srs. ministros relator e ARMANDO PRADO, que lhe deram provimento, unânimemente.

Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro CASTRO NUNES, substituído pelo Exmo. Sr. ministro ARMANDO PRADO.

\*

#### LOCAÇÃO - RETOMADA MALICIOSA

**- Se o locador pele o prédio para uso próprio e depois o aluga a terceiro, responde por perdas e danos, ainda que não tenha havido sentença que lhe comine a pena legal.**

Farid Helney *versus* Pedro Batista de Araújo Pena

Ag. nº 14.953 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

### ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de agravo em que é agravante Farid Helney e agravado Pedro Batista de Araújo Pena:

Acordam, em sessão da 1ª Turma, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo, pelos fundamentos que se encontram nas notas taquigráficas.

Supremo Tribunal Federal, 2 de abril de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Farid Helney moveu contra Pedro Batista de Araújo Pena uma ação de despejo sob a alegação de precisar do prédio para uso próprio. Em curso, o réu entregou as chaves e o autor desistiu da ação. Mas não se mudou para a casa que pedira. Alugou-a a outrem.

Moveu, então, o primeiro inquilino ação de perdas e danos contra o proprietário, que se defendeu alegando lhe terem sido as chaves entregues voluntariamente. E essa defesa foi acolhida pelo juiz de primeira instância, mas o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, pela sua 8ª Câmara, em recurso de apelação, modificou a sentença, argumentando que o inquilino só deixara o prédio premido pela notificação e posterior propositura da ação. O réu, inconformado, manifestou recurso extraordinário (não sei fundado em que dispositivo porque a petição de recurso não foi trasladada nestes autos). O ilustre presidente não admitiu e o recorrente agravou.

### VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Nego provimento. Supondo que o recurso extraordinário tenha sido interposto cola fundamento na letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição, declaro desde logo que não encontro dispositivo legal que tenha sido infringido. O que houve foi o seguinte; o recorrente, sem real intenção de ocupar o prédio, notificou o inquilino para abandoná-lo. Logrou êxito. O inquilino, dõcilmente, submeteu-se à notificação. Mas, usando o locatário dessa manobra artilosa, que era a intimação do inquilino, praticou, na verdade, um ato ilícito por cujas conseqüências responde, nos têrmos do art. 159 do Cód. Civil.

Não incidiu na pena do art. 15, § 6º, da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, pois que esta só lhe seria cominada na sentença, e o processo não chegou a essa fase. Deverá, porém, ressarcir os prejuízos. O acórdão que o condenou a tal não desatendeu a preceito legal. Antes, ajustou-se a intangíveis princípios de direito.

Nego provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade de votos, negou-se provimento ao agravo.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, por se achar em gôzo de férias, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

\*

## EMBARGOS DE TERCEIRO – POSSE

**- A penhora de imóvel, em execução movida contra terceiros, constitui turbação à posse, bastando êste requisito para legitimar os embargos de terceiro.**

Severina Nunes da Silva *versus* Aduino Gonçalves Chaves

Rec. ext. nº 19.642 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

## ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos vindos do Estado da Paraíba:

Acordam, em sessão da 1ª Turma, por unanimidade de votos, conhecer do presente recurso, em que é recorrente Severina Nunes da Silva e recorrido Aduino Gonçalves Chaves, e dar-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido. restabelecida na sua conclusão a sentença de primeira instância.

Supremo Tribunal Federal, 12 de novembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Numa ação executiva para cobrança de uma nota promissória, foi penhorado um prédio em que residia certa senhora, casada eclesiàsticamente com o réu, de quem está, aliás, separada há muitos anos. Esta senhora apresentou embargos de terceiro, que foram julgados procedentes pelo juiz de primeira instância, tendo sido, porém, reformada a decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, sob o seguinte fundamento: "É de notar que a agravada é apenas possuidora, a título precário, do prédio, cujo domínio cabe ao executado, com quem é ela casada eclesiàsticamente. E os embargos de terceiro, como remédio possessório, protegem apenas a posse, não afetando de forma alguma o domínio, que fica salvo a quem couber. Nem a penhora, nem, ainda, a arrematação, ou adjudicação, por si sós, podem justificar os embargos de terceiro, pois não acarretam, em princípio, qualquer turbação à posse. Se, no caso dos autos, o arrematante ou adquirente, da casa penhorada quiser entrar na posse desta, terá de fazê-lo pelas vias legais; e, então, terá a agravada a oportunidade de alegar e defender a sua posse. No momento o ato judicial, a penhora, não versa sobre a posse, mas sobre o domínio; não se justifica, assim, a invocação ao remédio possessório" (fls. 28 v.).

Não conformada, a embargante manifestou recurso extraordinário, sob invocação da letra *a* do art. 101, n° III, da Constituição federal, apontando como vulnerados os artigos 201, n° II, 81, 377 e 707 do Cód. de Processo. O recurso foi admitido e processado. O recorrido, todavia, não apresentou razões o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): As alegações da embargante, ora recorrente, sôbre falta de procuração da mulher do recorrido, e o pedido de absolvição de instância, não têm procedência alguma. Curioso vir a embargante, nesta altura do processo, em recurso extraordinário pedir nulidade da execução pela falta de procuração, quando, nos embargos de terceiro, ela, embargante, é que é autora e a causa principal, na qual era ela estranha, versava sôbre cobrança de dívida, que é ação pessoal.

Reconhece, todavia, o acórdão que a recorrente tem posse. Acha, porém, que, por enquanto, apenas por ter sido efetuada a penhora, ainda não há ensejo para embargos de terceiro.

O art. 707 do Cód. de Processo diz, porém, o contrário:

"Quem não fôr parte no feito e sofrer turbação ou esbulho em sua posse, ou direito, por efeito de penhora, depósito, arresto, seqüestro, venda judicial, arrecadação, partilha ou outro ato de apreensão judicial, poderá defender seus bens, por via de embargos de terceiro".

Se a penhora houvesse recaído sôbre os direitos dominicais, exclusivamente, então teria razão o acórdão. Mas a penhora, segundo se vê, não fêz distinção. Recaiu integralmente sôbre o imóvel, que foi entregue a um depositário (fls. 5 v.).

Nem sequer se pode dizer que é evidente o domínio do executado, porque a sentença de primeira instância afirma que não existe, nos autos, a êste respeito prova alguma. Nessas condições, deveria ter sido respeitada a posse da recorrente.

Conheço, pois, do recurso, com fundamento na letra *a* e dou-lhe provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram e deram provimento, unânimemente.

Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença. o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, senda substituído pela Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

\*

## AÇÃO RESCISÓRIA - DESPACHO SANEADOR

**- Não há lugar, na ação rescisória para o despacho saneador.**

Dr. Frederico Junqueira e sua mulher *versus* D. Teolina Junqueira

Ac. resc. nº 218 - Relator – MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de ação rescisória nº 218, do Distrito Federal, em que são autores o Dr. Frederico Junqueira e sua mulher, sendo ré D. Teolina Junqueira:

Acordam, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal julgar a ação improcedente, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 12 de abril de 1950. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: O Dr. Frederico Junqueira e sua mulher. D. Alda Gabriela Junqueira, propuseram contra D. Teolina

Junqueira, ou viúva Francisco Maximiliano Junqueira, ação fundada no art. 101, I, *k*, da Constituição e no art. 798, I, *b* e *c*, do Cód. Civil, porque o acórdão proferido em 26 de agosto de 1947 pela 2ª Turma, no rec. ext. nº 10.456, de São Paulo, não conheceu da impugnação (fls. 13), e, assim, violou a coisa julgada, em 6 de junho de 1944, pela mesma Turma, no rec. ext. nº 7.469, também de São Paulo, e infringiu a letra do art. 282 do Cód. de Proc. Civil, porque a Turma não conheceu do recurso oposto à decisão do Tribunal de Apelação de São Paulo, que deveria ter ordenado ao juiz da comarca de Ribeirão Preto o julgamento do mérito, em face da Ord. 4, 13, § 10, *in fine*. Violados teriam sido os dispositivos dos 3º e 4º do art. 141 da Constituição.

A petição inicial foi assinada pelo advogado Augusto César Linhares da Fonseca, com poder outorgado pelo Dr. Raul dos Santos d'Anunciação (fls. 4), procurador dos autores (fls. 5).

A ré alegou, a fls. 46 e segs., a incompetência do juízo, a falta de documentos indispensáveis ao pedido, a nulidade da citação feita em 19 de março de 1948, no juízo de Ribeirão Preto, a carência de ação e a inexistência de fundamento jurídico, porque o Tribunal de Apelação de São Paulo decidiu o mérito da causa julgando que os apelantes, ora autores, não tinham legítimo interesse na causa.

A fls. 73, a ré pediu absolvição de instância, porque os autores não apresentaram certidão do acórdão proferido no rec. ext. nº 7.469, e faltava poder ao representante judicial.

Disseram os autores sobre as exceções (fls. 81), oferecendo, a fls. 84, certidão tirada do livro de registro dos acórdãos, do qual consta o provimento dado ao rec. extraordinário nº 7.469, para que o juiz de primeira instância se pronunciasse sobre o mérito da causa, que não podia ser apreciado em segunda instância, na qual se rejeitaria a prescrição, acolhida no juízo inferior.

Reconhecida a autenticidade do instrumento de fls. 79 (fls. 93 v.), julguei regularmente constituída a instância (fls. 94).

Os autores indicaram testemunhas, residentes em São Paulo (fls. 96).

Do despacho publicado no "Diário da Justiça" de 18 de agosto de 1948 (fls. 94 v.), agravou-se, pelo art. 851, II e IV, do Cód. de Proc. Civil, a ré, fundada no art. 3º do dec. nº 20.206, de 13 de julho de 1931 (fôlhas 98).

Remetidos os autos no Sr. presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo (fôlhas 100), foram tomados pelo juiz da 1ª Vara Cível da Capital os depoimentos das testemunhas indicadas (fls. 125).

As partes deduziram razões finais (fls. 136 e 140), opinando o Sr. Dr. Procurador geral da República, então o Dr. LUÍS GALLOTTI, pela improcedência das preliminares da ré e do pedido dos autores (fls. 147).

### ADIAMENTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Sr. presidente, acabo de receber a seguinte petição

"Exmo. Sr. ministro relator da ação rescisória nº 218 - O Dr. Frederico Junqueira e sua mulher, D. Alda Junqueira, nos autos da ação rescisória nº 218 em que são autores e ré D. Teolina de Andrade Junqueira, pelo seu advogado *infra* assinado, vêm requerer a V. Ex.<sup>a</sup>, com a devida vênia, se digne adiar o julgamento da mesma para depois das férias forenses, de vez que tem o seu patrono de viajar para São Paulo e lá permanecer até o fim do corrente mês.

Assim espera, com a concordância do advogado da ré, ora presente, o deferimento.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1950. - O adv. *Raul da Cunha Ribeiro*.

Defiro o adiamento.

### VOTO (SÔBRE ADIAMENTO)

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, sou sistemáticamente contrário a pedidos de adiamento. Indefiro o pedido das partes.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deferiram o pedido de adiamento, contra o voto do Sr. ministro BARROS BARRETO. Impedidos os Srs. ministras LUÍS GALLOTTI e JOSÉ LINHARES. Deixaram de comparecer, por motivo justificado, os Exmos. Srs. ministros EDGAR COSTA e MACEDO LUDOLF, sendo êste substituto do Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, que se acha em gôzo de licença.

## VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Contra o meu voto, decidiu o Tribunal que não há lugar na ação rescisória para o despacho saneador. Não há, pois, também lugar para o recurso admitido pelo art. 851, IV, do Cód. de Proc. Civil.

O juízo é competente, segundo o disposto no art. 101, I, *k*, da Constituição e no art. 144. IV, do Cód. de Proc. Civil.

A instância foi regularmente constituída, como acentuou o despacho de fls. 94.

Rejeito, porém, o pedido dos autores, pois o acórdão da 2ª Turma, no rec. ext. nº 10.456, não violou o proferido no rec. ext. nº 7.469, nem infringiu a letra dos arts. 141, §§ 3º e 4º, da Constituição e 282 do Cód. de Proc. Civil.

O Tribunal de Apelação de São Paulo não podia devolver a causa ao juiz inferior, para que julgasse a questão de direito, antes de resolver a questão prejudicial sôbre o interêsse dos autores, já resolvida pelo mesmo juiz, simultâneamente com a da prescrição.

Rejeitada a prescrição, o Tribunal de segunda instância apurou que aos autores faltava legítimo interêsse, porque pediam a aplicação do abolido preceito da Ord. 4, 13, § 10.

Embora não se aceite o conceito adotado de interêsse na ação, o certo é que, em primeira instância, já se havia resolvido a questão sôbre a possibilidade de ser aplicado o preceito referido.

Nenhuma nulidade existe, assim, no acórdão de 26 de agosto de 1947 (fls. 13), que não colide com o de 6 de junho de 1944 (fls. 84).

Julgo improcedente a ação.

### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: A inconsistência das preliminares argüidas pela ré ficou realçada no despacho saneador de fls. 94.

Constituiu-se regularmente a instância, sendo legítimas as partes para a lide, e nenhum fundamento apresentavam as exceções processuais, o que ainda se infere, até, da petição de interposição do agravo no auto do processo.

No relativo à nulidade do acórdão proferido pela egrégia 2ª Turma, no recurso extraordinário nº 10.456, de que não se tomou conhecimento, por votação unânime, pretende-se haja êle violado a coisa julgada, defronte da decisão anterior, no recurso extraordinário nº 7.469, ordenatória da volta dos autos à primeira instância para apreciação do mérito de certa ação de lesão enorme, e contrariado, também, literal disposição de lei (art. 282 do Cód. de Proc. Civil), acobertando, pelo não conhecimento do dito anelo, a infringência desse mandamento, por parte do ilustre Tribunal de São Paulo.

Não vi demonstradas porém, as assertivas constantes do petitório e das razões dos autores, destruídas, aliás, pelo exaustivo voto do eminente relator do acórdão rescindendo, Sr. ministro OROZIMBO NONATO.

Mais não é preciso dizer, para deixar de acolher a rescisória.

Julgo improcedente a ação.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: julgaram improcedente a ação, unânimeamente. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI. Deixaram de conhecer, por se acharem em gôzo de licença, os Exmos. Srs. ministros JOSÉ LINHARES e GOULART DE OLIVEIRA, sendo substituídos,

respectivamente. Pelos Exmos. Srs. ministros AFRÂNIO COSTA e MACEDO LUDOLF.

\*

## **RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE REJEITA IMPUGNAÇÃO A NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE**

**- Cabe agravo de instrumento do despacho que, rejeitando a impugnação à nomeação de inventariante, a mantém e torna efetiva.**

Francelina Maria do Espírito Santo e outra *versus* Escolástica Bicudo dos Santos

Rec. ext. nº 16.255 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 16.255, de São Paulo, em que são recorrentes Francelina Maria do Espírito Santo e outra e recorrida Escolástica Bicudo dos Santos, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, por unanimidade de votos de conformidade com as notas taquigráficas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 16 de janeiro de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

### **RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: O acórdão de fls., por maioria de votos, não conheceu do agravo de instrumento, por entender que o art. 842, nº VII, do Cód. de Processo só o concede da decisão que inicialmente nomeia inventariante ou depois o destitui, mas não daquela que mantém a nomeação impugnada.

Daí o recurso extraordinário, fundado nas alíneas *a* e *d* do preceito constitucional (fls.).

Foi citada decisão divergente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (fls.).

Só os recorrentes arrazoaram (fls.).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Conheço do recurso pela letra *d*. E dou-lhe provimento. É certo que no mesmo sentido do acórdão recorrido opina ODILON DE ANDRADE ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. 9º, pág. 243).

SEABRA FAGUNDES, sem opinar pròpriamente, cita aresto do Tribunal de São Paulo em igual sentido ("Recursos", página 325).

PONTES DE MIRANDA admite o recurso de apelação ("Comentários ao Código de Processo Civil". ed. "REVISTA FORENSE", vol. 5, pág. 227).

Inclino-me, entretanto, por admitir o agravo de instrumento.

Na verdade, o Cód. de Processo concede êsse recurso das decisões que nomearem ou destituírem inventariante (art. 842, número VII).

Mas o mesmo Código, no art. 470, prevê que a nomeação do inventariante pode ser impugnada até a data da avaliação dos bens, decidindo o juiz em 48 horas depois de dar vista por três dias ao inventariante e aos outros herdeiros.

Ora, se a nomeação é impugnável por esse processo, não me parece razoável que o recurso contra ela deva ser usado antes de oposta e julgada a impugnação.

Antes disso, haverá uma nomeação provisória, que se tornará efetiva, após decorrido o prazo para impugnação ou após o julgamento desta.

Lógico é, pois, que caiba agravo de instrumento da nomeação assim tornada efetiva.

Disse bem a acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 28-9-1945, que teve como relator o ilustre desembargador VIEIRA BRAGA ("Rev. dos Tribunais", vol. 170, pág. 735):

"O Cód. de Proc. Civil estabelece nos arts. 469 e 470 as normas para a nomeação de inventariante, fixando no primeiro a ordem de preferência a ser observada e no segundo o processo para o caso de contestação à nomeação inicialmente feita.

"Se, oferecida impugnação à nomeação e ouvidos o inventariante e outros herdeiros, nos termos do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 470, o juiz vem a desprezá-la, êste despacho torna apenas efetiva a nomeação. Indiscutível, pois, que desse despacho cabe agravo, com fundamento no art. 842, nº VII, do Cód. de Proc. Civil. A hipótese não se confunde com a de remoção do inventariante, pela falta de cumprimento dos deveres do cardo, prevista no art. 476, quando o juiz, indeferindo o pedido de destituição, mantém o inventariante".

Diante do exposto, acolho o recurso com fundamento na letra *d*, e lhe dou provimento, para que o colendo Tribunal de São Paulo conheça do agravo e o julgue como de direito.

#### VISTA

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, peço vista dos autos.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento, a pedido do Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO, depois de ter votado o Exmo. Sr. ministro relator, dando provimento ao recurso, do qual conhecia pelo fundamento da letra *d*.

#### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: O despacho denegatório da destituição de inventariante do espólio, mantendo a nomeação impugnada, implica, em *ultima ratio*, numa verdadeira nomeação ou designação inicial. E há de se atender, para isso, ao disposto no art. 470 do Cód. de Proc. Civil.

Cabível, pois, o agravo de instrumento, por fôrça do art. 842, nº VII, do mesmo Código, concedendo esse recurso da decisão que nomear ou destituir inventariante.

Esta a exegese mais consentânea com a índole do agravo, conforme realçou o voto vencedor do eminente ministro ANÍBAL FREIRE, relator do recurso extraordinário nº 9.885 ("Diário da Justiça" de 6-10-1948, pág. 2.626), ao qual, alias, me reportei, no julgamento, a 25 de julho do ano findo, do recurso extraordinário nº 15.272, de São Paulo, por mim relatado e que teve solução idêntica.

Diante do exposto e adotando os jurídicos fundamentos do brilhante voto proferido pelo ilustre ministro LUÍS GALLOTTI, também dou provimento ao recurso, de que, liminarmente, conheço, na base da letra *d* do permissivo constitucional.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento do recurso e deram-lhe provimento, unânimemente.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.

\*

## TRANSCRIÇÃO - REIVINDICAÇÃO - RESCISÓRIA

**- A transcrição no registro imobiliário autoriza, apenas, a presunção de que a propriedade pertence à pessoa em cujo nome se transcreveu, admitindo, assim, prova em contrário. Acolhida a reivindicação, anula-se a transcrição contrária ao domínio do reivindicante. Não comporta revisão,**

**na ação rescisória, por envolver matéria de fato, a determinação da propriedade vindicada como a indagação sobre o conteúdo da sentença.**

João Batista Parente e Outra *versus* Margarida Maria de Moura Queirós e outros

Ac. resc. nº 228 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação rescisória nº 228, de São Paulo, em que são autores João Batista Parente e Zahra Lima Parente, sendo réus Margarida Maria de Moura Queirós, Marcelino Ribeiro de Queirós e Maria Alcínia de Moura:

Acordam, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal julgar improcedente a ação, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal. 25 de novembro de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: João Batista Parente e sua mulher, D. Zahra Lima Parente, pedem que seja declarada, pelo art. 798, I, *c* do Cód. de Proc. Civil, a nulidade do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 11 de fevereiro de 1943, a que foi oposto recurso extraordinário, não admitido a conhecimento.

As decisões rescindendas acolheram o pedido de D. Margarida Maria de Moura Queirós, casada com Marcelino Ribeiro de Queirós, e de D. Maria Alcínia de Moura, ou Maria Flora Lelys, e condenaram os autores à restituição do imóvel adquirido em hasta pública, realizada em execução promovida contra Miguel Denani e sua mulher, ficando cancelada a transcrição respectiva.

Teriam as decisões rescindendas ofendido a letra dos arts. 1.805 e 178, § 6º, V, do Cód. Civil, 82 e 145, I, do mesmo Código, e 530, IV, 1.572 e 859 do mesmo Código.

O domínio dos réus foi reconhecido por um título nulo (Cód. Civil, arts. 82 e 145, I). Êsse título é doação feita por pessoa absolutamente incapaz.

Foi atribuído ao domínio de D. Gabriela Augusta da Silva, de quem são os réus sucessores, o caráter exclusivo, o que importou anulação, em 1943, de uma partilha julgada em 24 de abril de 1902, com infração dos artigos 1.805 e 178, § 6º, V, do Cód. Civil, e foi negado o domínio de Manuel Dias da Silva, herdeiro como D. Gabriela, violando-se o preceito dos arts. 1.572, 530, IV, e 1.580 do Código Civil.

Os autores são sucessores, avós diversas alienações, de Manuel Dias da Silva, que antes se assinava Manuel Dias da Silva Neto; adquiriram, a título particular e de boa-fé, o domínio de que não podem ser privados sem preterição dos arts. 530, I, e 859 do Código Civil.

Requereram os autores o depoimento pessoal dos réus, de testemunhas, exame pericial no imóvel e juntada de novos documentos.

A petição veio instruída com os documentos de fls. 13 a 65.

Em 11 de maio de 1948 (fls. 68), mandei citar os réus, dando-lhes para a contestação o prazo de 20 dias.

No Prazo legal, contestaram os réus o pedido (fls. 88 e 102), negando procedência a suas razões, pois que não houve a pretendida doação de incapaz, nem se anulou a partilha de 1902. A presunção do art. 859 do Código Civil não é absoluta. O recurso extraordinário não foi admitido a conhecimento, por ser infundado, conforme o acórdão de 10 de setembro de 1943 (fls. 131 a 135). Pediram os réus fôsem os autores condenados nas custas, e protestaram pelo oferecimento de novos documentos, além dos apresentados de fls. 103 a 137.

Em despacho de 6 de setembro de 1948 (fls. 138), concedi o prazo de 30 dias para se completar a prova documental, negando aos réus a prorrogação que pediram (fls. 139 a 141).

Sòmente os réus apresentaram novos documentos (fls. 142 a 154).

Em vista do parecer do Dr. procurador geral da República (fls. 156), mandei que se abrisse vista dos autos às partes, para as razões finais (fls. 156), aduzidas pelos autores a fls. 160, e pelos réus, de fls. 162 a 165.

Em petição de 31 de maio último (fôlhas 167), pretenderam os autores que lhes fòssem deferidas as provas cuja produção requereram inicialmente.

Negado o deferimento, porque as alegações dos autores não dependiam de prova testemunhal ou pericial (fls. 168), foi ouvido o Dr. procurador geral da República, para quem os fundamentos do acórdão rescindendo (fls. 132 e segs.) não deixam dúvida sòbre a improcedência da presente ação (fls. 169).

## VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: É argüida de contrária à letra da lei decisão dêste Tribunal, de 10 de setembro de 1943, que julgou haver sido a mesma lei observada no acórdão do Tribunal paulista, de 11 de fevereiro daquele ano.

A transcrição do título de transferência da propriedade no Registro de Imóveis autoriza apenas a presunção de que a propriedade pertence à pessoa em cujo nome se transcreveu.

Pode, entretanto, a presunção ser contrariada, como ocorreu na reivindicação acolhida pelas decisões rescindendas.

Provaram os reivindicantes sua propriedade, anulando-se a transcrição do título pelo qual haveriam os ora autores adquirido a mesma propriedade.

A indagação sòbre se a partilha julgada em 24 de abril de 1902, declarara pertencer a propriedade a D. Gabriela Augusta da Silva e a Manuel Dias da

Silva, exclui a possibilidade de se infringirem literais disposições da lei, concernentes à sucessão *hereditário iure* e ao efeito da sentença divisória, pois que a indagação se resume ao exame da, sentença, e, assim, consiste em *quaestio facti*.

Não se disse que fôsse contrária à sentença divisória a proferida no juízo da reivindicação.

A determinação da propriedade reivindicada também é fato cuja apuração não pode ser revista em ação rescisória.

Admitido que o título de aquisição da propriedade não fôra outorgado por pessoa, absolutamente incapaz, não podia a sentença, que acolheu a reivindicação, violar o disposto nos arts. 82 e 145, I, do Cód. Civil.

Não há, pois, no art. 798, I, *c*, do Cód. de Proc. Civil, fundamento para o pedido, que julgo improcedente, condenando os autores nas custas.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: A presente ação rescisória, fundada no artigo 798, I, *c*, do Cód. de Proc. Civil, tem por fim anular o acórdão da egrégia 2ª Turma julgadora deste Supremo Tribunal Federal, proferido no recurso extraordinário, de que ela não conheceu, interposto da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. No recurso extraordinário. se atribui violação do artigo 530, nº I, do Cód. Civil, e divergir a decisão de outras do nosso Tribunal.

A Turma julgadora acertadamente deixou de tomar conhecimento do recurso extraordinário sob o legítimo fundamento de que teria o acórdão recorrido decidido em face da prova, e por esta se convenceram os julgadores de que os réus, em ação, ora autores resta rescisória, não tinham domínio sobre os terrenos vendidos aos co-réus, e, portanto, *a non domino*, porque fazendo parte de um imóvel, que fôra doado anteriormente a um terceiro. O acórdão de São Paulo afirmou com todo acêrto que a venda a feita *a non domino* pode ser anulada por ação ordinária, e, no caso, estava provado que os réus, Manuel Dias da Silva e sua mulher, não tinham domínio sobre os terrenos vendidos aos co-réus, ora autores, e que a simples transcrição não impede a investigação

sobre a origem da propriedade. A transcrição tem a seu favor uma presunção não absoluta, não irremovível, quando se provar que o registro anterior não poderá prevalecer quando se provar que o domínio do imóvel pertence a outrem. Diante de uma tal decisão, não teria o Supremo Tribunal violado expressamente a lei deixando de conhecer um recurso, a que falhavam os pressupostos legais para dêle conhecer. Sendo a ação de reivindicação a que compete ao proprietário da coisa para retomá-la do poder de terceiro cise injustamente a detém (LAFAYETTE, "Direito das Coisas", § 82, n° I). Compete ao reivindicando a prova do domínio, e a de que o réu o detém indevidamente. A prova do domínio se origina do modo de aquisição. Provada a aquisição, o domínio se presume perseverar na pessoa do adquirente enquanto não se provar o contrário: "*Qui semel dominus, semper dominus*".

Estabelecia o art. 8° do dec. n° 169-A, de 1890, que: "A transcrição não induz a prova de domínio, que fica salvo a quem fôr". No projeto do Cód. Civil, CLÓVIS BEVILÁQUA seguiu um sistema mais radical, limitando-se a exigir a inscrição de título hábil para transferir a propriedade, e afastando-se inteiramente do que dispunha a respeito o citado dec. n° 169-A. A Comissão Revisora, restaurou o preceito do decreto então vigente, mas isto não vingou, porquanto a Comissão Especial da Câmara dos Deputados suprimiu o dispositivo, por achar contrário ao corpo do art. 605 do projeto. Assim ficou definitivamente adotado o sistema em que as averbações do registro fazem, até prova em contrário, presumir o domínio ou direito real em favor de quem elas oscilaram. Se, porém, o prejudicado fizer judicialmente a prova de que as declarações do registro são errôneas, serão retificadas (CLÓVIS BEVILÁQUA, "Em Defesa do Projeto do Código Civil", pág. 124).

Tais eram as razões em vista das quais teria o autor desta rescisória de decair da ação reivindicatória contra êle proposta.

Não encontra fundamento a presente ação rescisória, a qual julgo improcedente. Não há fundamento para que dela não se conheça, porque no despacho saneador é que teria de ser resolvido o conhecimento da ação proposta. Neste sentido tenho reiteradamente me manifestado em casos idênticos.

Assim sendo, e, como já disse, a julgo improcedente.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: julgaram improcedente a rescisória, unanimemente. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo.

Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

\*

### TAXA RODOVIÁRIA - CONSTITUCIONALIDADE

**- A taxa rodoviária deve ser calculada sôbre o valor venal das propriedades rurais, beneficiadas com a conserva de estradas, sejam a estas marginais, ou delas se utilizem, como servidão ou passagem forçada. Trata-se de contribuição de melhoria. A sua criação está na competência tributária dos municípios, como elemento constitucional de sua economia. Fundamenta-a, não a contraprestação de um serviço, mas a valorização do imóvel, pelo melhoramento introduzido.**

The Lancashire General investment Co. Ltd. *versus* Prefeitura Municipal de Olímpia

Rec. ext. nº 5.463 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário em que é recorrente The Lancashire General Investment Co. Ltd. e recorrida a Prefeitura Municipal de Olímpia:

Acordam, unânimemente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão da 1ª Turma julgadora, não tomar conhecimento do recurso, pelos fundamentos do voto do relator junto a fls. 171 e segs.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 21 de novembro de 1949. - *José Linhares*, presidente e relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: A Fazenda Municipal de Olímpia, no Estado de São Paulo, intentou, contra The Lancashire General Investment Co. Ltd., um executivo fiscal para cobrança da quantia de 21:936\$800, moeda da época, relativa a lançamentos de taxas de conservação de estradas de rodagens, acrescidas da respectiva multa, no exercício de 1940 autorizado pelo ato municipal nº 244, de 30 de janeiro de 1939. Defendendo-se, a executada alegou, em resumo, o seguinte: ser inconstitucional o tributo cobrado, porque, sendo ele uniforme, calculado a uma taxa fixa e invariável sobre o valor das propriedades imóveis rurais, e, sendo também geral, porquanto recai sobre todos os imóveis sítos no município, transforma-se o tributo reclamado em autêntico impôsto, não incluído entre os que, no artigo 28, a Constituição federal de 1937 dispõe pertencerem ao município; e por recair em todos os imóveis rurais do município acabaria, no caso, por ser bitributação, visto corresponder a um novo e verdadeiro impôsto territorial rural, e, por fim, sendo as estradas municipais bens públicos, os encargos de sua manutenção não podiam recair apenas sobre alguns munícipes sob pena de se ofender princípio fundamental, o princípio de igualdade de todos perante a lei; e ser também indevida a cobrança do impôsto, à vista do que estabelecia a lei constitucional número 4, de 20 de setembro de 1940, que atribuiu aos Estados e aos municípios uma cota do impôsto federal, único e privativo sobre combustíveis e lubrificantes líquidos, proporcionalmente ao consumo, nos respectivos territórios, a qual será aplicada na conservação e no desenvolvimento das vias rodoviárias; e que o município não descende qualquer quantia com a conservação das estradas.

Impugnando os embargos, alega o representante do município: não ser o ato número 244, que criou e regulamentou a taxa de conservação das estradas municipais, em Olímpia, ilegal, *ex vi* do que preceitua o artigo 28, nº IV, da Constituição federal de 1937, combinado com o dec.-lei nº 9.920, de 11 de

janeiro de 1939; que o valor das propriedades da embargante é maior do que aquele atribuído por cobrança do impôsto, e não quis a embargante valer-se do recurso administrativo, que lhe garantia o próprio ato para reclamar das avaliações e lançamentos: que a embargante já tinha sido por sentença condenada ao pagamento do mesmo impôsto, referente a exercício anterior; que, portanto, o município gasta com a conservação de estradas maior quantia do que a que arrecada para êste fim.

A sentença de fls. 107 e segs. julgou procedente, em parte, a ação para, reduzir a cobrança a determinada importância calculada sobre outro valor das propriedades do executado.

Agravado de petição a vencida. A 2ª Câmara Civil do Tribunal de São Paulo, pelo acórdão de fls. 145 v., negou provimento ao recurso para confirmar a sentença pelos seus próprios fundamentos.

Ainda inconformada, a companhia interpôs o presente recurso extraordinário na base do art. 101. III, c, da Constituição federal de 1937. Admitido o recurso, e devidamente arrazoadado, subiram os autos, que distribuídos ao Exmo. Sr. ministro CASTRO NUNES, foi mandado ouvir a Procuradoria Geral da República, que pelo parecer do ilustre procurador, opinou nos termos do parecer de fls. 165, que obteve a concordância do ministro LUÍS GALLOTTI, que, então, abrihantava uma das procuradorias regionais do Distrito Federal. Êstes autos foram redistribuídos por impedimento do atual relator, por substituição.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): O ato, contra o qual se rebela a recorrente, é o de nº 244, baixado pela Prefeitura Municipal de Olímpia, o qual assim dispõe:

"Fica criada a taxa de conservação de estradas municipais, prevista pelo decreto estadual nº 9.920, de 11 de janeiro de 1939, que será de 0,25% anual, sobre o valor venal das propriedades rurais que, beneficiadas com o serviço de

Conservação de estrada, sejam a esta, marginais ou dela se utilizem em virtude de servidão ou passagem forçada".

Trata-se, como se vê, de uma contribuição de melhoria, na tecnologia dos monografistas da matéria, e a qual tem por fundamento não uma contra-prestação de um serviço, mas o fato de criar para o proprietário do imóvel um melhoramento, tornando a sua propriedade de mais valia e, por conseguinte, é justo que a êle caiba êste ônus para acorrer à despesa naquilo que lhe enriqueceu.

Com ter a propriedade valorizada, é de tôda justiça que a êle caiba indenizar o benefício recebido. É de todo propósito repetir a lição de ORLANDO: *"È giusto che chi vede aumentado il valore dei proprio terreni, edifici e stablimenti da lavore che son fatti per conto del comune, o riceve il beneficio di una deminuizione disposa ne poghi un corrispettivo solto forma di contributo"* (ORLANDO, *Diritto Amministrativo*", vol. 9, página 774).

Dentro da competência tributária podia a Municipalidade de Olímpia baixar o ato por cobrança do impôsto ou taxa de conservação, consoante dispunha o art. 26, *b*, da Constituição federal de 1937. Tem tôda oportunidade reproduzir aqui a seguinte passagem do jurista FRANCISCO CAMPOS: "O art. 124 da Constituição federal (referia-se à Constituição 1934) devassa, desta maneira, à competência tributária dos municípios um vasto campo em que lhes é facultado exercer, em tôda a sua amplitude, o seu poder de taxaçaõ, contribuindo, ainda, para corrigir o que represento de injustiça o princípio de um único tributo territorial princípio indistintamente sôbre os terrenos sem nenhuma discriminação entre os especialmente beneficiados pelos serviços públicos e para cuja rápida valorizaçaõ concorreu a massa geral dos contribuintes e aquêles que ainda não foram beneficiados de modo especial direto ou imediato" (FRANCISCO CAMPOS, "Pareceres". 2ª série, pág. 170). O que se exige é que haja um instrumento específico, e a isto atende a decisão de primeira instância, confirmada em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não é, pois caso de recurso, do qual deixo de tomar conhecimento.

DECISÃO

Como consta da ata a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento, unanimemente. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

\*

## BENS PÚBLICOS - USUCAPIÃO

**- Não estão sujeitos ao usucapião os bens patrimoniais ou dominicais do Estado.**

Estado de São Paulo *versus* Bento Dias da Silva e outros

Rec. ext. nº 5.531 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

### ACÓRDÃO

Acordam em Supremo Tribunal Federal, pela 2ª Turma julgadora e por decisão unânime, vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 5.531, vindos do Estado de São Paulo, em que é recorrente a Fazenda do mesmo Estado e são recorridos Bento Dias da Silva e outros, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento na conformidade do voto do relator, constante das notas anexas da assentada do julgamento, pagas as custas pelos recorridos.

Supremo Tribunal Federal. 17 de maio de 1949. - *Edgar Costa*, presidente e relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Em ação discriminatória das terras devolutas relativas ao 25º perímetro da comarca de Apiaí, Estado de São Paulo, ajuizada pela Fazenda do mesmo Estado, o juiz julgou devolutas as terras do questionado perímetro e como tais do domínio do Estado, com exceção da área de 154 alqueires e meio, que especificou em sua decisão (fls. 981), considerados, assim, particulares. Apelaram dessa decisão os interessados, recurso a que o Tribunal de Justiça, pela sua 1ª Câmara Civil, deu provimento. Fê-lo pelo acórdão de fls. 424, no qual considerou: que os direitos de propriedade dos apelantes se filiavam a 4 escrituras: uma de 7-10-1875, outra

de 3-1-1872, a terceira de 23-2-1887 e a quarta de 2-1-1880; que, reconhecendo o Estado, pelo dec. n° 6.473, de 1934, como terras particulares as adquiridas por título legítimo até 2-8-1878, dúvida não havia em relação às terras a que se referiam as duas primeiras escrituras; quanto às demais, também deviam ser tidas como do domínio particular dos apelantes, justificando esta conclusão nos seguintes termos:

"Segundo a lição de LAFAYETTE ("Direito das Coisas", § 7º), as terras devolutas eram usucapíveis pelo decurso do prazo de 40 anos desde que houvesse o requisito da boa-fé dispensado o justo título. O Código Civil estabeleceu o usucapião trintenário para os bens imóveis, com dispensa do justo e boa-fé (art. 560). *Este usucapião se estende às terras devolutas que, como bens públicos patrimoniais, não têm a peculiaridade de ser inalienáveis.* No caso dos autos, os apelantes têm o usucapião e ainda mais, com êstes dois requisitos do justo título e boa-fé. Os seus antecessores adquiriram as terras em 1887 e 1880 por escrituras públicas (justo título) e a boa-fé se presume, até prova em contrário, casos dêstes".

A Fazenda do Estado impugna êsse acórdão pelo presente recurso extraordinário fundado nas letras *a* e *d* do dispositivo constitucional argüindo-o de vulnerador dos arts. 66 e 67 do Cód. Civil e 1º do dec. n° 19.924, de 22-4-1931. O primeiro daqueles artigos descreve os bens patrimoniais dos Estados entre os bens públicos, e no segundo dispõe que êles só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever; e, nenhuma exceção abrindo, são inalienáveis os bens patrimoniais; entretanto, o acórdão recorrido julgou que as terras devolutas "como bens públicos patrimoniais, não tem a peculiaridade de ser inalienáveis". Sôbre enfrentar êsse dispositivo do Cód. Civil, violou também o art. 1º do dec. n° 19.924, de 1931, interpretativo dos citados artigos do Código, o qual expressamente exclui o usucapião dos modos de aquisição das terras devolutas.

Os recorridos sustentam, contestando a admissibilidade do recurso, que a matéria da ação foi debatida em face do decreto estadual n° 6.473, de 1934, pelo qual o Estado legislou sôbre a matéria referente a terras devolutas em seu território, usando da atribuição que lhe foram conferidas pelo citado dec. n° 19.924, de 1931, art. 1º (fls. 437).

O Sr. Dr. procurador geral da República, então o ilustre Dr. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, exarou o fundamentado parecer que se lê de fls. 444 *usque* 452, concluindo pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento nos termos das razões apresentadas pela recorrente:

"Preliminarmente, o caso é de recurso extraordinário porque o acórdão recorrido, considerando usucapíveis os bens públicos, violou o disposto nos arts. 66 e 67 do Código Civil e o art. 1º do dec. nº 19.924, de 27 de abril de 1931, que declarou o contrário, em termos explícitos

"*De meritis*: É bem verdade que a questão tem suas divergências doutrinárias profundas, havendo quem sustente tese diversa, principalmente antes do Cód. Civil.

"Examinando o assunto, tivemos ocasião de mostrar essas divergências, pondo-as em relêvo (ver nosso "Tratado de Direito Administrativo", vol. V, pág. 40), mas mostrando também a inconsistência da tese que favorece a doutrina do acórdão.

"Efetivamente, a imprescritibilidade dos bens públicos e um dos seus caracteres mais importantes.

"As divergências doutrinárias, que tiveram reflexo imediato sobre a jurisprudência dos tribunais, tomaram um sentido tão alarmante na falta de uma determinação legal, que declarasse expressamente a imprescritibilidade dos bens públicos, que o Governo Provisório, em 1932, resolveu baixar um decreto declarando que não poderia correr a prescrição aquisitiva contra os bens públicos qualquer que fôsse a sua natureza (dec. nº 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2º: "Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos ao usucapião").

"É que uma larga corrente doutrinária, e seguidos acórdãos dos nossos tribunais, declaravam que os bens públicos simplesmente patrimoniais poderiam ser adquiridos por usucapião, quando satisfeitas as exigências da nossa lei civil.

"LAFAYETTE (*in* "Direito das Coisas", § 62), já ensinava: "Estão fora do comércio e, portanto, não se adquirem por prescrição:

"3º As coisas do domínio público, como os portos, os rios navegáveis, as ruas, praças e estradas públicas; os pátios e baldios aos municípios e paróquias, as que são diretamente empregadas pelo Estado em serviço de utilidade geral, como as fortalezas e praças de guerra.

"Não entram nesta classe, e podem ser prescritas as coisas do domínio do Estado, isto é, aquelas acêrca das quais o Estado é considerando como simples proprietário, tais como as terras devolutas, as linhas formadas nos mares territoriais, os bens em que sucede, na falta de herdeiros legais do defunto".

"Era esta a opinião dos autores mais antigos como COELHO DA ROCHA ("Instituições de Direito Civil Português", parágrafo 464); ALMEIDA OLIVEIRA ("Da Prescrição", pág. 282); LACERDA DE ALMEIDA ("Direito das Coisas"); CARLOS DE CARVALHO ("Nova Consolidação das Leis Civis", art. 431) e antes destes, TEIXEIRA DE FREITAS ("Consolidação das Leis Civis", art. 1.332, nota 5) e CORREIA TELES ("Doutrina das Ações").

"Todos êsses autores, como nota PEREIRA BRAGA, em uma excelente monografia, sôbre o assunto ("Rev. de Direito", vol. 52. pág. 262), baseavam-se em textos e disposições legais já antigas, CORREIA TELES e COELHO DA ROCHA fundavam-se exclusivamente no direito romano, LAFAYETTE fundou-se em COELHO DA ROCHA e em TEIXEIRA DE FREITAS, ALMEIDA OLIVEIRA, no mesmo autor. E CARLOS DE CARVALHO, no dec. nº 736, de 1850, artigo 80, e dec. nº 857, de 1851.

"TEIXEIRA DE FREITAS, por sua vez, baseia a sua opinião no Regimento da Fazenda de 17 de outubro de 1516, cap. 19; no Regimento das Contas de 3 de setembro de 1627, cap. 92; na lei nº 243, de 30 de novembro de 1841, art. 20; no dec. nº 736, de 20 de novembro de 1850, art. 80, e no dec. nº 857, de 1851, art. 9º.

"Mas, como nota PEREIRA BRAGA, na monografia já citada, estas disposições tôdas referem-se restrita e exclusivamente à prescrição das dívidas

ativas da Nação, dando-lhe o prazo de quarenta anos, isto é, tratam apenas da prescrição extintiva ou liberatória, e não da prescrição aquisitiva ou usucapião.

"Mas, se esta dúvida era perfeitamente justificada sob o regime anterior ao Código Civil, o que não se dirá depois de decretado êste último, que estabelece em seu art. 67 a inalienabilidade e todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, a não ser naqueles casos e na forma por que a lei o autorizar?"

"Por conseqüência, o princípio da inalienabilidade é geral, de uma rigidez absoluta, e só admite exceções naqueles casos expressos em que a lei o autorizar.

"Haverá, no entanto, alguma lei que permita a alienação de bens públicos, qualquer que seja a sua natureza?"

"Não conhecemos, e esta alienação só se tem dado individualmente, em casos particularíssimos, por autorização especial do órgão competente, individualizando os bens públicos sujeitos a essa alienação.

"Em um parecer publicado na "Rev. de Direito", ensina o Prof. REINALDO PORCHAT ("Rev. de Direito", vol. 49, página 227):

"Quanto aos bens dominicais ou patrimoniais o direito anterior sofreu alteração: 1º, porque foi extinta a prescrição de 40 anos, pois, tendo o Código regulado a matéria da prescrição, não se referiu a êsse prazo; 2º, porque o Código, não adotando o dispositivo rigorosamente jurídico do artigo 81 do projeto primitivo do Prof. CLÓVIS BEVILÁQUA, preferiu substituí-lo pelo disposto no art. 67, que, declarando inalienáveis todos os bens públicos, sem distinção, confundiu implicitamente os bens públicos, indo, de tal maneira, contra a natureza das coisas, que as próprias necessidades da União, dos Estados e Municípios hão de em breve determinar-lhes a correção.

"Mas uma vez que está criada essa inconveniente inalienabilidade dos bens patrimoniais, nos mesmos termos em que existe a dos bens de uso público, a conseqüência é que, consoante a letra do Código, são êles hoje também imprescritíveis, não por causa da sua inalienabilidade, pois os bens inalienáveis, em muitos casos, são sujeitos ao usucapião (ALMEIDA

OLIVEIRA, ob. cit., pág. 253), mas porque a inalienabilidade com que foram gravados não pode deixar de ter por fundamento senão motivos de ordem pública, e tais bens, por serem legalmente inalienáveis, ficaram fora do comércio (art. 60), não podendo, por isso ser objeto de usucapião (JOSÉ OLEGÁRIO MACHADO, "Coment. del Cód. Civ. Argentino", § 1.072, nota do art. 3.950).

"Esta se nos afigura a boa doutrina, diante dos termos expressos do art. 67 do Cód. Civil em vigor, com uma rigidez desconhecida na maioria das legislações, onde a imprescritibilidade decorre apenas da inalienabilidade dos bens do domínio público (ROGER BONNARD, "Précis de Droit Administratif", pág. 446; D. PALLADINI, "L'Alienabilità", pág. 682).

"A imprescritibilidade dos bens do domínio público, segundo BIELSA, não decorre de nenhum texto legal, mas a prescrição aquisitiva funda-se numa presunção de legitimidade do título, em virtude do qual se tem a posse por um período determinado. Mas não se pode presumir a legitimidade de um título de aquisição de uma coisa, como as do domínio público, a nenhum título se pode adquirir (BIELSA, "Derecho Administrativo", vol. II, pág. 163).

"A jurisprudência dos nossos tribunais, anteriormente ao dec. n° 22.785, de 1933, não admite pacificamente esta doutrina. Especialmente o Tribunal de Justiça de São Paulo era, divergente, preferindo fazer a distinção dos bens públicos, de uso comum, dos patrimoniais, admitindo a prescrição aquisitiva desses últimos, por serem alienáveis.

"Resta saber, finalmente, se, diante das novas disposições do dec. n° 22.785, bem como do de n° 19.924 de 27 de abril de 1931, ainda pode ser sustentada esta última tese, amparada por diversas decisões dos nossos tribunais.

"O art. 1° do dec. n° 19.924 declara:

"Compete aos Estados regular a administração, concessão, exploração, uso e transmissão das terras devolutas, que lhes pertencem, excluídas sempre (Código Civil, arts. 66 a 67) a aquisição por usucapião e na conformidade do presente decreto e leis federais aplicáveis".

"O dec. n° 22.785 ampliou ainda mais êsse dispositivo, que se reteria apenas às terras devolutas, a todo qualquer bem público, seja qual fôr a sua natureza.

O Prof. REINALDO PORCHAT, no trabalho já acima citado, examinando o usucapião dos bens públicos, chega à conclusão de que o Cód. Civil proibiu terminantemente esta forma de aquisição dos bens públicos pelos particulares e tem oportunidade de estudar, com autoridade indiscutível, se o Cód. Civil deve ser aplicado com efeito retroativo para as prescrições em curso.

"Responde o Prof. PORCHAT afirmativamente a esta dúvida mostrando, com fundamento nas melhores autoridades, como GABBA, SAVIGNY, etc., que não podem prosseguir diante da lei nova os prazos para a prescrição aquisitiva.

"É, aliás, a opinião expendida por ROUBIER, em obra recente ("Les conflits de lois dans le temps", vol. II, pág. 240).

"Tese bem diferente da prescritibilidade dos bens públicos é a do reconhecimento pelo próprio Estado do domínio, mesmo quando não haja título legítimo, ou concessão pelo poder público, mas em virtude da revalidação de títulos caídos em comisso e pela legitimação de posses, de acôrdo com os sábios preceitos da lei n° 601, de 18 de setembro de 1830.

"Foi o que sustentou brilhantemente o Prof. FRANCISCO MORATO:

"O Estado não se submete a usucapião reconhece apenas a existência de um fato, do fato da posse anterior à promulgação da lei, por consideração do qual e por inativos de ordem econômica, concede aos possuidores, sob certas condições, as terras possuídas até a data da promulgação.

"Não há, pois, violação do preceito na imprescritibilidade. O Estado não estatui um preceito de operabilidade contínua; reconhece apenas um fato passado" (*in* "Jornal do Comércio" de 28 de junho de 1942).

"Mas é preciso que o possuidor tenha satisfeito condições especiais, que não é apenas a posse, mas a subordinação a normas especiais previstas em todas as nossas leis de terras, desde a de 1850 até as mais modernas, especialmente do Estado de São Paulo (ver TEIXEIRA DE FREITAS, "Consolidação das Leis

Civis", nota 28 ao artigo 53; RUI CIRNE LIMA, "Terras devolutas", pág. 56; TEIXEIRA DE FREITAS JÚNIOR, "Terras e Colonização", Rio, 1882, nota 74; LAFAYETTE, "Direito das Coisas", § 36; MESSIAS JUNQUEIRA, "Justificativa e anteprojeto de lei de terras", São Paulo, 1942), e especialmente a lei paulista nº 6.473, de 30 de maio de 1934, inspirada na lei de 1850 e que admite a aquisição pelos particulares sôbre as terras:

"a) apossadas por tempo não inferior a 30 anos, consumação êste prazo até 2 de agosto de 1898, quando foi promulgada a lei nº 545;

"b) na posse mansa e pacífica por tempo não inferior a 30 anos, até o Código Civil, tendo nelas o possuidor *cultura efetiva e morada habitual*".

"A aquisição das terras públicas, qualquer que seja a sua natureza, está sujeita a um regime especial, e sempre o estêve entre nós, mormente depois das leis de 1850.

"Não foi preciso o Cód. Civil para fazer a afirmação, porque esta decorria do próprio regime de terras públicas, regulamentado, como vimos em copiosíssima legislação do Império e nas dos Estados.

"A lei nº 601, de 1850, não admitia outra forma de *aquisição* por outro título que não fosse o de compra, abrindo apenas, como medida política de alta significação social, o caminho para a revalidação dos títulos, legitimação de posse, etc.

"Ora, o recorrente prova que os recorridos não satisfizeram exigências legais para a aquisição das terras em causa, nem sequer com a legitimação de suas posses, não tendo os títulos de propriedade apresentado os requisitos da lei.

"Sou, assim, pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento, nos têrmos das razões apresentadas pela recorrente".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Focaliza o recurso a questão relativa ao usucapião dos bens públicos, ou melhor, dos bens patrimoniais ou dominicais do Estado, ou, mais precisamente, das terras devolutas. Anteriormente ao Cód. Civil eram imprescritíveis apenas os bens de uso comum, dada a sua natureza; usucapíveis eram os demais - os de uso especial e os dominicais - com o prazo de 40 anos. O Código, depois de especificar no art. 66 quais os bens públicos - os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais, - dispôs no artigo 67 que tais bens só perderiam a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrevesse. Baseado nesse dispositivo, sustentaram vários autores (CLÓVIS CARVALHO DE MENDONÇA, PORCHAT e outros), a impossibilidade do usucapião de quaisquer bens públicos, dada a sua inalienabilidade. O entendimento não era, porém pacífico, e a dúvida se solveu com o dec. número 19.924, de 27 de abril de 1931, que, dispondo sobre as terras devolutas, em seu art. 1º, conferindo aos Estados a competência para regular-lhes a administração, concessão, exploração, uso e transmissão, excluiu expressamente, com remissão aos arts. 66 e 67 do Cód. Civil, a sua aquisição por usucapião.

Mais explicitamente dispôs o dec. número 22.785, de 31 de maio de 1933, que, após considerar que, embora no direito pátrio os bens públicos, mesmo os dominicais, já sejam insuscetíveis de usucapião, a circunstância de se terem manifestado em contrário algumas opiniões, torna conveniente que o legislador volte a reafirmar êsse princípio, que é de ordem pública, dispôs: "os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião" (art. 2º).

Idênticamente preceitua o dec.-lei número 710, de 1938, ao dispor no § 1º do art. 12 que: "ressalvado o disposto no artigo 13 da Constituição, não corre usucapião contra os bens públicos de qualquer natureza".

Após a vigência do Cód. Civil, não podendo, assim, ser admitido o usucapião dos bens públicos patrimoniais, o que se não consumara antes dela pelo lapso de 40 anos, se deteve pela sua vigência e, se tornou impossível.

No sentido da imprescritibilidade dos bens públicos há várias decisões dêste Tribunal, entre as quais as proferidas nos recursos extraordinários ns. 7.191 e 7.387, ambos de 19 de agosto de 1946 ("Diário da Justiça" de 12-4-1948).

O acórdão recorrido decidiu diversamente: considerou usucapião os bens públicos, e contrariamente ao disposto nos artigos 66 e 67 do Cód. Civil e 1º do dec. número 19.924, de 1931. Pelo exposto, e de acôrdo com o parecer do Dr. procurador geral, conheço do recurso e lhe dou provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceu-se do recurso, e deu-se-lhe provimento, unânimemente.

Deixaram de comparecer, por se acharem em gôzo de licença, os Exmos. Srs. ministros OROZIMBO NONATO e GOULART DE OLIVEIRA, substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e MACEDO LUDOLF.

## JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

### PERÍCIA - INDICAÇÃO DAS PARTES

- Pode o Tribunal determinar perícia de ofício, não havendo nulidade se dela não participam peritos indicados pelas partes.

Sucessores de Vítor Grecco **versus** João Hilarino da Silva

Rec. ext. nº 7.338 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Tribunal Federal, em 18 de maio de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.079)

\*

### EXECUTIVO FISCAL - REIVINDICAÇÃO

- Para rescindir a sentença proferida em executivo fiscal, com anulação da hasta pública, carta de arrematação e transcrição no Registro de Imóveis, é imprópria a ação reivindicatória de rito comum.

Stefano Becker e sua mulher **versus** Maria Clotilde Faria

Rec. ext. nº 10.170 Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 13 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE - Civ. 8.080)

\*

### **ERRO MATERIAL - CORREÇÃO - DEVOLUÇÃO**

- A correção de erros ou inexatidões materiais da decisão não é mais possível, por parte do Tribunal, quando os autos já tenham sido devolvidos à primeira instância.

José Alexandre Utsch Moreira e sua mulher **versus** Afrânio de Aguiar

Rec. ext. nº 19.028 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Tribunal Federal, em 20 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.081)

\*

### **RESPONSABILIDADE CIVIL - LIQUIDAÇÃO DO DANO**

- A lei de responsabilidade das estradas de ferro outorga liberdade ao juiz para a fixação da indenização.

Antônio Coelho de Magalhães **versus** Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro

Rec. ext. nº 18.113 – Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA - Ac. unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1º de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.082)

\*

## **RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DIVERGÊNCIA NÃO INDICADA - PRAZO - RECURSO - AUDIÊNCIA**

- Conhece-se do recurso extraordinário, não obstante ausência de indicação da divergência jurisprudencial, se esta é conhecida do Supremo Tribunal Federal.
- O prazo para recurso corre da audiência em que tenha sido lida a sentença, se para ela foram regularmente convocadas as partes.

Paulino Gomes de Melo e sua mulher **versus** Lídio Modesto de Albuquerque Galvão

Rec. ext. nº 10.916 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Tribunal Federal, em 11 de maio de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.083)

\*

## **CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ISENÇÃO FISCAL**

- Na concessão de serviço público privativo da União, pode esta decretar a isenção de impostos, estaduais ou municipais, sem ferir a autonomia estadual ou municipal.

Prefeitura Municipal de Santos **versus** Cia. Docas de Santos

Rec. ext. nº 17.468 (embs.) - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO - Ac. unânime do Supremo Trib. Federal (sessão plena) em 17 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.084)

\*

## **RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - RETOMADA - INDENIZAÇÃO**

- Não cabe indenização ao locatário quando a renovação é julgada improcedente em face do acolhimento do pedido de retomada do locador.

Francisco Gomes & Cia. Ltda. versus Gelco Elétrica Ltda.

Rec. ext. nº 18.546 - Relator: MINISTRO MACEDO LUDOLF - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 31 de maio de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE – Cív. 8.085)

\*

### **VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE - NULIDADE**

- A nulidade da venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos outros descendentes, é absoluta. Mas a ação correspondente só compete aos demais herdeiros e isso a partir da abertura da sucessão.

Osvaldo Dias Swerto e sua mulher **versus** Gabriel de Sousa Dias

Rec. ext. nº 18.726 - Relator: MINISTRO MACEDO LUDOLF - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 18 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.086)

\*

### **MORATÓRIA PECUÁRIA - RECURSO - PRAZO**

- Nas decisões proferidas em processo de moratória pecuária, o prazo para recurso corre da intimação para ciência da decisão.

Banco do Brasil, S. A. **versus** José Luís de Barros e outros

Rec. ext. ns 18.812 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Tribunal Federal, em 13 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.087)

\*

### **CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – ALUGUÉIS - DOMÍNIO**

- A consignação em pagamento de aluguéis de casa não pode ser embaraçada por indagações sobre o domínio do imóvel.

Alexandre Joaquim Aroso **versus** José de Matos Carvalho

Rec. ext. nº 18.868 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 19 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.088)

\*

### **DOAÇÃO - RESERVA DE VENDA - MORTE DO DOADOR**

- A morte do doador importa a automática extinção da venda instituída com a doação.

Ercila Cassaroth Rossi **versus** Ercila Rossi Picker e seu marido

Ag. nº 19.794 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 11 de maio de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.089)

\*

### **VENDA "AD CORPUS" E "AD MENSURAM" - CONHECIMENTO DO IMÓVEL**

- O rigor dos princípios há de sofrer o abrandamento necessário à solução dos casos concretos. Assim, sobre quaisquer presunções, na compra e venda de imóvel, prevalece o fato de se tratar de comprador há muito tempo instalado na propriedade e portanto, conhecedor da sua área e do seu valor.

Domingos Jovelli **versus** Antônio Gonçalves

Rec. ext. nº 19.086 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.090)

\*

### **RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - ALUGUEL - PRAZO PARA RETIRADA**

- Denegada a renovação de locação, o aluguel, durante o prazo de seis meses para retirada do locatário, permanece o mesmo do contrato não renovado.

São Paulo, Cia. Nacional de Seguros de Vida **versus** Cia. Linha Circular de Carris da Bahia

Rec. ext. nº 18.855 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 19 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.091)

### **COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MORTE DO VENDEDOR - TRANSCRIÇÃO**

- É perfeitamente válida a transcrição do título de compra e venda de imóvel, levada a efeito depois da morte do vendedor, cujos herdeiros e sucessores a ela não se podem opor.

Teódulo Alves Paiva **versus** Valfredo Cantalice da Trindade e outros

Rec. ext. nº 18.394 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Tribunal Federal, em 4 de maio de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.092)

\*

## **RECURSO EXTRAORDINÁRIO - AÇÃO RESCISÓRIA**

- O conhecimento do recurso extraordinário contra a decisão proferida em ação rescisória assenta em pressupostos próprios da decisão, sendo inaceitáveis, para tal efeito, os fundamentos utilizados contra o julgado rescindendo.

Herdeiros de Otávio Correia de Queirós *versus* Prefeitura Municipal de Araranguá e outros

Rec. ext. nº 7.331 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Tribunal Federal, em 19 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.093)

## **Tribunal Federal de Recursos**

### **JUROS DA MORA - AUTARQUIA**

**- A autonomia administrativa e financeira, qualificada, não desnatura, o patrimônio da autarquia, que é, fundamentalmente, patrimônio da União. Assim, aplica-se às autarquias o favor legal relativo à contagem de juros de mora.**

Estrada de Ferro Central do Brasil *versus* Antônia Antunes Bueno

Ag. nº 1.268 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do agravo de instrumento n° 1.268, de São Paulo, agravante a Estrada de Ferro Central do Brasil e agravada Antônia Antunes Bueno:

Acorda a 2ª Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, unânimemente, dar provimento ao agravo, conforme consta das notas taquigráficas anexas e do resumo de fls. 18.

Tribunal Federal de Recursos, 14 de março de 1951. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Em determinada causa, a agravada, Antônia Antunes Bueno, viu contados juros de mora em seu favor contra a Estrada de Ferro Central do Brasil.

Esta, porém, não se conformou com a conta, apoiada pelo Dr. juiz *a quo* (fls. e fls.). Pretende que se aplique ao caso a regra do art. 3º do dec. n° 22.785, de 1933, para o que invoca interpretação dêste Tribunal sôbre a controvérsia, embora conste também julgados em contrário.

Assim, o caso se restringe, mais uma vez, em saber se aquela autarquia conta ou não com o privilégio conferido à União e à sua Fazenda, no referido art. 3º (*ler os diversos trabalhos a respeito, nestes autos, inclusive parecer do Dr. subprocurador geral da República, fls. 13, êste pelo provimento do recurso*).

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): A meu ver, como tenho sustentado reiteradamente, o art. 3º do dec. n° 22.785, de 31 de maio de 1933, se aplica em favor da agravante. Neste Tribunal, fui mesmo quem levantou a questão, demonstrando circunstanciadamente porque assim julgava e julga, sem embargo de doutas opiniões em contrário, às vêzes prevalectes em acórdãos.

Não me repito. Mas sempre faço constar que não se cria em privilégio em favor da autarquia, Estrada de Ferro Central do Brasil, que privilégios são realmente, como regra, os contíveis em leis explícitas. Não se cria artificialmente. Mas, *in casu*, a concepção que me parece correta é a de que se reconhece em benefício da união mesmo o favor da lei, visto como patrimônio daquela Estrada é fundamentalmente o mesmo da entidade maior que instituiu a autarquia. A autonomia administrativa e financeira, qualificadas, não interfere num caso assim paia alterar o ponto de vista em que tenho colocado o problema.

Reporto-me, pois, a opiniões que tenho expendido a respeito e a julgados dêste Tribunal, aliás aludidos na petição de recurso, adequadamente.

E creio eu que sobre êsse mesmo ponto também tem se manifestado o eminente juiz que está na presidência desta Turma, o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA. E ainda esta manhã mesmo, folheando a "Rev. de Direito Administrativo", nº 21, que acabava de receber, verifiquei que num caso de São Paulo, primeiro agitado perante êste Tribunal, foi concedido o benefício do art. 3º questionado à Central do Brasil, estando no trabalho publicado naquela revista, de autoria do Dr. ABELARDO BARRETO DO ROSÁRIO, transcrito meu voto, assim como outras opiniões propectas que eu seguira e que posteriormente também seguiram ao lastro comum opinativo.

Logo, Sr. presidente, dou provimento ao agravo.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento ao recurso, por votação unânime. Os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e CÂNDIDO LÔBO acompanharam o voto do Sr. ministro relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

\*

**JUROS DA MORA - E. F. C. B. - AUTARQUIAS**

**- A Estrada de Ferro Central do Brasil e as autarquias, quando expressamente condenadas a pagar juros da mora, só respondem**

**por êstes a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória.**

**- Interpretação do dec. nº 22.785, de 31 de maio de 1933.**

Estrada de Ferro Central do Brasil *versus* Pedro Alves de Sousa

Rec. de rev. nº 13 - Relator: MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista nº 13, do Distrito Federal, em que é recorrente a Estrada de Ferro Central do Brasil e recorrido Pedro Alves de Sousa:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para provê-lo, por maioria de conformidade com as notas taquigráficas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 12 de junho de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Henrique d'Ávila*, relator designado.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: A Estrada de Ferro Central do Brasil, não conformada com a decisão da 1ª Turma, proferida no agravo de instrumento número 541, com a qual se lhe negou o provimento estabelecido no art. 3º do dec. número 22.785, de 31 de maio de 1933, interpôs o presente recurso de revista, invocando o decidido no recurso de revista nº 1, apensado.

As razões do recurso estão desenvolvidas às fls. 2-7. O recorrido respondeu às fôlhas 19-21. E o Sr. Dr. subprocurador geral disse: (*ler fls. 23*).

Com êste relatório passo os autos ao Exmo. Sr. ministro revisor.

### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente conheço do recurso, porque estão apensadas aos autos certidões, fornecidas pela Secretaria, do decidido no recurso de revista nº 1, em que, por quatro votos contra três, vingou o pretendido pela ora recorrente: que ela tem direito à contagem de juros, na forma do dec. nº 22.785.

No mérito, Sr. presidente, a recorrente começa contraditòriamente. Sustenta que, por ser autarquia constituída de patrimônio descentralizado da União, todos os benefícios que esta se atribuir se lhe estenderão. Mas começa contraditòriamente, Sr. presidente, porque, para justificar ter interposto recurso de revista na prorrogação do prazo comum, invoca um decreto específico para as autarquias descentralizadas. É assim que, logo de início diz:

"O presente recurso de revista é interposto dentro do prazo legal uma vez que o venerando acórdão recorrido foi publicado no "Diário da Justiça" de 28 de fevereiro último e goza a recorrente do prazo em dôbro, nos precisos têrmos do dec.-lei número 7.659, de 21 de junho de 1945" (fôlhas 2).

O prazo da União é o dobro dos prazos comuns. Nem por isso, entretanto, tal foi reconhecido às autarquias. Foi necessário que surgisse um decreto-lei especial, tornando-o extensivo, e com restrições àquelas autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado. De forma que a recorrente, que pretende sustentar que se lhe aplica, extensivamente, o dec. nº 22.785, porque é um patrimônio da União descentralizado, ela própria, para ajuizar sua revista no dôbro do prazo, invoca um decreto que dispôs, necessàriamente, sôbre isso. Assim, inicialmente, a recorrente é contraditória: para excedimento de prazo, é necessário decreto; entretanto, para contagem de juros, não o é.

A tese teta sido amplamente debatida no Tribunal.

A parte recorrida, representada pelo Dr. ODILON DE ANDRADE, desenvolve argumentos interessantíssimos, contrários ao que pretende a Estrada de Ferro Central do Brasil:

"Discute-se no presente feito a tese de gozarem ou não as autarquias das vantagens atribuídas à Fazenda Nacional pelo dec. nº 22.785, de 1933, no tocante à contagem de juros moratórios, quando condenada judicialmente.

"Antes da instalação do Tribunal Federal de Recursos, quando o Supremo Tribunal Federal funcionava como segunda instância das Varas da Fazenda, tal tese foi por diversas vezes ventilada e, depois de exaustivamente debatida, pacífica ficou a jurisprudência que negava às autarquias a aplicação do aludido decreto, por não haver texto legal expresso que às mesmas o estendesse.

"Nas próprias decisões citadas pela recorrente, nas quais foi parte vencida agravo nº 11.639 e apelações cíveis números 8.718 e 9.115, - o assunto foi brilhantemente explanado pelo eminente ministro OROZIMBO NONATO e, em tôdas, foi, por unanimidade, negada à Estrada de Ferro Central do Brasil, como autarquia, as vantagens de contagem de juros moratórios a partir da sentença transitada em julgado,... (é o que ela pretende ... de que goza a Fazenda Pública.

"Com a instalação do Tribunal Federal de Recursos, as esperanças da recorrente reviveram e ela, numa tentativa de alterar a jurisprudência já firmada, provocou com o recurso de revista, a que alude, de nº 1, o pronunciamento do novo Tribunal.

"Neste egrégio Tribunal, entretanto, as suas duas Turmas colocaram-se em campos opostos. A 1ª Turma, acorde com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende que não se estende às autarquias o privilégio a que se refere o art. 3º do decreto nº 22.785; a 2ª Turma entende o contrário.

"Ambas as Turmas defendem ardorosa e brilhantemente seus pontos de vista.

"Não obstante o brilho e erudição do voto do ilustre ministro ARTUR MARINHO, proferido no julgamento da revista nº 1, a tese defendida naquela revista e nos presentes autos pelo ministro SAMPAIO COSTA, em seu

magnífico voto, é a vitoriosa da Turma e é apoiada, pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal.

"Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, têm decidido que as disposições do dec. nº 22.785 não se aplicam às autarquias porque se trata de privilégio de direito estrito.

"E note-se que as decisões de ambas as Turmas da Suprema Corte são unânimes.

"A recorrente, quando faz alusão aos feitos que transitaram pelo Supremo Tribunal, cita os pareceres dos procuradores gerais da República que foram favoráveis à sua tese. Invocamos por nossa vez, os pareceres do Dr. TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, cuja opinião sempre foi contrária.

"O Dr. TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, em parecer proferido no agravo de instrumento nº 13.134, em que foi agravante a ora recorrente, assim se pronunciou:

"Salvo quanto à contagem dos juros moratórios, em que tenho sustentado tese contrária à da agravante, estou pelo provimento do agravo pelos seus outros fundamentos".

"Essa opinião do ilustre ex-procurador geral da República é a defende em seu "Tratado de Direito Administrativo".

"Não se atreve o recorrente a discutir tese *sub judice*, pois que não tem a veleidade de querer acrescentar uma vírgula que seja ao brilhante e minucioso voto do ministro SAMPAIO COSTA.

"Em favor de seu magnífico trabalho só tem a acrescentar que o mesmo está apoiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a tese é pacífica, pois, para a 1ª Turma, o disposto acerca da contagem de juros moratórios, nas conde" nações da Fazenda Pública, constitui privilégio de direito estrito, que não se estende às autarquias, na falta de texto leal expresso"

(ag. n° 1.134, relator, ministro BARROS BARRETO, acórdão de 9-6-47, *in* "Rev. de Direito Administrativo", vol. 16, pág. 143).

A decisão foi unânime, negando provimento.

Isso, na 1ª Turma.

E, para a 2ª Turma,

"Não se estende às autarquias o regime de exceção do dec. n° 22.785, de 1933, em favor da Fazenda Pública. Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal no agravo n° 11.639, publicado no "Diário da Justiça" de 15 de maio de 1946" (ap. cível n° 9.097, rel. ministro OROZIMBO NONATO, *in* "Arq. Judiciário", vol. 79, pág. 120, fôlhas 20-21).

Relator e voto vencedor por unanimidade, o Sr. ministro OROZIMBO NONATO:

"O primeiro representaria ampliação às autarquias de preceito excepcional, que apenas aproveita à Fazenda Pública. Pôsto representem as autarquias remédio ao congestionamento dos serviços administrativos centralizados, não me parece ortodoxo dilargar as raias de lei de exceção e que beneficiam nominalmente, o erário público. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no agravo n° 11.639, publicado no "Diário da Justiça" de 15 de maio de 1946 e invocado pela recorrida" ("Arq. Judiciário", pág. 121).

Sempre votei na conformidade do que pleiteia, o recorrido contrariando a recorrente, porque se trata de um privilégio e os privilégios têm que ser entendidos estritamente. Não é possível alargar ou dilatar, como diz Sr. ministro OROZIMBO NONATO. Não era possível dizer que uma autarquia, senão aquelas a que se refere o dec.-lei n° 7.659 gozaria do privilégio de prazo em dôbro, porque seria criar-lhe uma situação absolutamente desamparada por qualquer texto de lei. Para que isso fôsse possível, fêz-se mister se baixasse um decreto-lei, alterando a legislação anterior. O dec. n° 22.785 é expresse: sòmente a União goza do privilégio; não se querendo submeter às regras do Código Civil. Tem sido repelida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. Neste Tribunal, por votação da 1ª Turma, também, enquanto que obteve sucesso na

2ª, sendo que, no recurso de revista nº 1, por um voto, conseguiu fazer prevalecer o que vinha perseguindo.

Há referências insistentes da recorrida, em suas razões, ao voto do Sr. ministro SAMPAIO COSTA, no recurso de revista nº 1. Realmente, o voto do Sr. ministro SAMPAIO COSTA é uma página digna de exame, de leitura, pelo muito que nela se contém de ensinamentos em matéria de doutrina e em matéria de direito escrito, de direito legislado. Não leio o voto de S. Ex.<sup>a</sup>, porque S. Ex.<sup>a</sup> vai, votar e, evidentemente, há de fazer referência a êsse seu voto. Entretanto, lê-lo, seria para mim um deleite sincero.

Na conformidade de tudo isso, Sr. presidente, nego provimento ao recurso.

### VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (revisor): Sr. presidente, lamento dissentir do erudito e substancioso voto que acaba de proferir o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Quando do julgamento do agravo de instrumento nº 81, do Distrito Federal, de que fui relator, tive oportunidade de proferir o seguinte voto:

"Como se viu do relatório, a matéria a ser apreciada e decidida no agravo ficou circunscrita à questão relativa à aplicabilidade do privilégio relativo à contagem de juros moratórios, de que goza a Fazenda Nacional consignado no art. 3º do decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, às autarquias federais.

"O dispositivo legal em causa tem a seguinte redação:

"A Fazenda Pública, quando expressamente condenada a pagar juros da mora, por êles só responde da data da sentença condenatória com trânsito em julgado, se tratar de quantia líquida e de sentença irrecorrível que em execução fixar o respectivo valor, sempre que a obrigação fôr ilíquida".

"O privilégio em questão, dizendo respeito à Fazenda Pública, só a esta devia, em regra, aplicar-se, fugindo-se destarte à exegese, quase sempre condenável, de extensão por analogia ou paridade dos textos legais que consubstanciam

isenções ou favores. Mas, no caso, não se deve perder de vista a situação tãda especial atribuída à agravante no quadro da administração pública do país".

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Aí, peço licença para um aparte. Nesse caso, também não se devendo perder de vista que seria desnecessário o decreto que ela, inicialmente, invocou, para que pudesse ter o prazo em dobro. No entanto, devo esclarecer a V. Ex.<sup>a</sup> que foi a Estrada que pleiteou êsse decreto, porque perdeu de vista o decreto a que V. Ex.<sup>a</sup> se referiu.

"O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: A constituição da agravante como autarquia por fôrça do dec.-lei nº 3.306, de 24 de maio de 1941, teve por único escopo descentralizar serviços administrativos, para sua melhor e perfeita execução. Os bens e serviços a cargo da agravante são de propriedade exclusiva da União.

"O eminente Dr. GABRIEL PASSOS, quando no desempenho do cargo, que tanto ilustrou, de procurador geral da República, teve oportunidade de manifestar-se sôbre a hipótese nos seguintes e incisivos têrmos, lembrados pela agravante:

"Efetivamente, a E. F. C. B., com o ter os seus serviços descentralizados por conveniência administrativa, constituindo-se, para êsse fim, em entidade autônoma, não deixou de ser patrimônio da União, departamento de sua administração.

"A União é ainda hoje a dona ou proprietária de tudo que essa ferrovia possui, e, em última análise, a responsável por seus encargos".

"No caso da agravante, a União apenas destinou bens do seu domínio para serem administrados por entidade pública descentralizada.

"Pelo art. 3º do dec.-lei nº 3.306, já referido, se constata que a agravante se encontra sob fiscalização legal, técnica e contábil do Ministério da Viação, circunstância essa que reforça, sobremaneira, as considerações que acima formulamos com referência à situação particular que ocupa a Central do Brasil, no setor administrativo federal.

"Outro não tem sido o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, que, em inúmeros arestos, tem reconhecido a aplicabilidade à agravante do disposto no artigo 3º do dec. nº 22.785.

"Ante ao exposto, dou provimento ao agravo para o fim de, retificada a conta de fls. 164, proceder-se à contagem dos juros moratórias a partir do trânsito em julgado do venerando aresto exequendo".

Essas as considerações que então aduzi para dar pela procedência da postulação então formulada pela Estrada de Ferro Central do Brasil. E, *data venia* das brilhantes razões expostas em sentido contrário pelo Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, não me convenci de que haja incorrido em desacêrto.

Por isso, mantendo o ponto de vista que sustentei, e em conseqüência, dou provimento ao recurso para que prevaleça a tese jurídica da extensibilidade à Central do Brasil das vantagens asseguradas à União pelo decreto nº 22.785, de 21 de maio de 1933, no que tange à contagem de juros da mora.

#### RATIFICAÇÃO DE VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Pela ordem, Sr. presidente. Não me convenci, nem mesmo frente à dialética firme e convincente do Sr. ministra CUNHA MELO, deva essa situação prevalecer, ou possa vir a ser havida como legítima.

Não é preciso dizer mais do que já disse o Sr. ministro SAMPAIO COSTA, na síntese do seu voto, que é esta: os privilégios se entendem estritamente, exclusivamente, àqueles a quem expressamente são conferidos. E o entendimento não é sòmente meu. O entendimento a êsse respeito terei sido, até hoje, invariável no Supremo Tribunal Federal.

A parte cita dois acórdãos, que estão publicados. Ainda hoje anotei, em casa, dois outros. Além dêsses, o Sr. ministro OROZIMBO NONATO cita mais dois. Não há nenhum em sentido oposto. As próprias organizações beneficiadas, ou que poderiam ser beneficiadas, não entenderam que a simples condição de se constituírem de patrimônio estatal descentralizado lhes dava a extensão dêsse

privilégio. Tanto que, para gozarem de outro, conferido só à Fazenda Pública, pleitearam e obtiveram texto expresso.

O art. 32 do Cód. de Processo diz:

"Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quádruplo os prazos para a contestação e em dôbro para a interposição do recurso".

Êste privilégio não foi estendido a mais ninguém, senão àqueles que se podem compreender pelo sentido expresso do texto: aos "representantes da Fazenda Pública", da pessoa, jurídica de direito público, que se entende por Fazenda Pública, ou o Estado. Tanto que veio, em 1945, o dec.-lei nº 7.659, que diz:

"Aos representantes das autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado, com personalidade de direito público, fica estendido o benefício do art. 32 do dec.-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Cód. de Proc. Civil), de que gozam os representantes da Fazenda Pública".

O Supremo Tribunal Federal, em sua alta sabedoria, interpretando e proclamando o sentido exato dos textos, tem negado, sistemáticamente, à Estrada de Ferro Central do Brasil, essa situação especial que ela pretende.

O SR MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Só adiantaria ao voto de V. Ex.<sup>a</sup>. o privilégio reexpresso, pois tôda gente sabe que o patrimônio dessa autarquia é o patrimônio da União. É a realidade a que o juiz não rode fechar os olhos.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas nem por isso foi desnecessário o decreto para o prazo em dôbro.

O SR: MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Trata-se de prazo para recorrer e os prazos para recorrer têm que ser expressos em lei. O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: É a mesma situação de contagem de juros, que foi atribuída à União. É uma situação de privilégio, que uma e outra decidem.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Sr. presidente, na revista nº 11, que teve seu julgamento concluído antes do Conhecimento do mérito, eu me havia pronunciado a respeito da contagem dos juros, no sentido de que essa contagem, quanto à Estrada de Ferro Central do Brasil, corresse, como corre, para a União, em obediência ao resolvido pelo Tribunal Pleno, em acórdão proferido na revista nº 1. O Tribunal, naquele julgado, assentou tese a que devemos acatamento, pois outra não é a finalidade da revista, senão a de unificar a jurisprudência das Câmaras e Turmas do mesmo Tribunal. Na revista nº 1 resolveu o Tribunal que a Estrada de Ferro Central do Brasil goza dos mesmos favores concedidos à União Federal, quanto à fluência dos juros, e isto porque a referida Estrada não é uma autarquia, como as demais, mas, sim, uma autarquia especial.

"Gozando a Estrada de Ferro Central do Brasil dos mesmos privilégios conferidos à União Federal, já que esta conserva a superintendência geral dos negócios e interesses daquela, e é a sua única dona e proprietária, responsável pelos seus encargos, é óbvio que a recorrente está livre de todos aqueles ônus de que é livre a União, e tôdas as regalias que a lei faculta a esta, aproveitam igualmente à Central".

Meu voto, pois, é acompanhando os dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e CUNHA MELO.

#### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, os privilégios devem ser interpretados estritamente, como acentuou o ministro SAMPAIO COSTA em voto que foi referido por diversas vezes neste Tribunal hoje. Eu também assim entendo. E não muda a feição deste problema, em relação à extensão dos privilégios da União à Estrada de Ferro, o fato de se tratar de uma autarquia formada com patrimônio descentralizado da União. Isso porque, Sr. presidente, em caso semelhante, o dec.-lei nº 7.659, de 21 de julho de 1945, estendeu os privilégios do art. 32 de Cód. de Proc. Civil, quer dizer. o prazo concedido aos seus procuradores para falar, nos autos, dilatou-se exclusivamente às autarquias constituídas como patrimônio estatal descentralizado. Ora, se essa autarquia formada de patrimônio estatal descentralizado desnecessitasse de qualquer referência para gozar dos privilégios a União, êsse decreto que acabei de ler

não faria referência especial a essa autarquia, haveria um subentendimento geral e, portanto, era desnecessário isso que está, aqui escrito. No entanto, o legislador achou de bom aviso entender êsse privilégio de quádruplo de prazo nestas condições, *Unius inclusio, alterius exclusio*, quer dizer se fôsse desnecessário, o govêrno não teria baixado um decreto especial às autarquias, porque explicitamente estava compreendido que os prazos de que goza o representante da Fazenda Pública se incluem entre aquêles privilégios. Se o legislador entendeu necessário dizer isso, é porque não quis entender outros privilégios além dos que estão aqui inscritos.

*Data venia* dos eminentes colegas, a meu ver, como disse, não altera a feição do problema o fato de se tratar de uma autarquia formada por patrimônio estatal descentralizado, de qualquer modo é uma autarquia. Central do Brasil tem fiscalização especial no Ministério da Viação, porque o decreto que organizou essa autarquia teve que atender às situações daqueles funcionários que estavam na Estrada de Ferro até a ocasião da organização da autarquia, que tinha que correr por conta dos cofres da União Federal e daí em diante corre por conta da Estrada de Ferro. Agora, o patrimônio dessa autarquia é formado pelo que foi descentralizado da União e está inteiramente separado da União Federal: nada tem que ver com a União.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Com absoluta autonomia econômica e financeira.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Daí parte a razão de ser. Diariamente estamos nas Turmas a condenar a Central do Brasil, e nesse caso do dec.-lei nº 2.681, responsabilidade em matéria de transporte, a pagar uma pensão inscrita em fôlha, quer dizer, responsabilidade da Estrada e não da União.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Mas por que inscrita em fôlha e não paga em espécie? Porque se aplica o mesmo critério à União. A União é também condenada a pagar em fôlha.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Não há nenhuma obrigação de lei positiva que mande a União pagar em fôlha.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA É isto que ia dizer.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA:... por achar desnecessário exigir da União garantias especiais em apólices.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Mas, Sr. presidente, folgo muito até por haver sido interrompido em meu voto, pois é prova de que o argumento por mim lançado interessou aos colegas, o que me é lisonjeiro.

Como ia dizendo, o fato de condenarmos a Estrada de Ferro a pagar as indenizações mediante inscrição em fôlha é para evitar a alternativa de compra das apólices, pois, sendo autarquia, com patrimônio avultado, tem com que responder por suas obrigações. Assim não há necessidade de obrigá-la a distrair do seu patrimônio determinada verba para imobilizá-la em apólices.

Entretanto, como salientou o Sr. ministro SAMPAIO COSTA, aliás argumento que me afluera na ocasião, não há determinação em lei que mande a União pagar essas pensões, mediante contribuição mensal. Os tribunais é que assim têm entendido. Não se pode mesmo apontar isso como privilégio da União estendido à Central do Brasil, porque a União não goza desse privilégio; não há esse privilégio em lei. Os tribunais têm entendido que a garantia pessoal Oferecida pela Central do Brasil ao pagamento é suficiente para atender à solvência da obrigação.

Assim, Sr. presidente, e *data venia* dos eminentes colegas, estou de acôrdo com o eminente relator e nego provimento à revista.

## VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente. No agravo de instrumento nº 81, julgado na 2ª Turma, tive ocasião de acompanhar o brilhante voto que então proferiu o eminente Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, como relator.

Nessa ocasião, acompanhando, com a duvida atenção, o relatório e os debates travados, fiz as seguintes observações: que, realmente o dec.-lei nº 2.785 estabelece verdadeiro privilegio em favor da Fazenda Pública, em se tratando de fluência de juros, e que, encarando como privilégio o preceito de lei assim

invocado, sem dúvida não era possível interpretá-lo com caráter de analogia ou extensão.

Frisei isso em meu voto, mas também não deixei de acentuar, logo em seguida, que o caso da Central do Brasil assume feição singularíssima, a saber:

"A Central do Brasil, embora seja uma autarquia, com administração autônoma, não deixa de ser, como bem disse o nobre relator um desdobramento da administração federal, eis que se constituíra com o patrimônio exclusivo da União, respondendo por tôdas as obrigações que lhe sejam impostas".

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Trata-se de mera descentralização de serviços. No caso, por exemplo, do I. A. P. E. T. C., criou-se uma autarquia, mas, na Central, não.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Essa a realidade que se torna incontroversa.

De forma que, havendo êsse aspecto, como procurei ainda esclarecer, essa feição toda especial de que a Central se constituíra exclusivamente com patrimônio da Fazenda Nacional, o que se pode concluir é que a disposição de lei deve abranger o caso da mesma autarquia. E, dentro dessa concepção, estamos procurando atender ao próprio espírito da lei, que outro não foi senão o de preservar o interesse pública de maiores encargos nos feitos judiciais. Não é possível contestar que a Central do Brasil representa êsse interesse público, é o patrimônio da União, exclusivamente, que ali está com sua administração própria, finas sujeita, naturalmente, a normas especiais e ao contrôle do governo.

Não me impressiona, *data venia*, o argumento de que há lei especial tornando extensivo, às autarquias que se constituíram de patrimônio próprio da União, o direito que esta tem de recorrer dentro do prazo em dobro. E não me impressiona porque é disposição com a qual não podemos forçar qualquer interpretação, no sentido de negar à situação da Central do Brasil aspecto de perfeita paridade com a União, porque é a própria Fazenda Nacional que aí está com todo seu interesse.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Por que, então, êsse decreto?

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Porque o nosso é o país dos decretos.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Entendo é que o legislador se impressionou com essa questão de prazo e achou de mandar aplicar o citado decreto.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas não se impressionou com a questão de juros.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Isso não importa em excluir as autarquias do cogitado privilégio, desde que acima de tudo está o interêsse público, o interêsse nacional.

Essa a realidade palpável do caso, e o juiz não tem evidentemente, a meu ver, de dar interpretação extensiva por paridade. Estou procurando aplicar a própria lei, no seu verdadeiro espírito, que é o de preservar todo o interêsse da Fazenda Nacional, direto ou indireto, de pagamentos de juros no sentido comum.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Já aí estou em discordância total com V. Ex.a. Acho que não somos administradores da Fazenda, somos juízes e julgamos a Fazenda em pé de igualdade com as outras partes.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Não estou agindo como administrador da Fazenda.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas V. Ex.<sup>a</sup> falou em preservar os interêsses da Fazenda.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Estou procurando dar a interpretação que me parece mais consentânea com a situação real da Central do Brasil. Com êste pensamento é que dou provimento ao recurso de revista.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Na Turma, a que pertenço, sempre neguei às autarquias os privilégios pertinentes à Fazenda, desde que lei expressa não lhos estenda.

No agravo de instrumento nº 541, assim votei:

"A respeito do assunto já me pronunciei várias vèzes nesta Turma, sendo, aliás, o entendimento dela pacífico. Não obstante, houve um recurso de revista, tendo o Tribunal Pleno sufragado, por maioria de votos, tese contrária, de caberem à Central do Brasil os privilégios decorrentes do decreto nº 22.785, de 1933".

Em voto proferido anteriormente a êsse recurso, sucintamente condensei os argumentos que me levaram a recusar às autarquias, quaisquer que elas fôssem, o privilégio estabelecido para a União pelo dec. número, 22.758, de 1933.

Por ocasião do julgamento, no Tribunal Pleno, em que fui voto vencido, assim me pronunciei, aliás como vogal, após o voto proferido pelo Sr. ministro ARTUR MARINHO, então relator, no sentido da admissibilidade de aplicação do falado dec. número 22.785:

"Sr. presidente, ouvi, atentamente, o voto proferido pelo Sr. ministro ARTUR MARINHO, substancioso e brilhante, que honra a inteligência e cultura de S. Ex.<sup>a</sup>, fundamentado, segundo diz, em conceitos emitidos por altas autoridades de direito. Sem embargo, não me rendo aos argumentos de S. Ex.<sup>a</sup>. Não me convencem. Permaneço com meu ponto de vista primitivo de que os privilégios e normas especiais aplicam-se restritivamente, atingindo sòmente os casos que especifiquem de maneira expressa. Aludiu S. Ex.<sup>a</sup> a conceito de CARLOS MAXIMILIANO, segundo o qual muitas regras jurídicas, embora denominadas excepcionais, são, na realidade, ordinárias. Não é o de se aplicar ao presente caso. Se há disposição especial, de verdadeiro privilégio, é esta que isentou a Fazenda de juros, que as demais partes são obrigadas a pagar quando decaem nos pleitos e não há, apesar da Estrada de Ferro Central do Brasil ser um seguimento de bens do intêresse da União, como confundi-la com a Fazenda Pública".

Já se acentuou aqui que o egrégio Supremo Tribunal Federal sempre entendeu dessa maneira por suas duas Turmas.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Confesso a V. Ex.<sup>a</sup>. que não conheço nenhuma decisão em sentido oposto.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Mas sempre se entendeu assim. Acontece que: há, ainda, considerações outras em prol.

As autarquias, antes do dec. nº 22.785, não gozavam dos direitos conferidos à Fazenda, de respeito à prescrição.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Não gozavam de nenhum direito, inclusive pagavam sêlo e custas.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Apesar de serem autarquias, sempre foram tidas na categoria de pessoas estranhas àqueles privilégios estabelecidos em leis especiais, inclusive no Cód. Civil. Nos pretórios, ao que eu saiba, nunca se admitiu recurso necessário das decisões proferidas contra as autarquias, privilégio concedido à União.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Lembra V. Ex.<sup>a</sup> muito bem.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Nunca houve, pelo menos de que tivesse notícia, qualquer aresto que tomasse conhecimento dos recursos necessários interpostos de decisões que condenassem as autarquias.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Ex.<sup>a</sup> me permite um esclarecimento, a esta altura? O Supremo Tribunal Federal remetia os recursos das autarquias para os tribunais locais, sob o fundamento de que a União não tinha interêsse econômico nos mesmos.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Não há como confundir a pessoa da União Federal com a pessoa das autarquias, que têm personalidade própria. São pessoas completamente distintas. O privilégio em questão é concedido à pessoa de direito público, União Federal, ou Fazenda Nacional, expressão sinônima, sendo que esta é relativa apenas ao seu patrimônio, mas na realidade representa a União Federal.

Estou fazendo estas ligeiras ponderações em face do argumento do eminente Dr. subprocurador geral da República.

De forma que, a aceitar-se a tese, *data venia*, há de se rejeitar duas situações definidas e claras: que a Central do Brasil não é uma pessoa distinta da pessoa da União, em primeiro lugar; em segundo, que os privilégios, que as medidas de exceção, que as medidas proibitivas, em direito, se aplicam por extensão, analogia ou paridade.

Nessa conformidade, Sr. presidente, com a devida vênia dos doutos colegas que, em votos brilhantes e substanciosos, teceram considerações em contrário, não posso acolher o recurso, não posso dar-lhe provimento, entendendo que a decisão recorrida é perfeitamente legal; estriba-se em sólidos princípios de direito e em jurisprudência velha, remançosa e só agora increspada.

É o meu voto.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceu-se do recurso, por unanimidade, e, por maioria, deu-se-lhe provimento, contra os votos dos Srs. ministros relatei, AFRÂNIO COSTA e SAMPAIO COSTA, que lhe negaram provimento. Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro ROCHA LAGOA.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

\*

## CONCORRÊNCIA PÚBLICA – ANULAÇÃO - JUSTA CAUSA

- **A concorrência pública, pode ser anulada por despacho motivado, havendo justa causa.**
- **Interpretação do art. 740 do regulamento baixado para execução do Código de Contabilidade da União.**

União Federal *versus* Aldemir Pessoa Fernandes

Ap. nº 449 - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 449, do Rio Grande do Norte, em que são recorrentes o juiz da 2ª Vara e a União Federal e recorrido Aldemir Pessoa Fernandes:

Acordam os juízes da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, em dar provimento aos que foram Interpostos para o fim de julgar, como julgam improcedente a ação, tudo nos têrmos dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Tribunal Federal de Recursos, 25 de abril de 1950. - *Sampaio Costa*, presidente; *Elmano Cruz*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Aldemir Pessoa Fernandes, tendo acudido a uma concorrência pública para aquisição de bens que haviam sido incorporados ao Domínio da União, ofereceu pelos mesmos bens a importância de Cr\$ 152.000,00, que foi aceita, sendo a mesma concorrência aprovada em seus ulteriores têrmos pelo então diretor do Serviço do Patrimônio da União.

Em razão, porém, da luta política que empolgava o país, foi o processo, por iniciativa dos ministros da Justiça, e da Fazenda, submetido à apreciação do presidente da República, que, aprovando o relatório do ministro da Fazenda, anulou a concorrência. Pedida reconsideração dêste despacho, já agora ao atual presidente da República, foi mantida a situação, pelo que resolveu o autor ingressar em juízo, pedindo fôsse a União compelida a entregar-lhe as propriedades aludidas, mediante o pagamento do preço oferecido por ocasião da concorrência em que veio a ser vencedor, anulando-se os atos administrativos que em contrário resolveram" (fls. 3).

Processado o feito, foi o pedido acolhido, pela sentença de primeira instância, cuja parte dispositiva é a seguinte:

"Isto pôsto:

"A preliminar argüida pelo Dr. procurador regional da República, na contestação e alegações orais, já rejeitada no despacho saneador de fls. 45 v., não se reveste de fundamento leal. Assim, é que pretende a contestante que seja considerado parte ilegítima, por falta de objetivo jurídico para prosseguir no feito, em virtude de ter decaído o direito reclamado, com a doação feita pelo Sr. presidente da República dos terrenos, que haviam sido incorporados ao Patrimônio Nacional, aos sobrinhos de Dona Maria Gomes do Ó, não existindo mais os bens pretendidos pelo promovente, como pertencentes ao Domínio da União. Os mesmos hoje pertencem aos sobrinhos daquela que os deixara em herança jacente, pelo que é evidente, sustenta o ilustre Dr. procurador regional da República, êsse objetivo da *lide*, sendo inatingível, não há mais interêsse legítimo em seu prosseguimento.

"Mas, a presente ação não é destinada a anular o ato liberatório da doação dos terrenos aludidos, emanado do Sr. presidente da República, e sim pleiteia seja mantida, por decisão judicial, a concorrência administrativa como ato válido e legal e, em consequência, anulados os atos ou despachos administrativos que tornaram sem efeito dita concorrência. Com ser assim, embora pretenda o autor lhe sejam entregues as propriedades que foram postas em concorrência pública administrativa, é que a sua proposta foi aprovada pelo diretor do "Serviço do Patrimônio da União, por ser a mais vantajosa, nem por isso é de se admitir a procedência da preliminar, uma vez que não é possível a êste Juízo senão estudar a espécie dentro do estrito e genérico pedido consubstanciado na inicial de fls., a fim de se pronunciar sobre a validade da já aludida concorrência ou a ilegalidade do despacho anulatório da mesma. Ora, a questão concernente à doação, ou melhor, reativa a não pertencerem mais os terrenos, que o promovente pretende sejam incorporados ao seu patrimônio, à União, nada tem a ver com o objetivo desta, que, se julgada procedente, autorizará apenas ao referido promovente a ingressar em juízo reclamando os meios competentes e capazes de invalidar aquêle ato liberatório a fim de que seja o seu direito reconhecido e efetivado.

"Se a doação é ato legal ou ilegal, não compete a êste Juízo apreciá-lo nesta oportunidade, por não constituir objeto do pedido, o que, entretanto, o poderá

ser através de outra ação, não importando, no caso, a transferência dos terrenos para o domínio particular em virtude de ato do Sr. presidente da República.

"A alienação dos imóveis "Picada" e "Saco Grande", deixados por D. Maria Gomes do Ó, e incorporados ao Patrimônio da União, em virtude de sentença judicial, por se tratar de herança vacante, foi legalmente autorizada pelo governo federal no dec. nº 6.257, de 16 de fevereiro de 1944, em vista do qual a Delegacia Regional do Patrimônio da União, neste Estado, determinou a concorrência pública para o fim expressamente coimado na lei.

"Não se discute, desta maneira, a falta de autorização para serem levados ditos bens à concorrência, como o foram legalmente.

"É princípio legal que os bens adjudicados ou incorporados ao domínio público, em virtude da vacância de qualquer herança, não devem ser conservados e explorados pelo Estado, visto como esta condição não lhe traria utilidade de relêvo, além de afastar-se completamente dos elevados fins sociais de que se revestem os decs. leis números 1.907, de 26 de dezembro de 1939, e 2.859, de 12 de dezembro de 1940. Incontestável é que o destino de tais bens é a venda, a fim de que êles, passando ao poder de particulares, possam produzir riquezas que a todos beneficiem, ficando a administração pública com a obrigação de aplicar o preço ou produto da venda como recurso para proteção da família.

"Realmente, a alienação aludida fora a efeito em concorrência pública, na conformidade do disposto nos arts. 745, 746 e outros do dec. nº 15.789, de 8 de novembro de 1922.

"Avaliados os bens, como foram, pela autoridade competente, era obrigação de ser organizado e publicado o edital de convocação dos interessados, o que de fato, fêz a Delegacia Regional do Domínio da União, neste Estado, como demonstram os autos.

"Trata-se, na espécie, de uma ação meramente de nulidade de atos administrativos, em face da qual ao juiz compete apreciar os motivos que determinaram ao Poder Executivo a praticar o ato impugnado e sôbre o qual se pleiteia a anulação, dentro apenas de dois fundamentos:

"a) se a autoridade, da qual êle emanou tinha competência para o praticar;

"b) se dito ato obedeceu à conformidade da lei sôbre que se questiona, o que determina a lei, isto é, se é legal ou ilegal, constitucional ou inconstitucional.

"O primeiro aspecto da questão, e que diz respeito à incompetência do Sr. presidente da República para conhecer da matéria objeto da presente ação proferindo despacho anulatório da concorrência, se me afigura improcedente, dado que a competência daquela autoridade, embora não seja absoluta, contudo é relativa. Decorre a mesma do dispositivo contido no art. 740 do dec. nº 15.783, de 8 de novembro de 1922 (Regulamento Geral de Contabilidade da União), expresso nos seguintes termos:

"Haja ou não declaração no ato que convocar as concorrências, presume-se sempre que o govêrno se reserva o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa".

"Inferre-se dêsse dispositivo legal que, no caso *sub judice*, a competência do Sr. presidente da República se tornou efetiva e evidente, desde que foram dirigidas a S. Ex.<sup>a</sup>, diretamente, reclamações dos interessados, isto é, dos sobrinhos da *de cujus*, pleiteando a anulação da concorrência, e do autor, discutindo a validade legal da mesma.

"Esta positiva, assim, a competência da autoridade que proferiu os despachos administrativos, cuja nulidade é pedida na presente ação, e, conseqüentemente, sob este aspecto, não é possível declarar a nulidade dos atos ou despachos e negar-lhe eficácia jurídica.

"Segundo a teoria dos maiores tratadistas do direito administrativo, "a incompetência da autoridade constitui razão máxima da invalidade dos atos administrativos, porque compreende ainda aquêles praticados em virtude de uma faculdade ou poder discricionário. Neste caso, a lei permite que se o tenha como ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva" (vide TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "Instituições de Direito Administrativo Brasileiro", págs. 185, *in fine*, e 186).

"Ainda sustenta o douto jurista que, entre nós, tôda a teoria se resume na apreciação de uma ou de outra forma de invalidade dos atos administrativos na ilegalidade do ato".

"A incompetência da autoridade só pode decorrer da inobservância da lei ou do exercício de uma faculdade que não lhe tenha sido outorgado implícita ou explicitamente (vide ob. e págs. citadas).

"A lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 9º, letra *a*, ainda plenamente em vigor nos pontos que não colidirem com a nova ordem processual, estabelece as condições e os motivos jurídico-legais que atribuem ao Judiciário a faculdade de julgar os atos administrativos, emanados do Poder Executivo, ilegais ou nulos, pela falta de aplicação devida ao direito.

"A questão relativa à competência é condicionada aos limites impostos pela lei, sendo que o poder de anular ou desfazer atos das autoridades inferiores não resulta do simples fato da hierarquia, mas das atribuições legais cometidas à autoridade superior.

"Pelo exame e observações que fiz nos autos, à luz das alegações das partes e dos dispositivos legais invocados, claro está que o Sr. presidente da República não foi além dos limites e atribuições traçados na lei, quando proferiu o despacho ou despachos que se pretende anular.

"Mas o próprio dispositivo legal que outorgou a S. Ex.<sup>a</sup> a competência ou direito de anular qualquer concorrência, condicionou que o fôsse por *despacho motivado*, e quando preexistente *justa causa*, o que demonstro que tal despacho deve ser fundamentado ou motivado, e estritamente pautado na rígida observação da lei, nos princípios que melhor acautelem os interesses públicos. É que, de acôrdo com os preceitos legais tão discutidos pelas partes, além das alegações das mesmas, cumpre-me verificar se os despachos que determinaram a anulação da concorrência, já aprovada, em favor do autor, pelo diretor do Domínio da União Federal, observaram a perfeita conformidade com o direito e os dispositivos legais aplicáveis à espécie.

"No caso em tela, o ato administrativo não é daqueles que têm uma esfera dentro da qual a autoridade administrativa é o único juiz da conveniência ou

oportunidade da medida, isto é, somente a ela cabe apreciar qual a melhor maneira de o executar, como juridicamente doutrina TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, na sua citada obra, pág. 184, *in fine*, opinião que é seguida quase unânimemente pelos mais insígnis ratadistas do direito administrativo, nacionais e estrangeiros.

"Cabe, indiscutivelmente, examinar o ato sob o aspecto da sua conformidade com a lei e dentro dos fins ou motivos que o determinaram, para se chegar à conclusão se houve *justa causa* ou exata aplicação da lei, pois ninguém melhor de que o eminente desembargador MIGUEL SEABRA FAGUNDES situou e definiu a espécie, quando assentou: "A finalidade do ato é examinada como aspecto da legalidade, tendo-se em vista, verificar se a administração pública agiu, ou não, com o fim previsto na lei. Indaga-se da finalidade para apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o fim desejado pelo texto legal. A desvirtuação da finalidade (*detournement de pouvoir*, do direito francês) pode tornar o ato ilegal. Aqui o exame da legalidade quase chega ao mérito. Há, porém, um sutil limite que se não deve esquecer. O julgador examina se o ato se conteve dentro do poder administrador, isto é, se foi praticada segundo os fins em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o melhor (vide "O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", pág. 118).

"Os fundamentos que orientaram o govêrno federal a proferir o despacho anulatório são os seguintes: 1º) falta de repetição pelo menos uma vez, da publicação do edital de concorrência, ex vi do art. 746 do citado dec. nº 15.783, de 8 de novembro de 1922; 2º) exclusão dos estrangeiros, inexistente em lei, porque o art. 35, letra e, parág. único, do dec-lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939, não cabe aplicação ao caso.

"Provado está nus presentes autos que, em outros casos idênticos, e já aprovados pela autoridade superior o edital de convocação de concorrência também foi publicado apenas uma vez, sem a repetição, exigida como imperativa e obrigatória nos pareceres e exposição de motivos citados pelo Dr. procurador regional da República e constantes de fls. 23, 23 v., 25, 25 v., 27, 27 v. e 33 a 35, conforme depoimentos de fls. 49 e segs., prestados por funcionários da Delegacia Regional do Domínio da União neste Estado.

"O despacho do Dr. ULPIANO DE BARROS, diretor do Patrimônio da União, proferido, aprovando a concorrência (vide verso de fls. 29), fundamentou-se no parecer de fls. 29 e 29 v., reiterado a fls. 32 e 32 v., do Dr. AGRIPINO GOMES VEADO, procurador geral daquela repartição, o qual entende que a concorrência deve ser mantida, uma vez que as prescrições do Regulamento Geral de Contabilidade Público foram observadas, e que entre tais prescrições, não estão a de que o edital deve ser publicado várias vezes, a menos que a repartição julgue necessário para a maior divulgação. E, quanto à exclusão de estrangeiros, - acentua - é cláusula que, de modo algum, podia ser observada, por não se tratar de terrenos de marinha. Se daí adviessem prejuízos para os interessados na concorrência, estrangeiros ou não, eles teriam entrado com suas propostas".

"De fato, nenhum dispositivo legal ou regulamentar impõe, imperativamente, se publique esse edital mais de uma vez pela imprensa, mas, sim, condicionalmente. O art. 746 do dec. nº 15.783, citado, é expresse e claro em deixar o número de vezes à escolha do chefe da repartição, onde a concorrência é feita, exigindo apenas a antecedência mínima de 15 dias. Em face de tal diploma legal, é êle - o chefe da repartição - que julga da conveniência de se repetir o anúncio, pois lhe é cometida a faculdade de apreciar e julgar se os adquirentes possíveis têm, ou não, ciência da *invitatio ad offerendum*.

"E o legislador, assim estabelecendo, andou bem.. Se o visado pelo edital é o conhecimento da transação pretendida, é possibilitar a concorrência mais ampla, somente a quem vive no local é dado conhecer as condições desse conhecimento.

"Claro é que, se o delegado do Domínio da União, neste Estado, autoridade com potente para dirigir o processo de alienação dos bens em causa, entendeu satisfeita a finalidade da publicação com uma, inserção única nos jornais, conseqüentemente cumprida foi a exigência legal. Não há, pois, *justa causa ou motivação* para que fôsse anulada a concorrência, já aprovada pelo diretor do citado Domínio da União tanto mais quanto, segundo se constata dos autos, outras alienações têm sido feitas em idênticas condições, e houve a afixação de editais na coletoria da cidade de Mossoró, município em que estão encravados os bens deixados por D. Maria Gomes do Ó.

"A exclusão dos estrangeiros da concorrência pública em espécie fundou-se, realmente, em interpretação elástica, extensiva e analógica do art. 35, letra c, parágrafo único, do dec.-lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939. Mas tal interpretação nenhum prejuízo causou aos interesses da União e nem aos licitantes, uma vez que não Houve nenhuma proposta oferecida por estrangeiros e muito menos protestos.

"O art. 740 do mencionado dec. número 15.783, de 8 de novembro de 1922, expressamente atribui ao presidente da República o direito de anular qualquer concorrência pública, porém, condicionando a obrigação do despacho ser motivado, e se houver justa causa. Entretanto, tanto o despacho do então presidente Dr. GETÚLIO VARGAS, proferido na exposição de motivos (vide fls. 31), está desacompanhado de motivação, pois apenas declara - Sim -, quanto o do general EURICO DUTRA, que se limita ao seguinte: *de acôrdo com o item 13 dêste parecer*, o que contravém o exposto dispositivo legal, que é imperativo na exigência da fundamentação do despacho.

"Através das provas dos autos, das alegações das partes e das discussões em torno da interpretação de vários dispositivos legais, principalmente dos que serviram de base para a anulação da concorrência, chega-se à conclusão de que o despacho presidencial é ilegal, por falta de *justa causa* e de *motivação*, não prevalecendo a alegação no sentido de terem sido melhormente acautelados os interesses da União com a citada anulação, uma vez que está, evidentemente, provado que o autor ofereceu preço mais elevado de que o valor estipulado no edital de convocação dos bens postos à alienação, os quais, posteriormente ao último despacho firmado já na nova Presidência da República, foram doados aos sobrinhos da *de cujus*. Ora, só se compreenderia a estranha preocupação de legalidade se o govêrno visasse um melhor resultado para os cofres públicos e a uma mais perfeita distribuição da possibilidade de concorrer. Mas, o que se deu, segundo esclarecem os autos, foi o contrário. O govêrno anulou a concorrência para mais prejudicar o erário, não se preocupando com o maior preço, mas com o nada receber, pois doou os bens a terceiros nem sequer concorrentes à respectiva aquisição onerosa.

"É êsse um caso de falta de finalidade jurídica do ato que não foi praticado na conformidade dos fins previstos na lei, sendo manifesta a desvirtuação da finalidade de dito ato, em face dos textos legais invocados, o que segundo o

conceito esposado pelo culto desembargador MIGUEL SEABRA FAGUNDES, pode tornar o ato ilegal. Além do mais, a ilegalidade do despacho presidencial decorre também da errônea aplicação do direito.

"Pelos fundamentos expostos e outros princípios jurídicos aplicáveis à espécie, julgo procedente a presente ação, para considerar, como considero, ilegais os despachos do Sr. presidente da República, e sem eficácia jurídica, que anularam a concorrência pública administrativa, na qual foi assegurada ao autor plena aprovação à sua proposta, por ter sido considerada a mais vantajosa à Fazenda Nacional, ficando, conseqüentemente, subsistente o despacho do diretor do Domínio da União, que agravou dita concorrência.

"Custas na forma da lei.

"Apelo, de ofício, desta sentença, para o egrégio Supremo Tribunal Federal, para cuja instância devem seguir os presentes autos depois de esgotado o prazo concedido às partes para a interposição do recurso competente.

"Publique-se em audiência, que designo para o dia 24 do corrente às 14 horas, no "Forum", fazendo-se as intimações às partes.

"Retardada a publicação desta sentença, em virtude de acúmulo de serviço, principalmente o eleitoral, bem como por motivo de moléstia em minha pessoa, o que afirmo para os efeitos legais.

"Natal, 23 de outubro de 1946. – *João Francisco Dantas Sales*".

Apelou a União, tendo também o juiz recorrido de seu ofício (fls. 69 v.).

A sentença foi publicada na audiência de 24 de outubro de 1946 (fls. 72), fora do caia para tal designado na audiência de instrução (fls. 58 v.).

Intimado o Dr. procurador da República aos 3 de novembro, aos 7 de dezembro entrou ele com a apelação de fls. 74, que foi recebida pelo despacho de fls. 79-79 verso, vindo, a seguir, o autor com as razões de fls. 35 e segs., precedidas da explicação de fls. 81-83.

Nesta segunda instância, assim se manifestou o Dr. subprocurador geral da República:

"I. A ação foi promovida para o fim certo e preciso (inicial, fls. 3, item XI; MM. sentença, fls. 63) de compelir a União Federal a entregar ao réu dois imóveis pertencentes à herança jacente de D. Maria, Gomes do Ó, e cuja alienação fôra autorizada pelo dec.-lei nº 6.277, de 16 de fevereiro, de 1944, uma vez que a sua proposta fôra a melhor apresentada na concorrência aberta.

"O MM. juiz, entretanto, conferindo à ação, na undécima hora, o feitio, ao que parece, de declaratória *sui generis* - tanto que a fls. 65 v., *in fine*, e 66, acena para a possibilidade de outra ação complementar da presente - deliberou, apenas, considerar ilegais os despachos administrativos anulatórios da concorrência, deixando, assim, o pedido sem decisão e proferindo-a em ponto que, *isoladamente*, não foi, de modo algum, objeto do pedido. A hipótese, portanto, é uma daquelas, já lembradas no egrégio Tribunal, de adjetivo sem substantivo.

"Incorreu a MM. sentença, em verdade, na censura do art. 4º do Cód. de Proc. Civil, mesmo porque, nos termos restritos do decisório, faltaria ao autor a qualidade prevista no corpo do art. 2º ao Código em menção, eis que nenhum interesse lhe assistia na anulação, pura e simples, dos despachos antes referidos, e, por isso, deu ao pleito a finalidade já apontada.

"A MM. sentença prevê, e certo, para o autor a possibilidade de, futuramente, pleitear, à vista do agora decidido, a invalidade da doação dos bens da herança jacente aos sobrinhos da *de cuius*.

"Nada menos exato porque, entre aquela doação e a decretada anulação dos atos administrativos, não existe nexos algum. Nada tem a ver um fato com o outro e, de resto, é tarefa sobre-humana clarear evidências, como, em ocasião memorável, lembrou o eminente relator desta apelação.

"Efetivamente, pela circunstância de ter apresentado a melhor proposta na concorrência pública, o autor não adquiriu, é claro, a propriedade dos imóveis, acontecimento dependente de outras medidas que entretanto, não foram ultimadas. E daí, a todo modo, faltar-lhe qualquer título para promover a

anulação de uma doação feita por quem era, na realidade jurídica, o proprietário dos bens doados.

"II Mas, também, no restrito ponto objeto da condenação, houve, *data venia*, desacêrto manifesto.

"Bastará observar-se que o art. 740 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (dec. nº 15.783, de 8-11-22) presume sempre que o govêrno se reserva o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado se houver justa causa, ainda que o edital respectivo não haja fixado tal declaração.

"Sòmente isso seria suficiente para acentuar a, legalidade da anulação da concorrência, porque é bem sabido caber ao Judiciário, apenas, a apreciação da legalidade ou não dos atos administrativos impugnados, sem perquirir circunstâncias atinentes com as questões de fato que teriam levado a administração à prática dos mesmos.

"A respeito, o pensamento do egrégio Tribunal tem sido, várias vêzes, proclamado.

"De qualquer sorte porém, a anulação teve a seu prol fundamentos valiosos e inaceitáveis. O edital fôra publicado uma única vez - então sem apoio legal, porque a restrição teria cabimento se tratasse de terrenos litorâneos - a concorrência excluía os estrangeiros das direito de apresentar propostas.

"Por outro lado, cogitado-se, de despacho da Presidência da República, a motivação do ato decorreu do consignado nos pareceres constantes do processo sem necessidade de renovação dos motivos.

"III. A MM. sentença exige, portanto, a todo modo a reforma pleiteada aqui e nas razões do ilustre procurador da República, MANUEL VARELA DE ALBUQUERQUE".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Dou provimento aos recursos de ofício e da União Federal para julgar, como julgo, improcedente a ação. É certo que o autor apelado teria sido vencedor na concorrência levada a efeito para alienação dos bens arrecadados por morte de Maria Gomes do Ó, bens esses arrecadados vacantes, foram deferidos à União, que os pretendeu alienar.

O despacho do diretor do Serviço do Patrimônio da União não é exclusivo, pois acima dessa autoridade administrativa existem o ministro da Fazenda e o presidente da República, na órbita normal dos recursos administrativos.

Além disso, tendo o governo, em boa hora resolvido, pelo dec.-lei nº 9.448, de 12 de julho de 1946, fazer doação aos sobrinhos da falecida dos bens que haviam sido arrecadados, medida justa e simpática, não há como acolher-se o pedido do autor, ainda porque seria êle de solução impossível, dado que a União não lhe poderia jamais fazer entrega de bens que por lei especial havia doado aos sobrinhos de Maria Gomes do Ó.

A ação é sobre todos os aspectos improcedente, quer porque da concorrência pública não decorra o direito absoluto para o que a venceu de se adjudicar os bens levados a concorrência, quer porque, na hipótese dos autos, a exceção aberta ao dec.-lei nº 1.097, tal como a outra aberta de referência ao mesmo decreto e em favor dos herdeiros José Luís Saião de Bulhões Carvalho (dec.-lei número 2.246, de 29-4-40), vai ao encontro da tradição do nosso direito (Cód. Civil, artigo 1.603), não excluindo da sucessão os sobrinhos da *de cujus*. Nestes termos, dos provimentos aos recursos para julgar improcedente a ação e condenar o autor nas custas.

#### VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (revisor): De acordo com o voto do Sr. ministro relator.

Os bens foram declarados vacantes e adjudicados à União, que mandou pô-los em praça na conformidade da lei, abriu concorrência para a sua alienação.

O autor venceu a concorrência. Esta, porém, foi anulada por despacho do Sr. presidente da República mandando que se procedesse a nova concorrência.

Alega o autor que, tendo vencido a concorrência, não podia ser ela anulada. Primeiro, porque o presidente da República era autoridade incompetente; segundo, mesmo que o não fôsse, a anulação não fôra precedida de despacho motivado e com justa causa, como determina o Cód. de Contabilidade.

Não assiste razão ao autor da ação. O Cód. de Contabilidade não assegura direito adquirido a quem vence numa concorrência, que pode, a todo tempo, ser anulada pelo govêrno (expressão usual da lei).

Ora, os atos administrativos, pela, via de recurso, vão às mãos do Sr. presidente da República, o que aconteceu na hipótese e o presidente da República anulou a concorrência em despacho motivado, porquanto, com assento em pareceres da Diretoria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, de consultores é de outros órgãos do mesmo Ministério, basteando-se em duas circunstâncias: 1º, não ter o edital de concorrência sido publicado senão uma vez; 2º, haver sido inserida no edital a proibição de dela participarem estrangeiros.

Poder-se-ia obter-se que a falta de publicação por mais uma vez não seria motivo, nos têrmos estritos da lei, para justificar a anulação, porque a lei dá a administração, mais ou menos, o arbítrio de publicá-la tantas vêzes quantas julgar necessárias. A verdade, porém, é que a proibição aos estrangeiros de concorrerem, se não acarretou prejuízos a êsses estrangeiros, acarretou à União, porquanto inibiu vários outros da possibilidade de oferecerem seus lances. Logo, a causa era justa. Não se alegue que, por fim, o govêrno entendeu de transferir ou doar ditos bens a sobrinho da falecida. E não se diga porque isso não desvirtua o despacho que mandou proceder a nova concorrência.

É que a lei não era mais ato do Poder Executivo e sim do Legislativo, se bem que desempenhado pelo Sr. presidente da República de então. Por conseguinte, o Legislativo era autoridade completamente diversa que, no gôzo de suas prerrogativas constitucionais, podia fazer a doação, não existindo nenhum nexo causal entre a anulação que mandou proceder a nova concorrência, em virtude de possíveis prejuízos causados à União pelo edital, e o ato posterior da doação pelo Poder Legislativo, então enfeixado nas mãos do Sr. presidente da República.

Assim, o ato legal, justificado, motivado e baseado em justa causa. Nessas condições, acompanho o Sr. ministro relator julgando improcedente a ação e, conseqüentemente, reformando a sentença.

### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Lamento divergir dos doutos colegas. Nego provimento, para confirmar a sentença.

Há, aqui, aspecto principal, do qual defluem as conseqüências: é a anulação da concorrência.

É certo que o Regulamento de Contabilidade Pública da União, no art. 740, declara:

"Haja ou não declaração no ato que convocar as concorrências, presume-se sempre que o govêrno se reserva o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa".

Mas, evidentemente, antes de aprovada a concorrência, porque, em havendo aprovação, haverá situação jurídica definida e já não será possível ao Poder Público, com base nesse artigo, anular essa concorrência, porque expressamente houve reconhecimento de direito.

Quanto à circunstância da validade dessa aprovação face à autoridade que a deu, tenho-a como plena, e absoluta, porque é precisamente o diretor do Patrimônio da União a autoridade designada pela lei como competente para dar essa aprovação. Há, a possibilidade de recursos mas êstes não teriam sido usados. Assim, o ato é pleno, é jurídico, é definitivo.

Em têrmo dessas considerações.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Houve recurso.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas não houve recurso no sentido legal, admitido em lei, e não é possível que recurso extemporâneo, fora das hipóteses previstas, posa produzir êsse efeito. E a própria circunstância

(lembrada, aliás, por V. Ex.<sup>a</sup>), de cogitar a lei de recurso, está, a indicar que sòmente por meio dêste recurso poderia ser motivado o ato de aprovarão.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Os atos administrativos não fazem coisa julgada...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Tenho visto sustentada, neste Tribunal e adotada, por sua maioria, a doutrina da coisa julgada administrativa.

O PR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: ... conforme a natureza do ato.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sem discutir essa tese sedutora, mas eriçada de espinhos entendo que houve, pelo despacho da aprovado da concorrência, a definição de um direito que só poderia ser modificado pelas vias regulares. Tal não se deu. Entendo, conseqüentemente, que a sentença apreciou bem a hipótese e eu a mantenho, negando provimento ao recurso *ex officio* e ao recurso da União.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, contra o do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, deram provimento à apelação, para o efeito de declarar improcedente a ação.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

\*

## RECURSO "EX-OFFICIO" - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

**- Do recurso "ex-officio" só se conhece quando inequivocamente autorizado em lei. As deduções meramente aumentativas não operam para justificar privilégio.**

Agravado: Matias Alberto Schens

Ag. nº 1.226 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do agravo de petição nº 1.296, do Rio Grande do Sul, sendo recorrente o juízo, *ex officio*, e recorrido Matias Alberto Schens (emprêsa dêste), executado pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos:

Acorda a 2ª Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, unânimemente, não conhecer do apêlo oficial do juízo, conforme os têrmos decisórios do voto de fls. 79 a 80, do relator, e resultado contido no resumo de fls. 91.

Tribunal Federal de Recursos, 14 de março de 1951. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Neste executivo fiscal, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, contra a Emprêsa Matias Alberto Schens, regularmente corrido, o ilustre Dr. juiz *a quo* julgou *contra a referida autarquia (sentença de fls. 43.e segs., ler, visto como nela se expõe precisamente o necessário ao julgamento)*.

O Instituto vencido foi intimado da decisão no dia 8 de maio de 1950 (entre outros dados, docs. de fls. 49).

Recorreu no dia 23 do mesmo mês de maio (fls. 52 e 51 v.). Observou o magistrado *a quo* que o recurso foi anterrosto a destempo; mas entendeu, e se então, que deveria recorrer *ex officio*, atento a que, ao caso, se applicava o recurso necessário a que se refere o dec.-lei nº 960, de 1938, explicando porque assim (*fls. 59 a verso, ler*). O agravado ofereceu contra-minuta de agravo (fls. 62 a 65). E, perante esta instância, o digno Dr. subprocurador geral da República opinou pela reforma da sentença, nos têrmos preconizados pelo recorrente voluntário (fls. 69).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Conforme assinala o relatório, há um agravo voluntário do exeqüente e, também, recurso *ex officio*, manifestado depois da sentença final.

Todavia, é fora de dúvida que o apêlo da parte foi interposto fora de prazo. Assinala-se, realmente, prova a mão, que o Instituto promovente foi intimado da sentença no dia 8 de maio de 1950 (fls. 49, e têrmo de juntada, fls. 48 v., etc.). O recurso, entretanto, só foi manifestado e despachado e junto aos autos em 23 do mesmo mês de maio (fls. 52 e 51 v.), isto é, 15 dias depois da intimação à parte.

Tudo isso sendo inequívoco, não conheço do agravo do exeqüente.

O ilustre magistrado *a quo*, que não recorrera ao sentenciar, aliás dizendo porque assim, meticulosamente (que essa era a jurisprudência dêste Tribunal), resolveu, depois, recorrer necessariamente.

É de meu ver, porém, que tal recurso obrigatório não cabe, na espécie. Os institutos não gozam do privilégio especial conferido, por lei, à Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, ou, geralmente, em feitos para os quais o direito positivo seja explícito. Tal tem sido decidido firmemente por êste Tribunal, e com inequívoco sufrágio ao direito. O Dr. juiz *a quo*, entretanto, oferece razões novas, ou argumentos, pró-recurso *ex officio*. A seu ver, revendo seu modo de entender anterior, estabelece s. Ex.<sup>a</sup> que, se o dec.-lei n° 65, de 1937, manda aplicar num caso como o dos autos o rito processual dos executivos fiscais, isto é, o fixado no dec.-lei n° 960, de 1938, e se êsse instrumento ordena o recurso *ex officio* quando a Fazenda exeqüente é vencida, òbviamente caberia o recurso em causa.

Parece-me engano, louve-se, embora, o zêlo do digno magistrado, Dr. ARNO SATURNINO ARPINI. O que se refere a recurso não é rito no sentido particularmente contemplável, mas tão apenas, na hipótese, um privilégio especial e por isso, excepcional, conferido à Fazenda Pública: mas à Fazenda da União, dos Estados e dos Municípios, ou da Administração centralizada e não da autárquica. Privilégio, há de ser entendido restritamente, salvo razões

muito especiais em que o explícito da lei envolva, implícita, mas necessariamente, a providência excepcional, o que, aqui, não é o caso. A única medida que o dec.-lei n° 960 em estudo confere às autarquias é o processo idêntico ao que ali se confere à Fazenda., mas não as garantias de recurso-privilégio. Compreende-se facilmente porque, assim, de sorte não se devendo ir além do explícito em lei. Além disso, até concepção semântica etimológica, *ritus* também é *costume*, tal como empregava OVÍDIO, ou *rite*, como advérbio latino, também e *segundo o costume*, como empregava CÍCERO; e de modo algum é habitual ou costumeiro, no Direito do Brasil, conferir privilégio que não seja transparente em lei, isto é, que não resulta de método subjetivamente interpretável. Assim, também não conheço do recurso *ex officio*.

Fica, pois, mantida a sentença a quo por força de seu poder de coisa julgada, desde que, *in casu*, são afastáveis por não conhecimento os dois recursos dos quais me ocupei.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não se tomou conhecimento do recurso, por incabível. Decisão unânime. Os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e CÂNDIDO LÔBO acompanharam o voto do Sr. ministro relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

\*

## EXECUTIVO FISCAL - DEFESA

**- Ao Poder Judiciário não é lícito cecear a apreciação de qualquer controvérsia.**

União Federal *versus* José Augusto Nunes Salgueiro

Ag. n° 847 - Relator: MINISTRO ALFREDO BERNARDES

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n° 847, do Distrito Federal, em que são agravantes a União Federal e José Augusto Nunes Salgueiro e agravados os mesmos e recorrente *ex officio* o juiz de direito da 3ª Vara da Fazenda Pública:

Acordam os ministros componentes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em desprezar a alegação de perempção do direito de defesa oposto pelo executado e em remeter o processo ao Tribunal Pleno, para conhecimento da multa de 300%, frente ao § 31 do art. 141 da Constituição federal, tudo de acôrdo com as notas taquigráficas *retro*, que a êste integram.

Tribunal Federal de Recursos, 13 de junho de 1950. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Alfredo Bernardes*, relator para o acórdão.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Trata-se dos agravos ns. 847 e 848. Os processos foram apensados em primeira instância e, não obstante, foram proferidas duas sentenças, uma em cada processo, e interpostos dois agravos. Continuam, porém, apensados. Realmente, o entrosamento da matéria aconselha o julgamento numa só assentada. A primeira decisão agravada está assim concebida (fôlhas 259-268):

"Cobra a Fazenda Nacional de José Augusto Nunes Salgueiro. Pelo presente executivo fiscal, a importância de Cr\$ 7.433.825,60, proveniente do impôsto de renda e multa de 300% relativos aos exercícios de 1940 a 1944, inclusive, tudo conforme consta das certidões de dívidas juntas de fls. 3 a 7.

"Citado o executado e não tendo efetuado o pagamento. foi procedida a penhora, conforme se vê a fls. 12 v.

"Embargando a penhora, alega, preliminarmente, o executado que foi citado pela Fazenda Nacional para *alegar*, no prazo da lei a sua *defesa*, e que, apoiado nos salutaros princípios da moralidade e seriedade da Justiça, vem oferecer os seus embargos, a fim de que, com assento nêles, êsse mesmo direito de defesa

também lhe assegure a competente prova do ora alegado, pois jamais se admitiu a existência de demanda sem controvérsia;

"que, assim sendo o chamamento a juízo jamais se poderia traduzir senão para produção de alegações de defesa, eis que não foi chamado a assistir, inativamente, ao cumprimento de meras formalidades de processo executivo, como se a êsse fôsse revel;

"que, no mais, os atos administrativos, que deram causa ao presente executivo, tiveram início, curso e fim na instância administrativa e por serem insustentáveis os seus fundamentos é que, como matéria de defesa, são apresentados embargos na instância judiciária, onde serão reexaminados, rebatidos e anulados tais atos;

"que nenhuma instância administrativa se sobrepõe ao Judiciário e o princípio do § 4º do art. 141 da Constituição federal assegura ao embargante, vítima de lesão de direito a recorrer ao Poder Judiciário, submetendo à sua apreciação o exame da lesão que o atingiu, direito êste que lei alguma poderá obstar ou excluir;

"que, ainda, o executivo em questão ofende as normas constitucionais vigentes, aplicando-se, como se aplicou, a multa de 300%. No mérito, alega o executado que o exame feito arbitrariamente pela embargada não é verdadeiro, eis que se baseou em elementos a que se emprestou interpretação e sentido incompatíveis com a verdade dos fatos e documentos, pois o embargante jamais se utilizou de qualquer espécie de processos fraudulentos dolosos ou de má-fé para, direta ou indiretamente, ofender os direitos da embargada, o que, por si só, demonstra a ilegalidade da aplicação da multa de 300%;

"que não só é ilegal a aplicação da multa de 300% como também é ela inconstitucional por incompatível com as normas traçadas pela Constituição vigente e limites por ela fixados;

"que o exame que deu causa ao presente executivo é confuso, errôneo, sendo improcedente o pedido inicial;

"que ao contrário do que afirma a embargada, o embargante sempre se manifestou inequívocamente solícito no cumprimento de seus deveres e obrigações para com o fisco e se perante a instância administrativa não liquidou, desde logo, a sua situação para com o fisco, não lhe cabe culpa pois constituiu para a sua defesa procurador bastante e legalmente habilitado, não podendo responder pela negligência que, porventura, tenha havido da parte de seu representante legal;

"que as suas declarações do impôsto de renda foram feitas regularmente nos exercícios de 1940 a 1944, pois de nenhuma fraude, dolo ou má-fé se utilizou quando, legalmente, se cobrou de quantias *pro labore* da pessoa jurídica de José Salgueiro, e o recebimento de seus lucros, auferidos na pessoa jurídica de José Salgueiro, também, não se revestiu de qualquer dolo ou má-fé, e se, porventura, houve em tais lucros diferenças, estas, além de explicáveis, encontram motivos e razões que honestamente repelem as razões de existência de dolo;

"que os excessos cobrados pelo imposto de renda nas declarações ns. 58.822, 65.581, 62.430, 75.328 e 78.771 não são regulares e legais, baseando-se em cálculos falhos e errados;

"que, de todo o exposto, é absolutamente improcedente o pedido inicial. Alega ainda o embargante que a embargada, assenhoreando-se arbitrariamente dos documentos originais pertencentes ao embargante, para retê-los em seu poder, além de praticar um ato ilegal, procura; injustificavelmente, impossibilitar a prova do embargante em tôrno dos mesmos documentos, e agentes da embargada apresentaram, de forma inexplicável, documentos, pertencentes ao embargante raspados, adulterados, etc., para um seguida, retê-los em seu poder, evitando as provas que assistem ao embargante, e, no curso dos embargos, o embargante configurará a natureza jurídica da ação desenvolvida por agentes da embargada, em detrimento de seus direitos e haveres.

"Com os embargos, apresentou o embargante um cartão de protocolo do Ministério da Fazenda, tendo sido as certidões requeridas àquele Ministério, relativas ao dito protocolo, juntas posteriormente nos autos de fls. 59 a 67, sendo de salientar não ter, nesta ocasião, requerido o embargante, também,

certidão do relatório que deu causa ao presente executivo elaborado por funcionários do Impôsto de Renda.

"Impugnando os embargos, sustenta, preliminarmente, o Dr. procurador da República, que os mesmos devem ser desentranhados, por isso que, não havendo o embargante recorrido para o 1º Conselho de Contribuintes da decisão do Sr. delegado fiscal do Impôsto de Renda, que mandou proceder à cobrança dos débitos em causa, nem tentado a competente ação anulatória, no prazo de 30 dias previsto no art. 181 do dec.-lei nº 5.844, de setembro de 1943, não poderá dito executado impugnar, neste executivo, a presente cobrança fiscal, *ex vi* do que estabelece o § 2º daquele artigo. Quanto ao mérito, sustenta o Dr. procurador que deve ser repelida a preliminar com respeito à inconstitucionalidade da multa de 300%, que foi imposta ao embargante, eis que a mesma esta prevista em lei (art. 145 do dec.-lei nº 5.844) e já tem sido reconhecida como cabível em casos como o presente, de procedimento fraudulento do contribuinte, pela nossa Justiça;

"que ao mérito da cobrança, o executado se limita a alegar que não procedeu com fraude, não indicando, porém, qualquer inexatidão da Delegacia Regional do Impôsto de Renda relativamente ao débito apurado e ora em cobrança, não positivando qualquer argumento de prova que, porventura, infirmasse as certidões de dívida, que estão revestidas de todas as formalidades legais, para serem tidas como representativas da liquidez e certeza da dívida ajuizada;

"que a exequente oferece, como parte integrante desta impugnação, o ofício que lhe dirigiu o Sr. delegado regional do Impôsto de Renda, onde está historiada a atuação fraudulenta do executado e demonstrada convincente e detalhadamente a lisura do procedimento de sua repartição, no apurar o débito do executado;

"que o executado, no respectivo processo administrativo, em petição dirigida ao Sr. ministro da Fazenda, *limitou-se* a pleitear lhe foi dispensada a multa que lhe foi imposta, o que vale pelo reconhecimento da dívida ajuizada (fls. 32).

"Com a impugnação juntou o Dr. procurador da República as informações que lhe foram prestadas pelo Sr. delegado regional do imposto de Renda, nas quais S. S.<sup>a</sup> desenvolve longamente os motivos que levaram à cobrança da dívida

ajuizada e, de modo especial à aplicação da multa de 300%, convindo salientar da informação os itens 9, 18 e 20.

"Por petição de fls. 42 a 45, fêz o embargante um longo protesto contra o Sr. delegado regional do Impôsto de Renda, o qual, depois de ouvido, esclareceu o assunto, prestado as informações de fls. 49 a 54, tendo êste Juízo declarado, por despacho a fls. 35 nada ter a deferir, por louváveis as prudentes medidas tomadas pela autoridade administrativa, tendo, nesse mesmo despacho, concedido prazo para que o embargante requeresse, especificadamente, as provas que pretendia produzir, e, havendo, por petição, a fls. 57, o executado requerido provas, no despacho saneador, a fls. 71, decidido, sôbre as provas requeridas. No referido despacho saneador fui julgada, improcedente a preliminar argüida pelo Dr. procurador e relativa ao desentranhamento dos embargos em base no art. 181, § 2º do dec.-lei nº 5.844, de 1943, diante do disposta no § 4º do art. 141 da Constituição federal.

"O exame pericial requerido e deferido realizou-se, estando juntos aos autos os laudos, respectivamente, do perito do embargante, de fls. 96 a 132; da embargada, de fls. 142 a 151; do Juízo, de fls. 158 a 170, estando, ainda, junto aos autos, de fls. 178 a 180, esclarecimentos prestados pelo perito do Juízo, a requerimento do embargante.

"Por certidão a fls. 186 v., consta ter sido, em data de 6 de setembro de 1948, apensado aos presentes autos o executivo fiscal nº 2.925-29, série IR46, em atenção ao despacho proferido a fls. 186, o qual se refere a outro proferido nos autos do executivo fiscal mencionado na certidão, sendo de se salientar que o motivo da apensação foi, ùnicamente, a melhor apreciação do caso *sub judice*, como consta do despacho proferido naquele executivo; entretanto, em despacho posterior, proferido a fls. 191, foi determinada a desapensação, por terem as partes envolvidas nos executivos fiscais José Salgueiro, pessoa jurídica, e José Augusto Nunes Salgueiro, pessoa física - personalidade fiscal distinta e não existir identidade de partes e nem de objeto, conforme o pretendido pelo executado.

Designada a audiência de instrução e julgamento, realizou-se a mesma, como consta a fls. 196, tendo as partes, depois de lido os memoriais, requerido a juntada dos mesmos, o que foi deferido, tendo o Dr. procurador apreciado,

longamente, a prova produzida, para chegar à conclusão da procedência do presente executivo e tendo o executado, também, depois de examinar a prova, chegado à conclusão da improcedência do executivo, declarando mesmo que, ao invés de devedor ao fisco da importância de Cr\$ 7.433.825,60, é êle credor da importância de Cr\$ 18.646,50, tendo ainda, no memorial, sustentado a conexão das ações entre o presente executivo e o movido contra a firma individual de José salgueiro, que foi distribuído a êste Juízo e já referido nos despachos de fls. 191.

"Isto pôsto:

"Considerando que, conforme já foi decidido no despacho saneador, a fls. 71, a preliminar argüida pelo Dr. procurador da República de que não podia o executado impugnar o presente executivo, diante do disposto no § 2º do art. 181 do dec.-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, por ter deixado de recorrer para o 1º Conselho de Contribuintes e não ter intentado a competente ação anulatória, no prazo de 30 dias, fixado no citado art. 181, não procede crente ao disposto no § 4º do art. 141 da Constituição federal, que impede a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual e, também, porque, aplicado o disposto no § 2º do mencionado art. 181, ficaria o executado impossibilitado de discutir a legalidade da multa que lhe foi imposta, o que viria atrofiar a natural atividade do Poder Judiciário, consagrado, na feliz expressão do eminente Sr. ministro OROZIMBO NONATO, um ilogismo conspícuo de admitir demanda sem controvérsia, ação sem defesa" (voto proferido no agravo de petição nº 10.983, "Diário da Justiça" de 3 de janeiro de 1949, "Jurisprudência", pág. 197);

"Considerando que, também, não precede a argüição de inconstitucionalidade de aplicação da multa de 300%, pretendida pelo executado, pois o dispositivo legal que prevê tal multa sempre foi aplicado e nada tem de inconstitucional e o egrégio Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos proferidos, entre outros, nas apelações cíveis ns. 8.808 e 9.282, respectivamente de 19 de agosto de 1946 e 2 de setembro de 1946, citados pelo Dr. procurador da República, admitiu a aplicação da multa em causa, não podendo, portanto, ser a aplicação da dita multa considerada, como pretende o executado, um confisco, ofensa ao direito de propriedade, e, nem tampouco; à ordem econômica, pois é uma multa que só pode ser aplicada excepcionalmente, quando provada evidente existência de

fraude, dolo ou má-fé por parte do contribuinte, com o intuito de lesar o fisco e, provado tal procedimento, merece o mesmo que lhe seja aplicada uma grave penalidade;

"Considerando, quanto ao mérito, que o impôsto de renda suplementar, exigido no presente executivo, e respectiva multa, resultam de rendas auferidas pelo executado José Augusto Nunes Salgueiro, provenientes de lucros obtidos pela firma individual José Salgueiro, lucros êsses sonogados ao Impôsto de Renda à custa de fraudes existentes na escrituração da referida firma;

"Considerando que o executado apresentou declaração de renda em tempo hábil e relativa dos exercícios cujos suplementos ora, se cobra, mas tais declarações não foram exatas em consequência de fraude praticada na escrituração da firma individual José Salgueiro conforme provaram os exames periciais procedidos naquela firma, ele modo especial o exame grafológico, existente a fls. 451-454, do executivo em apenso;

"Considerando que dos exames periciais constantes dêstes autos se verifica, de modo indiscutível, ter havido um enorme aumento no patrimônio do executado, proveniente, exclusivamente, da firma José Salgueiro, não sendo aceitável o ponto de vista do Dr. perito do Juízo, quando de sua resposta ao 2º quesito da exequenda sôbre a confusão do patrimônio da pessoa física e da pessoa jurídica, porque no caso houve, da parte da pessoa jurídica, fraude e dolo para lesar o fisco, fraude e dolo que terão, naturalmente, como consequência, a sonegação de pagamento de impôsto, por parte da pessoa física cujos rendimentos são, ainda, exclusivamente, provenientes dos negócios realizados na firma individual. O ilustre Dr. procurador da República, em seu memorial apresentado por ocasião da audiência de instrução e julgamento (fôlhas 203), esclarece perfeitamente o assunto, assim se manifestando: "Ao Contrário do que afirma o perito desempatador, em resposta ao 6º quesito da exequente, os lucros das firmas individuais sempre foram tributados em poder dos seus titulares, mesmo que não tenham sido distribuídos, como, aliás, sempre resolveram o 1º Conselho de Contribuintes e a Divisão do Impôsto de Renda. Isto porque a pessoa jurídica da firma individual é a pessoa natural do seu titular revestida das qualidades de comerciante. *Os lucros apurados pela firma individual se incorporam, pois, de pronto, ao patrimônio do seu proprietário, independente de qualquer lançamento erre seus livros comerciais*";

"Considerando que o fato de ter o próprio executado se dirigido ao Sr. ministro da Fazenda, em petição protocolada no Serviço de Comunicações sob o nº 35.615-47, pleiteando a dispensa da multa ora em cobrança, ou redução da mesma, dentro de possível critério de viabilidade através de cuidadosa arbitragem, em a qual, se levasse em conta a multa, já ajuizada, que faz parte da penalidade total que lhe foi imposta, demonstra que o próprio executado já reconhece a procedência do débito relativo ao impôsto suplementar em cobrança, fato êsse que não poderá ser levado, de modo absoluto, contra o executado, mas que, no entanto, diante do conjunto das provas existentes, tem grande valor no julgamento pela procedência do executivo;

"Considerando que, diante da prova produzida, principalmente depois do que consta do memorial apresentado pelo Dr. procurador da República em o qual S. S.<sup>a</sup> esclarece e demonstra a procedência do presente executivo fiscal, elementos êstes que, com o requerimento do executado ao Sr. ministro da Fazenda, já acima referidos, trazem a êste Juízo a convicção de que são devidos os suplementos exigidos pelo fisco e que tais suplementos sòmente puderam vir a ser exigidos depois da verificação procedida na escrita da firma, na qual a mesma agiu com fraude e dolo;

"Considerando que, tendo sido por mim julgado procedente o executivo em apenso movido contra a firma José Salgueiro, relativo à cobrança do impôsto suplementar de renda dos exercícios de 1940 a 1944, originados da apuração da fraude promovida por aquela firma, evidente se torna que o impôsto ora em cobrança é devido na base exigida pelo fisco;

"Considerando, entretanto, que, quanto à multa de 300%, aplicada ao executado, não tenha a mesma como exigível nessa base, mas na de 50%, prevista no art. 145, letra *d*, do dec.-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, pelo fato de não ter o executado feito declarações exatas, apesar de conhecer irregularidades existentes na fonte de seus rendimentos, além de que, nos exercícios de 1941 a 1942, reconhecem todos os peritos que o executado não declarou os lucros totais apurados em seus balanços (resposta ao 1º quesito da exeqüente a fls. 158);

"Considerando que, apesar de discordar da resposta dada pelo perito do Juízo ao 2º quesito da exequente (fls. 159), com referência à situação dos patrimônios da pessoa física e da pessoa jurídica, adotando, como adotei, o ponto de vista mencionado pelo Dr. procurador da República, reconheço que o executado não é passível da multa de 300%, porque, para concluir ter o mesmo agido com dolo, não declarando a importância referida no citado quesito 2º, teria que agir por presunção; entretanto, não posso deixar de reconhecer ser o executado passível de multa por ter deixado de declarar todos os seus rendimentos auferidos na firma individual José Salgueiro;

"Considerando, finalmente, que só tenho como devidas as importâncias correspondentes aos impostos suplementares de renda dos exercícios em causa e mais a multa de 50%, prevista no já citado art. 145, letra *d*, do dec.-lei nº 5.844, de 1943;

"Considerando que o executado, na firma individual, agiu com fraude e dolo, com o fim de lesar o fisco, fazendo nos lançamentos várias vezes referências a suprimentos feitos por José Salgueiro, pessoa física, e José Salgueiro, pessoa jurídica, estou convencido de que legal é a incidência do imposto sobre a importância apurada na firma como lucro do ora executado;

"Considerando que a escrita da firma foi feita com base em documentos fraudulentos, os laudos de exame dessa escrita, juntos aos autos não proporcionaram a este Juízo elementos seguros de prova capaz de elidir a certeza e liquidez da dívida em cobrança, sendo que, ao contrário disso, as demais provas existentes neste executivo e no em apenso, principalmente o exame grafológico e os depósitos de José Salgueiro, na Casa Bancária Manuel C. Carvalho & Cia. Ltda., convencem-me da procedência da cobrança;

"Considerando o mais que dos autos consta:

"Julgo procedente, em parte, o presente executivo, para reconhecer devidos os impostos suplementares de renda cobrados do executado, nos exercícios de 1940 a 1944, inclusive, conforme certidões de dívida de fls. 3 a 7, e reduzir a multa de 300% para 50%, dando como subsistente a penhora de, fls. 12".

Sentença de igual teor, *mutatis mutandis*, foi proferida no executivo fiscal movido também pela Fazenda Nacional contra José Salgueiro, firma individual.

Vou ler apenas a parte decisória dessa segunda sentença. Com relação ao relatório, está inteiramente entrosado com o outro.

O Dr. juiz, inicialmente, repele a preliminar de perempção de direito da executada de impugnar a cobrança fiscal; já impugnada na outra sentença. Repele, igualmente, a argüição de inconstitucionalidade feita pela executada quanto à aplicação da multa de 300%. Quanto ao mérito, diz (fls. 545-549):

"Que, conforme se vê da resposta dada ao 1º quesito da Fazenda Nacional no laudo do exame de documentos (fls. 411), pelo perito da exeqüente, Dr. Ângelo Fioravanti Bittencourt, estão anexados ao processo administrativo documentos adulterados comprovando lançamentos que absorvem parte do lucro tributável, estando enumerado no dito laudo tais documentos e, esclarecendo, ainda, o Dr. perito, detalhadamente, quais as adulterações, afirmando terem elas sido feitas com o objetivo de alterar os verdadeiros dizeres dos documentos, ponto de vista êsse adotado pelo perito do Juízo, Dr. Edgar Simões Correia, como se vê de fls. 451 a 454. O Dr. perito da executada deixou de responder aos quesitos da exeqüente por considerá-los pertinentes a matéria contábil, com o que êste Juízo não está de acôrdo, tendo, outrossim, os dois outros peritos respondido com segurança aos mesmos quesitos, enquadrando-os no âmbito de suas funções, pois que para elucidação do caso era imprescindível a verificação da existência de adulteração, ou não, dos documentos mencionados nos quesitos da exeqüente;

"Considerando que há prova cabal de terem sido rasurados documentos que serviram de base aos lançamentos da firma, conforme constatou o exame gráfico acima citado, prova, essa, completada com a verificação dos documentos nas firmas citadas, que declararam não terem transacionado com a firma executada, tendo sido lavrados lavrados têrmos assinados pelos representantes das mencionadas firmas e sociedades:

"Considerando, outrossim, que coincidem os depósitos na Casa Bancária Manuel C.

Carvalho & Cia. Ltda. (fls. 77-78), com as importâncias correspondentes às dos fornecimentos que teriam sido feitos por aquelas firmas, que os negaram, sendo que tais depósitos foram feitos no mesmo dia, ou poucos dias depois das datas em que escriturados ditos fornecimentos;

"Considerando que o exame da contabilidade da firma executada dependeu quase que exclusivamente da prova de existência de fraude nos documentos examinados pelos peritos grafológicos, tendo o Dr. Erimá Carneiro, perito nomeado pelo Juízo para o exame de escrita, respondendo ao 23º quesito da executada, assim se manifestado: "Quanto aos lançamentos feitos com documentos eivados de suspeita pelos peritos do Imposto de Renda, os mesmos dependem do exame gráfico para sua exclusão total ou parcial" (fls. 430), e como a falsificação ficou provada naquele exame tornou-se de menor valia o exame da escrita, pois esta foi feita com base naqueles documentos;

"Considerando que, prestando esclarecimentos, o próprio perito do Juízo, nomeado para proceder ao exame contábil, a fls. 475, declara escapar à sua competência verificar quais os lançamentos inquinados de viciados e adulterados por se tratar de assunto da competência de peritos grafológicos, verificando-se, porém, que o total dos documentos viciados e adulterados é de Cr\$ 3.239.324,64, e de Cr\$ 4.748.244.20 o valor dos lançamentos sem comprovantes, e de Cr\$ 207.990,00 o valor dos lançamentos em duplicata tudo conforme consta dos esclarecimentos prestados pelo Dr. perito do Juízo, de fls. 474 a 479;

"Considerando que, conforme acima ficou dito, a firma executada depositou na Casa Bancária Manuel C. Carvalho & Cia. Ltda., em diferentes datas, citadas nos documentos ns. 77 e 78, quantias que correspondem exatamente às constantes das faturas reconhecidas no exame gráfico como adulteradas, já que tudo prova que a firma não adquiriu as mercadorias constantes nas mencionadas faturas, depositando, em seu nome, na dita casa bancária, as importâncias, as quais não estão declaradas em seus livros, porque a intenção da firma era dar saída, a tais importâncias para subtraí-las à incidência do impôsto de renda;

"Considerando que, provada a fraude, é de todo procedente o impôsto ora em cobrança e a conseqüente aplicação da multa de 300%, dados os fatos que originaram o lançamento suplementar;

"Considerando que, além dêsses elementos decisivos como prova de ter a executada agido com fraude, requereu ela ao Sr. ministro da Fazenda, *por equidade*, os benefícios do dec.-lei nº 7.576, de 22-5-945, ou seja, autorização para recolher, imediata e integralmente, excluídas as multas, as diferenças de impôsto exigidas no presente executivo, requerimento êste que foi indeferido pelo Sr. ministro da Fazenda, sob o fundamento de que não se justifica o deferimento do pedido por equidade, nem os benefícios Concedidos pelo dec.-lei número 7.576, de 1945, uma vez provada a prática de atos dolosos na escrita comercial da requerente (documentos a fls. 59 e 64);.

"Considerando, finalmente, que, tendo em vista os elementos de prova, de ter agido a executada fraudulentamente para lesar o fisco, procedendo a lançamentos, omitindo rendimentos creditados pela Casa Bancária Manuel C. Carvalho & Cia. Ltda., lançando despesas sem a necessária comprovação, outras em duplicata, procedendo a lançamentos fictícios de débitos com comprovantes falsificados e adulterados, e, também, diante do fato de ter a executada, requerendo ao Sr. ministro da Fazenda que lhe fosse permitido efetuar imediatamente o pagamento dos impostos isentos de multa, o que importa no reconhecimento da exigibilidade do impôsto, agiu com acêrto a exeqüente procedendo à cobrança do imposto suplementar em causa, e aplicando a multa de 300%, tudo conforme as certidões de dívidas juntas de fls. 3 a 7, cuja certeza e liquidez não foram de modo algum elididas pela executada;

"Considerando o mais que dos autos consta:

"Julgo procedente o presente executivo e, em conseqüência, subsistente a penhora de fls. 12.

"Custas pela executada".

Foi, então manifestado recurso quanto ao agravo nº 847, a fls. 273, por José Augusto Nunes Salgueiro, pessoa física, onde, em longas e minuciosas razões, pleiteia a reforma daquela decisão, sustentando que a sentença fêz confusão

entre pessoa física e jurídica, o que não lhe era lícito fazer, a seu ver, atacando a aplicação da multa, que considera inconstitucional.

Como há uma preliminar que tenho de levantar, vou cingir-me, por enquanto, a essa preliminar. Se fôr rejeitada, voltarei, então, às razões do agravante, que são muito longas.

Também o Dr. procurador regional, pela União Federal, manifestou seu recurso, pleiteando reforma parcial da sentença, por isso que a mesma aplicou ao agravado a multa na base de 50%, quando, no conceito do agravante, cabível seria a multa de... 300%. A União defendeu-se das razões do agravo da pessoa física do Dr. procurador regional da República. Proferido o despacho saneador, transitou êle em julgado. Entretanto, no agravo interposto no processo movido pela Fazenda contra a firma individual José Salgueiro, foi repelida a preliminar argüida pelo procurador da República de que estava perempto o direito da executada de impugnar a cobrança fiscal, diante dos termos do § 2º do art. 181 do dec.-lei nº 5.844, de 1945, porque, aplicando-se êste dispositivo legal ao presente caso, ficaria a executada impossibilitada de discutir a legalidade da multa que lhe fôra imposta, o que viria atrofiar a natural atividade do Poder Judiciário.

A Procuradoria, inconformada, interpôs agravo no auto do processo a fls. 178, por entender que não seria lícito ao executado, desde que perempto ficaria o seu direito de defesa, opor embargos à penhora. Invocou, então pronunciamentos do egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo os quais seria pacífica a jurisprudência daquele egrégio pretório, em sentido contrário, isto é no sentido da aplicabilidade do disposto no § 2º do artigo 181 do dec.-lei nº 5.844, ao contrário do ponto de vista do Dr. juiz *a quo*. Assim, há que, preliminarmente, o Tribunal apreciar êsse agravo no auto do Processo.

Tendo a sentença proferida no executivo movido contra a pessoa jurídica José Salgueiro concluído pela procedência do executivo por considerar provada a fraude, aplicando conseqüentemente a multa de 300%, veio ela com seu recurso, a fls. 558, pleiteando a reforma da sentença agravada para que:

a) reconheça que, na conformidade da perícia e demais elementos comprovantes no processo, seja absolvido do pedido que não encontrou o menor amparo.

A União Federal contra-minutou a fôlhas 602 e a decisão foi mantida por seus fundamentos a fls. 609 v.

Em suas razões de recurso, levantou a agravante a argüição de inconstitucionalidade da multa de 300%, a fls. 577. Essa argüição fôra dirigida na sentença recorrida, sendo renovada naquelas razões de recurso.

Parece-me que, inicialmente, temos de apreciar o agravo no auto do processo, que é o recurso próprio do despacho saneador, pois, prevalecendo o ponto de vista do Dr. procurador da República que é agravante, está prejudicado todo o processado. Êste agravo é prejudicial do outro. Posteriormente terá que ser apreciada argüição da inconstitucionalidade.

É o relatório.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Nego provimento ao agravo no auto do processo, para confirmar a decisão do Dr. juiz *a quo*, por isso que frente ao preceito amplo da Constituição vigente, não é possível cercear-se o pronunciamento do Poder Judiciário sôbre, qualquer controvérsia. É norma expressa da Constituição.

A jurisprudência invocada pelo Dr. procurador diz respeito a pronunciamentos anteriores à Constituição de 1946. De modo que nego provimento ao agravo no auto do processo.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Acompanho V. Ex.<sup>a</sup>, salientando, no entanto, que o Tribunal, numa das últimas sessões, entendeu que não cabia agravo do despacho saneador proferido em executivo.

Acompanho, portanto, V. Ex.<sup>a</sup> no mérito, mas com esta observação que me parece de certa procedência, à vista da jurisprudência dêste Tribunal.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: *Data venia*, não poderia esposar êsse ponto de vista porque, desde que há despacho saneador, não há meio de impossibilitar a interposição do agravo no auto do processo, pois é o único recurso que o Código dá contra êsse despacho. Quer dizer, é delegada a apreciação da matéria ao tribunal *ad quem*, como preliminar do julgamento. O recurso, em executivo, entretanto, seguiu o rito do agravo para facilitar o privilégio da Fazenda. Na realidade porém, é apelação amplíssima, fartamente discutida e instruída. Assim, não se justificaria se recusasse esse recurso às partes.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Acompanho V. Ex.<sup>a</sup> no mérito. Fiz apenas a ressalva para casos futuros.

#### VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Em executivo fiscal, realmente, se tem entendido que não obstante a existência do chamado despacho saneador, a que alude o decreto-lei nº 960, é mister reconhecer que tôda a matéria apreciada nesse despacho, quer com caráter preliminar quer com caráter prejudicial, pode se renovada pelo recurso próprio - o de agravo - porque assim, permite o citado dec.-lei nº 960, em dispositivo que não me ocorre no momento. O fato, porém, é que existe disposição expressa, assim permitindo. Quer dizer, não há preclusão do julgado, embora a parte não manifeste qualquer recurso. Mas, em rigor, êsse recurso mesmo não existe. Devolve-se o assunto ao conhecimento da instância superior por meio do recurso normal, que é o de agravo.

Com essa ressalva, estou de acôrdo com o voto que acaba de proferir o Sr. ministro relator, para desprezar a argüição de perempção do direito de defesa.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Tenho agora uma preliminar a submeter à egrégia Turma. É a argüição de inconstitucionalidade, feita pelo

agravante da aplicação da pena de 300% de multa. Alega ele que tal multa excede ao § 31 do art. 141 da Constituição.

Assim, peço a V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. presidente, que ponha em julgamento essa preliminar.

Meu voto é propondo a remessa do processado ao egrégio Tribunal Pleno, por isso que, feita a argüição de inconstitucionalidade, não é possível à Turma apreciar essa matéria. Está expresso no Regimento que deve ficar sobrestado o julgamento até que o Tribunal Pleno se manifeste.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: desprezada, unânimemente, a argüição de preempção do direito de defesa oposto pelo executado, ainda, por igual votação, decidiu a Turma devolver o processo ao conhecimento do Tribunal Pleno, por haver matéria constitucional a ser apreciada.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

\*

### **PESSOA JURÍDICA - MANDATO - MORTE DO ADMINISTRADOR - EXECUTIVO FISCAL - QUITAÇÃO - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - COBRANÇA INDEVIDA - RESPONSABILIDADE CIVIL**

**- A morte do administrador da pessoa jurídica não extingue o mandato por êle conferido.**

**- Improcede o executivo fiscal baseado em dívida já cobrada ao contribuinte e por êle paga, muito embora do produto se aproprie indèbitamente o encarregado do recebimento.**

**- Não se aplica em executivo fiscal o art. 1.531 do Cód. Civil.**

Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários *versus* Evângelo Vavas

Ag. nº 1.300 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do Agravo de petição nº 1.300, do Estado de Mato Grosso, agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários e agravado Evângelo Vavas:

Acorda a 2ª Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, unanimemente, dar provimento em parte ao agravo, nos têrmos contidos nas notas taquigráficas anexas e conforme resultado resumido às fls. 52.

Tribunal Federal de Recursos, 6 de dezembro de 1951. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, delegacia ou agência em Campo Grande, do Estado de Mato Grosso. executou Evângelo Vavas para a cobrança de Cr\$ 5.318,10 neste processo e também a de Cr\$ 2.043,90 no processo em apenso: contribuições em atraso, devidas pelo executado, nos têrmos dos certificados juntos aos respectivos autos. Afora questão do processo, decidida em despacho saneador, o acionado se defendeu alegando achar-se quitado pela dívida cobrada: trouxe-a a agente autorizado daquele Instituto, ou funcionário dêste (Alfredo Alves de Oliveira), como provava, pouco importando que tal servidor mistificasse ao exeqüente, como burlou a boa-fé de industriários, ora recolhendo ou não recolhendo as importâncias cobradas. Pediu também o executado que o exeqüente fôsse condenado nas penas do art. 1.531 do Cód. Civil.

O Dr. juiz *a quo* atendeu ao executado por completo, isto é, o aliviou da penhora, que julgou insubsistente, deu as ações como improcedentes e condenou o exeqüente a pagar o dôbro da importância que cobrou em má-fé (fls. 21 e 22). E assim fundamentou sua decisão:

"Atendendo a que, nestes autos, foram cumpridas as formalidades previstas em lei;

"Atendendo a que as certidões de dívida de fls. e fls. tão líquidas e certas, constituindo, ou melhor, ensejando a presente execução fiscal;

"Atendendo a que a matéria inicial dos embargos, quanto à representação do exeqüente, foi resolvida no despacho saneador (fls. 14 e 14 v.), do qual não houve recurso:

"Atendendo a que resta decidir apenas o *mérito da causa*, isto é, saber-se se o executado deve ou não a quantia pela qual está sendo acionado na Justiça;

"Atendendo a que o exeqüente cobra Cr\$ 5.318,10 nestes autos e mais Cr\$ 2.043,90, perfazendo o total de Cr\$ 7.362,00, inclusive os juros moratórios, tudo correspondente a contribuições dos meses de fevereiro, março e junho a dezembro, tudo de 1948;

"Atendendo a que, pelo documento de fls. 12, se verifica que o executado Evângelo Vavas pagou a quantia de Cr\$ 8.120,70, correspondente às contribuições dos meses referidos, pagamento efetuado a Alfredo Alves de Oliveira, então fiscal do Instituto exeqüente o qual fiscal emitiu o recibo provisório de fls. 12;

"Atendendo a que dito fiscal, usando de sua autoridade, conseguiu ilaquear a boa-fé, não só do executado como de muitos outros comerciantes desta praça, que são contribuintes do exeqüente, procedendo àquelas cobranças e se apropriando do dinheiro entregue;

"Atendendo a que dito funcionário, de alta categoria, emitia, recibos provisórios, para depois entregar recibos definitivos, sendo certo que aquêles eram emitidos em papel timbrado do próprio Instituto exeqüente, o que não denotava nenhuma suspeita aos industriários locais, de que não recolhia as quantias que lhe eram entregues à agência nesta cidade;

"Atendendo a que, segundo a prova dos autos, alguns comerciantes efetuaram o pagamento reclamado pelo então fiscal Alfredo Alves de Oliveira, que

prometeu entregar o recibo competente, o definitivo, e o fêz posteriormente, como declara a testemunha Artur Martins de Barros, que esclarece mais que em outras oportunidades o fiscal em causa recolheu ao Instituto exeqüente as quantias recebidas e entregou os recibos definitivos expedidos pela agência desta cidade;

"Atendendo a que, dessa forma, está demonstrado que o exeqüente tinha conhecimento da irregularidade que vinha sendo praticada pelo fiscal e com ela condescendia e mesmo sancionava, expedindo os recibos definitivos;

"Atendendo a que não se pode negar que a firma executada foi ilaqueada em sua boa-fé, não sendo justo que venha, agora, a sofrer uma execução para pagar o que já pagou, não tendo culpa alguma em ter sido relapso o fiscal do exeqüente, que se apoderou do dinheiro do exeqüente;

"Atendendo a que não merece sanção a alegação do exeqüente quando afirma que aquêle seu fiscal não estava autorizado a receber as quantias devidas, pois êle as recolheu algumas à agência local:

"Atendendo a que a prova dos autos e suficientemente clara para se constatar a boa-fé com que agiu a firma executada, que pagando, como pagou, estava certa que vâlidamente efetuava o pagamento das dívidas cobradas;

"Atendendo a que o procedimento do exeqüente não pode ter o beneplácito da Justiça, cobrando uma dívida já paga, e, dessa forma, entendo ser aplicável o artigo 1.531 do Cód. Civil, sendo exato que o recibo de fls. 12 prova que a executada pagou quantia superior à que lhe está sendo exigida nos processos em causa, isto é, neste e no que se acha em apenso;

"Atendendo a que, pelas razões expostas, a executada nenhuma culpa teve na espécie, pois pagou em boa-fé, estando foragido o fiscal do exeqüente;

"Atendendo ao mais que dos autos consta:

"Julgo procedentes os embargos oferecidos pelo executado Evângelo Vavas, desta cidade, considerando improcedentes as cobranças ora efetivadas nestes autos e no apenso, e, em consequência, insubsistentes as penhoras de fls. e fls.,

condeno o exeqüente a pagar ao embargante o dôbro da quantia ilegalmente exigida e mais as custas processuais e honorários de advogado, à razão de 10% sôbre o valor das ações.

"P. R. I.

"Campo Grande, 17 de junho de 1950. - *Flávio Varejão Congro*, juiz de direito da 1ª Vara".

Agravando, o exeqüente produziu as razões de fls. 27-28, rebatidas pelo agravado (fls. 31-34). O magistrado sentenciante manteve sua sentença (fls. 35). E o Exmo. Sr. Dr. subprocurador geral da República pediu a atenção dêste Juízo *ad quem* para as razões do recorrente (fls. 45). Nada se inovou após a sentença recorrida como fundamentação de mais porte; todavia, resumirei em mesa os trabalhos ao alto aludidos.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Sabidamente, a um caso como o aqui focalizado se aplica o dec.-lei nº 960, de 1938.

As questões processuais decididas no despacho saneador foram dirimidas juridicamente, isto é, com acerto. Quanto ao procurador do exeqüente, não importa que o representante administrativo do mandante tenha falecido: mandante é o Instituto e não seu representante. Persistiu o mandato, desde que o mandante, pessoa jurídica diversa da de administrador seu, não cancelou o mandato antes outorgado a mandatário. E quanto à acumulação de processos, para julgamento conjunto, tudo correto: devedor único, dívidas conexas, litigadas por um mesmo credor, os pedidos até se cumulariam num só processo, conforme regra consignada no art. 5º do decreto-lei citado. Não há, pois, razão para qualquer ataque à função dos dois processos e julgamento conjunto. As alegações em contrário, fundadas em outra lei, especificamente impertinentes, se apresentam especiosas e sem fomento de justiça.

Aliás, assim pondero porque de despacho saneador, proferido em executivo fiscal, não cabe agravo no auto do processo, ou recurso outro estranho ao dec.-lei nº 960 em caso. O art. 49 dêste instrumento assim mostra sem equívoco, visto o que ali está previsto ou prevenido. E isso mesmo já terra acentuado jurisprudência dêste Tribunal.

Assim, nos pontos versados, dá-se completa razão ao Dr. juiz sentenciante ao decidir, como decidiu, no despacho saneador, e também quanto ao julgamento conjunto dos dois processos; é como voto, preliminarmente.

*De meritis*, a sentença recorrida está substancialmente em condições de ser mantida.

É inequívoca a prova de que o executado pagou as dívidas ajuizadas. Pagou a funcionário do exeqüente, dêle recebendo quitação regular. Tal funcionário ludibriou ao Instituto, não recolhendo aos cofres dêste as importâncias recebidas do executado. O devedor nada tem a ver com êsse ato traquibernioso de Alfredo Alves de Oliveira e o exeqüente não pôde estabelecer que o devedor quitado soubesse de irregularidade ou crime daquele Oliveira, muito menos, pois, de que com êle se tivesse acumpliciado para prejudicar ao Instituto. Oliveira era credenciado para cobrar administrativamente o que cobrou. O pagamento, pois, foi feito à autarquia mesmo, que, assim, não pode responsabilizar, patrimonialmente, ao exeqüente pelos atos ou fatos de seu próprio funcionário, ora foragido.

Portanto, credor quitante era o Instituto e não aquele servidor. O pagamento feito a êste o foi em evidente boa-fé. E nem sequer, visto o acentuado (não ser Oliveira o credor mesmo), se recairia em caso de credor putativo no sentido técnico. Representante não é credor: se a representação é certa, o representado fica obrigado pelo ato do representante.

Assim, por êsse lado, confirmo a sentença recorrida.

Tudo isso, porém, ao que conste, só se elucidou após debates e provas neste procedimento. Vale dizer: o exeqüente não pôde estabelecer com segurança, ou por meio de prova inequívoca, que o Instituto soubesse, antes, que Oliveira, seu fiscal, já recebera, pela autarquia e para a autarquia, as importâncias cobradas.

Para o Instituto a dívida continuou em aberto, dando lugar à inscrição da mesma e à extração dos certificados, que instruírem o executivo. Por presunção legal condicional, a dívida em aberto era líquida e certa, nem há prova em contrário e inequívoca quanto ao ponto, conforme a lei o exige.

Somando tudo, não é certo que o Instituto, cobrando o que estava pago, tivesse procedido maliciosamente. Neste caso, e como é interpretação judiciária do Direito, não se aplica escorreitamente, na espécie, a regra do art. 1.531 do Cód. Civil.

Por outro lado, é duvidoso que em executivo fiscal caiba o debate ou o pedido como o debatido. É que não se trata dum quase-delito ou delito processual. E ainda: o pedido de pena, se não é matéria de reconvenção no sentido rigoroso, é, quando nada, um pedido reconvenicional, mas participa da índole do *jus reconveniendi* e, assim, por paridade, não se admite nas ações executivas, como é de direito geral para repelir a demanda do exequente ou autor, o executado ou réu não assemelharia em tudo, por motivos óbvios, os embargos a uma contestação ordinária: o "*soit en se défendant*", que certo escritor famoso lançou sobre esse ponto, RENÉ MOREL, combinado com observação de ORTOLAN, nem sempre se coaduna com o "*soit en poursuivant autrui*", de índole diversa e obediente a meios e formas, e fórmulas, adequadas.

Meu voto, pois, é excluindo a condenação no ligado, *in casu*, à pena civil imposta com base no art. 1.531 aludido.

Conseqüentemente, dou provimento, em parte, ao agravo do agravante: o recorrido não deve a importância cobrada, o recorrente não lhe deve o pagamento da pena civil a que me refiro.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento, em parte, ao recurso para excluir a, condenação na pena do art. 1.531 do Cód. Civil. Decisão unânime. Os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e ALFREDO BERNARDES acompanharam o voto do Sr. ministro relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

\*

## FUNCIONÁRIO PÚBLICO - REINTEGRAÇÃO - READMISSÃO

**- A reintegração pode deixar de envolver pagamento de atrasados, quando estabelecido em lei que exclua êsse direito.**

União Federal *versus* Pedro Mandovano

Ap. nº 1.012 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

### ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos desprezar os embargos, contra o voto do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pela embargante.

Tribunal Federal de Recursos, 9 de junho de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: O embargante, hoje, representado por seu espólio, fôra demitido em 31 de outubro de 1930 pela Junta Governativa, que se estabelecera no país, em substituição ao govêrno do Sr. WASHINGTON LUÍS e pouco tempo depois resignava às mãos do Sr. GETÚLIO VARGAS.

Com pareceres favoráveis de comissões competentes, ajuizou esta causa apoiado no art. 30 das Disposições Transitórias da Constituição de 1946, obteve afinal em primeira instância reintegração com tôdas as vantagens e vencimentos a partir da citação.

A fls. 30, em embargos de declaração, disse o juiz que as promoções que lhe coubessem desde o afastamento estavam implícitas no julgado.

A egrégia 2ª Turma manteve a sentença, contra o voto do ministro MACEDO LUDOLF, que concedia o aproveitamento puro e simples.

Embargou a União, pleiteando a exclusão das promoções desde o afastamento e os vencimentos da propositura da ação, repelindo, em uma palavra, a reintegração, porque em seu entender deve haver apenas readmissão na função que então exercia o embargado, ou seu reaproveitamento.

Os embargos foram impugnados. Mais tarde foi deferida uma habilitação de herdeiros e é o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Desprezo os embargos. O art. 30 das Disposições Transitórias estabelece: (*lê*).

Não fala, nem em reintegração, nem em readmissão; deixa, pura e simplesmente, ao Judiciário examinar e decidir que direitos devem ser reconhecidos ao postulante. Se o Tribunal entender que deve ser reintegrado, ordenará a reintegração; se fôr o caso de readmissão, mandará fazê-la; se não houver direito algum a ser reconhecido, indeferirá.

Três condições estabeleceu o constituinte: a instrução do processo com a prova de ter obtido parecer favorável da Comissão Revigora; limitação: exclusão de vencimentos atrasados.

Admitiu a 2ª Turma a reintegração tom as promoções que lhe coubessem, caso se na função estivera. Não decidiu contra o texto constitucional, porque a concessão de tal vantagem não foi vedada. Infringiria se mandasse pagar os vencimentos correspondentes desde a data das eventuais promoções. Mas não o fêz; os vencimentos serão pagos a partir da citação e correspondentes ao cargo em que então devia encontrar-se. Foi o reconhecimento integral do direito que assiste ao embargado, dentro dos limites constitucionais do art. 30 citado.

Quanto aos vencimentos a partir da citação, ainda aí bem decidiu o julgado. Sòmente em tal momento foi a União inequívocamente convocada a reconhecer o direito da postulante, e não tendo providenciado, deixou patente a recusa de sua parte no cumprimento do disposto pelo legislador constituinte.

Desprezo os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHOS (revisor): Os embargos cogitam de divergência mínima entre julgados no acórdão embargado. O douto magistrado a quo reconheceu ao ora falecido autor, direitos que, lhe cabiam, menos no tocante a vencimentos em atraso. E assim o confirmou a maioria da 2ª Turma ao apoiar meu voto de relator da apelação. Mas o provector Sr. ministro LUDOLF, que estêve com a Turma, procurou acentuar que o caso comportava distinguir entre reintegração e readmissão. Ficou estabelecido que, combinados os arts. 18 das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1934 e 30 do Ato equivalente na de 1946, a conclusão do direito era a que acentuei em meu esclarecimento de voto: "A Constituição nova quis dar fuit uma verdadeira reintegração cancelando, porém, um dos seus efeitos básicos, que é o pagamento de vencimentos atrasados (fôlhas 71)". E isso me parece correto, hoje como ao tempo em que votei anteriormente em 1948. Correto e mesmo em harmonia fundamental com a doutrina e o direito administrativo positivo dêste país. A propósito da matéria é bem elucidativa a síntese brilhantemente escrita na exposição de motivos com que o D. A. S. P. em 8 de dezembro de 1938, encaminhou o anteprojeto do Estatuto dos Funcionários Públicos, mais tarde lei.

Rejeito os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Também estou de acôrdo. A Constituição possibilita a reintegração, mas abre uma exceção quanto ao conceito generalizado dessa expressão, pois que, desde logo, exclui o pagamento de vencimentos atrasados.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria, foram desprezados os embargos, contra o voto do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

\*

## DÍVIDA FISCAL - AÇÃO ANULATÓRIA

**- A ação anulatória do débito fiscal deve ser proposta dentro de 30 dias, a contar da decisão administrativa; é medida inócua o depósito judicial quando existe caução prestada para o efeito do recurso administrativo.**

Mineração da Trindade S. A. *versus* Fazenda Nacional

Ag. nº 806 - Relator: MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 806, de Minas Gerais, em que é agravante a Mineração da Trindade S. A. e agravada a Fazenda Nacional:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em 2ª Turma, julgadora, por votação unânime, negar provimento ao apêlo, de conformidade com as nulas taquigráficas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 11 de agosto de 1950. - *Henrique d'Ávila*, presidente e relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: A ora agravante requereu ao Juízo dos Feitos da Fazenda Pública de Belo Horizonte, a 11 de janeiro do corrente

ano, como medida preventiva e preparatória da respectiva ação anulatória de débito fiscal, com assento no art. 689 do Cód. de Proc. Civil, o depósito em dinheiro da quantia de Cr\$ 339.698,00. A medida preventiva propugnada veio a ser deferida liminarmente, como se vê do ofício constante dos autos por cópia a fls. 12: (*lê*).

Citada, regularmente, a seguir, insurgiu-se a Fazenda Nacional contra o pedido, por entendê-lo descabido e indisfarçavelmente protelatório.

E o MM. julgador *a quo* sentenciou, afinal, de fls. 25 a 26 v., repudiando-o nos seguintes termos:

"Alega a autora haver sido condenada a pagar multa por infração da lei do sêlo aud (*sic*), "Diário Oficial" de 7 de dezembro de 1949. Intimou-a a pagá-la, em 30 dias, o coletor federal de Sabará. Inconformada, recorre ao Judiciário, para anular a decisão fiscal que lhe impôs, para o que teria 30 dias, após o depósito. Procurando pagar a multa naquela Coletoria a 10 de janeiro (último dia do prazo), foi surpreendida com a informação da remessa do processo para esta Capital; para poder recorrer administrativamente, caucionou, confiança, nos cofres da Delegacia Fiscal, obrigações de guerra. Pretende a Delegacia Fiscal converter em renda a caução, liquidando por venda, na Bôlsa de Valores, os aludidos títulos. Na data de 11-1-50, tentou, ante o Sr. delegado fiscal, recolher a uma Coletoria Federal desta Capital a importância da multa como depósito, para recorrer no Judiciário, sendo desatendida, pois os títulos depositados seriam liquidados para transformar o seu produto em renda da União. Ferido frontalmente o seu direito, nos termos do art. 689 do Cód. de Proc. Civil, pediu depósito da importância (judicial) e também se comunicasse o ocorrido ao delegado fiscal do Tesouro Nacional, neste Estado, "para que êste suspendesse a sua decisão de transformar a caução em renda". Conclui apregoando preventiva a medida. A suspensão determinou-se por ofício. Aduz a Fazenda Nacional ter havido caução pela autora, mas está esta definitivamente condenada ao pagamento daquela quantia, que a caução garante desprovido o recurso legal que tinha. O prazo para propor-se ação anulatória do débito da autora já fluiu, decaindo ela da respectiva ação, saindo-se à Fazenda Nacional alienar os títulos caucionados. Inócua e desnecessário é o depósito, por lá decadente a autora do direito à ação anulatória; quer revogação do despacho que ordenou a suspensão da alienação administrativa dos títulos caucionados".

A fls. 21 a autora diz que o depósito é preparatório da ação. Quer indeferido o pedido da Fazenda, apensando-se os autos dêste processo aos da ação principal (*sic*). Decido:

"I. Considerando que a autora quer fazer um "depósito judicial", nos termos do art. 689 do Cód. de Proc. Civil, como medida preventiva (*sic*), de importância que o delegado fiscal não quis receber;

"II. Considerando que, nos dizeres próprios da autora, tal depósito visa suspender a decisão da Delegacia Fiscal de transformar a Caução em renda;

"III. Considerando que o depósito considerado no art. 689 do Cód. de Proc. Civil, não é de confundir-se com o depósito feito em processo de consignação em pagamento (art. 314 do Cód. de Proc. Civil), nem com a ação de depósito (art. 360 do Cód. de Proc. Civil);

"IV. Considerando que a autora quer depositar para pagar multa;

"V. Considerando chie tal multa já fôra por êle caucionada, como fiança, com títulos ;

"VI. Considerando que é evidente o intuito da autora em empecer (*sic*) a marcha de um processo administrativo fiscal, ajuizada esta ação que batizou de depósito judicial - medida preventiva no empedimento, pretendendo acumpliciar o Judiciário;

"VII. Considerando que os pedidos, em juízo, devem ser certos e determinados, e a autora quer depositar dinheiro porque a Delegacia Fiscal não quer receber, e, também, para que a caução não se transforme em renda. (*sic*);

"VIII. Considerando que para hipótese de negativa de recebimento a ação adequada é a de consignação (art. 973, I, do Cód. Civil) mesmo com relação à possibilidade de litígio sôbre o objeto do pagamento (art. 973, V, do Cód. Civil):

"IX. Considerando que a autora escolheu a ação de depósito judicial citando o art. 689 do Cód. de Proc. Civil, mas esta pode enquadrar-se à sua situação, pois

ela autora quer é depositar porque o réu não quis receber e quer também empecer a marcha legal de um processo administrativo;

"X. Considerando que o que quer a autora é "amarrar por malícia ou erro grosseiro" (art. 688, parág. único, do Cód. de Proc. Civil), o processo fiscal aludido;

"XI. Considerando que, se a autora já caucionou como fiança a dívida ventilada, só como capricho ou fins protelatórios pode interpretar-se o requerimento dêste depósito judicial;

"XII. Considerando que a autora não provou os requisitos necessários à ação de depósito judicial;

"XIII. Considerando que também não provou os requisitos necessários á consignação judicial (art. 314 do Cód. de Processo Civil);

"XIV. Considerando que o que visou a autora propondo esta ação foi paralisar o processo fiscal administrativo, "obtendo fim proibido por lei" (art. 115 do Cód. de Proc. Civil), competindo a êste Juízo obstar a tal objetivo;

"XV. Considerando que são coisas diversas, ação de consignação em pagamento (art. 314 do Cód. de Proc. Civil), de depósito (art. 336 do Cód. de Proc. Civil) e depósito preparatório da ação (art. 689 do Cód. de Proc. Civil), não se enquadrando as circunstâncias relatadas na inicial e o agir da autora, plenamente, em nenhuma daquelas ações, não tendo a autora trilhado a via ordinária (art. 115, parág. único, do Cód. de Proc. Civil), pelo contrário, atendo-se apenas, aos requisitos que lhe convêm, daquelas ações, sendo assim incerto e indeterminado o seu pedido";

"XVI. Considerando que, assim, nulo é o processo, insupríveis e irrepetíveis as nulidades;

"XVII. Considerando que, se nulo não fôra o processo não tendo a autora provado ter proposto esta ação dentro de 30 dias, contados da data do recolhimento da multa, a importância respectiva converteu-se em renda ordinária (art. 1º do dec.-lei nº 42, de 6 de dezembro de 1937);

"XVIII. Considerando que, não fôra de anular-se o processo, seria de revogar-se a medida preventiva (art. 689 do Cód. de Proc. Civil), em qualquer hipótese restituídas as partes à situação anterior" (artigo 158 do Cód. de Proc. Civil);

"XIX. Considerando o mais dos autos, anulo todo o processo, revogo o despacho referido pela inobservância do rito próprio e, também porque a mira da autora é meridianamente, empecer a ação administrativa fiscal (art. 115 do Cód. de Proc. Civil), condenando-a ao pagamento das custas, em triplo, para cujo cálculo remetem-se os autos ao contador. P.

"Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 1950. - *Afonso Henrique Azevedo*".

A requerente, inconformada, agravou do instrumento, com assento no art. 842, inciso III, do Cód. de Proc. Civil. E aduz, em prol da reforma do julgado, as considerações constantes de sua minuta (fls. 2 a 4): (*lê*). O recurso foi longamente contra-minutado pelo ilustrado Dr. MARCELO SILVIANO BRANDÃO, digno procurador da República em Minas Gerais (fls. 28 a 35): (*lê*).

O despacho agravado foi mantido. E, nesta superior instância, o Dr. subprocurador geral da República, reportando-se aos fundamentos arrolados, não só na decisão agravada, como na contra-minuta, pronuncia-se pelo não provimento do apêlo.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): A Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira S. A. e a ora agravante foram conjuntamente multadas pelo risco por insuficiência de selagem em contrato de fornecimento de minério por ambas avençado. A primeira conformou-se, desde logo, com a penalidade, que lhe foi imposta, recolhendo a importância da multa aos cofres federais. A Mineração Trindade S. A., ora agravante, porém, no uso de incontestável direito, recorreu da imposição fiscal para o 1º Conselho de Contribuintes, depositando, como é

óbvio, administrativamente, em obrigações de guerra, a quantia de Cr\$ 535.000,00, para garantia, como exige a lei, do pagamento da obrigação.

Vencida definitivamente na instância administrativa, restava à ora agravante a via judiciária perante a qual devia ingressar com a competente ação anulatória do débito fiscal, dentro de 30 dias, a partir do trânsito em julgado da decisão administrativa, nos precisos termos do art. 1º do dec.-lei nº 42, de 1937. A agravante, porém, permaneceu inerte, deixando escoar o prazo para a propositura da ação, já aparelhada devidamente com caução idônea, asseguradora do pagamento do débito fiscal. E por fim, com o objetivo de reparar o erro de fato e de direito em que incorrera, promoveu, judicialmente, um novo e desnecessário depósito, à guisa de meio preparatório à propositura da ação. Caso viesse a ser bem sucedida conseguiria, por via oblíqua, que se lhe devolvesse o prazo já extinto. O MM. julgador *a quo*, repelindo essa estranha pretensão, obrou com inegável acêrto. Mantenho, por isso, a decisão agravada, negando provimento ao recurso.

É o meu voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: Sr. presidente, minha dúvida prende-se aos efeitos da citação válida, porque a citação válida interrompe o prazo prescricional. É dispositivo do Código. A citação de que se trata foi válida?

V. Ex.<sup>a</sup> está vendo, pelo enunciado de meu voto, que a minha dúvida está na seguinte tese: houve ou não houve interrupção do prazo prescricional? O respectivo prazo era de trinta dias.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: O prazo de trinta dias é para a propositura da ação.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: Se êle tivesse requerido a citação fora dos trinta dias, bem. Mas, segundo estou apreendendo, requereu dentro dos trinta dias.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Requereu o depósito. Não propôs a ação.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Quanto à não propositura, está certo. Mas, pergunto o seguinte: a citação válida, que foi feita no último dia, interrompeu, ou não, o prazo de trinta dias? Êsses trinta dias são contados, ou não, a partir da citação?

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: A União não foi citada pela propositura da ação. Foi citada para consentir no depósito, que já era operação feita, administrativamente.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Um dos meios de interromper prescrição, pelo nosso Código, é a citação válida. O ministro ALFREDO BERNARDES, entretanto, aliás apoiado em V. Ex.<sup>a</sup>, alegou que isso só se poderia verificar com a sentença, afinal, da consignação que viesse a ser dada no respectivo processo de consignação. Mas insisto: por êsse próprio argumento, V. Ex.<sup>a</sup> há de ver que, como a sentença interrompe a prescrição, a citação válida também a interrompe.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Não está em causa, propriamente, saber se resta à parte direito a propositura da ação.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: Se estivesse esgotado, *tollitur quaestio*. Mas V. Ex.<sup>a</sup>. afirmou que foi feita essa citação dentro dos trinta dias.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: O que está em causa é saber se é procedente esse novo depósito.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: E o segundo depósito?

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: É o segundo, havendo já uma caução administrativa.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: A parte fez tudo para demonstrar a sua intenção de segurar o juízo. Depositou duas vezes. Depositou bônus de guerra e depois, dinheiro.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Mas pretendeu, justamente, fazer êsse segundo depósito para forrar-se a uma possível decadência de seu direito de propor a ação, porque já haviam escoado os trinta dias a partir da decisão definitiva do Conselho de Contribuintes.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Expus, no releu voto, aliás acompanhando o Sr. ministro relator, que as medidas preventivas não interrompem prazo prescricional. De modo que êsse depósito preparatório de ação, conforme V. Ex.<sup>a</sup>. salientou, só interromperia o prazo prescricional na data da propositura da ação. Foi feito depósito preparatório. A lei fixa prazo dentro no qual a ação deve ser proposta. Êsse depósito prévio é uma preliminar da ação a propor. Portanto, entendo que aquêle prazo que estava correndo e dentro no qual, no último dia, se fêz o depósito preparatório de ação, não se interrompeu. Êsse depósito não interrompeu o prazo prescricional de 30 dias de que trata o dec.-lei n<sup>o</sup> 42.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: Mas para propor a ação era necessário o depósito?

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Não era necessário, porque já existia.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Para ganhar prazo, porque havia perdido o anterior, usou uma medida inteiramente inócua SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Foi nesses têrmos que o juiz colocou a questão.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Encontro solução, de fato, para acompanhar a Turma, *data venia*, não pelo mesmo argumento: é que a citação para a consignação, requerida que foi no último dia do prazo, no trigésimo dia, só poderia ter sido feita posteriormente e, se foi feita posteriormente, não tem fôrça para interromper a prescrição. Por êsse fundamento, acompanho-os. A citação para ciência da consignação em juízo, ou depósito, como queiram classificar, foi feita fora dos 30 dias.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: V. Ex<sup>a</sup> quer atentar para uma circunstância? O depósito que a parte pretendeu fazer em juízo era inteiramente inócuo, desnecessário, porque o art. 1º do dec.-lei nº 42, de 1937, está assim redigido:

"As importâncias recolhidas aos cofres das repartições arrecadoras do país, para liquidação de débitos decorrentes de processos fiscais, serão escrituradas como depósito, que somente se converterá em renda ordinária se, decorridos 30 dias, contados da data do recolhimento, não provaram os interessados haver iniciado, em juízo, ação para anular o processo fiscal respectivo".

Ao invés de provar, dentro dos 30 dias, que havia proposto a ação, entrou com um pedido extravagante de depósito judicial, com nova garantia para propositura da ação.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: V. Ex<sup>a</sup> me perdoe, pois é justamente diante desse dispositivo que estou encontrando alicerce para meu pronunciamento. O agravante entrou com uma citação. É, ou não, uma ação? Tem ou não tem força? A citação é válida ou não é? É. Está me parecendo que ele, não obstante tudo isso, não tem razão, porque essa citação para o depósito ele a fez depois dos 30 dias. Aí, não podia mais. O caso é mais de interrupção de prescrição (art. 166, nº V, do Cód. de Processo Civil) e também de citação válida que, consoante o art. 172, nº I, do nosso Cód. Civil, é meio legal de interromper prescrição, ainda que ordenada por juiz incompetente. Entretanto, essa modalidade interruptiva está subordinada ao fato de ser requerida dentro do prazo e, no caso como foi advertido agora, foi feita a citação fora do prazo.

Por tal fundamento, acompanho a Turma.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento ao recurso, por unanimidade de votos. Funcionaram como vogais os Srs. ministros ALFREDO BERNARDES e CÂNDIDO LÔBO.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

\*

## MULTA - APTO DE INFRAÇÃO - DISPENSA DE TESTEMUNHAS

**- Não precisa de ser assinado por testemunhas, para produzir efeitos, o auto de infração lacrado por fiscal do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários.**

I.A.P.C. *versus* Irmãos Bucci

Ag. n° 903 - Relator: MINISTRO SAMPAIO COSTA

### ACÓRDÃO

Vistos. relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n° 903, de São Paulo, em que é agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários e agravados Irmãos Bucci:

Acordam os ministros componentes da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos em conhecer do recurso, por maioria de votos, e, no mérito pela mesma votação, dar-lhe provimento, para que o juiz *a quo* julgue o mérito com as provas constantes dos autos.

Custas na forma da lei.

Tribunal Federal de Recursos, 23 de maio de 1950. - *Afrânio Antônio da Costa*, presidente: *Sampaio Costa*, relator para o acórdão.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Trata-se do seguinte: a firma Irmãos Bucci, situada em Orlandia, Estado de São Paulo, foi autuada pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, sendo imposta a multa de Cr\$ 1.000,00 por ter-se recusado a apresentar documentos à fiscalização daquela entidade.

Feita a penhora, a firma Irmãos Bucci embargou, dizendo:

"que a firma, antes de mais nada, não tem, nunca teve nem terá, por sistema, dado demonstrações de recusar qualquer fiscalização, reputando o ato de infração não ser honesto nem sincero ou mesmo capcioso" (fls. 7).

Nisso se funda a defesa da citada firma. Alega, ainda, que o auto de infração foi lavrado sem testemunhas e remetido no dia imediato pelo Correio.

O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, ouvido a respeito pelo Dr. juiz, declarou que a lei lhe facultava fazer a remessa do auto de flagrante no mesmo dia, ou no dia imediato; que não havia obrigação de fazer esse auto na presença de testemunhas, porque a lei a isso não se refere, e que no caso seria impossível, visto todas as vêzes em que o fiscal lá comparecera (e o fêz várias vezes) não encontrar empregado algum no estabelecimento.

Há uma preliminar. O Dr. juiz proferiu sentença, julgando improcedente o executivo, da seguinte forma:

"O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários cobra de Irmãos Bucci, estabelecidos nesta cidade de Orlândia, com loja de ferragens e louças, por meio da presente ação executiva, a importância de Cr\$ 1.000,00, além de juros de mora e custas, provenientes de multa imposta por infração do art. 215 do dec.-lei nº 5.493, de 9 de abril de 1940, visto como se teria recusado a executada, por diversas vêzes, a apresentar documentos à fiscalização do Instituto segundo tudo consta da certidão de dívidas, a fls. 3.

"2. Citada a ré e não pago o débito, realizou-se a penhora de que dá notícia o auto de fls. 6, sendo, então, tempestivamente oferecidos os embargos de fls. 7, nos quais se alega que a embargante jamais se recusou a exhibir documentos à fiscalização, sendo menos verdadeiro e inoperante o auto de infração, a que se reporta a certidão do débito, porque lavrado sem as formalidades necessárias, razão pela qual pedia a juntada, a este processo, de certidão do mencionado auto, a fim de que se possibilitasse a audiência das testemunhas que o houvessem subscrito.

"Impugnados embargos, determinou o juiz, no despacho saneador, a juntada, de certidão do referido auto, o que foi feito a fls. 16, realizando-se a audiência de

instrução e julgamento, na qual, tomado o depoimento pessoal da embargante, foi a causa arazoada, não estando realizada a perícia pela qual protestara a embargante porque, intimada esta a esclarecer seu pedido, em 48 horas, nada alegou nesse prazo (fls. 11-11 v.).

"3. Sustenta o Instituto a validade do auto, porque lavrado na conformidade do art. 180 do regulamento, que não exige, para a perfeição do ato, nem a assinatura do infrator, nem a presença de testemunhas e nem mesmo que a autuação ocorra no próprio lugar da infração (fls. 19-19 v.).

"A embargante, porém, arrimada à certidão de fls. 16, impugna, com citação de jurisprudência, a validade do auto lavrado sem aquelas formalidades, concluindo que, nulo o auto, nulo o executivo que nêle se apóia (fls. 19 v.-20 v.).

"4. Êste o relatório, passando o Juízo à decisão.

"Tenho para mim que a razão está com a embargante.

"É certo que o art. 180 do dec.-lei número 5.493, de 9 de abril de 1940, não exige, expressamente, as formalidades a que a embargante se refere, dizendo, mesmo, que o auto será assinado pelo infrator, se possível, bem como permitindo que uma das vias daquele instrumento lhe seja enviada dentro de 48 horas.

"Daí conclui o Instituto que não há necessidade da assinatura do infrator e que pode o auto ser lavrado fora do lugar em que foi constatada a infração.

"Não me parece acertada a conclusão.

"Se a lei, ou melhor, o regulamento, não especificou todas as formalidades do auto, foi menos por entender dispensá-las do que por achá-las subentendidas na conformidade da praxe sempre observada.

"Tanto que, expressamente, aludiu a dispensa de assinatura do infrator quando não fosse possível colhê-la. Ora, se tal assinatura fôsse sempre dispensável, não era preciso que a lei mencionasse o caso.

"Assim, a conclusão que se impõe é a de que o auto deve sempre ser lavrado com as formalidades que outras leis e a vetusta prática sempre mandavam observar.

"Aliás, do próprio regulamento, pelo confronto dos arts. 179 e 180, se vê que, para certas infrações, dispensa ele o auto, por que podem ser constatadas por outro modo, a que o art. 179 faz referência. Naqueles casos, porém, em que há necessidade do auto, deve êste ser lavrado no local da infração e subscrito por duas testemunhas dispensando-se a assinatura do infrator, quando não queira, assinar, porque só dêsse modo se pode ter como provada a violação da lei pelo autuado.

"Do contrário, nenhuma necessidade haveria do próprio auto, bastando uma simples informação do funcionário encarregado da fiscalização.

"A embargante nega a infração e entre a negativa sua e a afirmativa só do fiscal nenhuma razão existe para se preferir uma a outra.

"Por isso tem sempre a jurisprudência entendido que nulos são os autos quando não obedecem aquelas formalidades, como se vê dos acórdãos citados, pela embargante, principalmente do que vem na "Rev. dos Tribunais", vol. 141, pág. 287, no qual se solucionou hipótese análoga à dêstes autos.

"Ora, da certidão de fls. 16 se verifica que o auto foi lavrado em Ribeirão Preto, um dia após a instrução, que se diz realizada, não trazendo subscrição de testemunhas. É, assim, um ato nulo.

"Não existindo, destarte, prova da infração, desaparece a certeza de débito, pois que a certidão de inscrição não tem por si só força para atestar a existência da infração de onde proviria a dívida.

"4. Isto pôsto, tendo por procedentes os embargos, julgo conseqüentemente, improcedente a ação, condenado o embargado nas custas, na forma da lei, tida por insubsistente a penhora, que será levantada, uma vez passada em julgado esta decisão.

"Deixo de condenar o embargado em honorários de advogado por não ocorrerem as hipóteses do art. 64 do Cód. de Proc. Civil" (fls. 24-25).

O Instituto agravou, dizendo:

"A respeitável decisão que acolheu os argumentos de defesa parece-nos merecer reforma.

"Baseou-se a firma executada preliminarmente em dois elementos que supostamente implicariam na nulidade do auto de infração, ou sejam:

"a) a ausência de testemunhas à infração;

"b) auto lavrado em outro local que não o da infração. Em abono dessa preliminar citou várias decisões do Tribunal de Justiça dêste Estado, que não se aplicam à espécie *sub judice*, de vez que o dec.-lei número 5.493, de 9 de abril de 1940, que regulamenta a instituição ora agravante, referenda leis estaduais em que se fundamentam os referidos arestos.

"Pela leitura do art. 1º do referido decreto-lei nº 5.493 que diz:

"O processo para imposição de multa será iniciado, salvo o disposto do artigo anterior, pela lavratura do auto de infração, em duas vias, *assinadas, se possível*, pelo autuado, uma das quais lhe, será entregue, desde logo, ou remetida dentro de 48 horas, verifica-se não haver obrigatoriedade da presença de testemunhas para a validade do auto de infração, propósito sábio que teve o legislador, em face das circunstâncias peculiares às informações aos dispositivos regulamentares do agravante, em que, dificilmente, seria possível a obtenção de testemunhas para os fatos, por se tratar, geralmente, de pequenos comerciantes, que via de regra têm apenas um empregado ou mesmo nenhum. Para melhor exemplificar, basta a leitura do processo administrativo, que instrui o presente recurso, no qual se nota a presença, no estabelecimento da firma infratora, de apenas um menino e mais ninguém" (fôlhas 27-28), porque o Instituto só juntou o processo administrativo ao recurso.

Então desenvolve e diz que, de acôrdo com o art. 215 da lei referida, "os empregadores e sindicatos sujeitos ao regime do presente regulamento são

obrigados a prestar ao Instituto as informações e os esclarecimentos precisos e a permitir-lhe a fiscalização necessária ao fiel cumprimento das disposições regulamentares".

Por essas razões, pede a reforma da sentença.

A firma sustenta a conclusão do juiz. Cita grande quantidade de acórdãos do Tribunal de São Paulo, no sentido de ser o auto subscrito por testemunhas, etc., para a defesa do embargado, que do contrário, ficaria a inteiro arbítrio da autoridade autuante.

O juiz sustentou a decisão e, na contra-minuta de agravo, a agravada diz:

"Preliminarmente, o agravo não deve de ser conhecido por ser interposto fora do prazo legal. O agravante foi intimado para a leitura da sentença no dia 1º do mês e ano em curso, cuja sentença fôra exatamente publicada no dia da intimação. Pelo art. 46 do dec.-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938, que regula a espécie do recurso cabível, o prazo para a interposição dêste é de cinco dias. Intimado a 1º dêste mês, além de ser período forense, isto é, de férias, no fôro, entrou o agravante com o recurso no dia 7 de abril do referido mês, portanto, seis dias após a intimação. Como se vê, escoara o prazo legal para a entrada do recurso, o qual deveria dar entrada no dia 6 do corrente mês, último dia do prazo para recorrer. Certificou o cartório, a fls. 46, a entrada do recurso a 7 do mês de abril, entrada essa já esclarecida no despacho de fls. 46, portanto, fora do prazo legal.

"Consoante a jurisprudência dos nossos tribunais, *"não se conhece do recurso interposto durante as férias forenses, máxime quando excedido o prazo fixado em lei"* (fls. 47).

O Dr. juiz, ao despachar o agravo de que se trata, decidiu da seguinte forma (antes, portanto, da contra-minuta da agravada):

"Recebo em seus efeitos regulares o agravo interposto a fls. 26.

"A sentença foi publicada em audiência de 1º do corrente e a petição de recurso só deu entrada em cartório no dia 7.

"Entretanto, pela nossa organização judiciária tôda a Semana Santa é de férias forenses, e, dêste modo, tais férias absorveram todo o prazo do recurso, que se considera prorrogado, nos têmes do art. 27 do Cód. de Processo.

"É verdade que o art. 40 declara que,, nas férias coletivas do fôro, os Estados indicarão os processos que durante elas correm, e o executivo fiscal corre em férias.

"2. No caso, porém, êste artigo não deve ser aplicado, porque alude êle às férias criadas pelos Estados, a título de descanso para os que trabalham no fôro, e as da Semana Santa não têm pròpriamente tal caráter.

"3. Intime-se, pois, o agravado a apresentar contra-minuta no prazo legal" (fôlhas 46).

A sentença é datada de 1º de abril. O Instituto, em petição de São Paulo para Orlândia, datada de 5 de abril, agravou em Orlândia. O Dr. juiz despachou a 10 e, no final da petição de agravo, esta escrito isto pelo juiz:

"A petição me foi apresentada pelo cartório ontem. Assim, o cartório certifique a data em que lhe foi entregue a petição e, junto o processo administrativo, volte. Orl., 11-4-50".

Um têmes de audiência diz:

"Ao primeiro dia do mês de abril do ano de 1950, nesta cidade de Orlândia, Estado de São Paulo, no edifício do "Forum", na sala das audiências, a, hora designada, onde presente se encontrava o Exmo. Sr. Dr. GABRIEL A. MONTEIRO DE BARROS, MM. juiz de direito desta comarca, comigo oficial, maior do seu cargo, adiante nomeado, presente o porteiro dos auditórios, Acteon Oliva, a êste determinou o MM. juiz que apregoasse as partes interessadas no executivo fiscal movido pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários contra a firma Irmãos Bucci; audiência esta para os determinados, digo os fins de publicação de sentença. Feitos os necessários pregões, deu o porteiro a sua fé de haver comparecido apenas a embargante, representada por seu advogado, Dr. Júlio Bucci. Disse então o MM. juiz que a

mim, oficial maior, entregava a sentença, dactilografada em duas fôlhas" (fls. 23).

Em outro, de 24 de março, se lê:

"Pelo MM. juiz foi determinada a conclusão do processo, designado o dia 10, digo 1º de abril próximo, às 10 <sup>1/2</sup> horas para a publicação" (fls. 20 v.).

A esta audiência também esteve presente o Instituto, porque no termo se diz:

"Haverem comparecido: o exequente, por seu advogado e procurador, Dr. Paulo José Fonseca" (fls. 19).

O juiz designou, nessa audiência, o dia 1º de abril para proferir a sentença, o que foi feito.

Êste é o relatório com relação à sentença.

No mérito, uma vez decidida esta parte, fica logo o Tribunal inteirado.

O processo administrativo revela que os Irmãos Bucci são dois: um advogado, está sempre advogando; o outro, é o dono do armazém, mas tem várias atividades e deixa lá um menino. De forma que, quando o fiscal do Instituto vai pedir as informações, não consegue.

Temos que resolver, primeiro, a questão do prazo do agravo: se o Instituto goza, ou não, do privilégio da União. A agravada, sustenta que o Instituto goza do privilégio dado à União com relação à dilatação do prazo para o recurso; segundo, se procede a nulidade observada pelo Dr. juiz do auto. De modo que êsses são os dois pontos. Se improcedente a nulidade, parece-me que o Tribunal deve julgar o mérito, porque o Dr. juiz julgou os embargos. Não é possível que o Tribunal reforme, nessa parte, e mande para o juiz julgar o resto.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Desprezo a preliminar e conheço do recurso, porque entendo que não é possível aplicar os termos do Cód. de Proc. Civil ao executivo fiscal do dec.-lei nº 960.

De sorte que, uma vez proferida a sentença em audiência, se as partes não estiveram presentes, teriam que ser intimadas pelos meios regulares de direito. E o Instituto não foi intimado. Nessas condições, não se pode dizer que ele haja entrado com recurso fora do prazo.

Conheço do agravo.

#### VOTO - PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, nos termos da audiência de instrução de sentença não consta o comparecimento de advogado do Instituto agravante. Seguem-se, à sentença, a petição de agravo e as razões, sendo que estas foram apresentadas no dia 10 de abril, tendo a segunda audiência se verificado no dia 1º daquele mês. O juiz, *ad cautelam*, recomendou que o cartório indicasse a data em que a petição foi apresentada em cartório, mas o juiz confundiu o presente processo com aqueles que são regulados pelo Cód. de Processo.

Na forma do Cód. de Processo, a designação do dia de publicação de sentença, com ciência das partes, importa em afirmar êsse dia como de início do prazo para recurso. Tal não se dá, entretanto, com os processos regidos pelo dec.-lei nº 960, que diz, no artigo 64, que, nos casos de recurso, os prazos marcados na lei não correrão em cartório, independentemente de intimação das partes.

Significa que, para os casos de recurso, é mister a intimação.

O que se pode considerar, aqui, é que, substancialmente, o agravante teve conhecimento da publicação da sentença, porque o juiz, embora errando, formalmente, por haver designado audiência - de publicação da sentença, coisa que não ocorre em processos dessa natureza, avisou ao advogado que, nesse dia, seria publicada a sentença. Logo, a meu ver, substancialmente, o Instituto teve ciência da publicação da sentença, até por antecipação. O juiz lhe disse, na primeira audiência que, no dia 1º de abril, publicaria sua sentença.

Qual é o efeito da notificação, senão o de dar ciência da sentença. No caso, houve antecipação, a meu ver, até com vantagem para o Instituto.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: A meu ver, a intimação é para o conteúdo da sentença e não para saber se a sentença vai ser publicada. A publicação da sentença é o resumo, mas contém o seu conteúdo. Daí o indivíduo ser notificado para saber se deve, ou não, recorrer.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Cria um termo que não está na lei, Sr. ministro.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Deu ensejo á, parte para que soubesse que, naquele dia, ia ser publicada a sentença. Entendo que, substancialmente, pode-se admitir como preenchida a formalidade da lei, porque não há audiência de publicação de sentença.

Aquela ciência antecipada, a meu ver, tem o mesmo efeito da intimação *a posteriori*, porque a intimação é para conhecimento da sentença. Portanto, admitindo que, substancialmente, tenha sido preenchida a formalidade da lei, tenho como realmente intempestivo d recurso, porque, inequívocamente, se o Instituto sabia, por antecipação, que a sentença seria publicada no dia 1º de abril, como o fui, teria que recorrer dentro do prazo de cinco dias seguintes, na forma do dec.-lei nº 960. O Instituto talvez pretendia invocar a circunstância de não ter sido intimado...

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Respeitando o ponto de vista, pode-se também tomar em consideração a seguinte hipótese: o advogado, conhecendo a lei, não podia admitir intimação sem que fôsse intimado da sentença. Daí aguardar, naturalmente, a intimação dessa sentença, que êle saberia se era favorável ou não.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Ex.<sup>a</sup> tem razão. Mas o advogado cauteloso, e admitindo que a expressão literal de lei é simplesmente o veículo do pensamento do legislador, deveria ter admitido a hipótese da controvérsia que neste momento nos separa. Compreendo o entendimento de V. Ex.<sup>a</sup>, com respeito ao advogado, mas fico, *data venia*, no meu ponto de vista, de

que, substancialmente, a intimação se teria feito, por antecipação, situação que seria diferente se o juiz não houvera dado a sentença no dia em que anunciou.

Não conheço do recurso.

### VOTO - MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Mantenho a sentença, porque, a meu ver, não havia necessidade do art. 180 do dec.-lei nº 5.493 declarar que o auto de flagrante seria testemunhado, porque não é compreensível que um ato de flagrante possa ser colocado ao inteiro arbítrio da autoridade autuante. Qual a defesa que resta aos autuados, num caso dêesses? A argumentação do Instituto não tem procedência, quando diz que, no estabelecimento, havia só um menino. Não seria ter testemunhas dentro do estabelecimento. Bastaria o fiscal chamar duas pessoas que passassem na rua para testemunhar o fato - que é o que geralmente se faz. Mesmo que o armazém tivesse cinco ou seis pessoas, podia acontecer que nenhuma delas quisesse servir de testemunha. A decisão do juiz assentou em princípios comezinhos de direito de defesa.

É possível que o Instituto tenha razão, conforme êsse processo administrativo que juntou, instruindo o agravo, aias não é possível, a meu ver, afirmar-se uma tese perigosíssima, para servir de tema geral para processos dessa natureza.

Entendo que o juiz, agindo como agiu, dentro dos ditames de equilíbrio e ponderação, das boas normas, que atendem à defesa dos interesses dos litigantes, procedeu muito bem julgando improcedente esta ação e êste executivo.

### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, no mérito, lamento discordar de V. Ex.<sup>a</sup>. Sem embargo dos arestos invocados no decisório, tenho em que não é possível decretar-se a nulidade de um ato por preterições de formalidades que a lei não requer. As nulidades - como sabe V.Ex.<sup>a</sup> - são substanciais ou virtuais. São substanciais quando na elaboração ou confecção do ato não se observam requisitos considerados pela lei como imprescindíveis, ou quando a lei fulmina de nulidade a prática do ato ou a omissão de

determinada formalidade. E as virtuais são aquelas que resultam da própria natureza das coisas. Ora, a lei não exige a presença de testemunhas à lavratura do auto e nem fulmina de nulidade êsse fato. Desde que o autuado foi intimado, nos termos das disposições legais, poderia promover a sua defesa e alegar tôdas aquelas questões que o auto tivesse declarado de uma certa maneira, contrárias à verdade.

Cada dia que passa mais se acentua, na doutrina e no próprio direito positivo, a necessidade de abrir mão das invocações de nulidades, possibilitando-se, assim, a saná-las e, ao mesmo passo, não as considerando, se não quando houver manifesto prejuízo para as partes.

A lei, que regula o Instituto e a taxa e sua cobrança, fala na lavratura de um auto para constatação de infrações, mas até possibilita que o próprio infrator, caso se recuse a assinar, não seja a isso compelido. Não fulmina de nulidade nem requer, substancialmente, a presença de testemunhas. Logo, o ato revestiu-se de formalidades que a lei julga necessárias. Não resta dúvida de que a presença de testemunhas traz maior veracidade. Mas não vejo como anular o auto por êsse fato, dado que a lei não exige êsse requisito como indispensável.

Nessas condições, julgo que o auto é válido e dou provimento ao recurso para mandar que o MM. juiz *a quo* julgue o mérito da questão, como de direito.

### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, em tese, estaria de acôrdo com V. Ex<sup>a</sup>, e com o juiz quanto à necessidade da afirmação de testemunhas de que o fato era verdadeiro - porque nisso importa a presença das testemunhas - principalmente quando se tratasse de fatos transeuntes, como parece ser o que ocorre no caso. O fiscal, pela quarta ou quinta ou sexta vez, teria tentado fazer a fiscalização e a parte negado os elementos necessários, fato transeunte que não deixou prova concreta, nem sequer vestígios. Portanto, em tese, estaria de acôrdo. O ponto de vista defendido pelo juiz é respeitável. No caso concreto, porém, não o acolho, porque a lei não exige as testemunhas. Afirma o juiz, na sua sentença, que os autos só têm validade se testemunhados. Entretanto, agora mesmo tenho em mãos duas leis em as quais não se exige

testemunha para o auto; e ambas são leis importantíssimas: a Lei de Impôsto de Consumo vigente e a Consolidação das Leis do Trabalho.

A Lei de Imposto de Consumo diz, no artigo 141:

"Os autos, representações e notificações serão lavrados com clareza, sem entrelinhas, rasuras ou emendas, relatando minuciosamente a infração, mencionando o local, dia e hora da lavratura, bem como o nome da pessoa em cujo estabelecimento fôr verificada a falta de testemunhas, se houver, e tudo mais que ocorrer na ocasião e possa esclarecer o processo".

Portanto, se não houver testemunhas, nem por isso o auto estará invalidado. Se houver testemunhas, elas assinarão o auto. A outra, a Consolidação das Leis do Trabalho, tratando dos autos de infração, dispensa as testemunhas e, além de as dispensar, ainda esclarece, no art. 629:

"... O auto, quando possível, será assinado pelo infrator, independendo o seu valor probante da assinatura de testemunhas".

Estão, portanto, aqui duas leis sem exigir testemunhas, no auto de infração, porque, realmente, a exigência, que seria aconselhável, em tese, poderia frustrar a fixação do fato até pela simples circunstância de ausência de testemunhas. Se a lei exigisse, o fato só se poderia constatar, para o efeito de conseqüências futuras, em havendo testemunhas. Se não houvesse, ficaria frustrada a ação fiscalizadora de quem fôsse. Além dessas, aliás, outras leis, principalmente de caráter tributário, dispensam também a menção de testemunhas no auto de infração, *data venia*, Sr. presidente, estou de acôrdo com o Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceu-se do recurso, contra o voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, e, no mérito, deu-se-lhe provimento para, validando o auto, mandar o Dr. juiz *a quo* apreciar o mérito com as provas constantes do processo, em face do direito aplicável, contra o voto do Sr. ministro relator.

Designado para o acórdão o Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

\*

## USUCAPIÃO - FÔRO

**- Fôro competente para as ações de usucapião é o da capital do Estado, perante juízo especial, porque nelas a União é interessada.**

**VOTO VENCIDO DO MINISTRO ARTUR MARINHO: A competência para as ações de usucapião só passa ao juízo especial quando a União declara seu interêsse no fato.**

União Federal *versus* João da Costa Ewerton e outros

Ag. nº 1.418 - Relator: MINISTRO ALFREDO BERNARDES

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 1.418, do Maranhão, em que são agravantes Epifânio Carneiro da Cunha e sua mulher, assistidos pela União Federal, e agravados João da Costa Ewerton e outros:

Acordam os ministros da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, em dar provimento ao agravo pelos motivos constantes do relatório e notas taquigráficas *retro*, que êste integram.

Custas ex lege.

Tribunal Federal de Recursos, 9 de maio de 1951. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Alfredo Loureiro Bernardes*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Aforada uma ação de usucapião no Juízo da 1ª Vara da Capital do Estado do Maranhão, sendo autores Epifânio Carneiro da Cunha e sua mulher, o Dr. juiz *a quo* julgou-se incompetente para o processo e julgamento da causa por entender que a mesma deveria ter sido proposta no juízo da situação do imóvel usucapiando, no caso o da comarca de Itapecuru-Mirim do aludido Estado.

Inconformados com essa decisão, dela agravaram os autores, pugnando pela competência de que declinara o Dr. juiz *a quo*.

Perante esta instância o Dr. subprocurador geral da República limitou-se a pedir a atenção dêste Tribunal para as considerações oferecidas a fls. 104-105 pelo ilustre Dr. procurador da República, as quais passo a ler: (*lê*).

É o relatório.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): O Supremo Tribunal Federal e esta 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos têm decidido que o art. 12 do decreto-lei nº 710, de 1938, que ordena a citação, em tôdas as ações de usucapião, da Diretoria de Domínio da União e dos representantes do Estado ou do Distrito Federal, não foi revogado pelo Cód. de Proc. Civil. Assim, a União Federal, ainda quando não tenha interêsse direto no litígio, é interessada necessária, o que reclama corra o feito no fôro da Capital.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo para o fila de determinar prossiga a aludida ação de usucapião no juízo da Capital do Estado do Maranhão, onde foi aforada.

Aliás, a intervenção, no processo, do Dr. procurador da República, para argüir nulidade (fls. 55), bastava, por si só, para firmar a competência do Dr. juiz *a quo*. Admite-se a confirmação do despacho agravado e a conseqüente remessa dêstes autos do Dr. juiz de direito da comarca de Itapecuru-Mirim. Ficaria a União Federal, já citada na causa, impossibilitada de alegar naquele juízo que os bens a usucapir são bens públicos, não correndo usucapião contra êles?

Não é certo que, a esta altura do processo, pode ainda a União tomar posição de assistente ou oponente? Em qualquer das hipóteses figuradas esta ação teria de volta à Vara de onde saíra.

O acertado, pois, é o prosseguimento dela no juízo de origem. O juízo recursável é que variará conforme procedimento da União no feito: interessada, caberá apelação para o Tribunal Federal de Recursos; não interessada, deverá o recurso ser interposto para o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, *ex vi* do disposto no § 4º do art. 12 do dec.-lei nº 710, de 17 de setembro de 1938.

### VISTA

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, peço vênia ao eminente Sr. ministro relator para divergir do ponto de vista em que S. Ex.<sup>a</sup> se colocou, aliás com o amparo, sem dúvida, de julgados do Supremo Tribunal Federal. Mas, vai para mais de dois anos, - e a memória, agora, me relembra o fato - que sustento que o art. 12 do dec.-lei nº 710, de 1938, foi alterado pelo Cód. de Proc. Civil. Notamos, e V. Exas. me perdoarão qualquer impropriedade, porque estou trabalhando surpreendido por mais um desses casos que o próprio art. 12 questionado mandava citar, indistintamente, para todas as ações de usucapião, a Diretoria do Domínio da União. Ora, o diretor do Domínio da União, que receberia a citação, não representa, judicialmente, a União Federal. Esta é representada por seus procuradores judiciais, quer nos termos do art. 87 do Cód. de Proc. Civil, quer nos termos do parág. único do art. 126 da Constituição da República. Se aquilo que se chamou citar à Diretoria equivale a avisar, a fazer uma notificação, a dar uma ciência da ação de usucapião, é, evidentemente, para fins administrativos, e não para que o diretor represente a União judicialmente, só representável em juízo por procurador da República. E por que a lei foi prudente, no art. 12, mandando dar ciência das ações de usucapião à Diretoria do Domínio da União? Para que a União se acautelasse, verificando se tinha ou se não tinha interêsse como parte na formação do juízo. Só no caso de ter, se entenderia com a Procuradoria da República, que passaria a atuar na representação legítima da União como parte contenciosa. Êste é que é o pensamento que me parecia ser o exato do art. 12 questionado, tanto por sua expressão literal, como pela orientação passada para a própria Constituição de 1946, além da própria finalidade do dispositivo. Não se entendesse assim, todas as ações de usucapião, por êste Brasil imenso, de

uma geografia judiciária vastíssima, teriam que ser tratadas nas capitais dos Estados, exatamente onde seria menos indicado para cogitar do usucapião, diga-se, de terras que estivessem espalhadas muito longe das capitais. Agora, é outra coisa se, premunido da notícia da existência da ação de usucapião, configurar-se o interesse da União Federal. E outra coisa. E, então, se o feito foi aforado em comarca de interior de Estado-membro, passará a ser discutida nas capitais perante juízo especial, por deslocação de competência. Não sei em que seria mais cômodo para a União discutir sem necessidade de discutir circularmente. Foram estas as razões, em resumo, que já uma vez me levaram a me manifestar num firme convencimento de que: primeiro, o artigo 12 não autorizava a inteligência que lhe foi dada, primitivamente; segundo, que este ponto de vista se robusteceu através das ordens emanadas da própria Constituição quanto à representação da União e quanto à técnica de aforamento das causas, nos termos do art. 201 da Lei Suprema. Peço vênua, portanto, ao egrégio Supremo Tribunal, que, ao que me parece, um dia reverá seu ponto de vista, e a esta eminente Turma, que já tem pronunciamento idêntico ao brilhantemente expendido pelo Sr. ministro relator.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Desejo salientar que o caso presente tem peculiaridade e é esta: citada a União Federal no juízo da comarca da Capital, fêz-se ela representar e não alegou ilegitimidade de parte, não alegou que não tivesse interesse. Ao contrário, protestou contra as nulidades até então existentes no processo. Ora, a intervenção da União, no processo, para alegar nulidades, a meu ver, neste caso, pelo menos, afasta a questão, digamos assim, teórica da revogabilidade, ou não, do art. 12 do dec.-lei nº 710, porquanto, na espécie, a União aceitou a situação de parte, ou, pelo menos, de assistente de parte, tanto que alegou nulidades.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Os esclarecimentos de V. Ex.<sup>a</sup>, se tiverem, índole específica, mudam a orientação dos debates. Em concreto, pode ser que a causa: devesse mesmo ser aforada na capital.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Curro sei que V. Ex.<sup>a</sup> tem sempre a preocupação de acertar, que é a de todos, nós, estou procurando esclarecer. No caso, a remessa destes autos para um juízo local já levava, no bôjo dos mesmos, a intervenção da Fazenda, e intervenção, não para excluir a sua responsabilidade, sua assistência ou opoência, mas para pedir nulidade.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO Pedir nulidade de processo?

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: A União diz assim:

"Nos autos da ação de usucapião requerido por Epifânio Carneiro da Cunha e Raimunda Martins Carneiro, em relação, às terras "Carro Quebrado", em Itapecuru-Mirim, diz a União Federal, que quer pedir atenção para a seguinte irregularidade:

"Os representantes do Ministério Público da União e do Estado foram citados em 26 de janeiro de 1950, excluídos no venerando despacho de fls. 2 da inicial, havendo, por sua vez, o Dr. juiz de direito deprecado omitido a citação do promotor para a justificação onde foram ouvidas as testemunhas" (fls. 55).

Quer dizer, a União, de alguma sorte, alegou nulidade da precatória e vício de citação.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Mas esta se vendo que a União tudo alegou, partindo, sempre, do princípio de que, invariavelmente, é parte na ação. E não tendo o que alegar fundamentalmente, ao que parece, andou procurando irregularidades para legitimar a sua interferência no processo, tida como obrigatória. Agora, se as terras usucapiadas pertencem, direta ou indiretamente, à União, se a União tem algum auxílio a prestar a alguma parte, etc., aí, sim, ela figura como parte. Por outro lado ainda, permita-me V. Ex.<sup>a</sup> lembrar, há uma citação-edital de rigor nas ações de usucapião, como comanda o art. 455 do Cód. de Proc. Civil. Destina-se a dar conhecimento da ação a todos os terceiros interessados. Hoje, é por aí que, como terceiro interessado, a União tem notícia de ações de usucapião. A União está entre êsses terceiros. Para o particular, o Código como que revogou o artigo 12 do dec.-lei nº 710, de 1938.

Em todo caso, são de tão alta ponderação os pontos de vista do eminente Sr. ministro relator, como costumeiramente, e tão esclarecedoras as suas atitudes, que eu solicitaria, então, licença para pedir vista dos autos. Defira-me-a V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. presidente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: após terem votado os Srs. ministros relator e CÂNDIDO LÔBO, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. ministro ARTUR MARINHO. O Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO acompanhou o voto do Sr. ministro relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

## VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Opinando de plano, isto é, guiado pelo completo e claro relatório do eminente Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, pronunciei-me pelo não-provimento do agravo. Mantinha, pois a decisão de fls. 86 a 89 v., da lavra do juiz Dr. JOSÉ DE MELO E SILVA. Apreciei a largos traços o que se me oferecia, divergindo, pesarosamente, do ponto de vista em que se colocou o brilhante Sr. ministro relator. Todavia, diante de apertes com que S. Ex.<sup>a</sup> se dignou honrar-me, comecei a entrar em dúvida acêrca da orientação específica da causa: bem podia acontecer que, ao lado da tese de minha defesa, o caso dos autos impusesse a competência do juízo de capital de Estado-membro, nos têrmos do art. 201 da Constituição. Pedi vista dos autos e efetivamente os vi com o cuidado indispensável a quem julga.

Não altero meu modo de encarar o Problema concretizado, quer quanto a princípios básicos e abrangedores da tese, quer quanto à adequação daqueles e desta à hipótese versada nos autos.

Assim, e *data venia* de doutas opiniões em contrário, entre as quais a manifestada pelo provector Sr. ministro relator, nego provimento ao agravo.

Assinala-se que a União não conta com qualquer interêsse no feito. *In casu*, pois, ela não atua como parte necessária ou accidental na formação do juízo.

Entendendo que em seu favor correu prescrição aquisitiva (usucapião) a conferir-lhe domínio sôbre terras situadas no município e comarca de Itapecuru-Mirim, do interior do Maranhão, o casal Epifânio Carneiro da Cunha aforou ação procurando regularizar o estado de fato em que se achava. Aforou-

a em São Luís, capital daquele Estado. Mas assim o fêz tendo exclusivamente em conta o dec.-lei n° 710, de 1938, cujo art. 12 tornava obrigatória a citação do Domínio da União, Citado o Domínio, pensou-se que a União se tornasse parte e, assim, ontem como hoje, agora, ex vi do art. 201 da Constituição, fatalmente se imporá a competência do juízo especializado da Capital. Foi como os autores entenderam o problema. Em princípio, isso é correto.

Mas nenhum outro interêsse da União se registra no caso dos autos, a não ser sua interferência no processo porque *obrigatoriamente* citado o Domínio, em face do artigo 12 questionado. A União seria ré, ou assistente de réus, ou, ainda, opoente, se pretendesse afastar autor e réu no direito que debatessem, ela, própria alegando um direito subjetivo seu sôbre o objeto do litígio. Mas *in casu*, repilo, a União não se diz dona das terras das quais estivesse desapossada, nem ajuda a donos outros que devessem manter direitos sôbre as mesmas terras contra os autores, da mesma maneira que não pretende afastar a aquisição postulada pelos demandantes, donde, na espécie, na qual os autores são os mencionados, não ser a União ré nem assistente de réus hipotéticos, nem também opoente.

Logo, e em definitivo, não ser parte necessária nem acidental na formação do juízo.

Só se justificaria sua pretensa posição de parte na demanda porque citado o Domínio da União, nos têrmos do dito art. 12 do dec.-lei n° 710, de 17 de setembro de 1938.

Todavia, sustento:

- a) Que o art. 12 em causa, hoje, não tem razão de ser em sua integridade, isto é, que se acha derogado;
- b) Que, quando persistisse no direito positivo, sua inteligência seria diversa da que comumente se lhe empresta.

Começa-se por ver que a União não é citada sendo por intermédio de procurador da República, que a representa judicialmente como parte. Isso consta do direito positivo. É ver o art. 87 do Cód. de Proc. Civil: "A União será

representada em juízo por seus procuradores"; êstes, pois, sendo que recebem citações para a defesa daquela entidade no contencioso. E tão marcante se tornou o princípio legal, que a Constituição de 1946 houve de escrevê-lo no parág. único de seu art. 126: "A União será representada em juízo pelos procuradores da República", frisando assim quais os procuradores, isto é, os da República, só excepcionalmente conferindo tal *munus*, por lei, a outros representantes, mas, seja como for, o Ministério Público. Ora, assim sendo, temos que quaisquer ordens de leis ordinárias em contrário, ou se revogaram, se anteriores ao Código e à Constituição, ou se tornam inconstitucionais, se posteriores à data da Lei Máxima. Em tais têrmos, o art. 12 do dec.-lei número 710, de 1938, anterior ao art. 87 do dec.-lei nº 1.608, de 1939 (Cód. de Processo Civil), não persistiu quando mandou citar para a ação a Diretoria do Domínio e não o procurador judicial da União, além de que o dec.-lei nº 710, não sendo lei especial de processo, não subsistiu em seu artigo 12 isolado, quer em nome do prevenido no art. 1º daquele Código, quer no artigo 1.052 do mesmo Código. E quando, anos depois, surgiu a Constituição de 1946, mais frisante ainda se tornou, não mais a mera revogação, mas o próprio contraste do dito art. 12 com a ordem nova estabelecida na Lei das Leis.

Nem é só. Já os arts. 454 a 456 do Código em caso, especialmente alusivos à ação de usucapião, omitiram o contido no art. 12 do dec.-lei nº 710 anterior. Omitiram, sem, contudo, desgarantir aos legítimos interêsses de interessados incertos, obrigatoriamente citáveis por meio de editais (art. 455, § 1º). Entre tais interessados incertos se acha a União que, se realmente interessada, aparecerá no processo da ação, aí, sim, alegando direitos com que porventura conte. Seus interêsses são ainda mediatamente resguardados, o que é nova cautela da lei, porque se ela não aparecer, apesar do edital, se torna revelando-se-lhe, como aos revéis em tais condições, um curador (art. 80, § 1º, *b*, do Código citado), que, examinando o processo, verificará se sua curatelada conta com legítimo interêsse na demanda como parte. Contando, aparecerá por quem de direito (procurador da República), só então se deslocando a causa para o juízo especial a que alude o art. 201 da Constituição.

Num regime de garantias assim marcadas, a citação oblíqua, a que se refere o art. 12 do dec.-lei nº 710, só ocasiona perturbações, ausência de técnica, violação do sistema geral do direito nacional e graves incômodos às partes com

acarretar invàriavelmente, tenha ou não tenha a União interêsse no feito, a competência de juízos de capitais de Estados-membros.

A lei tem também suas leis, tenho repetido constantemente. Não se violam impunemente as leis que governam a lei, desprezando-se, não se as entendendo ou se as relegando para plano subalterno.

Parece-me tudo nesse tema. Mas, se tivéssemos mesmo que apoiar a chateada citação da Diretoria do Domínio, só o faríamos para emprestar-lhe o sentido de aviso à administração, a mais um privilégio da União. Contudo, aquêlê aviso especial seria para que no Domínio se providenciasse para ver se a União devia ou não ir a juízo como parte, alegando direitos seus em concreto: devendo ir, sim, quem responsável no administrativo se articularia com procurador da República, que, então, tomaria partido como representante da União no feito, transformando-a em ré, assistente ou opoente.

Conseqüentemente, Sr. presidente, pêsse-me, embora, divergir do douto Sr. ministro relator e, mesmo de julgados, entre os quais uma desta Turma (agravo de instrumento nº 271, julgado em 21 de julho de 1948), no qual, vencido, sustentei ponta de vista idêntico ao que ora repito. Espero que um dia se reacerte o direito aplicado a repensar.

Assim, reitero meu voto negando provimento ao agravo.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: prosseguindo-se no julgamento. deu-se provimento ao recurso, contra o voto do Sr. ministro ARTUR MARINHO. O Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO acompanhou o voto do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

## **TAXAS AEROPORTUÁRIAS - DELEGAÇÃO DE PODERES**

**- A fixação de preços e tarifas é atribuição inerente ao Poder Executivo.**

- A proibição constitucional da delegação de poderes é princípio que cede em determinadas circunstâncias quando o órgão executor da lei deve apurar fatos de natureza técnica, cujos quais dependa, a incidência ou aplicação da mesma lei.
- As chamadas taxas aeroportuárias não constituem tributo na conceituação técnico-jurídica do vocábulo, não exigindo por isso lei especial para sua criação ou fixação.

Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias *versus* Ministério da Aeronáutica

Mand. de seg. n° 437 - Relator: MINISTRO SAMPAIO COSTA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n° 437, do Distrito Federal, em que é recorrente o Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias e requerido o Ministério da Aeronáutica:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, contra os dos Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO, MOURÃO RÚSSEL e ELMANO CRUZ, denegar o mandado, de acordo com o que consta dos votos taquigrafados de fls. 206 a 268, e que ficam fazendo parte integrante dêste.

Custas na forma da lei.

Tribunal Federal de Recursos, 12 de setembro de 1949. - *Armando Prado*, presidente; *Sampaio Costa*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: O Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias, como representante das empresas Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul Limitada, Panair do Brasil S. A., S. A. Viação Aérea Gaúcha, S. A. V. A. G., Linhas Aéreas Paulistas S. A., Viação Aérea Santos Dumont S. A., Real S. A.,

Aéreo Geral Ltda., Linhas Aéreas Transcontinental S. A., Viação Aérea Brasil S. A., Viação Aérea São Paulo V. A. S. P.) e Aerovias Brasil S. A., requer mandado de segurança contra ato do Sr. ministro da Aeronáutica que, segundo afirma, ordenou que as mesmas recolhessem ao Tesouro Nacional, dentro do prazo de 10 dias e sob pena de procedimento executivo, as importâncias correspondentes a taxas aeroportuárias, relativas aos meses de janeiro, fevereiro e março, do corrente ano, taxas essas supostamente criadas pelo dec.-lei número 9.792, de 6 de setembro de 1946, e tabeladas pela portaria ministerial nº 7, de 7 de janeiro do ano fluente.

Alega o impetrante que o ato (a cobrança das taxas referidas) é inconstitucional porque se assenta em disposições de portarias inconstitucionais, quais as de ns. 437 e 7, datadas, respectivamente, de 30 de dezembro de 1946 e 7 de janeiro de 1949. Os fundamentos apresentados, que são em número de seis e longamente desenvolvidos com argumentos doutrinários e citação de vários publicistas, podem ser, assim, resumidos:

Primeiro fundamento - O dec.-lei número 9.792, de 6 de setembro de 1946, - fonte das taxas cobradas - estabeleceu que as mesmas taxas e o processo de seu recolhimento seriam aprovados em portaria do ministro da Aeronáutica (art. 21) e que dito diploma deveria ser baixado até 1º de janeiro de 1946 (art. 23, parág. único) no entanto, a aludida portaria, embora contendo a data de 30 de dezembro de 1946, só foi publicada a 4 de janeiro de 1947, quando já expirado o prazo concedido pela lei ao ministro, sucedendo mais que, quando da sua publicação, já estava em vigor a Constituição de 18 de setembro de 1946, cujo art. 65 atribuía ao Congresso Nacional competência para votar tributos próprios da União e legislar sobre bens do domínio federal e sobre todas as matérias da competência da União, o que valia dizer que, na época da publicação da portaria, só uma lei poderia criar as aludidas taxas, que, não obstante portarias, terem sido aprovadas pelo ministro, foram, na realidade, instituídas por elas, com manifesta inconstitucionalidade.

Segundo fundamento - Que, face ao artigo 141, § 34, da Constituição citada, nenhum tributo, inclusive taxa, pois que esta é um tributo, pode ser exigido ou aumentado sem que *lei o estabeleça*, e, no caso, não houve lei estabelecendo as aludidas taxas e sim uma simples portaria, desacompanhada de quaisquer instruções sobre o processo de arrecadação, seus trâmites processuais

administrativos, prazos, defesas, recursos cabíveis, etc., etc., o mesmo acontecendo à portaria nº 7, de 1949, e ao dec.-lei nº 9.792, de 1946, já citados,

Terceiro fundamento - Que o fato das faladas taxas aeroportuárias estarem previstas na lei orçamentária vigente (lei número 537, de 14 de dezembro de 1948) não retira à cobrança que se pretende a eiva de inconstitucionalidade, pois que o orçamento não é lei, e o Parlamento não poderia inserir no orçamento a cobrança de taxas não *previstas em lei*, visto que não basta a inclusão de um tributo no orçamento, para que possa ser cobrado; há mister que exista lei criando o referido tributo. O dec.-lei número 9.792, de 1946, não fixa as taxas; delega ao ministro o poder de fixá-las, donde a manifesta e dupla inconstitucionalidade.

Quarto fundamento - Mesmo que, *ad argumentandum*, pudesse o ministro, através de uma portaria, criar as taxas cogitadas no dec.-lei nº 9.792, nem assim deixaria a cobrança de ser ilegal, dado que a portaria criadora de tais taxas (portaria nº 434) foi baixada a destempo, já fora do prazo marcado pelo dito decreto-lei, tornando-se, por isso, inoperante, como inoperante ficou o mesmo diploma legal.

Quinto fundamento - Que, ainda se admitindo houvesse a portaria nº 434, apesar de publicada serodidamente conseguido regulamentar válidamente o dec.-lei nº 9.792, ilegal não deixaria de ser a cobrança das taxas aeroportuárias, por isso que, tendo sido ela, portaria, *suspensa* por ordem do ministro, por longo período, "a fim de possibilitar o estudo da redução das taxas nela estabelecidas e a inclusão destas na receita orçamentária", deixaria de produzir efeitos, e a portaria de 7 de janeiro de 1949, alterando-a e invocando-a, não poderia mais regulamentar o dec.-lei nº 9.792, como pretendeu.

Sexto fundamento - Que, se admitissem como certas, inquestionáveis e válidas tôdas as providências anteriormente impugnadas ainda assim seria ilegal e inconstitucional a cobrança, porque, segundo a Constituição, art. 17:

"E vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais".

"O Código básico - acentua o impetrante - entra na corrente geral: excetua o pedágio destinado a cobrir as despesas de construção e melhoramento das estradas de rodagem".

Apresentada a petição, com os documentos de fls. 13 a 63, logo após o impetrante requereu a êste Juízo a expedição de medida liminar, o que indeferi, nos seguintes têrmos:

"Oficie-se ao Exmo. Sr. ministro da Aeronáutica solicitando a fineza de prestar, no prazo legal, as informações necessárias, quanto ao alegado na inicial. Cite-se o Exmo. Sr. Dr. subprocurador geral por todo o conteúdo da referida inicial, abrindo-se, depois e oportunamente vista a S. Ex.<sup>a</sup>, para dizer a respeito. Voltem-me, afinal, conclusos.

"Quanto ao pedido formulado na petição inicial e na de fls. 67, indefiro, porquanto não considero estarem os irrogados direitos dos requerentes na iminência de lesão grave e irreparável. Lesão irreparável é aquela que se não se poderá mais recompor ou reparar, uma vez consumado, o que não é o caso ou hipótese dos autos.

"Publique-se (fls. 68)".

Dêsse despacho não houve nenhum recurso. Mandei, então, que se oficiasse à autoridade apontada como coatora, pedindo informações, que vieram de fls. 72-76, mencionando aquela autoridade todas as demasches de respeito à criação do tributo e à expedição das portarias impugnadas, procurando acentuar a legalidade da cobrança do tributo.

Conforme inicialmente expliquei, estou fazendo um relatório resumido, fazendo, depois, se necessário, mais minucioso.

Juntou, então, a autoridade apontada como coatora, a documentação referente à suspensão da primeira portaria, que, diz ela, se deve a solicitação das próprias representadas do impetrante, que pleiteava uma redução de taxas.

Relativamente a argumentos de direito, cita autoridades no sentido do não cabimento do remédio em casos que tais, por não se apresentar líquido e certo o

direito do impetrante e por querer êle, por meio de mandado de segurança, obstar um executivo fiscal, catalogando aquela autoridade, afinal, o remédio como impermissível, diante do artigo 320 do Cód. de Proc. Civil.

ouvido o Sr. subprocurador geral da República, êste emitiu o parecer que se vê de fls. 157-103, em que, primeiro, levanta a preliminar de intempestividade e caducidade do direito de requerer, porquanto, se o ato impugnado - diz o Dr. subprocurador - é a portaria de 7 de janeiro, o mandado foi requerido a 19 de maio, por consequência caduco o direito do impetrante de requerer o remédio excepcional do mandado de segurança. Levanta, depois, uma segunda preliminar, já em reiteração o da levantada pela autoridade apontada como coatora, isto é, da não permissibilidade de mandado de segurança para se contrapor à cobrança de taxas.

Quanto ao mérito do pedido, estende-se, longamente para demonstrar a procedência da cobrança das taxas, assim como a nenhuma inconstitucionalidade existente, terminando por pedir o indeferimento do remédio pleiteado.

Junta o eminente Dr. subprocurador da República, ao seu parecer, um longo e substancioso parecer do Exmo. Sr. Dr. consultor geral da República, parecer êsse que se vê transcrito, por cópia, de fls. 164 168, em que aquela autoridade termina por manifestar-se pela constitucionalidade das taxas e da cobrança das mesmas, estendendo-se, em longa dissertação doutrinária - e é êsse o fundamento capital do parecer - a respeito da distinção entre taxas, no seu sentido técnico, e preço de serviços, que, embora seja usualmente denominado de taxa, não tem na realidade, dentro do espírito da Constituição e do sistema vigente, aquela característica, de forma a exigir, para sua criação e cobrança, lei votada pelo Congresso, sendo, por conseguinte, tarifa ou tabela de preços sujeita, simplesmente, à regulamentação pelo Poder Executivo.

Tanto mais que as taxas criadas, diz S. Ex.<sup>a</sup>, não eram destinadas à União, mas uma entidade - ao Aeroporto - que, ou seria administrada diretamente pela União ou por intermédio de concessionária sua. Êsse o relatório e por motivo de cogitar-se da necessidade, a meu ver, imprescindível, em decidir-se sobre essas várias questões de constitucionalidade focalizada no relatório, eu indico a

prática do art. 97 do Regimento Interno, a fim de que, publicado o mesmo relatório, seja, afinal, julgado o mandado de segurança.

Eis, na íntegra, o parecer do Exmo. Sr. Dr. subprocurador geral da República:

"I. Surge, inicialmente, questão atinente com a intempestividade do pedido.

"Investindo o mandado contra a portaria nº 7, de 7-1-49, que determinou a cobrança, a partir de 1º de janeiro, das taxas impugnadas, criadas no dec.-lei número 9.792, de 6-9-46, e fixadas na portaria nº 434, de 30 de dezembro de 1946, não se apresentam dúvidas quanto ao início do prazo figurado no art. 331 do Cód. de Processo Civil. Aliás, a inicial, focalizando o pormenor, a fls. 3 (final do item IV) admite a contagem *da data da portaria nº 7*, que já vimos, é de 7 de janeiro último.

"Dentro da objetividade do art. 331, que alude simplesmente à ciência do ato, cumpre considerar, com apoio na citada referência, que o conhecimento da portaria tenha ocorrido na própria data da mesma.

"A inicial realmente acrescenta que o prazo, então, terminaria, a 19 de maio, mas, no particular, o equívoco é matematicamente manifesto, eis que os 120 dias se teriam completado, não em 19, mas em 7 daquele mês.

"II. Contando-se o prazo do art. 331, da publicação da portaria, ter-se-á que examinar se a primeira publicação, verificada no "Diário Oficial" de 10-1-49 (página 402) deve prevalecer.

"Voltamos à feição objetiva do art. 331, aliada, no caso, à expressiva circunstância do declarado conhecimento, fixada na inicial. E diferente não será o panorama no tema da decadência.

"III. Outra preliminar a vencer diz respeito ao art. 320, IV, do Cód. de Proc. Civil, desde que o impetrante é o primeiro a insistir na feição clássica das taxas criadas pelo dec.-lei nº 9.792, de 6-9-46.

"IV. No mérito o pedido, *data venia* dos doutos advogados, não exhibe qualquer motivo aceitável a prol da sua procedência.

"O primeiro fundamento, por exemplo, é de uma fragilidade única.

"Pretende-se que, promulgada a Constituição, cujo art. 65 declarou competir ao Congresso Nacional legislar em tema federal, não podia mais o Executivo baixar a portaria prevista no dec.-lei nº 9.792, citado.

"Entretanto, não foi a portaria nº 434, de 30-12-46, que *criou* as tarifas, mas, a todos modos, o dec.-lei nº 9.792, expedido *antes* da Constituição de 1946, quando nas faculdades do Poder Executivo se incluíam também as peculiares ao Poder Legislativo, a teor da Constituição de 1937, então vigente. Do invocado fundamento decorreriam, de resto, resultados verdadeiramente alarmantes para a vida do país, desde que a maioria, ou quase, dos diplomas em vigor, inclusive de natureza tributária, foi expedida sob a égide do regime de 37.

"Trata-se, portanto, de um daqueles argumentos que provam demais, convindo, daí, repudiá-lo sem mais considerações.

"V. Criadas em diploma legal apropriado, porque anterior a 18 de setembro de 1945 e consignadas na lei orçamentária nº 537, de 14-12-48, as tarifas tiveram a respectiva cobrança regulada na portaria nº 434, de 30 de dezembro de 1946, baixada portanto, dentro do prazo previsto no parág. único do art. 23 do dec.-lei número 9.792, que entrou a vigorar em 1-1-1947 (art. 23).

"Surge, porém, a alegação de que, se bem que baixada em 30-12-46, a portaria nº 434 somente foi publicada em 14-1-47, fora, portanto, do prazo do citado art. 23, parágrafo único. Mero artifício.

"O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe, efetivamente, que a lei começa a vigorar depois de oficialmente publicada.

"Entretanto, a portaria em aprêço nada tem a ver com esse preceito desde que, no debate, a lei não é e nem podia ser a portaria, mas o dec.-lei nº 9.792, contra cuja publicação nada se argúi.

"Dir-se-ia, quando muito, intrometendo meio a fôrça, no assunto, o citado preceito do Cód. Civil, que a portaria, só teria, vigorado na data da sua publicação, mas, de nenhuma sorte, que a sua expedição houvesse sido feita a destempo, porque uma coisa é expedir um ato e outra imprimir-lhe vigor.

"Ademais, o parág. único do art. 23 do dec.-lei nº 9.792 determinou, apenas, que o Ministério da Aeronáutica baixaria, até 1-1-47, a portaria referida no art. 21, e "foi o que, rigorosamente, aconteceu, aliás, dentro nesse pressuposto legal a portaria poderia ter sido baixada em 31 de dezembro, sem qualquer censura. Entretanto, e como não haveria materialmente tempo para publicá-la no mesmo dia, a prevalência do critério exposto na inicial importaria em supressão ou em diminuição do prazo tão claramente consignado no diploma em aprêço.

"Trata-se daí de argumento praticamente inaceitável, porque igualmente compreendido na raia dos que provam em demasia.

"VI. A cobrança das tarifas criadas no dec.-lei nº 9.792, afixadas na portaria número 434, ficou suspensa até que a portaria nº 7 marcou, para aquele efeito, o dia 1º de janeiro do corrente ano.

"Suspender a execução dum ato não significa, de nenhum modo - a evidência não se demonstra - torná-lo inexistente.

"Há, todavia, no capítulo, agora em exame, da inicial, valiosos aspectos morais.

"É que a suspensão da cobrança "não partiu de iniciativa do Ministério" (fôlhas 140). O próprio Sindicato impetrante foi que solicitou aquela providência e o reexame do assunto. E, assim, depois de dois anos de expedientes protelatórios" - continua a informação do Departamento de Aeronáutica Civil - volta o Sindicato, através dêste mandado, ao ponto de partida.

"Nada mais do que isto cumpre assinalar: o impetrante usa contra a administração de argumento baseado em circunstâncias que êle mesmo criou e das quais usufruiu o benefício do adiamento da cobrança.

"O próprio benefício, depois de aproveitado, vem à baila contra o concedeste...

"Tire, daí, o eminente Tribunal a ilação adequada.

"VII. Com feição igual às demais até aqui examinadas, exhibe-se a alegação amparada no art. 27 da Constituição, que veda à União, etc. "estabelecer limitações no tráfego de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de taxas, inclusive pedágio, destinadas exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação, melhoramento de estradas".

*"Quid inde?"*

"Os tributos proibidos são os que estabelecem limitações ao tráfego de qualquer natureza.

"Estará a hipótese vertente incluída nesse âmbito?"

"Evidentemente, não. Precisamente o contrário é que ocorre.

"As chamadas taxas consignadas no decreto-lei nº 9.792, ao invés de estabelecerem limitações ao tráfego aéreo, tendem justamente a beneficiá-lo. Aliás, a linguagem legal é, a propósito, muito expressiva quando no art. 7º fala em serviços e *vantagens* oferecidas nos aeroportos ao comércio e à navegação aérea.

"Enumeram-se, a seguir, nada menos do que 12 *vantagens* positivas.

"As malsinadas taxas ou tarifas nada mais representam que a remuneração de serviços imprescindíveis à navegação aérea, constituindo, portanto, benefícios e não limitações ao tráfego.

"O art. 27 da Constituição é, dessarte, outro preceito que nada tem a ver neste debate.

"Não pretendemos, pelo visto, excluir as taxas - designação restrita - do campo dos tributos - designação genérica - que também abrange aquelas.

"Em boa técnica administrativa, taxas são tributos. Até mesmo no tema excepcional das isenções assim se tem entendido.

"O que, absolutamente, não está certo, porque foge à realidade, é considerar os tributos do dec.-lei nº 9.792 como capazes de estabelecer limitações ao tráfego aéreo, quando a sua finalidade é, justamente, a de facilitá-lo.

"VIII. Por outro lado, a denominação de taxas, usada naquele diploma, excede a natureza e característica daquilo que se pretende cobrar.

"Efetivamente, cogita-se em rigor, não de taxas, mas de tarifas ou aluguéis correspondentes ao uso de certos e determinados serviços. Bastará, a propósito, atestar-se para o art. 7º, já lembrado, do decreto-lei nº 9.792, que os enumera minuciosamente.

"É natural que da prestação desses serviços decorre a obrigação dum pagamento, aliás, nem sempre cobrado pela União, como demonstra o dec.-lei nº 7.689, de 28-6-45, que arrendou ao Estado de São Paulo o Aeroporto de Congonhas.

"Neste particular, pedimos a atenção do egrégio Tribunal para o erudito parecer de 14-6-49, ora apresentado em cópia, do eminente, Prof. HAROLDO VALADÃO, consultor geral da República.

"Com a habitual lucidez, demonstra aquele parecer, nos itens III e IV (fls. 7-17 da copia junta) a diferenciação entre taxas e tarifas e a exata adequação destas últimas, à espécie de cobrança determinada no dec.-lei nº 9.792.

"E, na qualidade de tarifas, sujeitas a importâncias dos preços de material e mão de obra, ficam elas subordinadas a mutações naturais.

"IX. Vê-se, a todo modo, que o mandado não apresenta qualquer visio de procedência.

"Tudo foi feito com lisura legal e, no tocante particularmente ao Ministério da Aeronáutica, cumpre não desconhecer a prudência, serenidade e mesmo a tolerância da sua atuação no caso" (fls. 157-163).

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: V. Ex.<sup>a</sup> me permite pedir um esclarecimento? A segunda portaria é de 7 de janeiro e o requerimento de mandado de segurança se operou em 19 de maio. Se essa questão estiver em condições de ser esclarecida desde logo, eliminará tôdas as demais, estando eu nessa segunda parte, em conformidade com a proposta de V. Ex.<sup>a</sup>. Prestei atenção a êsses dados. Gostaria de saber se a portaria, de 17 de janeiro foi publicada para entrar em vigor antes dos 120 dias dêsse *ultimatum* para o impetrante em 19 de maio. Questão sòmente de vigência da portaria.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Informarei, como V. Ex.<sup>a</sup> deseja. Não levantei, desde logo, a possibilidade de uma indicação no sentido de resolver-se, nesta sessão, as questões preliminares, porque sabe V. Ex.<sup>a</sup> que sempre fui obediente ao Regimento e, na sua conformidade, sempre tenho rejeitado tôdas as propostas neste sentido. Daí não fazer a referida indicação.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: V. Ex.<sup>a</sup> prefere submeter a questão ao Tribunal? Não preciso mais de esclarecimentos.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Devo aditar mais a V. Ex.<sup>a</sup> e ao Tribunal que não quero voltar a águas passadas, mas a mim me parece que em casos dessa natureza - complexos - seria preferível um julgamento só, em lugar de dois, mesmo porque os advogados das partes falariaem sôbre as preliminares e sôbre o mérito para não fracionar o julgamento. São essas as considerações que tenho a apresentar ao Tribunal e me submeterei a qualquer deliberação nesse sentido.

Dou, assim, por findo o relatório.

## PROPOSTA

## QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Pela ordem, Sr. presidente. O Tribunal debateu largamente a questão de julgar, ou não as preliminares em casos em que se ventilasse matéria constitucional. Depois de vacilação, firmou

entendimento no sentido de que as preliminares devem ser julgadas desde logo, sem exigência da totalidade dos juízes.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (relator): Firmou, não é bem a expressão; tem admitido algumas vêzes, mas outras vêzes não.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Disse com fidelidade absoluta. Se V. Ex.<sup>a</sup> põe dúvida, posso comprovar com as notas taquigráficas. Disse com fidelidade: o Tribunal vacilou inicialmente, mas, depois, firmou o entendimento de que as preliminares podem ser julgadas desde logo, qualquer que seja o número de juízes presentes, desde que haja *quorum*. É o que se dá no caso presente. Há duas preliminares e se uma delas for vencedora não se terá tornado *imprescindível* julgar matéria constitucional. O entendimento, a meu ver, que se torna tranqüilo é esse, isto é, que as preliminares se julguem desde logo. Se o Tribunal tem decidido, proponho que sejam as mesmas submetidas. Caso caiam, o Tribunal se manifestará sôbre a imprescindibilidade de decidir matéria constitucional.

#### VOTO - VENCIDO

#### QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (relator): Voto contra, Sr. presidente, na conformidade dos meus votos constantes e reiterados nesta Casa. Em casos como o Presente, acho preferível um julgamento ao invés de dois. Sou por que se publique o relatório, antes do julgamento das preliminares.

#### VOTO

#### QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, o ministro CUNHA VASCONCELOS tem tôda a razão. O Tribunal firmou jurisprudência no sentido a que se refere S. Ex.<sup>a</sup>. E esse entendimento foi adotado com o contingente de meu voto. Em diversas oportunidades acordamos que o relatório do feito que versasse matéria constitucional, só deveria ser publicado após ter o Tribunal apreciado prèviamente as preliminares ou prejudiciais capazes de

obstar a decisão do mérito. Com isso atendia-se ao princípio da economia processual. Coerente, portanto, com meus votos anteriores, acolho a preliminar suscitada pelo Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, que visa sanear, desde logro a impetração.

VOTO

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Primeiro, como é intuitivo, as preliminares depois, cogitaremos de se o mérito encerra controvérsia de ordem constitucional e que torna indispensável a prática do art. 97 do Regimento.

VOTO - VENCIDO

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: De acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, dou pelo exame da matéria das preliminares antes da publicação do relatório, de acôrdo com a indicação do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

VOTO

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: De acordo com o julgamento das preliminares.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (relator): Sr. presidente. Rejeito ambas as preliminares.

A primeira, de intempestividade, não tem cabimento. A portaria foi publicada, segundo consta de dois Diários Oficiais juntos aos autos, a 19-1-49; e a inicial do impetrante deu entrada no protocolo da Secretaria dêste Tribunal a 18 de maio de 1949. Por conseguinte, dentro dos 120 dias marcados pela lei.

O argumento do eminente Dr. subprocurador geral da República, a meu ver, é um argumento - como se diria - judaíco.

Não é possível que à parte se presume conhecer de um ato administrativo antes de sua publicação, a não ser em casos especiais e que ela mesma venha a dizer que conheceu dêsse ato, nessa data.

Ora, não vejo nenhum outro documento em que se assente, senão nos dois Diários Oficiais, em que vem publicada a falada portaria, ambos de 19-1-49.

Rejeito, por conseguinte, a preliminar de intempestividade.

Quanto à segunda preliminar, todo o Tribunal conheceu o meu ponto de vista. Dirão talvez até que um pouco teimoso. Mas sempre compreendi, e continuo a compreender, que a Constituição federal não aboliu, não revogou os preceitos contidos no art. 320 do Cód. de Proc. Civil. Se assim o fôra, se o, princípio constitucional tivesse a amplitude que lhe querem emprestar, não se poderia contar, então, o prazo de decadência. Evidentemente, não haveria decadência, porque a Constituição não explicitou a respeito, disse apenas que se dará mandado de segurança a favor de todo direito líquido e certo ameaçado de violação.

Mas todos os tribunais, até agora, sempre reconheceram como legítimo de decadência. Logo, o legislador ordinário que o inseriu, porque não poderia, dada a índole dá remédio, traçar as normas que traçou de referência ao cabimento do *writ* quando se tratasse de impostos ou taxas, de atos disciplinares ou de sujeitos a recursos administrativos, pois todos têm de se entrosar com a índole e natureza do remédio? Todo o Tribunal conhece meu porto de vista a êsse respeito, não irei mais repisá-lo.

No caso, porém, trata-se do seguinte: há cobrança da taxa, mas também há, por via oblíqua, vedação das atividades profissionais da requerente, caso seja declarada devedora remissa.

Logo, não se poderá dizer que o mandado é impetrado somente contra o aparelhamento administrativo e a iminente ação executiva. Será impetrado para evitar a cominação também dessas penas políticas que obstarão às suas atividades profissionais. Em virtude desta última circunstância, é que tomo conhecimento do pedido.

### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente. Desprezo, também, ambas as preliminares.

Tomaria conhecimento do mandado, ainda que ajuizado mais de 120 dias depois da segunda publicação da portaria, de acordo com o entendimento defendido por mim, em torno dos mandados de segurança requeridos contra a cobrança da taxa sindical.

Entendo que a preclusão do prazo não se conta do ato determinante ou criador de uma taxa, porque um ato se renova, à medida que a cobrança se repete. Cada momento de cobrança poderá constituir um novo início de prazo para requerer mandado de segurança.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: V. Ex<sup>a</sup> dá licença de um aparte?

Esposaria - como, aliás, sempre espousei - essa doutrina, essa restrição de V. Ex<sup>a</sup>. No caso, porém, não posso fazê-lo porque os impetrantes o que querem obstar, especialmente é a cobrança executiva de janeiro, fevereiro e março, de cuja iminente execução foram notificados.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Argumento assim, pelo que se lê no n<sup>o</sup> 2 da portaria (letra a), *sempre que as aeronaves pousarem nos portos estarão sujeitas às taxas.*

Em tal situação, a meu ver, o mandado de segurança pode ser requerido a qualquer tempo.

Assim, não só pelos fundamentos do próprio Sr. ministro relator, que adotou como marco inicial a data de 18 de janeiro, como ainda pelas minhas razões, já do conhecimento do Tribunal, conheço do recurso.

Quanto à, segunda preliminar, também já o Tribunal se tem manifestado, reiteradamente, no sentido de que não subsistem as restrições do art. 320, face à Constituição de 1946.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente. Também desprezo as preliminares, porém o faço, com as mesmas ressalvas, oportunamente formuladas pelo eminente Sr. ministro relator.

Filio-me ao entendimento de que subsistem as restrições consubstanciadas no artigo 320, e seus incisos, do Cód. de Proc. Civil.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Rejeito as preliminares.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, 19 de janeiro é, demonstradamente, a data da publicação; 19 de maio a data em que foi impetrado o mandado de segurança. Conseqüentemente, rigorosamente dentro dos 120 dias de prazo.

A data de 7 de janeiro não poderia contar, porque a lei regulamentar daquela portaria só se integrou depois da data da publicação definitiva, que foi a de 19 de janeiro questionada.

Assim, nessa parte, estou com o provector Sr. ministro relator, mesmo porque não poderia, de modo algum, subsistir outro entendimento, ao que me parece,

como o de retroagir à data do próprio decreto-lei anterior, pois as partes não se atirariam, normalmente, contra a lei em tese.

Quero apenas fazer uma observação acerca da regra do art. 331, para assinalar que com este, em que se fixa prazo de decadência, a Constituição nada tem a ver. Prazo de decadência, como de prescrição, salvo motivo excepcional, é matéria típica do direito ordinário.

É só uma ressalva como ponderação às palavras da sustentação de uma tese do eminente advogado da parte. Lembro a esse respeito a autoridade do ministro OROZIMBO NONATO, quando isso declarou assentado, no Supremo Tribunal, de maneira inequívoca.

Quanto à outra preliminar acerca do artigo 320 do Cód. de Proc. Civil, obviamente não posso dar por ela, depois de ter recorrido a fundamentos tão intensa e extensamente para repeli-la. Aliás, o eminente Sr. Dr. subprocurador geral da República não tem entusiasmo em levantá-la, ao que declarou exatamente. Rejeito, pois, ambas as preliminares.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, rejeito ambas as preliminares. Sou pela tempestividade do recurso porque a publicação da portaria, segundo esclarece o Sr. ministro relator, foi a 19 de janeiro e o mandado requerido a 18 de maio, dentro do prazo de 120 dias. Quanto à secunda, preliminar, já é jurisprudência pacífica deste Tribunal - e já tenho também ponto de vista firmado - contrário à aplicação do § 4º do art. 320 do Cód. de Processo. Além do mais, no caso *sub judice*, a aplicação do § 4º levaria em consequência, conforme bem esclareceu o eminente advogado do impetrante, a paralisar os serviços da empresa.

Assim, como já declarei, rejeito ambas as preliminares.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Também desprezo as preliminares.

## VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (relator): Sr. presidente, nada tenho mais a votar. Já fiz a indicação a V. Ex.<sup>a</sup>, dizendo que é imprescindível o julgamento de matéria constitucional, portanto, a prática do art. 97 do Regimento Interno.

## VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Estou de acôrdo em que se publique o relatório, porque, realmente, se contém matéria constitucional nas alegações e a defesa é em tôrno dêsse ponto.

## VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Com o Sr. ministro relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Também de acôrdo com o Sr. ministro relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: De acôrdo com o Sr. ministro relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Acolho a indicação do Sr. ministro relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: De acôrdo com o Sr. ministro relator.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por proposta do Sr. ministro relator e nos termos do art. 97 do Regimento Interno, ficou suspenso o julgamento, menos quanto às preliminares que o Tribunal, contra os votos dos Srs. ministros relator e ARTUR MARINHO, resolveu apreciar.

Por unanimidade de votos, foram rejeitadas as preliminares suscitadas. Por unanimidade de votos, o Tribunal resolveu pela publicação do relatório.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ARMANDO PRADO.

Deixou de tomar parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por não ter assistido ao relatório.

### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (relator): Do relatório feito e publicado, verifica-se que o *writ* é requerido em nome de várias emprêsas aeroviárias para o fim de ser obstada a cobrança das chamadas *taxas aeroportuárias*, instituídas pelo dec.-lei número 9.792, de 6 de setembro de 1946, e fixadas pelas portarias ministeriais ns. 434 e 7, respectivamente datadas de 30 de dezembro de 1946 e de 7 de janeiro de 1949.

Alega-se, como razão da impetração, não só a ilegalidade da, mesma cobrança, como a sua inconstitucionalidade, face aos artigos 141, § 34, 65 n° II, 36, § 2° e 73 da Lei Maior. Alinha a inicial seis fundamentos, que são, na maioria, não há negar, de conteúdo relevante.

II. Começamos pelo primeiro, em que se argúi a ilegitimidade ou desvalia da portaria n.º 434, que regulamentou o dec.-lei n° 9.792, citado, por haver sido baixada a destempo. Essa argüição improcede e não pode ser acolhida. Com efeito, o citado decreto-lei, - fonte das indigitadas taxas aeroportuárias - estabeleceu (art. 21) que estas e as instruções reguladoras de seu recolhimento seriam aprovadas em portarias do ministro da Aeronáutica, mediante proposta da Diretoria, da Aeronáutica Civil, as quais deveriam ser *baixadas* até 1° de janeiro de 1947. Ora, segundo se vê dos autos (Diários Oficiais juntos, de fls. 60-61) e reconhece o próprio impetrante, as portarias em questão (ns. 434 e 435), expedidas pelo Sr. ministro da Aeronáutica, por proposta da Diretoria da

Aeronáutica Civil, têm a data de 30 de dezembro de 1946. Logo, foram baixadas dentro no prazo marcado pela lei. O fato de só haverem sido publicadas no "Diário Oficial" quatro dias depois; isto é, a 4 de janeiro de 1947, não infirma essa certeza. A publicação das leis, como dos regulamentos, portarias, instruções e demais atos legislativos ou administrativos, tem por fim tornar esses atos publicamente conhecidos e dar-lhes vigência obrigatória e geral, finas êles independem daquela para a sua integração. O ato, uma vez baixado ou expedido por quem competente, desde que se revista das formalidades exigidas para ele, está completo, perfeito, integrado: tem fôrça potencial. A publicação vem apenas emprestar-lhe fôrças executórias, vigência. A lei (dec.-lei nº 9.792) não marcou prazo para a publicação das portarias aludidas, mas tão-só para a sua expedição, isto é, para que fôssem baixadas. Não tem, pois, consistência a arguição.

### III. Quanto às demais, apreciamo-las em conjunto.

Em 6 de setembro de 1946, antes da promulgação da Constituição vigente, o presidente da República no uso das prerrogativas que lhe conferia o art. 180 da Carta de 1937, e no intuito declarado de oferecer à navegação aérea o máximo de eficiência e segurança, baixou o dec.-lei nº 9.792, regulando a utilização dos aeroportos nacionais e definindo os serviços e taxas correspondentes. O referido diploma, seguindo as pegadas do dec. nº 20.914, de 1932, do chefe do Governo Provisório, estabeleceu: que a exploração dos aeroportos nacionais, seja feita, ou diretamente pela administração pública, ou por concessionários saís. através, em ambos os casos, de uma entidade denominada *administração do aeroporto*; que as instalações e serviços desses aeroportos seriam franqueados a quaisquer empresas aeroviárias ou aeronaves, sem distinção de propriedade e nacionalidade, nem preferência de tratamento; que a utilização dessas mesmas instalações e serviços, inclusive serviços complementares ou acessórios das organizações de terra, seria retribuída com os pagamentos que fôssem devidos à administração do aeroporto, conforme as tarifas para cada caso aprovadas pelo ministro da Aeronáutica (arts. 1º e 2º): que as tarifas cobradas se destinariam a cobrir as despesas de custeio e conservação (art. 4º, § 2º). E depois de classificar os serviços e vantagens oferecidas aos aeroportos, ao comércio e à navegação, em número de 13, a saber (art. 7º)

### II - Pouso.

II) - Hangaragem.

III) - Atracação.

IV) - Atracação a flutuantes.

V) - Reboque e remoção de aeronaves.

VI) - Iluminação e balizamento noturno.

VII) - Aparelhamento de pouso sem visibilidade.

VIII) - Serviços de abastecimento, auxiliares e diversos.

IX) - Contrôles e informações da aproximação e partida.

X) - Estação de passageiros.

XI) - Locação de áreas para despacho, escritórios, lojas, oficinas, depósitos, restaurantes e outros serviços.

XII) - Guarda de veículos.

XIII) - outros que venham a ser oportunamente estabelecidos,

fixou, logo após, o critério a se adotar para a estipulação das taxas correspondentes a esses serviços e vantagens (arts. 8º a 20), prescrevendo afinal:

"Art. 21. As taxas aeroportuárias e as instruções reguladoras de seu recolhimento e aplicação serão *aprovadas erra portarias do ministro da Aeronáutica, mediante proposta da Diretoria da Aeronáutica Civil, observadas as regras e disposições do presente decreto-lei*".

Baixadas as portarias a que alude o dispositivo *supra*, fixando, na consonância das normas traçadas na lei, as chamadas taxas aeroportuárias, logo as emprêsas

ora representadas pelo Sindicato impetrante passavam a impugnar a cobrança das mesmas, alegando sua inconstitucionalidade, porque, - argumentavam - sobrevindo a Constituição de 1946, antes da entrada em vigor do dec.-lei nº 9.792 e da expedição das ditas portarias, não podiam mais as ditas taxas ser criadas, como o foram por ato do Poder Executivo, nem mesmo fixadas por êste, mediante autorização ou alegação legislativa, dados os preceitos impeditivos e claros da mesma Constituição, aos quais já fizemos menção no início dêste voto. Suspensa a cobrança, a pedido das emprêsas, a fim de que o govêrno examinasse a reclamação, veio ela, afinal, a ser ordenada, após autorização orçamentária, pela portaria nº 7, de janeiro de 1949, com uma redução geral de 20%, favorável às reclamantes, e a partir do comêço deste mesmo ano.

IV. Não há negar que pelo sistema político constitucional vigente a criação ou alimento de tributos de qualquer natureza depende de lei votada pelo Congresso. O Poder Executivo não tem competência para tal e os atos que, porventura, pratique, criando ou aumentando tributo, são inoperantes; não obrigam os contribuintes. Os preceitos do artigo 141, § 34, da Constituição, são categóricos. exigindo, ao demais, para a validade da cobrança do tributo legalmente criado ou aumentado, prévia autorização orçamentária, salvo em se tratando de tarifa aduaneira ou impôsto lançado por motivo de guerra. Fora de dúvida também é que só a União tem competência para explorar os serviços de navegação, quer da maneira direta, quer mediante concessão ou autorização, competindo ao Congresso Nacional não só votar os tributos próprios da União e regular a arrecadação e distribuição de suas rendas como assim legislar sôbre bens do domínio federal e sôbre tôdas as matérias da competência da União (arts. 5º, incisos XII e XV, *a*, e 65, incisos II e IX). Aliás, assim o era, também, nos regimes anteriores.

Por outro lado, ninguém contesta que a Constituição vigente vedou de maneira expressa a delegação de atribuições, não podendo, por isso, o Legislativo delegar ao Executivo a atribuição de impor tributos, que lhe é própria (art. 36, § 2º). Tudo isso é indiscutível, irrefragável.

Na, espécie, porém, há que ponderar o seguinte: Em primeiro lugar, não se pode obscurecer que as chamadas taxas aeroportuárias foram instituídas, na realidade, por uma lei (dec.-lei nº 9.792, de 1946) que as especificou

pormenorizadamente, prevendo, com precisão e minudência, os casos de sua incidência. O conteúdo dessa lei é voltado quase que exclusivamente para esse sentido (vide art. 1º §§ 2º e 3º, art. 4º, §§ 1º e 2º, e arts. 8º e 20). Em segundo lugar, o referido diploma foi expedido pelo presidente da República, no exercício de funções legislativas, consoante permitia o regime de 1937, não sendo possível increpá-lo de ilegítimo nem frente a êsse regime nem ao vigente, com o qual não colide. Em terceiro lugar a cobrança das taxas está prevista e autorizada pela lei orçamentária em vigor.

Objetar-se-á, porém e é de grande vulto a objeção, que a lei em aprêço, ao instituir as faladas taxas, não as fixou, como deverá e era de sua atribuição fazê-lo: ao contrário, delegou essa atribuição ao Executivo por intermédio do ministro da Aeronáutica, mediante proposta de uma Comissão Administrativa. E argumentar-se-á ainda mais que fixação de um tributo é uma norma genérica, abstrata e obrigatória, é um ato tipicamente legislativo, conseqüente do exercício da função normativa do Estado, e nunca um ato regulamentar, administrativo, peculiar ao Executivo, não podendo, por isso, ser delegável. Não é o momento de discutir, aqui na estreiteza deste pronunciamento, a extensão do conteúdo dos atos administrativos e dos regulamentos, nos quais insignes expositores vislumbram, também, preceitos gerais e obrigatórios, impostos coativamente a todos. Ponderamos, no entanto, que não é possível recusar ao Poder Executivo uma certa função legiferante, mediante o poder de regulamentar. E não somos nós que o afirmamos. É uma corrente vitoriosa de publicistas e de arestos, daqui e de alhures. Apesar disso, encaremos de frente a objeção.

Não é irrefutável e antes passível de contestação vitoriosa. Na América do Norte, por exemplo, onde as fixações de preços e tarifas dos vários serviços de utilidade pública são feitas, via de regra, por agências ou comissões administrativas, reconhece-se - e a Cômte Suprema o tem proclamado - que tais atos têm caráter *legislativo*. As decisões proferidas no caso *Atlântico C. E. R. Co. versus North Carolina Corp. Com.* e em inúmeros outros, o atestam. Não obstante isso e não obstante a rigidez com que a mesma Cômte construiu o princípio da separação e independência dos poderes e conseqüente vedação de delegações de atribuições, tem ela invariável e reiteradamente decidida pela validade e legitimidade de tais fixações, através de comissões administrativas, considerando-as em harmonia, com tais princípios. De começo, conceituando

tais funções como *quase legislativas* e, por fim, com tipicamente *legislativas*, mas passíveis de delegação, maugrado o princípio geral da proibição delegativa, pela necessidade das coisas e pela incongruência a que chegaria o intérprete e aplicador da lei sobretudo da Constituição, se deixasse de reconhecer que esta é um conjunto de regras, de princípios gerais e normativos, estruturados para realizar as finalidades do Estado, através dos tempos, atendendo aos imperativos políticos, sociais e econômicos da nação, e não um feixe de fórmulas doutrinárias ou de sistemas especulativos, alérgicos às realidades e contingências do meio e da época. É que, em se tratando de preços ou tarifas de utilidades ou de serviços variáveis e oscilantes a todo instante, no influxo de múltiplos e complexos fatores, não poderia a lei, norma abstrata, de caráter permanente e duradouro, e de demorada elaboração, apurá-los, fixá-los, modificá-los com precisão e oportunidade, função só possível à administração, ao Poder Executivo. E tão pacífico é êsse entendimento, que aquêlê excelso Pretório não mais o discute, limitando-se apenas a verificar os limites da delegação, isto é, se foram estabelecidos critérios suficientes pela lei para que a administração não exorbite e se atenha os fins que ela, lei, se propõe. A ação nominativa, as diretrizes político-econômicas, são da lei. A fixação dos preços compete à administração, dentro dos limites e diretrizes impostos por aquela. Função complementar, tão-só.

O princípio estabelecido por MONTESQUIEU há que ser observado nos seus justos termos, sem extremos sectaristas, contrários às finalidades do Estado, plasmado pela Constituição, para garantir as liberdades públicas e individuais, ordem jurídica, econômica e social, o bem-estar coletivo, enfim.

Já dizia eminente publicista e magistrado brasileiro: "As Constituições não são repositórios de doutrinas: são instrumentos de govêrno", mostrando ser contrário à boa hermenêutica interpretar-lhe os textos rigidamente, em obediência à conceituação filosófica ou doutrinas levadas ao extremo. Deve-se, sim, procurar atualizar e harmonizar os seus preceitos e dentro da letra buscar o espírito político que as ditou, a fim de acomodá-las, sem infringência real, às necessidades e imperativos da época. Esse o trabalho dos juristas, notadamente dos magistrados, pois que elas foram plasmadas para perdurar, através dos tempos que se modificam continuamente, sob a pressão dos mais variados fatores a que é forçoso atender.

A proibição de delegação de atribuições sempre foi uma, constante em nossas regras políticas, em nossas constituições. Decorre do princípio da separação e independência dos poderes do Estado e das atribuições assinaladas a cada um deles. A Constituição vigente nada inovou no art. 36, § 2º. Apenas explicou a proibição já contida implicitamente na consagração do referido princípio. Assim têm entendido, uniformemente os doutos. Aqui, como nos Estados Unidos da América do Norte, essa questão tem sido discutida rudemente, mas, entre nós, como ali, sempre preponderou, com apoio dos que reconhecem a impossibilidade de emprestar-se ao princípio da vedação extremos inflexíveis, com menosprêzo às realidades palpáveis, e, em conseqüência, ser lícito e legítimo ao Congresso, não pròpriamente delegar o poder de fazer a lei, mas fazer a lei com delegação de poderes ao Executivo para precisar fatos ou determinar um estado de coisas de que depende a execução ou eficiência da mesma lei, tudo nos têrmos que prescrever.

No caso dos autos, o simples exame da índole das chamadas taxas aeroportuárias conduz à certeza da impossibilidade da lei poder fixar-lhes, desde logo. Ou teria o legislador de aprovar taxas inflexíveis sem guardar correspondência e proporção justa, - o que seria absurdo - dadas as flutuações no mercado, ou teria, para ajustá-las às condições reais de intervir, a cada passo, o que redundaria na ineficácia e impraticabilidade das normas legais e dos serviços que elas buscavam disciplinar. A proibição levantada em têrmos de princípio pela Constituição, não pode excluir ou deixar de admitir, em casos que tais, certo poder ao Executivo para complementar a lei mediante dados técnicos e de fato, que só êle pode apurar e oferecer com precisão e segurança.

Escritores de prol afirmam, por isso, que a fixação de preços e tarifas é atribuição inerente ao Executivo, baseando alguns, como fonte ou fundamento, o poder de administração, ou melhor, o poder de polícia, competindo ao Legislativo traçar, em caráter geral, as diretrizes ou princípios normativos da política a êles referente.

Seja como fôr, a verdade é que se tem entendido, quase que universalmente, que atribuição de fixar preços ou tarifas, particularmente de serviços de utilidade pública, entra também na competência do Poder Executivo. Entre nós, a regra tem sido essa em todos os tempos, sem que se tenha por infringido o princípio constitucional da proscricção de delegação de atribuições.

Basta atentar no que tem ocorrido de relação aos serviços de estradas de ferro, de rádio-comunicações, de energia elétrica, de águas e até de comunicações postais e telegráficas só ultimamente modificados. Em todos êles, a fixação, revisão e retificação dos preços ou tarifas sempre foi feita por ato do Executivo, seja mediante decretos, seja mediante portarias ministeriais. E dêsse regime também não se afastaram os serviços portuários. As disposições legais disciplinadoras de todos êsses serviços aí estão para atestar a afirmativa. Lê-se, por exemplo, no Regulamento das Estradas de Ferro (decreto nº 15.673, de 1922): "Os preços de transporte serão fixados e aprovados pelo govêrno (art. 98) e no Regulamento Geral dos Transportes para as Estradas de Ferro Brasileiras: "As tarifas, bem como quaisquer alterações das mesmas que redundam em aumento sòmente poderão entrar em vigor depois de aprovadas pelo govêrno, etc." (portaria nº 575, de 1939, art. 11). O decreto nº 24.447, de 1934, definindo atribuições, nos portos organizados, estatui: "Todos os serviços prestados à navegação e ao comércio nos portos organizados, pelas repartições públicas, que representam diversos ministérios e cujas atribuições foram especificadas nos arts. 4º, 5º, 6º e 7º dêste decreto, serão retribuídos pela aplicação de taxas aprovadas pelo govêrno e que constarão de tabelas que, nas referidas repartições, deverão estar ao alcance dos interessados para consulta" (art. 12). O dec. nº 24.511, de 1934, regulando a utilização das instalações portuárias e que serviu de modelo, a meu ver, para elaboração do dec.-lei nº 9.792) em questão, regulando a utilização das instalações portuárias, estabelece princípios idênticos (artigo 1º, § 2º) e o dec. nº 24.508, prescreve: "As vantagens e serviços de que o comércio e a navegação usufruírem, nos portos organizados, serão retribuídos com o pagamento de importâncias, cobradas pela administração dêsses portos e calculados pela aplicação de taxas estabelecidas para cada, pôrto em uma *tarifa aprovada* por portaria do ministro da Viação e Obras Públicas e organizada de acôrdo com o que prescreve êste decreto" (art. 3º). O Código de Águas, por seu lado, não dispõe de maneira diferente, quando atribui ao Serviço de sopas do Departamento Nacional da Produção Mineral, com aprovação do ministro da Agricultura, fixar tarifas (arts. 176 e 180).

No julgamento do habeas corpus número 30.355, de 1948, \* requerido ao Supremo Tribunal Federal em favor de um condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal como incurso nas penas do art. 3º, II, do dec.-lei nº 569, combinado com o artigo único do dec.-lei nº 2.524, por ter infringido tabela de

preços, baixada pela Comissão Central de Preços, a matéria, ora em debate, foi longamente considerada. O fundamento do pedido estribava-se justamente na inconstitucionalidade do tabelamento de gêneros, porque levado a efeito por órgão administrativo. Argumentou-se que o ato público que fixa ou limita preço de mercadoria ou serviço é ato legislativo, não podendo, por isso, prevalecer, se editado pela administração e não pelo Poder Legislativo.

Pois bem, o excelso Pretório, por unanimidade de votos, negou a ordem, pelos fundamentos Constantes dos votos de dois de seus mais conspícuos juízes: CASTRO NUNES e OROZIMBO NONATO. Tão expressivos e adequados à hipótese vertente são êsses votos, que não me furto ao desejo de tê-los, aqui, integrando-os no meu voto:

"O Sr. ministro CASTRO NUNES (relator): O que se argúi, conforme se vê dos termos do pedido brilhante e eruditamente fundamentado, é a incompatibilidade do dec.-lei nº 9.125, de 4 de abril de 1946, que estabeleceu o contrôlo dos preços das utilidades e criou uma Comissão incumbida de executar êsse contrôlo, por efeito da Constituição, superveniente, art. 36, § 2º, onde se proíbem as delegações legislativas. E diz então o impetrante que o tabelamento dos preços estabelecido por aquela Comissão, teria de constar da lei, em se tratando, segundo entende, de medida de índole legislativa, o que envolve uma delegação possível, acrescenta, sob o Estatuto de 37, não porém, sob o atual, em face daquela proibição expressa.

"A proibição das delegações legislativas é um velho tema muito debatido entre nós, como alhures. E daí, dêsses antecedentes conhecidos, que datam do Império, se vê desde logo que a atual Constituição não inaugurou o princípio proibitivo, que sempre se teve por implícito, porque decorrente dos poderes separados e demarcados nas suas funções. O que se fêz agora, como, aliás, também em 34, foi apenas explicitar uma proibição implícita na vedação que já inseria no texto da primeira Carta republicana, art. 79, quando aí se declarava não poder o cidadão investido nas funções de um dos poderes da União exercer as de outro.

"A proibição existe, em razão da separação dos poderes do Estado e da discriminação constitucional das atribuições cometidas a cada um dêles. Também nos Estados Unidos não existe proibição expressa na Constituição.

Mas todos os expositores têm-na por subentendida no sistema, tão certa é que a promulgação do princípio contrário levaria à negação mesma dos poderes separados.

"Diz o impetrante que houve em nossa última Constituinte o embate das duas doutrinas, a adotada no Estatuto de 37, onde se restringia às disposições de base a função do Parlamento, reservando-se no Executivo amplíssima esfera regulamentar, e o princípio clássico, que reserva ao Congresso todo o poder legislativo, não deixando ao Executivo senão o poder regulamentar adstrito à fiel execução das leis. E daí conclui que a atual Constituição, com assento nesse dissídio manifestado na sua elaboração, condena a delegação das atribuições legislativas, consentida na anterior Carta Política.

"Não me parece possível dizer que, partilhando com o presidente da República o poder legislativo, a Constituição de 37 autorizava a delegação dos poderes do pagamento que então existia; não poderia classificar-se como delegação, mas como partilha do Poder Legislativa ou, mais exatamente, como desenvolvimento do poder regulamentar, além dos limites admitidos na doutrina, clássica. Delegação de poderes, no sentido em que se põe esta questão, só existe quando um poder consente em despojar-se de exercer função que constitucionalmente lhe pertence para que outro poder a exerça. Isso só poderia ocorrer na vigência do Estatuto de 37, se houvesse Parlamento e êste autorizasse o presidente da República a elaborar a lei por inteiro ou estatuir sobre as duas disposições de base. Compreendo, em todo caso, o argumento: o decreto-lei de 4 de abril de 1946 não seria, inconstitucional, ainda que separados estivessem em órgãos distintos o poder legislativo e o de regulamentar e executar a lei, porque a função reservada ao Executivo poderia comportar as providências complementares de que ficou incumbida a Comissão de Preços. Ninguém pretenderia - e muito menos o impetrante - interpretar dispositivos da Constituição com a rigidez de exegese das normas de direito comum, sobretudo dos regulamentos. É sabido que a interpretação constitucional dispõe de possibilidades muito mais amplas do que as consentidas ao intérprete em face das normas ordinárias. E nisso consiste o segredo da longevidade das instituições americanas, velhas de século e meio, e atualizadas pela jurisprudência construtiva da Corte Suprema na revelação de normas insuspeitadas à leitura dos textos e que formam a Constituição não escrita, à margem do instrumento constitucional.

"Se a Constituição, implícita ou explicitamente, declara que o Poder Legislativo não pode delegar suas atribuições, lança uma proibição a ser observada em linha de princípio, sem excluir, todavia, certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou apurações de natureza técnica, dos quais depender a incidência ou aplicação mesma da lei.

"É, nestes termos razoáveis, que tem sido entendida a proibição das delegações legislativas nos Estados Unidos, onde proliferam as Comissões ou Conselhos administrativos, que as leis, instituindo ou dispondo sobre certos serviços, estabelecem como certa porção de autonomia indispensável à execução mesma da lei.

"O Congresso, dizem FINLAY and SANDERSEN, não pode delegar o poder para fazer a lei; mas pode fazer uma lei com delegação do poder para determinar fatos ou um estado de coisas de que depende, nos termos que êle mesmo estatuir, a sua própria execução ou eficácia - *"The Legislature cannot delegate its power to make law; but it can make a law to delegate a power to determine some fact or state of things upon, which the law makes or intends to make it own action depend"* ("The American Executive and Executive Methodes", pág. 322).

"O eminente FRANCISCO CAMPOS, na justificação da solução adotada no Estatuto de 37, baseou-se nos antecedentes americanos, na expansão do poder regulamentar atribuído à Coroa na Inglaterra parlamentarista e em antecedentes nossos, que datam do Império, para mostrar que, na realidade, nada se inovava, apenas se traduzia no corpo da Constituição uma prática adotada e admitida nos Estados Unidos e entre nós.

"Eis porque me parece que o problema não se apresenta em termos diversos daqueles em que se apresentava a controvérsia ao tempo da Constituição de 91, quando ali se passaram imunes à censura judicial autorizações legislativas em termos tão amplos no tocante a reformas de serviços públicos que a lei saía por inteiro das retortas do Poder Executivo.

"Não é êsse, entretanto, o caso dos autos.

"O presidente da República, fazendo as vêzes de Poder Legislativo, expediu, a 4 de abril de 1946, o dec.-lei n° 9.125, instituindo a Comissão de Preços e definindo as infrações em que pudessem incorrer os contraventores, entre as quais a de cobrar preços além dos tabelados.

"Incumbiu aquela Comissão de tabelar os preços máximos dos serviços e dos gêneros e utilidades essenciais, tomando por base, acrescenta o art. 4°, letra *b*, o custo da produção, inclusive a remuneração do capital".

"É contra essa função que se insurge o impetrante, entendendo que o tabelamento teria de constar da lei ou de aguardar a intervenção legislativa sempre que necessária a sua modificação.

"Não é preciso dizer que isso seria impraticável. Nem o legislador poderia prefixá-los, estabelecendo uma tabela insensível às flutuações do mercado e a outros fatores que intervêm no preço das mercadorias e utilidades; nem seria possível, sem comprometer a eficácia das medidas de proteção ao consumidor, a intervenção legislativa para adoção de nova ou novas tabelas, o que tornaria precária e praticamente inútil o contrôle que se quis estabelecer.

"Nem de outro modo poderia o Congresso legislar sôbre o contrôle dos preços, sem atribuir ao Executivo ou a um órgão autônomo a execução da lei que viesse a fazer agora, na vigência da atual Constituição, tão evidente se mostra que o tabelamento não poderia constar do diploma legal; senão acompanhar *pari passu* as variações do mercado.

"Pelo exposto, indefiro o pedido.

"O Sr. ministro ORUZIMBO NONATO: Sr. presidente, a delicadeza do problema jurídico, versado neste caso é evidente. E os argumentos do ilustre advogado do impetrante nada têm de leves ou frívolos. Ao revés, mostram-se êles ponderosos e rasgam perspectivas de grave debate jurídico, aliás tratado superiormente pelo eminente Sr. ministro relator.

"Trata-se de saber se o preenchimento de norma penal em branco é ato legislativo. E se é ato legislativo, caso não é de se aplicar a vedação genérica do dispositivo que proíbe as delegações.

"Êste o problema jurídico.

"Que êsse preenchimento tem avultações de ato legislativo, coisa me parece superior a dúvidas razoáveis.

"Trata-se de lei penal, por assim dizer móvel, de conteúdo variável, mas que define o crime com conseqüências penais e, por conseguinte, tem a mesma natureza da norma a que ela acede. É crime dar preço além do tabelamento e os preços constam da norma baixada pela Comissão executiva. Esta norma tem o conteúdo da lei mesma a que acede.

"O problema tem a gravidade daqueles todos que se ligam ao máximo dos princípios constitucionais, que é o da independência e harmonia dos poderes.

"Já tive ensejo de dizer que só há um modo radical de resolvê-lo, sem a suscitação de problemas difíceis. Seria proclamar a unidade do Poder, solução extremista, adversa à liberdade, e que peca, como disse RIPERT, por excessivamente lógica.

"A vedação de delegações deriva do princípio de harmonia e independência dos poderes. Mas, sua aplicação rigorosa é tão difícil, que ela, apesar de hostilizada pela palavra evangelizadora de RUI BARBOSA, e de suspicácia que inspiravam aos verdadeiros democratas. Ainda agora, o eminente advogado suscita novo argumento: é o de que a lei elaborada pelo Poder Executivo eliminaria a participação benéfica das minorias, que têm influência no Parlamento da República e sobretudo significaria um despojamento de poderes.

"Tudo isso é verdade e reverdade. Mas, se no passado sempre existiram delegações, compreende-se a cautela do atual constituinte que armou barreiras, ao parecer intransponíveis, entre a ação de um e outro poder.

"Os julgados antigos contornavam a dificuldade ampliando a extensão do conceito de regulamento e há tôda uma escola moderna que não distingue, substancialmente, o regulamento da lei, atendendo que, quer na norma legal, quer no parlamento, existe sempre preceito geral e obrigatório, emanado do Poder competente e impôsto, pela coação, à obediência de todos.

"Daí atribuir-se ao Poder Executivo, ainda que exercido regularmente, uma certa função legiferante.

Mas, essa escola, a ser aceita em tôdas as suas conseqüências, levaria ao ponto de indistinção do Poder Executivo e do Poder Legislativo. O Poder Executivo preceitua normas, que são leis em certo sentido, mas que não podem transcender os limites das leis do Poder Legislativo. Podem agir *praeter legem*. Os argumentos do ilustre advogado são verdadeiros e a êles teria de ceder, apesar de conseqüências nefastas à ordem econômica, se não fôsse o argumento que, a meu ver, prevalece, usado pelo Dr. procurador geral da República e ao qual se referiu no seu brilhante voto o eminente relator, ministro CASTRO NUNES: é o de que não se pode ter numa Constituição uma congérie, um conglomerado, uma pinha de preceitos que não se aliam substancialmente, que não se obedeçam a uma unidade fundamental.

"E se êsse entendimento domina no direito privado, mais imperiosamente dominará no direito constitucional, em que é necessário dar à norma plasticidade adequada às necessidades da vida nacional.

"É exato que não se pode ir à voga dêsse preceito até o ponto de enfraquecer os princípios fundamentais da Constituição, de dar-lhes uma delicadeza comparável às linhas de Apeles. Torna-se necessário que o preceito da vedação seja entendido de acôrdo com os demais preceitos constitucionais.

"A Constituição vigente permite ampla intervenção do poder estatal na ordem econômica. Há, nesse sentido, uma série de - providências que marcam, inequivocamente, que ela não adotou - e nem podia adotar - o anacrônico *laissez faire et laissez passer*, em face da ordem econômica.

"Se a Constituição manda que se reprima qualquer lucro ilícito, imodesto, exagerado, naturalmente não se pode compreender que, em seu mecanismo, um dos seus dispositivos torne inútil e ineficaz a proibição.

"Se não é possível o lucro imodesto, e se essa proibição consta da lei constitucional, em letra expressa e categórica, é preciso que tôdas as leis obedeçam em sua estrutura ao princípio capital da lei constitucional, a têrmos

de possibilitar-se a repressão. E assim não pode a vedação das delegações impedir a repressão constitucional do lucro excessivo.

"Há, pois, neste ponto, que enfraquecer a proibição das delegações, pois que sem o preenchimento, pelo Executivo, da norma penal em branco, seria impossível adversar o lucro imoderado.

"Seria impossível - e o Sr. ministro relator o demonstrou cabalmente - coibir o lucro imodesto, se deixasse apenas às Casas do Congresso o combate-las por via de leis que rapidamente se tornariam anacrônicas, fatalmente insensíveis às cotações do mercado, às flutuações econômicas, aos fatos de ordem comercial que se sucedem às vezes com uma vertiginosidade irrastrável, através da longa elaboração das leis pelo Congresso.

"Indefiro o pedido" ("REVISTA FORENSE", vol. 137, pág. 522).

Vê-se destarte, diante de tôdas as razões acima expendidas, que não é possível acolher a inconstitucionalidade das faladas taxas aeroportuárias, por terem sido elas fixadas pelo Poder Executivo, nos termos da lei que as instituiu e regulou. E que sem a ação regulamentar complementadora do Poder Executivo, em atenção a circunstâncias e fatos, que só ele seria capaz de apurar e fixar, tornar-se-ia impraticável a realização e execução da medida legislativa, editadas no propósito do bem público.

Mas, não é só.

No caso de que se ocupou o egrégio Supremo Tribunal Federal, que acima citei, cogitava-se de fixação de preços de gêneros de comércio, de utilidades industriais, de normas limitativas de liberdade comercial e industrial e da propriedade, envolvendo, além disso, preenchimento de norma penal em branco. Caso muito mais delicado e grave, o qual, no entanto, encontrou sua legitimação, pelo venerando Colégio Judiciário, dentro do espírito da Lei Fundamental.

Na espécie, trata-se de fixação de preços de serviços públicos. Na verdade, na boa técnica político-tributária, nem se pode denominar de tributos tais tarifas.

Grande tem sido a confusão a respeito da classificação dos tributos. Não só entre nós, mas em toda a parte do mundo. Só agora, com maiores estudos da ciência, econômicos e financeiros, do direito tributário, que vem de conseguir sua autonomia dentre as demais disciplinas jurídicas, é que ela tem obedecido à conceituação doutrinária.

O que em certos países acode pela denominação legal de impôsto, em outros recebe o nome de taxa, e vice versa, como assim a caracterização desta última ressurte-se de precisão e propriedade. Uns fazem assentar o impôsto no poder da soberania, no poder fiscal, enquanto assentam a taxa no poder regulamentar, no poder de polícia. Outros caracterizam ambos, impôsto e taxa, como manifestações do poder fiscal, distinguindo-os, porém, segundo as relações econômicas do indivíduo com o poder público.

O fato é que todas as rendas públicas são contribuições gratuitas, contratuais ou obrigatórias. EDWIN S. A. SELIGMAN, professor da Universidade de Colúmbia, em sua obra notável, traduzida por LOUIS SURET (ed. 1914), *Fassis sor l'impôt*, discorrendo ao propósito, faz sentir que o poder fiscal se manifesta sobre três formas diferentes: impostos, contribuições especiais e taxas, reservando, para os direitos conhecidos sob a denominação de preços ou tarifas, classificação diversa à margem do direito tributário propriamente dito. Ao impôsto define êle como a contribuição obrigatoriamente exigida do indivíduo pelo govêrno para cobrir as despesas gerais feitas no interêsse comum, sem levar-se em conta as vantagens particulares conferidas aos contribuintes. A taxa caracteriza-se como o pagamento que cobre o custeio do serviço periódico, instituído pelo govêrno em atenção, sobretudo, ao interêsse público, mas conferindo ao contribuinte uma vantagem particular valiosa e mensurável. E a contribuição especial como o pagamento efetuado de uma vez para cobrir as despesas dum melhoramento específico da propriedade determinado no interêsse público, percebida pelo govêrno em proporção à vantagem colhida com o melhoramento pelo proprietário.

Quanto aos preços ou tarifas, distingue-os nitidamente dos tributos, especialmente as taxas com as quais muitos confundem. Classificando-os em duas categorias, a saber: a dos preços quase privados e a dos preços públicos, define os primeiros como pagamentos voluntários feitos pelo indivíduo por um serviço ou um objeto vendido pelo govêrno, da mesma maneira que o faria um

particular qualquer, e os segundos como pagamentos efetuados pelo indivíduo por um serviço ou objeto vendido pelo govêrno, tendo em vista, sobretudo, o interêsse do indivíduo que paga, mas sem deixar de atender, embora secundariamente, um interêsse público da comunidade.

A diferenciação é clara. É que o Estado pode vender, alugar ou dispor dos bens utilidades de sua propriedade como se fôsse um particular. O preço respectivo não corresponde a um tributo: não decorre do poder fiscal, de soberania, mas de simples exercício do direito de propriedade. Isso, na primeira hipótese. Na segunda, também não decorre, pois, que o serviço ou utilidade é de interesse prevalente para o usuário, e só secundariamente para a comunidade geral, como medida de ordem, segurança e disciplinação de atividades.

Aqui, dir-se-á que, no caso em questão, a lei deu expressamente a denominação de taxas ao preço de utilização dos serviços portuários. A objeção, porém, não é de molde a impressionar e vencer. E a razão é óbvia. Não é a denominação que exprime a substância de um ato jurídico, como não é a forma que define a essência do conteúdo. Se a lei denomina *taxa a um preço privado, quase-privado, ou público*, a denominação não tira a êsses fenômenos de ordem econômica e jurídica a sua verdadeira natureza ou substância, nem é possível deixar de encará-los como tais.

Seguindo a esteira do eminente tratadista americano, inúmeros são os expositores estrangeiros e brasileiros que fazem a distinção *entre taxa e tarifas ou preços de serviços públicos*. A primeira empresta o caráter de verdadeiro tributo, emanção que é de poder soberano do Estado. As últimas não têm caráter regulamentar, constituindo a remuneração de um serviço de utilidade pública quer executado diretamente pela administração, quer mediante concessão. São rendas do Estado, sem êsse caráter, decorrentes de utilização de bens a serviços industriais e comerciais do mesmo Estado. Não têm feição compulsória; são cobradas somente dos que se utilizam dos mesmos serviços e bens.

O exame atento da natureza das chamadas taxas aeroportuárias leva a que a examine a evidência de não constituírem elas tributo, na conceituação técnico-jurídico do vocábulo, não exigindo por isso, lei especial para sua criação, e muito menos para sua fixação. E todos são acordes em afirmar que o fixá-las é

atribuição privativa da administração pública. Do exposto, indefiro o pedido, negando o executório impetrado.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, também nego a ordem, não só pelas brilhantes razões expostas no voto do Sr. ministro relator, como ainda porque, quando a Constituição da República diz, no art. 65, que "compete ao Congresso Nacional, com sanção do presidente da República, votar os tributos próprios da União e regular a arrecadação e a distribuição de suas rendas, bem como quando diz, no artigo 141, § 34, que "nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária", está a referir-se aos tributos definidos no art. 15, como de exclusividade dela, União; aos tributos que, obrigatoriamente, recaem sobre a generalidade dos cidadãos.

Não se incluem nessa categoria as taxas remuneratórias de serviços, que são fixadas por atos do Poder Executivo, em função de equilíbrio entre receita e despesa do serviço explorado diretamente ou concedido.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, nada tenho a aduzir às brilhantes e exaustivas considerações com que o Sr. ministro relator fulminou a impetração. Conseqüentemente e, em perfeito acôrdo com S. Ex.<sup>a</sup>, indefiro também o pedido.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Só a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra escapam à exigência constante da 2ª parte do § 34 do art. 141 da Constituição. Impugna-se, no caso concreto, contribuição que se quer cobrar das emprêsas aeroaviárias e destinada a retribuir a utilização e os serviços dos aeroportos. Ficou expresso, no dec.-lei nº 9.792, de 6 de setembro de 1946, que ao ministro da Aeronáutica, até 1º de janeiro de 1947, cumpria fixar em portaria as taxas nesse decreto previstas. O ministro, porém, fixou-as depois do prazo, desde que só em 4 de janeiro a imprensa

oficial tornou pública a portaria respectiva. Dêse modo, pouco importa que o Congresso haja feito referência ao dec.-lei nº 9.792. Não se compatibiliza, a Lei Básica, com taxas fixadas depois do orçamento. Em verdade, resultaria inócua a exigência de orçamento, se, por fora do mesmo, se possibilitasse a cobrança de tributos novos ou majorados" (CARLOS MAXIMILIANO. "Comentários à Constituição Brasileira", ed. 1948, vol. III, nº 582). Concedo, por isso, o *writ*.

### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Cogita-se do que, no direito ordinário, se chama *taxa*, mas que, em realidade, é uma contribuição assemelhada a tarifa, à diversidade, portanto, de impôsto, de taxa, de emolumentos, de prêmios ou doutras contribuições genéricas que constituem aquilo que os doutores chamam o alimento do Estado.

No impôsto, o poder tributário vai haver sua contribuição onde quer que ela esteja, a margem da vontade do contribuinte, desde que a incidência o obrigue a Concorrer para os cofres públicos. Na taxa vai haver uma contribuição pela prestação de serviço. Na tarifa, à diferença desses dois conceitos clássicos e que ainda espanta sejam postos em dúvida nos tempos atuais, vendeu-se uma mercadoria que se traduz, ora na entrega de alguma coisa corpórea, à discricção de quem deles necessite.

Ora, Sr. presidente, considerando que fica bem fixado o conceito de tarifas e considerando que nenhuma função é exclusivamente atribuível a qualquer dos três poderes da nação isoladamente, como já observara o grande PEDRO LESSA, valendo-se da lição de JOSSERAND, temos que, nessa distribuição de funções, todos os poderes as exerçam conforme a índole da atribuição ou das necessidades dos serviços do Estado. Temos que a função executiva, por excelência, dada ao Poder Executivo da nação, é essencialmente ativa, é essencialmente dinâmica, donde as flutuações das diferentes circunstâncias que se traduzem nas necessidades da vida determinarem que a venda de mercadoria da natureza das que são pagas por meio de tarifas flutue ao sabor dessas mesmas necessidades, incompatível, portanto, aquêle dinamismo com fixação rígida em lei.

Foi exatamente isto que o brilhantíssimo voto do Sr. ministro relator destacou a preceito, numa verdadeira lição de direito constitucional, daquelas que poucas vezes aqui temos ouvido. Até mesmo quando S.Ex.<sup>a</sup>, ilustrando os anais desta Casa da Justiça, fixava aquilo que se pode entender por uma interpretação larga e aberta de uma Constituição, que é, realmente, instrumento de interesse e de governo para o presente, mas com reflexos sobre o futuro, permitindo ao Judiciário, através o *judicial control*, o seu alarguemento. E doutrinadores do porte de um KELSEN já faziam constar, apesar do seu normativismo, ou ligação à escola austríaca, que, com tais hipóteses, o Judiciário fala como se falasse a própria Constituição, adaptando-a às diferentes circunstâncias da vida, às necessidades do Estado e da sua administração: *viva vox jus*.

Contrariamente a isso, tem-se aquilo que o douto voto do Sr. ministro relator chamava "alergia à realidade".

E têm-se ainda que a regra não escrita na Constituição é aquela que o Poder Judiciário revela, outra afirmativa de S.Ex.<sup>a</sup> coincidente com as lindes com que os grandes doutrinadores do direito constitucional fixam problemas dessa natureza. E ainda, Sr. presidente, que entram também na competência do Executivo, disse o Sr. ministro relator, leis complementares ou disposições de leis que se tornem necessárias no dinamismo da administração, *v. g.*, até regulamentos.

Ora, se o decreto-lei questionado, ou lei *tout court*, no sentido formal e no sentido material em toda a sua extensão existia sem choque fundamental com a Constituição superveniente, sua complementação posterior, também autorizada pela Constituição, para sua boa prática, nada mais fez do que fixar quantos certos a serem cobrados tarifariamente.

Mas a ordem fundamental para a taxaço já estava dada em lei cuja validade não me parece tenha sequer sido atacada pelo próprio impetrante.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Juridicamente, é essencial a autorizaço de lei para que ela possa agir.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Claro, muito obrigado pela contribuicao valiosa. Até porque, integrando o pensamento do douto ministro

CUNHA VASCONCELOS, a quem coadjuvo, ainda registro que o voto do Sr. ministro relator quando no início fazia destacar que legislação no sentido genérico também se entretetece de providências complementares da lei, partam de quem partir, estava, exatamente, expondo aquela grande lição de KELSEN, publicada em 1927. O eminente jurista, então tido como príncipe dos constitucionalistas contemporâneos, ministrava aquela lição ao mundo europeu, apesar da Europa, àquela época, não admitir ainda regimes em que o *judicial control* fôsse tão intenso como posteriormente e que já era da índole do govêrno americano. Aquilo que na América do Norte, relativamente à tarifa, se traduz em comissões técnicas para fixá-las, é o mesmo que, na técnica executiva, se fixa através de estudos adequados o que todos os elementos formadores da cobrança ou da exigência se integram naquele aspecto de justiça sem atendimento de que c Poder Judiciário cancela o excesso de appetite tributário de quem quer que seja.

Com essas considerações, que nada mais são do que um recurso daquilo que já disse nesta sessão de hoje o eminente ministro relator, repito, me levam também, tanto quanto S. Ex.<sup>a</sup> e os que votaram no mesmo sentido, a denegar o mandado de segurança.

#### PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Peço vista dos autos.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, com a devida vênua do Sr. ministro ELMANO CRUZ, que acaba de pedir vista dos autos, já tendo a esta altura fixado meu entendimento sôbre o assunto em debate, concedo o mandado de segurança. E concedo porque, para mim, segundo o ponto de vista esposado pelo Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, o que se pretende cobrar refere-se a taxa aeroportuária de que trata o dec.-lei nº 9.792. Tenho que o ponto principal no presente momento, é, conforme levantou o Sr. ministro ARTUR MARINHO, saber se o que se pretende cobrar como taxa aeroportuária é, realmente, uma taxa ou mera questão tarifária. É bem de ver que, apesar de a própria lei ter declarado que se trata de taxa aeroportuária, o fato, por si só, não bastaria para que assim fôsse considerado por êste Tribunal.

Os serviços, que se pretendem cobrar são serviços cuja denominação se devem ter como taxas, pois correspondem a contribuições das companhias para uso dos aeroportos. Fixada a questão como ora faço, considerada, portanto, a cobrança como de taxa e não tarifa, tenho-a como inconstitucional, à vista do § 34 do artigo 141 da Constituição, que declara:

"Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada porém, a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra".

Assim, considerando a incidência Como um tributo - e taxa é um tributo classificado no citado § 34 do art. 141 - que não foi autorizado na lei orçamentária em quantia fixa pelo menos...

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: V. Ex<sup>a</sup> dá licença para um aparte. Realmente, o orçamento deixou um cifrão com a importância em branco. Parece anormal, mas a explicação em técnica poderá ser a seguinte: cogitava-se de fixar uni quantum e não se tinha antecedentes para a estimativa do cálculo arrecadador; daí deixar-se à experiência o *quantum*, que é problema de vulto geral, incorporado à renda ou arrecadação, e não jurídica.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL:... porquanto, para mim, "autorização expressa" implicaria em determinar uma estimativa para cobrança dêsse tributo, voto pela inconstitucionalidade da cobrança, em causa, baseado no § 34 do art. 141 da Constituição federal.

Concedo o mandado de segurança.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Nego o mandado de segurança. A questão ficou perfeitamente deslindada através do substancial voto do Sr. ministro SAMPAIO COSTA e da brilhante dissertação do Sr. ministro ARTUR MARINHO. Estou convencido de que se trata, realmente, de tarifa, sendo, assim, inconstitucional u determinação de sua cobrança.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: foi adiado o julgamento, por haver pedido vista dos autos o Sr. ministro ELMANO CRUZ, tendo votado, denegando o mandado, os Srs. ministros relator, CUNHA VASCONCELOS HENRIQUE D'ÁVILA, ARTUR MARINHO e AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA e, concedendo, os Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO e MOURÃO RÚSSEL.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro ARMANDO PRADO.

## VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Meu voto é no sentido de conceder o mandado. Convenci-me pelo exame dos autos de que não se trata realmente de tarifa, mas, na verdade, de taxa remuneratória e que abrange até o pagamento devido pela ocupação de áreas para escritórios, etc.

O caso é evidentemente de mandado de segurança, manifestamente ilegal como o é a exigência, ainda porque a lei que autorizou a criação das taxas fixou termos peremptórios para a sua regulamentação e, dentro do prazo fixado, não foi ela regulamentada. Objetou-se que a portaria tinha a data de 30-12-46, ou seja, fôra expedida dentro do prazo fixado pela lei, mas tal portaria só foi publicada a 4-1-47 e, como as leis só obrigam a partir da publicação (dec.-lei nº 4.657, de 1942), a lei não regulamentada até a data em que devia obrigatoriamente o ser, só poderia vigorar se a publicação da portaria se fizesse também dentro do prazo que estabelecia para tanto.

Nestas condições, concedo o mandado.

## DECISÃO

Como consta da data, a decisão foi a seguinte: foi denegado o mandado, por maioria de votos, contra os votos dos Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO, MOURÃO RÚSSEL e ELMANO CRUZ.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro ARMANDO PRADO.

---

Notas:

\* **In** "REVISTA FORENSE", vol. 137, pág. 522.

\*

## **TAXA AEROPORTUÁRIA - LEGITIMIDADE**

**- É legítima a cobrança da taxa aeroportuária, que constitui retribuição do serviços.**

Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias *versus* União Federal

Mand. de seg. n° 437 (embs.) - Rel.: MIN. HENRIQUE D'ÁVILA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado no mandado de segurança n° 437, do Distrito Federal, em que é embargante o Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias e embargado o Exmo. Sr. ministro da Aeronáutica:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, rejeitar os embargos, de conformidade com as notas taquigráficas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 7 de agosto de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Henrique d'Ávila*, relator.

### **RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Ao venerando acórdão de fls. 270, que, por maioria de votos, concluiu pela constitucionalidade da cobrança das chamadas taxas aeroportuárias, exigidas com assento no decreto-lei n° 9.792, de

6 de setembro de 1946, e portarias ministeriais ns. 434 e 7, de 30 de dezembro do mesmo ano, ofereceu o impetrante, Sindicato Nacional das Empresas Aeroaviárias, embargos de nulidade e infringentes do julgado. Em seu articulado, argúi, *in verbis*, o seguinte (fls. 272 a 273):

"Provará que o embargante requereu mandado de segurança contra o Exmo. Sr. ministro da Aeronáutica, pelos motivos expostos na petição inicial, mas o egrégio Tribunal, pelo venerando acórdão que, ora se embarga, houve por bem, por maioria de cinco votos contra três, não conceder o dito mandado;

"Entretanto,

"Provará, com a devida vênia, que o venerando acórdão embargado, apesar da argumentação brilhante do seu ilustre relator e da não menos brilhante dos Exmos. Srs. ministros que o acompanharam, não conseguiu destruir os fundamentos do petitório liminar, os quais subsistem inteiramente de pé.

"Além disso,

"Provará que o venerando acórdão embargado aplicou princípios jurídicos e leis que regulam a remuneração dos serviços públicos concedidos a um serviço público explorado diretamente pelo Estado.

"Dêsse modo,

"Provará que, se o colendo Tribunal atentar para a circunstância de que as taxas contra as quais se insurge o embargante se referem a serviços públicos explorados diretamente pela União, certamente reformará o ponto de vista adotado no venerando acórdão embargado e proclamará a procedência dos argumentos expendido na petição inicial.

"Assim, pois,

"Provará que os presentes embargos devem ser recebidos e julgados provados, para o efeito de ser reformado o venerando acórdão embargado, concedendo-se a segurança pedida pelo embargante, como ordenam a Lei, o Direito e a Justiça".

O eminente patrono da embargada nesta superior instância, Dr. ALCEU BARBEDO, em sua impugnação de fls. 276, assim se pronuncia:

"Os embargos não oferecem qualquer novidade no plano do longo e erudito debate havido por ocasião do julgamento da impetração.

"Reportando-nos aos fundamentos do venerando acórdão e às considerações que formulamos, quanto ao mérito, no parecer de fls. 157-163, esperamos a rejeição do apêlo".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Sr. presidente, pretende-se que a cobrança da denominada taxa aeroportuária é ofensiva à norma consubstanciada, no § 34 do art. 141 da Constituição federal vigente:

"Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra".

Mas, é bem de ver que a contribuição em aprêço não se equipara a tributo, pròpriamente dito, e, por isso, refoge a aludida vedação constitucional, nada obstante ter sido errôneamente apelidada de taxa.

Senão vejamos: o dec. nº 20.914, de 6 de janeiro de 1932, que regulamentou a execução dos serviços aeronáuticos civis, já estabelecia, em seu art. 12, que os aeroportos nacionais são destinados ao tráfego público e franqueados a quaisquer aeronaves, sem distinção de propriedade ou nacionalidade, *mediante os ônus de utilização*". E o decreto-lei nº 9.792, de 6 de setembro de 1946, veio esclarecer, por sua vez, em seu art. 1º, § 2º, que "a utilização das instalações e serviços do aeroporto será, retribuída com os pagamentos que forem devidos à administração do mesmo, *conforme as tarifas* para cada caso aprovadas pelo ministério da Aeronáutica...".

Depreende-se do exposto que se cogita mesmo de tarifa, ou seja, de paga, de um serviço público explorado diretamente pelo Estado ou por êste concedido a particular, e não de taxa, no sentido técnico-jurídico. Não é lícito confundir taxa no sentido de tributo, com tarifa, preço ou retribuição de serviços de utilidade pública diretamente explorados pelo Estado; que, sob pena de frustração, pode e deve ser arbitrada pelo Executivo, independentemente de interferência do Congresso, ou de previsão orçamentária. A Constituição federal vigente, ao declarar em seu art. 65 que compete ao Congresso Nacional votar os tributos próprios da União e regular a arrecadação de suas rendas, refere-se, sem nenhuma dúvida, aos já definidos em seu art. 15, que incidem, de um modo geral, sôbre todos os cidadãos, sem abarcar as contribuições remuneratórias de serviços públicos, cuja competência para fixação sempre estêve e continua a estar a cargo do Poder Executivo. Face ao exposto, rejeito os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Pelos fundamentos do voto que proferi no julgamento anterior, concedendo o *writ*, e que não foram abalados, recebo, agora, os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: Sr. presidente, minha argumentação é baseada na questão de tempo, isto é, quando foi feita esta portaria ministerial, que se originou de um decreto do govêrno provisório, ditatorial, pela época em que foi feito antes da Constituição. De maneira que o que comanda meu raciocínio é justamente esta situação: podia ter sido feito isso? Naquela época, acho que sim, tanto que o próprio ministro, por solicitação da parte, suspendeu a execução dessa portaria, porque, se fôsse, como diz, com a expressão mal empregada, evidentemente mal empregada, uma taxa, ela estaria, forçosamente, incluída no orçamento e não poderia ser suspensa, nem a Constituição o permitiria. Ao passo que, naquela época, não tínhamos Lei Magna para nos reger. Estávamos dentro do período do govêrno, não sei bem, mas, pela época, parece que do presidente LINHARES, antes da Constituição, ou no govêrno atual, não estou bem lembrado da data exata. De maneira que êsse detalhe ma

leva a considerar que, no caso, se trata de uma grifa. O voto do Sr. ministro relator é calcado nessa diferenciação, mesmo porque o que a Constituição atual veio fazer foi aludir a tributo sob ponto de vista mais amplo; não disciplinou o caso concreto em discussão.

Enquanto durar o serviço, permanecerá a taxa respectiva.

Acompanho o Sr. ministro relator, rejeitando os embargos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Desprezo, os embargos, Sr. presidente, de acôrdo com o voto que proferi anteriormente. Mas está implícito que profiro meu voto rendendo homenagens ao nosso ilustre coleta ALFREDO BERNARDES, que pediu vista dos autos. Se S. Ex.<sup>a</sup> trazer algum elemento novo, que me possa fazer mudar de voto, não terei dúvida em me reconsiderar.

#### VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: O voto que proferi por ocasião do primeiro julgamento foi lido na integra pelo eminente relator dos embargos. Nêle fiz um exame demorado, consciencioso, do assunto, que reputo de alta relevância. Estudei a questão sob todos os seus aspectos - com pouco brilho, é verdade - mas com desejo veemente de acertar e de fazer justiça. Não teria outras considerações a aduzir aqui se não fôsse nominalmente chamado a debate pelo brilhante advogado da defesa, jurista consciencioso, profissional habilíssimo e que se socorreu, além de sua autoridade própria, da autoridade de juristas eminentes, tecendo uma crítica ao voto que prenunciei neste caso.

Por conhecer o assunto, peço vênia ao eminente ministro ALFREDO BERNARDES para não aguardar o seu pronunciamento, mesmo porque, se S. Ex.<sup>a</sup>, com seus altos suplementos, e doutos, adotar, porventura, de ponto de vista contrário ao meu entendimento e abalar as minhas convicções, estarei pronto a reconsiderar meu voto, como muitas vêzes tenho feito no recinto dêste plenário. Tenho por dever impôsto a mim mesmo reconsiderar-me quando reputo ponto de vista errôneo ou contrário a direita.

Infelizmente, no caso, os argumentos aduzidos pelo brilhante causídico, com a suplementação doutra dos juristas invocados, não conseguiram desviar-me da convicção profunda, em que me encontro, da justiça e acêrto da decisão dêste colendo Tribunal. Vários argumentos foram invocados e não voltarei a repisá-los, porque respondidos, de maneira brilhante, exaustiva - como sói acontecer sempre nos seus pronunciamentos - pelo Sr. ministro ARTUR MARINHO. Provou S. Ex<sup>a</sup>, com as próprias opiniões de um dos invocados censores, o acêrto da tese sustentada no acórdão embargado.

Sou muito grato às críticas feitas aos meus trabalhos, especialmente àqueles elaborados na função de juiz, porque elas me podem trazer muito de conselho para pronunciamentos futuros.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: E nos ensinam a errar menos.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Mas, no caso em aprêço, tôdas as críticas ruem por si mesmas, por falta de solidez da base em que se assentam. Nem sempre os grandes juristas sustentam pontos de vista incontroversos; nem sempre juízes eminentes acertam, nos seus julgados. *Errare humanus est* é o brocardo latino, é a contingência material do homem.

Levanta-se, aqui, por exemplo, o argumento de que tão evidente era que a taxa havia sido criada pelo Poder Executivo, que, se não fôra tal, o mandado teria sido considerado como caduco porque não impetrado dentro dos 120 dias decorridos daquele ato.

Ora, Sr. presidente, o mandado foi impetrado contra ato da administração do aeroporto, fundado na portaria; ato executório posterior à portaria; ato executório êsse praticado menos de 120 dias da data da impetração. Logo, ter eu conhecido do mesmo, porque se tratara então de mandado de segurança contra uma portaria genérica, não teria dêle tomado conhecimento. Mas, o que é verdade é que, na espécie, se trata de tarifa, e mesmo que se tratasse de taxa, foi criada, instituída por lei e autorizada sua cobrança no orçamento. Aqui estão as informações da autoridade apontada como coatora, juntando documentação de que a cobrança da taxa foi autorizada no orçamento.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Antes de fixada a taxa.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Depois de fixada a taxa. A taxa foi criada por um decreto-lei anterior à Constituição.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: E fixada depois da Constituição.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: A lei era clara, era harmônica com o regime. A lei absolutamente não colidia com princípio constitucional algum.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Qual a data da fixação?

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: A data da fixação creio que foi em dezembro de 46.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: O orçamento de 46 teria autorizado a cobrança de uma taxa que só foi fixada em 47, ou, por outra, aqueles que teriam que pagar essa taxa apenas tiveram conhecimento da mesma em janeiro de 47, quando foi publicada, porque, quando estava nas estufas da administração, o contribuinte não a conhecia. A publicação é de janeiro de 47, e o orçamento que a autorizou é de 46, quer dizer, o orçamento autorizou uma taxa cujo *quantum* era ignorado.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: V. Ex<sup>a</sup> parece que está mal informado. Posteriormente à primeira portaria, os impetrantes recorreram, à administração, dessa portaria e o ministro a suspendeu. A autorização orçamentária veio depois que as outras portarias puseram em vigor, com abatimento de 20 ou 30%, as taxas.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Tenho para mim que V. Ex.<sup>a</sup> está equivocado neste ponto.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Tenho como certo o que afirmo, com a devida vênua do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO. A taxa foi criada por lei baixada então na vigência da Carta de 37, que, no art. 180, conferia ao presidente da República funções legislativas. E, criada a taxa, o decreto que a instituiu atribuiu ao Poder Executivo, por intermédio do ministro de Estado, a

sua fixação. Levantou-se então a objeção séria, e agora mesmo reiterada pelo ilustre causídico com invocação da autoridade do egrégio ministro CARLOS MAXIMILIANO, de que a Constituição não permitia delegação de poderes. Não li, infelizmente, o parecer dêsse eminente jurista que até bem pouco pontificava no egrégio Supremo Tribunal Federal. Mas a verdade é que a tese sustentada em meu voto, com aceitação dêste Tribunal, não se escuda em entendimento pessoal meu; foi sufragada em decisão unânime pelo excelso Pretório, como tive oportunidade de dizer então. Cheguei até a transcrever, na íntegra, os votos do insigne CASTRO NUNES e do preclaro OROZIMBO NONATO, para demonstrar a legitimidade da fixação de certas taxas pelo Executivo, quando devidamente criadas e disciplinadas por lei.

Criticou-se o meu voto por ter buscado, para exemplos, comissões administrativas, da América do Norte, que fixavam tarifas. A crítica não procede. O de que se trata é de serviço público realizado diretamente pelo Estado ou por meio de concessão.

O decreto que institui a taxa prescreve que os serviços de aeroportos podem ser explorados diretamente pela União ou por meio de concessionários, como acontece no Estado de São Paulo e outros. Logo, a invocação àqueles era pertinente à matéria, inteiramente pertinente, como pertinente também era e é, em se tratando mesmo de serviço explorado diretamente pelo Estado.

O que se pretendia ali demonstrar, e se demonstrou à saciedade, sem brilho, mas com lógica, foi que o Poder Executivo tem certas funções de ordem legiferante e que, no sistema da nossa Constituição, como no da Constituição americana, é possível ao Poder Executivo fixar taxas, desde que criadas por lei que estabeleça a sua maneira e formas de incidência.

O decreto-lei criou a taxa, indicou as incidências e mandou que o Executivo as fixasse. Por que? Porque só êste poderia saber com precisão e presteza a baixa e a alta do valor das mercadorias, porque eram serviços que dependiam, como dependem, de fornecimentos de gêneros e de outras utilidades. Se fôssemos, no sistema constitucional, para serviços explorados ou concedidos pelo Estado, exigir fixação de tarifas pelo Legislativo, essa, fixação seria sempre inoperante, ou serôdia porque, quando chegasse a têrmo, dado as tramitações que conhecemos no Poder Legislativo, não corresponderia à realidade do momento,

à realidade das coisas. Daí, os intérpretes máximos das Constituições brasileiras, como da americana e de várias outras, entenderem e afirmarem (seus intérpretes máximos) que o poder governamental tem funções legiferantes determinadas, e dentre estas se inclui a da fixação das tarifas dos seus serviços.

Lamento, Sr. presidente, ter ocupado a atenção dêste egrégio Tribunal com estas considerações, às quais poderia aduzir outras, mas não o faço em consideração às altas luzes dos meus eminentes colegas e ao já conhecido pronunciamento daqueles que me precederam com seus brilhantes votos.

Nestas condições não encontrando razões ou motivos para modificar o ponto de vista exarado no meu voto, por ocasião do primeiro julgamento, desprezo os embargos, para manter o venerando acórdão recorrido.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: depois de proferidos os votos dos Srs. ministros relator, CÂNDIDO LÔBO, ARTUR MARINHO, AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA e SAMPAIO COSTA, rejeitando os embargos, e do Sr. ministro revisor, recebendo-os, pediu vista o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, aguardando o Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

### VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Pedi vista dos autos para estudar melhor a natureza da contribuição exigida pelo govêrno às emprêsas aeroviárias, pela utilização dos aeroportos, estabelecidos e mantidos pela União.

Tal contribuição é taxa, ou tarifa? O eminente Sr. ministro relator demonstrou, nu seu voto, que o que se trata é de tarifa remuneratória da utilização dos aeroportos e dos seus serviços, devida, não à União Federal, como tributo, mas à administração do aeroporto, para custeio e conservação do mesmo.

A conclusão do Sr. ministro relator é idêntica à do Sr. ministro SAMPAIO COSTA, relator do acórdão embargado. O estudo feito por S. Ex.<sup>a</sup>, que o douto Sr. ministro ARTUR MARINHO classificou, muito justamente, como verdadeira lição de direito constitucional, é exaustivo, e não sofreu forte ataque por parte do embargante, que articulou os seus embargos em fôlha e meia de papel. Da tribuna, no entanto, o ilustre advogado do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias combateu aquêlê erudito voto, lendo pareceres que o criticaram, visando destruí-lo. O pedido de vista, por mim formulado, teve por fim possibilitar-me a leitura, na integra, dos referidos pareceres, para apurar se os fundamentes do voto do Sr. ministro SAMPAIO COSTA tinham sido destruídos, ou ao *menos abalados*.

Não os li, porém, pois os mesmos não constam dos autos, e cópias dêles não me foram remetidas, à guisa de memorial.

Assim, certo como estou, de que a contribuição exigida ao impetrante é *tarifa remuneratória*, conforme assentou o acórdão embargado, rejeito os embargos, acompanhando, assim, o voto do Sr. ministro relator.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: desprezaram-se os embargos por seis votos, contra o do Sr. ministro revisor, que os recebia. Não tomou parte no julgamento, por se achar convocado para o Supremo Tribunal Federal, o Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

### **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**

#### **CONTRATO – "MORA ACCIPIENDI"**

**- Caracteriza-se a inadimplência do devedor, se, demandado pela prestação, alega pura e simplesmente mora do credor, sem, contudo, efetuar o depósito do que por êle é devido.**

Francisco Carlos de Holanda Cavalcante *versus* Ivone Marcondes Prado Lôbo e outro

Ap. nº 12.777 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 12.777, em que é apelante Francisco Carlos de Holanda Cavalcante e apelados Ivone Marcondes Prado Lôbo e Carlos Eduardo Prado Lôbo:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, preliminarmente e por unanimidade, julgar improcedente a argüição de nulidade da sentença apelada; *de meritis*, também por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Não se justifica a argüição de nulidade da sentença, em razão do Dr. juiz, ao proferi-la, ter fixado a situação do lugar da execução do contrato. Não houve nenhum julgamento extra petita, nem tal se pode considerar, questão pura e simplesmente inerente à interpretação dos contratos. Repelida, assim, essa preliminar, estreitamente vinculada ao mérito, verifica-se que, na presente ação ordinária. os apelados, movendo-a, pretenderam da apelante o pagamento da prestação de juros a que se obrigara no contrato ajuizado. Como única defesa, o apelante alegou que o não pagamento dos juros não importava em rescisão do contrato, senão pura e simplesmente na elevação da sua taxa, e que ainda o lugar do pagamento era o seu domicílio, não tendo os apelantes providenciado o recebimento da prestação, na forma tempo e lugar estabelecidos.

Em síntese: pretendeu o apelante que o se ter estipulado uma determinada taxa em relação aos juros não pagos no vencimento essa estipulação representaria uma verdadeira cláusula penal. Como quer que seja os juros da dívida são devidos e devem ler realizados no momento do seu vencimento. Desde que não pagos, o devedor incorreu em mora. Poder-se-á dizer que o credor estaria em *mora accipiendi*, por se haver apresentado no lugar do pagamento, no dia aprazado. Êsse argumento, entretanto, carece de qualquer base, pois, em tal caso, ao apelante, como devedor, cumpria efetuar o depósito do seu débito, eximindo-se, assim, da sua obrigação, quando se não pretenda admitir a tese certa da sentença de que no próprio contrato estava indicada a maneira do

apelante se liberar da prestação: o depósito no Banco indicado no respectivo instrumento. Acresce ponderar ser princípio assente em doutrina o de que a demanda judicial constitui o devedor em mora, se não pagar imediatamente, ou se não se mostrar pronto a cumprir a obrigação, no tempo e lugar estabelecidos. No caso *sub judice*, nenhum movimento houve por parte do réu-apelante, no sentido de com a defesa, realizar a prestação a que confessadamente está obrigado. Impõe-se, assim, a confirmação da sentença apelada.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 18 de setembro de 1951. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, relator; *Alberto Mourão Rússell*.

\*

## **SALÁRIOS - CONCUBINA**

**- Provada e confessada a existência de concubinato, ilegítima é a reclamação, de salários por serviços prestados.**

Maria Vieira de Faria *versus* Espólio de Antônio Ribeiro

Ap. nº 5.484 - Relator: DESEMBARGADOR SADI DE GUSMÃO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível em que figura como apelante Maria Vieira de Faria, sendo apelado o espólio de Antônio Ribeiro:

Acordam os juízes da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, negar provimento à apelação e confirmar a sentença recorrida.

É que a apelante, pretendendo obter o reconhecimento do débito de salários por parte do *de cujus*, confessou ter vivido com o mesmo, *more uxoris*. Pelo nosso direito, ressalva feita de disposições da Lei de Acidentes de Trabalho e da legislação de previdência social, a concubina não pode fazer valer a sua

condição simplesmente de fato e muito menos reclamar salários por serviços domésticos comuns, por isso que êstes pressupõem contrato. E aquela condição ou situação de vida implica a troca de serviços e cuidados comuns sem *animus lucrandi*, nem outro vínculo, senão o afetivo.

Sem custas.

Distrito Federal, 5 de maio de 1950. - *Edgar Ribas Carneiro*, presidente; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator; *Miguel Maria de Serpa Lopes*.

\*

## DIREITO ANTERIOR - INCONSTITUCIONALIDADE

**- Não se conhece da argüição de inconstitucionalidade, em se tratando de hipótese de incidência de princípios constitucionais sôbre normas de direito a ela anteriores.**

Manuel João de Almeida *versus* Moreira Campos & Cia.

Ap. nº 8.237 - Relator: DESEMBARGADOR SADI DE GUSMÃO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, entre partes: 1º apelante, Manuel João de Almeida; 2º apelante, Moreira Campos & Cia., com argüição preliminar de inconstitucionalidade:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, do Distrito Federal, por maioria de votos, não conhecer da argüição de inconstitucionalidade levantada pelos juízes, em maioria, da 8ª Câmara dêste Tribunal (fls. 113 v.), porque na hipótese não se trata pròpriamente de questão de inconstitucionalidade do dec.-lei nº 9.669, de 29 de agôsto de 1946, mas de saber-se se a Constituição, de data posterior, abrogou ou derogou aquela lei, como bem acentua o Dr. procurador geral em seu parecer, notando-se que a competência para decidir de incidência dos novos princípios constitucionais é da própria Câmara argüente.

Distrito Federal, 19 de abril de 1950. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente, sem voto; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator; *Guilherme Estelita*, vencido, por êstes motivos: Ao se julgar a apelação, a 8ª Câmara Cível, então composta pelos desembargadores EMANUEL SODRÉ, MEM REIS, e por mim, contra o voto do primeiro (que entendia não se tratar de inconstitucionalidade), resolveu submeter ao Tribunal Pleno a vigência, em face da Constituição, do art. 27 do dec.-lei nº 9.669, de 1946. Ao julgar a argüição, o Tribunal Pleno, pela decisão em que fui vencido, decidiu *não conhecer da argüição*, quando, a meu ver, devera ter conhecido da mesma, decidindo-a como entendesse, ou para acolher a argüição, ou para desprezá-la. Esse, aliás, foi sempre o modo de julgar do Tribunal Pleno, em sua maioria constante.

Posso citar vários acórdãos em os quais o Tribunal assim decidiu: apelação cível número 7.214 (relator, desembargador ARI FRANCO; apelação cível nº 9.109 (relator, desembargador EMANUEL SODRÉ); apelação cível nº 8.677 (relator, desembargador MEM REIS); apelação cível nº 6.274 (relator, desembargador EMANUEL SODRÉ); apelação cível nº 8.891 (relator, desembargador SÁ E BENEVIDES).

Apenas votaram, não conhecendo da argüição, ao que me lembre, os desembargadores VIEIRA BRAGA, FERNANDES PINHEIRO, EURICO PAIXÃO, NARCÉLIO DE QUEIRÓS.

Os demais, salvo omissão, votaram conhecendo dela, mas desprezando-a. Eis porque, surpreende-me a decisão atual onde essa atitude é abandonada para adoção de uma outra inteiramente oposta. Continuo, porém, fiel ao ponto de vista antigo: para mim, da argüição não pode o Tribunal deixar de conhecer, existente como ela é. Pode é rejeitá-la, porque a entenda improcedente. Demais, parece-me contra a lógica *não conhecer da argüição porque não há inconstitucionalidade* argüida. Para chegar a esta afirmação, para concluir por essa inexistência, o Tribunal examinou a argüição. Se a examinou, dela conheceu. A própria fundamentação do acórdão de que divirjo, mostra como o Tribunal deliberou sobre o mérito da argüição. Como, pois, decidir não conhecê-la? Prefiro manter-me coerente com os votos que proferi no julgamento das argüições anteriores: conhecer da argüição; *Silvio Martins Teixeira*, vencido: Desde que se alega estar uma lei ordinária em oposição aos princípios da Constituição atual, é invocada uma questão constitucional,

argüida uma inconstitucionalidade. Quanto ao mérito, deixo de declarar o meu voto, pois o assunto não chegou a ser julgado.

Ciente, em 5-6-1950. - *T. Arthou.*

\*

## CONEXÃO - CAMBIAL - COMPRA E VENDA

**- Existe evidente conexão entre ação executiva para cobrança de notas promissórias e a ação ordinária para rescisão do contrato de compra e venda a que os mesmos títulos se acham ligados.**

"Nossa" Indústria de Sucos Naturais Ltda. *versus* Arcanjo & Flores

Ap. nº 7.500 - Relator: DESEMBARGADOR EMANUEL SODRÉ

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 7.500, em que são apelantes "Nossa" Indústria de Sucos Naturais Ltda. e Arcanjo & Flores:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em dar provimento ao agravo no auto do processo de fls. 24 para que o Dr. juiz *a quo* julgue, numa única sentença, o presente feito e o que lhe é conexo, existente, portanto, a sentença apelada.

A presente ação executiva tem por objeto cobrança de nota, promissória ligada a um contrato de compra e venda cuja rescisão está sendo pleiteada em ação ordinária. Os outros autos, aliás, estiveram sob as vistas Dr. juiz *a quo*, ao proferir êle o despacho saneador de fls. 22. É manifesta a conexão entre as duas causas e, portanto, devem ser decididas numa única sentença. Nem esta dizer-se que o que a rigor se pleiteia daquela outra ação é a indenização de prejuízos e que os títulos se ligam ao pagamento do saldo do preço da máquina, que também seja objeto daquele contrato. Quem iria ou não pagar a indenização é o

mesmo contrante que ora quer cobrar-se da nota promissória e que assim poderia passar de credor a devedor. A ligação é evidente.

Custas pelo recorrido.

Distrito Federal, 20 de junho de 1950. - *Guilherme Estelita*, presidente; *Emanuel de Almeida Sodré*, relator; *Eduardo Espínola Filho*.

\*

### **PRESCRIÇÃO - ANULAÇÃO DE CASAMENTO - MULHER JÁ DEFLORADA**

**- Interrompe-se a prescrição da ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada, desde que, despachada a inicial da ação dentro do prazo, seja, também no prazo promovida, a citação da ré, para o exame pericial fundamental à ação.**

**- Não se confunde a ação fundada no "defloramento da mulher ignorado pelo marido" e a fundada no êrro essencial quanto a sua honra e boa fama. O êrro quanto à honra e boa fama, deve ser tal que seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.**

Hermilo Anatólio da Costa e Silva *versus* Graziela Tupper da Costa e Silva

Ap. nº 6.022 - Relator: DESEMBARGADOR BULHÕES CARVALHO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 6.022, de que é segundo apelante Hermilo Anatólio da Costa e Silva, a primeira apelante Graziela Tupper da Costa e Silva e apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, preliminarmente, contra o voto do revisor, considerar não prescrita a ação quanto ao fundamento do art. 219, número IV, do Cód. Civil, e, no mérito, em decisão unânime, negar provimento à segunda apelação e também, contra o voto do relator, negar

provimento à primeira apelação. Hermilo Anatólio da Costa e Silva propôs ação anulatória de seu casamento com D. Graziela Tupper da Costa e Silva, alegando: que contraiu matrimônio a 27 de abril de 1948, e, ao primeiro contato sexual, após o casamento, verificou que a mesma já era deflorada e, incontinente, repudiou-a; que a ré lhe confessou ter sido deflorada havia muitos anos, por um médico, e, posteriormente, mantivera relações sexuais com mais dois outros indivíduos.

A ação tem dois fundamentos: arts. 218 e 219, nº I (quanto à honra e boa fama do outro cônjuge), e art. 219, nº IV (defloramento da mulher ignorado pelo marido). Contestação a fls. 8, alegando que o único fato articulado com precisão na inicial foi o defloramento, e êste não pode servir de base para articulação de êrro a honra e boa fama por constituir motivo autônomo (art. 219, nº IV, do Cód. Civil), que o prazo de 10 dias para prescrição foi interrompido pelo despacho que ordenou a citação a 5 de maio de 1948, mas somente a 3 de agosto foi expedido o mandado de citação, contravindo o disposto no art. 166, § 2º, do Cód. de Processo Civil; que a medida preliminar não modificou a situação, porque foi homologada a 27 de julho e a prescrição teria recommençado a correr, desta data, completando-se seu prazo a 2 de agosto, somados os seis dias decorridos antes do requerimento da medida com os quatro finais (fls. 11). No mérito, diz a ré que a perícia teve resultado negativo; que a ré foi sempre pessoa de raras qualidades morais. Reconvindo, diz a ré que, até o repúdio de que foi vítima, ignorava circunstâncias capitais quanto à honra e boa fama de seu marido; que êste, entregue a conquista de mulheres de qualquer condição, teve com uma, delas, de nome Eugênia de Freitas Ribeiro, solteira, de 25 anos de idade, copeira da Maternidade "Pró-Matre", onde reside, dois filhos, o primeiro, nascido a 10 de setembro de 1946, de nome Cosme, e o segundo, nascido a 6 de agosto de 1947, de nome José Carlos, e que veio para a companhia do autor depois do casamento; que a existência de filhos espúrios vivendo sob a proteção do marido, ameaçando a tranqüilidade da ré e a sua futura prole, era circunstância bastante para o matrimônio não se consumar, por oposição da ré, se soubesse do que ocorria. Impugnação à contestação a fls. 20 e à reconvenção a fls. 21. A sentença admitiu a prescrição da ação quanto ao fundamento do nº IV do art. 219 do Cód. Civil, ou seja, defloramento ignorado pelo marido (fls. 56), mas admitiu a ação quanto ao fundamento do art. 219, nº I, do mesmo Código, porque o autor alegou e procurou provar com testemunhas que a ré, antes do casamento, já tivera relações sexuais com outros homens (fls.

57). No mérito, porém, a sentença, rejeitou o depoimento dessas testemunhas (fls. 58). Rejeitou, também, a reconvenção, porque "o fato argüido não pode configurar erro essencial; o autor era homem viúvo, livre, e poderia manter relações sexuais com várias mulheres" (folhas 58 v.). Apela a ré, alegando que o autor contesta que o menor José Carlos, filho do autor com Eugênia, está em sua companhia, no domicílio conjugal; que, após a separação do casal, o apelado passou a viver com a sua antiga amásia; que se deve ter em vista a sensibilidade do cônjuge enganado, sua concepção de vida, seus hábitos e costumes; que a sentença reconheceu a boa formação moral da apelante com excessivos pendores religiosos e deve ser considerado o vexame é a humilhação que a revelação do fato lhe causou; que a vida em comum se tornou insuportável ao cônjuge enganado (fls. 61). Apelou o autor a fls. 73. Os Drs. curador de Família e procurador geral opinam pela confirmação da sentença (fls. 85 v. e 89).

O que pôsto:

Não procede a preliminar da prescrição acolhida pela sentença. Dois são os fundamentos da ação apontados na inicial: *a)* defloramento anterior ao casamento (prescrição de 10 dias); *b)* erro quanto à honra e boa fama. Na inicial não se articula só o primeiro fundamento, mas também que a autora tivera relação com os homens que indica, como bem salientou a sentença (folhas 57). A prescrição acolhida pela sentença restringir-se-ia apenas ao primeiro fundamento. Entretanto, não ocorreu. Com efeito, o casamento foi contraído a 27 de abril de 1948. A inicial foi despachada a 5 de maio, dentro dos 10 dias. O tempo decorrido até o despacho novamente lançado na inicial, a 3 de junho, deve ser atribuído à Corregedoria, para distribuição. É certo que, despachada a inicial a 3 de junho, o mandado de citação para a ação foi expedido só a 3 de agosto (fls. 6). Mas, a 4 de agosto, ferra expedido para a perícia na pessoa da ré (folhas 8 v. do apenso) e a perícia foi homologada a 27 de julho. Não se pode alegar inatividade processual do autor. No mérito da ação: A perícia foi negativa, devido ao prazo em que foi requerida e efetuada só depois de 14 dias do casamento, quando a cicatrização do hímen se efetua cinco a 10 dias depois da relação sexual, conforme ensina a Medicina Legal e o relembram os peritos, em seus laudos. O autor produziu testemunhas para provar que a ré lhe teria confessado haver mantido relações anteriores com outros homens. Entretanto, êsses depoimentos são absolutamente falhos e

inverossímeis, como bem mostra a sentença, a fls. 58. Além disso, elas próprias reconhecem que a ré coabitou sete dias com o autor, não sendo, portanto, verdadeiro o alegado na inicial de que o autor tenha repudiado a ré incontinente. As demais testemunhas, arroladas pela ré, mostram que esta sempre apresentou boa conduta, muito respeitada e pertencente mesmo a associações religiosas, como também mostram os documentos de fls. 31 a 32. Quanto à reconvenção: O autor não contestou que o menor José Carlos seja seu filho ilegítimo, tido com Eugênia de Freitas Ribeiro, com quem vive (fls. 31, 70, 40 e 21). Não há o menor indício nos autos de que a ré tivesse conhecimento dêsse fato. Não é razoável exigir que a ré prove essa "ignorância", como opinou o Dr. procurador geral. Tal ignorância era de presumir em mulher donzela e recatada como era a ré. Entendeu, entretanto, a maioria desta Câmara, contra o voto do relator, que a ignorância da existência dum filho natural não é de molde a viciar o consentimento, induzindo-o em êrro essencial; e que a ré, como mulher religiosa, deveria conformar-se com essa situação, aceitando-a como decorrência normal da anterior vida de solteiro do autor.

Distrito Federal, 5 de agosto de 1949. - *Guilherme Estelita*, presidente; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, relator. Vencido, em parte, porquanto dava provimento à primeira apelação, a fim de, reformando a sentença apelada, julgar procedente a reconvenção e nulo o casamento da reconvinte, com fundamento no art. 219, n° I, do Código Civil, condenando o reconvinido nas custas e honorários de advogado, conforme se fixar em execução. Sôbre a matéria de reconvenção, escreve o Dr. juiz, na sentença apelada: "O fato que (a reconvinte) argúi é o seguinte: O autor era homem dado a excessos sexuais, com mulheres de qualquer condição, tendo tido com uma delas, Eugênia de Freitas Ribeiro, copeira da Maternidade "Pró-Matre", dois filhos, sendo que um dêles foi concebido posteriormente à época em que assumira compromisso matrimonial, o que só veio a saber após o casamento, quando o autor pretendeu registrar êsse último filho como do casal, sendo a sua recusa a causa do repúdio de que foi vítima". "O fato argüido (prossigue a sentença) não pode configurar êrro essencial. O autor era homem viúvo, livre, e poderia manter relações sexuais com várias mulheres. É fato até certo ponto justificável, pelas necessidades da natureza. Nem se mencionou que assim agisse com escândalo, de sorte que fôsse apontado ao desprêzo público. Além disso, a ré não deu prova de que desconhecesse êsse modo de proceder do autor, inclusive o fato

de ter filhos naturais. O querer atribuir à ré a maternidade do último filho daria motivo a desquite, por injúria grave, nunca para anulação de casamento" (fls. 58).

Destaque-se a crua afirmativa solenemente proclamada pela sentença: "O autor era homem viúvo, livre, e poderia manter relações sexuais com várias mulheres. É fato até certo ponto justificável, pelas necessidades da natureza".

Já ao tratar da mulher, porém, a mesma sentença cuidadosamente verifica se há, ou não, prova de que a mesma, antes do casamento, teve ou não relação sexual com algum outro homem. Se tivesse encontrado alguma prova nesse sentido, ainda que relativa a fato muito antigo, o juiz teria provávelmente julgado procedente a ação. Eis aí bem reflexo da norma acolhida em nossos costumes. Sòmente se aplica à mulher o tremendo preceito que o Evangelho manda aplicar aos dois sexo: o homem só deveria, ter contato sexual com uma só mulher, e a mulher com um só homem, indissolúvelmente ligados. Admite-se que a mulher deve conservar-se virgem, esperando que o homem tome a iniciativa de desposá-la. Depois de casada, deve manter-se rigorosamente fiel ao marido. E quando por este repudiada, deve a mulher privar-se totalmente das funções sexuais, como se não tivesse sexo, à espera da reconciliação ou da morte. Já quanto ao homem, tudo se passa ao inverso. Quanto maior fôr o número de suas conquistas femininas, mais se engrandece em face à opinião popular. O mesmo fato da multiplicidade de ligações é vituperado na mulher sob o nome de prostituição, é aureolado no homem como sendo devastação nos corações femininos". E como o que constitui glória para o homem é tido como opróbrio para a mulher, a desordem sexual do homem se fundamenta na corrupção, escravização e liquidação social da mulher. É o regime de vida que adotamos e que se coroa com a constituição do casamento indissolúvel. Na vigência da sociedade conjugal, a mulher infeliz no casamento, diante do pavor do desquite, prefere acomodar-se. Os "leões" conquistadores farejam logo a presa e um grande campo de ação se abre a seus olhos: o das mulheres mal-casadas. Pelo desquite, a mulher fica impossibilitada de contrair novo casamento. Constitui então um novo campo de ação para os "sepulcros caídos" que, muito lògicamente, se arvoram, em proveito próprio, em intransigentes defensores da indissolubilidade do vínculo. Enfim, as solteiras a aguardam pacientemente, segregadas e tolhidas em todos os seus movimentos, a chegada, do seu príncipe encantador. Mas como os caçadores estão repletos de caça e os

atemoriza a responsabilidade do casamento e a sua indissolubilidade, preferem, como mais fácil, o caminho da sedução das próprias moças solteiras, que têm de optar entre uma vida irregular e a solidão sexual por toda a sua vida. É a escravidão revoltante da mulher em pleno século XX. É o multiforme ataque à dignidade da mulher, desde sua submissão à prepotência do marido até sua degradação final na prostituição. Como índice dessa "supremacia" masculina, ainda conservavam até há pouco os Códigos Penais e os Códigos Civis a distinção entre o conceito do adultério feminino e o do masculino. No caso do homem, não se punia ou se atribuía efeitos civis à simples relação extra-conjugal, mas apenas o fato de ter concubina dentro do seu próprio lar (segundo certos Códigos) ou teúda ou manteúda (segundo outros)

*"La femme (dizia o art. 230 do Código Civil francês) pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune".*

"A mulher casada que cometer adultério (dizia o art. 279 do nosso Código Penal de 1890) será punida com a pena de prisão celular por um a três anos.

§ 1º Em igual pena incorrerá o marido que tiver concubina, teúda e manteúda".

A correção desse estado de coisas não estará certamente em se pretender atribuir à mulher a mesma liberdade que atualmente os costumes concedem ao homem. Ao contrário, o que é indispensável é reprimir a atual liberdade sexual tolerada no homem, em prol da defesa da dignidade da mulher. Para êsse fim, o primeiro passo deve ser o divórcio. Com efeito, se, após seu desquite, a mulher pode casar-se novamente, restringir-se-á a facilidade imoralmente hoje aberta pelo desquite à devassidão impune do homem. Se a mal-casada puder repudiar o marido, invocando um motivo legal sem o temor de que o vínculo de seu primitivo casamento, como um sinal de Caim, lhe impeça um novo matrimônio, não terá o impulso de conservando a simples aparência dum laço conjugal já arruinado, ceder à prática mais ou menos velada do adultério, para gáudio, dos sedutores, vergonha de seus filhos e corrupção própria e da sociedade em que vive. E, aí, ao mesmo tempo, leis bem elaboradas procurarem reprimir por meio de indenização cível a sedução e o concubinato e procurarem facilitar e estimular, por tôdas as formas, a realização do casamento, a liberdade sexual masculina será reprimida e todo homem, quanto possível, compelido a contrair

casamento, como sendo a fórmula natural da união do homem e da mulher. Não se deve transformar o casamento naquele espantelho que fez os Apóstolos exclamarem, quando Cristo lhes expôs a doutrina do casamento indissolúvel (salvo adultério): segundo refere São Mateus "disseram-lhe então seus discípulos: Se tal é a condição de um homem a respeito de sua mulher, não convém casar-se" (São Mateus, 19 - 10). Isto é, bem entendido, não convém casar-se para se ter a mais ampla liberdade sexual à custa da dignidade da mulher. Essa resposta, dada pelos Apóstolos a Cristo, tem atravessado os séculos, repetida pela boca de todos os homens. Para que casar? Desde a adolescência, o homem aprende a seduzir e a corromper a mulher, e para atingir a êsse resultado não há meio mais adequado do que dificultar a realização e a dissolução do casamento, como já deixamos acima plenamente evidenciado. Cumpre defender a dignidade da mulher; para isso, o meio não é atacar policialmente a prostituição - refúgio final das vítimas mais fracas da indissolubilidade do vínculo - mas difundir e facilitar a realização dos casamentos, coibindo, ao mesmo tempo, as uniões irregulares, não só da mulher senão do homem. O primeiro passo nesse sentido será certamente o divórcio, como garantia da reconstrução pelo meio regular de novo casamento, do antigo lar destruído pela separação, quer em relação ao homem, quer em relação à mulher. Enquanto, porém, não podemos atingir êsse ideal de justiça e de equidade, ao menos saibamos cortar as arestas de nossas leis e dos nossos costumes em relação à mulher. O fato, portanto, da nossa legislação, quase isolada no mundo, ainda não haver adotado o divórcio, não significa que devamos permanecer, em pleno século XX, na antiga concepção da plena liberdade sexual do homem e na humilhação total da mulher. Se o marido pode obter a anulação do casamento, se provar que, ao contrário do que aparentava, a mulher não era virgem ao casar-se, não vejo porque a mulher não possa também pedir a anulação do casamento se demonstrar que o marido, com o qual julgava estar fazendo uma união digna e exclusiva, para a constituição duma família baseada no amor e para procriação dos filhos, *vire et mulieres, conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens, divini et huma juris communicatio* - não somente tivera relações sexuais com outras mulheres, como até mesmo público concubinato do qual haviam resultado filhos naturais, que êle pretendia trazer para o seu próprio lar conjugal. Ainda que não se faça equiparação dos sexos, não é lógico que se obrigue à espôsa a humilhação de suportar no seu próprio lar filhos naturais do marido anteriores ao casamento e cuja existência ignorava. Não se trata aqui apenas dum fato ulterior ao

casamento, como pareceu ao Dr. juiz *a quo*, mas de um fato muito anterior, qual seja a existência de concubina e de filhos naturais, cujo desconhecimento, interessando à honra e boa fama do marido, tornar por sua natureza insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. Poderá ser uma virtude, que a mulher feche os olhos à própria humilhação e se resigne diante do inesperado e doloroso acontecimento. Também assim deverá ser considerado um ato de heroísmo cristão o do marido que perdoai a falta de virgindade da mulher, que êle ignorava ao casar-se. A lei, porém, não impõe sacrifícios dessa natureza, mas estabelece direitos, bem expressos no art. 219, número I, do Cód. Civil. Todo fato cujo conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado legitima o pedido de anulação de casamento. E se o lato é ou não insuportável, é questão que de modo geral afeta a sensibilidade do cônjuge enganado, não podendo o juiz querer obrigá-lo a uma virtude sobre-humana. Ora, se tal acontece em relação ao conhecimento de concubinato e de filhos naturais anteriores ao casamento, cuja muito maior razão ainda ocorrerá quando o marido revela possuir o caráter da natureza que o autor revelou à espôsa logo nos primeiros dias em que contraiu núpcias. Acusou-a êle de já estar deflorada, repudiou-a sob êsse fundamento e intentou contra ela uma ação de anulação de casamento baseada nesse motivo gravíssimo contra sua honra, sem que nada do que alegara houvesse provado. Ora, poderá alguém admitir como suportável a vida em comum entre os cônjuges após êsse procedimento do marido? Certamente que não. Observe-se, porém, que, também aqui não se trata de simples motivo para desquite. Ao casar-se, julgava a mulher ter feito boa escolha de seu marido, e não que houvesse escolhido como tal um homem que revelasse o caráter por êle demonstrado, ao repudiá-la de maneira brutalmente infamante. Um homem que procede dessa forma depois do casamento revela a falta daquela honra e boa fama sem as quais a mulher não o teria aceitado para marido. Não há dúvida que o juiz não deve facilitar a anulação dos casamentos. A falta do divórcio não justifica que o juiz facilite a aceitação de ações de anulação sem fundamento real. O temor de facilitar anulações, entretanto, não deve conduzir ao extremo oposto de negar a aplicação aos dispositivos legais vigentes que determinem Imperativamente aquela aplicação. Constitui um ato de opressão e de tirania negar à parte a aplicação de estrita justiça que ela está pleiteando. E essa opressão ainda se agrava quanto se funda em princípios de moral falsos para o homem, *iníquos* para a mulher e corruptores para a sociedade. - *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho; Emanuel de Almeida Sodré: Guilherme Estelita, vencido, na*

preliminar da segunda apelação, pois considerou prescrita a ação quanto ao fundamento do art. 219, IV, do Cód. Civil, como bem o demonstra a sentença recorrida a fôlhas 56 e segs. Quanto ao meu voto, rejeitando a demanda da apelante, quero declarar, em resumo, suas razões: a mulher que se casa com um viúvo de 60 anos, salvo em circunstâncias especiais, irão se pode dizer surpresa por vir a saber, depois, ter êle filhos naturais. A condição sexual do homem solteiro não é idêntica à da mulher, também solteira: só a esta a existência de filhos naturais tira a honra e boa fama. E contra a insuportabilidade do êrro, fundamento da ação, levantam-se os sentimentos religiosos da mulher, entre os quais devem prevalecer a caridade e o perdão.

Ciente, em 25-11-49. - *F. Baldessarini*.

\*

## **FUNCIONÁRIO PÚBLICO – ESTABILIDADE - CARGO EM COMISSÃO**

- **A estabilidade conferida aos funcionários que participaram da Fôrça Expedicionária não se aplica aos cargos exercidos em comissão.**
- **Interpretação do art. 18, parágrafo único do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.**

Joaquim Francisco de Macedo Costa *versus* Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 10.482 - Relator: DESEMBARGADOR ARI FRANCO

### **ACÓRDÃO**

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça, e por unanimidade, em negar provimento ao recurso para manter a sentença apelada.

Custas pelo apelante.

Propôs o apelante ação para pleitear lhe fôssem assegurados os vencimentos do padrão *P*, baseado em que exercia, em comissão, as funções de diretor, de

Divisão da Secretaria de Finanças da Prefeitura do Distrito Federal, quando foi promulgado o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Constituição federal, cujo art. 18 considerou estáveis os participantes das Forças Expedicionárias Brasileiras.

Não logrou vitoriosa sua pretensão pela sentença apelada, e esta merece confirmada.

Realmente, o apelante, ao voltar ao Brasil, após participar das Forças Expedicionárias, foi nomeado, por concurso, oficial administrativo, classe *H*. da Prefeitura do Distrito Federal e, quando promulgada a Constituição, exercia êle, em comissão, o cargo de diretor, padrão *P*.

Mas, como mostra a sentença, ao apelante aplica-se o disposto no parág. único do art. 18 da Constituição, e pelo qual a estabilidade não se aplica aos cargos em comissão.

O apelante, como bem realçou a sentença, como oficial administrativo, se já não era estável à data da promulgação da Constituição adquiriu a estabilidade de oficial administrativo, nunca, porém, a de diretor de Serviço, cargo que exercia em comissão.

Distrito Federal, 28 de novembro de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Ari de Azevedo Franco*, relator; *Mém de Vasconcelos Reis*.

\*

### **DESQUITE - INJÚRIA GRAVE - ALIMENTOS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- **O conceito de injúria grave sujeita-se à apreciação do fato e das circunstâncias, considerada a situação pessoal de cada uma das partes.**
- **Inocente a mulher, e sendo ela pobre, obrigado está o marido a prestar-lhe alimentos.**

**- Se a mulher não pode satisfazer os honorários do advogado contratado para a sua defesa, deve pagá-los o marido havido como culpado.**

Ernesto Papaterra *versus* Margarida Wollmer Papaterra

Ap. nº 12.383 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 12.383, sendo 1º e 2º apelantes, respectivamente apelados, Dr. Ernesto Papaterra e Margarida Wollmer Papaterra:

Acordam, os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, dar provimento à segunda para condenar o réu primeiro apelante, como cônjuge culpada, a pagar à autora segunda apelante os alimentos e os honorários de seu advogado, que forem arbitrados na execução, além das custas do processo.

Não há dúvida de que a prova fornecida pela autora não é perfeita para caracterizar a injúria grave, mas é preciso acentuar, como a jurisprudência tem firmado (VICENTE DE FARIA COELHO, "O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais", pág. 242), de que o conceito de injúria grave está sujeito à apreciação do fato e das circunstâncias, em relação à situação pessoal, de cada uma das partes. É preciso o juiz apreciar as circunstâncias e apurar se os fatos atingiram a suscetibilidade do cônjuge, de modo a ferir a sua dignidade. Basta a afirmação da testemunha de fls. 38 para mostrar que a atitude do réu constitui injúria grave à espôsa, deixando êle réu, médico que é, de visitá-la no quarto da casa de seus pais, quando doente, supondo-a "com moléstia contagiosa", limitando-se a comparecer àquela residência. Mostrou desprezo pela espôsa, feriu a sua dignidade, foi mesmo desumana. Considerado, pela sentença como culpado, era de ser aplicada a disposição do art. 320 do Código Civil, com a sua condenação ao pagamento dos alimentos essenciais à manutenção da autora, tida como inocente e pobre. É o que se determina. Ainda, obrigado está o réu ao pagamento dos honorários do advogado da autora, considerado êste o culpado pelo desquite (acórdão no "Arq. Judiciário", vol. 90, pág. 145). Na execução serão devidamente arbitrados os alimentos e os honorários.

Distrito Federal, 29 de junho de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Henrique Fialho*, revisor; *Narcélio de Queirós*.

Ciente, em 14-9-51. - *Jorge de Godói*.

\*

## DESQUITE AMIGÁVEL - RENÚNCIA A PENSÃO

**- É inaceitável, no desquite amigável, a renúncia irrevogável da mulher a pensão ou auxílio.**

Felipe Di Cavalcânti e Melo *versus* Angélica Spínola Di Cavalcânti e Melo

Ap. nº 13.835 - Relator: DESEMBARGADOR ESPÍNOLA FILHO

### ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.835, em que o Sr. juiz da 3ª Vara de Família recorre, *ex officio*, da sentença homologatória do desquite amigável de Felipe Di Cavalcânti e Melo e Angélica Spínola Di Cavalcânti e Melo, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria, acordam em dar provimento ao recurso para reformarem, como reformam, a decisão recorrida e, em conseqüência, negam homologação ao desquite amigável, porque na convenção sôbre os bens há uma estipulação inconciliável com a lei, qual a declaração de que a mulher, irrevogavelmente, desiste de qualquer auxílio ou pensão do marido.

Assentada, como hoje é dominante em jurisprudência, a perfeita possibilidade de alterar a convenção, se operam modificações de vulto na situação de qualquer dos cônjuges desquitados, por mútuo consentimento, é inadmissível, *data venia* do voto vencido, sempre respeitável e respeitado do eminente desembargador revisor, reconhecer validade e dar acolhimento à renúncia irrevogável que consta da convenção em exame.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 24 de agosto de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente, vencido; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Hugo Auler*; *Oliveira Sobrinho*, vencido, porque sou dos que entendem que, no desquite por mútuo consentimento, não é alterável o acôrdo celebrado entre os cônjuges a não ser que, posteriormente, êles próprios resolvam estabelecer outras e novas condições, que alterem o convencionado por ocasião do primitivo pacto, homologado judicialmente.

Ciente, em 21-9-51. - *Jorge de Godói*.

\*

### **DESQUITE - BIGAMIA - RECONVENÇÃO**

**- É lícita, nas ações de desquite, a reconvenção fundada em bigamia e a objetivar a nulidade do vínculo matrimonial.**

Leonor de Sousa e Silva *versus* Diogo Pinto da Silva

Ap. nº 5.862 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 5.862, em a qual são apelantes, 1ª, Leonor de Sousa e Silva, 2º, Diogo Pinto da Silva, sendo apelados os mesmos:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, transferir para o *mérito* o julgamento do agravo no auto do processo às fls. 56-57 e, contra o voto do desembargador SÍLVIO MARTINS TEIXEIRA, que provia a apelação da 1ª apelante para julgar procedente a ação e improcedente a reconvenção, em negar provimento a ambos os recursos, pagas as custas na forma da lei.

Trata-se, na espécie, de um desquite litigioso, promovido pela ora 1ª apelante e fundado em o disposto no art. 317, nº III, do Cód. Civil, que foi contestado,

reconvindo o ora 2º apelante sob o fundamento de ser a autora carecedora da ação em virtude da nulidade de seu casamento por bigamia do reconvinte.

Alega-se que não é de ser admitida no desquite a reconvenção assim fundada, não só porque a ninguém é lícito beneficiar-se com a invocação da própria torpeza, como, também, por depender de ação própria o pronunciamento daquela nulidade.

Não há dúvida que a tese acima exposta tem sido objeto de atenção da crítica, mas bem é que se advirta que a questão não envolve apenas um interesse privado. Ela exorbita essa restrita esfera para o âmbito do interesse público porque a bigamia traduz a prática de um delito, pondo em perigo o alicerce da sociedade, que é a legitimidade do matrimônio e da família, sendo, portanto, uma excludente do desquite, que pode ser suscitada até pelo Ministério Público, máxime quando, como no caso, houve ação penal, embora, afinal, tivessem escapado o bígamo e seus cúmplices pelo reconhecimento da prescrição do crime.

Aliás, sôbre o tema já êste Tribunal se tem pronunciado, considerando perfeitamente formal a oposição reconvenicional da nulidade do casamento em ações de desquite, em que pêsse à interpretação literal do disposto em o art. 222 do Cód. Civil.

É realmente curial que, não existindo casamento válido, mas nulo, não poderá haver desquite; e que, se êste foi proposto, normal, regular e lógico, é opor-se-lhe a nulidade daquele, no próprio processo, como *excludente* de direito.

O Cód. Civil, em seu art. 222, estabelece que a nulidade do casamento se processará por ação ordinária e, à vista disso, muitos comentadores têm entendido que a nulidade aludida não deve ser pronunciada no curso de uma outra ação, nem nessa articulada como contestação, mas apenas e expressamente por ação autônoma. Quis, porém, o Cód. Civil, com aquela declaração, advertir da indispensabilidade de um processo uniforme para o pronunciamento da nulidade do casamento porque dado o então contemporâneo regime da liberdade da legislação processual dos Estados, em alguns dêstes havia leis que permitiam outra forma de ação para aquela finalidade. Veio, então, o código Civil e instituiu, de um modo geral, o processo ordinário.

Todavia, não se diga que o pronunciamento da nulidade do casamento, quando oposta em reconvenção nas ações de desquite ofende o exposto princípio. Não. A ação de desquite, contestada, tem curso ordinário, outro tanto ocorrendo com a reconvenção, que é, na sabença vulgar, uma ação tornando-se, portanto, bigamo. O Cód. Civil é expresso em o n° VI do art. 183, quando dispõe que não podem casar as pessoas já casadas, casamento que, se celebrado, fulmina de nulo e de nenhum efeito, quanto aos contraentes e aos filhos - art. 207.

Assim, não há dúvida que é apta a argüição da nulidade do casamento em questão, à base de bigamia, máxime quando já neste sentido tem entendido êste Tribunal.

Não há dúvida que, no caso dos autos, o casamento dos litigantes é nulo, não podendo, pois, haver sua dissolução por desquite.

O 2º apelante, ao contrair núpcias com a 1ª, já era casado, civilmente, com outra mulher, casamento válido.

Provado está que o 2º apelante era casado com Isaura Ferreira, Marques, fls. 90, quando contraiu matrimônio com a 1ª apelante, fls. 3 do apenso da separação de corpos. É certo que para convolar tais núpcias exibiu êle uma certidão de uma suposta sentença anulatória de seu primeiro casamento, mas menos certo não é que tal documento era produto de uma fraude levada a efeito Pelo ex-escrivão Solfieri de Albuquerque, tanto assim que, em 23 de julho de 1934, a primeira, esposa do apelante, contra êle e seus comparsas, moveu uma queixa por crime de bigamia, fls. 32, da qual, prosseguida pelo Ministério Público, escaparam todos pela prescrição da ação, fls. 34.

Nesta conformidade, bem decidiu a sentença apelada pronunciando a nulidade em causa e reconhecendo em favor da autora e de sua prole a putatividade do casamento, mas considerando-a, via de consequência, carecedora da ação de desquite.

Não deu a sentença a mesma ressalva de tratamento em favor do 2º apelante, porque não era de reconhecer boa-fé de parte dêste ao contrair o casamento

nulo, uma vez que não ignorava o impedimento que obstava sua válida celebração.

Distrito Federal, 11 de julho de 1950. - *Eduardo Sousa Santos*, presidente; *Homero Pinho*, relator; *Sílvio Martins Teixeira*, vencido, pelas razões expostas em nutro processo, relativamente à mesma tese jurídica.

Há necessidade de uma sentença anulatória para que um casamento seja considerado inexistente, negado à mulher direito à ação de desquite resultante do mesmo.

Comentando o art. 221 do Cód. Civil, escreveu CLÓVIS BEVILÁQUA: "Até o dia da sentença que pronunciar a nulidade ou anulação do casamento, produzirá êste efeito válido" ("Comentários ao Código Civil", vol. 2º, pág. 94).

EDUARDO ESPÍNOLA, em "Anotações", pág. 445, assim se pronunciou: "Claro é que, em se tratando de casamento inexistente por lhe faltar alguns dos elementos essenciais, como a manifestação do consentimento, a diversidade do sexo, a celebração do ato, nenhum efeito poderá produzir". Conclui-se que êsse jurisconsulto sòmente nega a validade dos efeitos do casamento quando é êste inexistente. VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, redigindo acórdão das Câmaras Reunidas da antiga Côrte de Apelação, citou vários comentários e Códigos estrangeiros, para deduzir que, "sòmente quanto ao casamento, na maioria dos casos, se faz depender a nulidade do exercício de nova ação" ("Direito Privado Francês"), pois, relativamente ao matrimônio, não se pode invocar nulidade senão por via de ação" ("Código Civil Alemão"), e acrescentou:

"Em nosso direito, desde a instituição do casamento civil, sempre foi assim. De acôrdo com BEVILÁQUA, entendo que se deve interpretar o art. 222 do Cód. Civil, no sentido de que é necessária a ação ordinária, tanto à declaração de nulidade absoluta, insanável, quanto à anulação por vício menos grave"... Antes havia afirmado que em regra a nulidade dos atos jurídicos não precisa ser declarada por sentença, mas "justamente o casamento abre exceção a esta regra geral". No caso dêstes autos, há prova para desquite por culpa do réu; deverá subsistir o matrimônio deste com a autora, até julgamento definitivo; proferido em ação de nulidade de casamento, considerando-o sem efeito.

Como se vê da cópia autêntica de fls. 49, o réu, ora segundo apelante, foi condenado fato ocorrido em 5 de março de 1947, antes mesmo de ser proposta a presente ação (em 25 de maio de 1948), e até do pedido de alvará de separação de corpos (19 do mesmo mês de maio).

A testemunha de fls. 73 v. disse que "assistiu o réu proferir palavras de baixo calão e ofensivas, à autora, na presença dos filhos do casal", mencionando expressões ofensivas a espôsa, proferidas pelo réu. Também a de fls. 77 ouviu o réu injuriar a autora; o mesmo é declarado pela de fls. 82. A de fls. 75 afirmou que "assistiu o réu seviciar a autora, prometendo matá-la", consistindo a agressão em sôcos.

Ciente, em 26-9-50. - *T. Arthou.*

\*

### **DESQUITE AMIGÁVEL - EFEITOS DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - APELAÇÃO**

**- A sentença homologatória do acôrdo das partes no desquite amigável, embora pendente a apelação necessária, tem plena eficácia no tocante aos efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, dada a sua irretratabilidade unilateral.**

Paulo de Sousa Melo versus Liliane Lacerda de Meneses Sousa Melo

Ap. nº 3.898 (embs.) - Relator: DESEMB. HOMERO PINHO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos, nos presentes autos de apelação cível nº 3.898, os embargos de nulidade infringentes do julgado opostos ao acórdão de fls. 59 v.-61, em os quais é embargante Paulo de Sousa Melo, sendo embargada Liliane Lacerda de Meneses Sousa Melo:

Acordam, por unanimidade de votos, os Juízes da 3ª Turma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em desprezar, por improcedentes, os

aludidos embargos, confirmando, por isso, o acórdão embargado, pagas as custas na forma da lei.

A hipótese dos autos é a seguinte: O acórdão embargado, fls. 59 v.-61, confirmou a sentença de fls. 34 nestes autos de inventário por desquite do casal dos litigantes, excluindo, portanto, a possibilidade da arrecadação da herança que a espôsa e ora embargada recolhesse na sucessão paterna, conforme os termos do acôrdo homologado no respectivo desquite. O voto vencido admitiu, porém, essa arrecadação. Sustenta-se em substância que, não estando confirmada pela superior instância a sentença homologatória do desquite, havia de prevalecer entre os cônjuges desquitados o regime dos bens do casamento ao sobrevir a morte do sogro do ora embargante, além de não ser possível a validade de cláusula onde se fêz incluir disposição compreensiva de pacto sucessório proibido.

Vê-se que o embargante, por um hábil eufemismo formal, procurou rescindir no inventário de seu desquite, já guandu homologado o acôrdo pela superior instância, aquilo que nêle se dispunha. Pretendeu dar a uma das cláusulas ali adotadas o caráter de nulidade absoluta, a pretexto de haver incluído pacto sucessório proibido, pleiteando, em conseqüência, sua invalidade, independentemente de sentença, em vista da regra que permite, no curso de qualquer processo, o juiz pronuncia-la, quando a mesma lhe chegue ao conhecimento.

Não é essa, porém, a situação em aprêço. Uma, vez homologado o acôrdo no desquite amigável, para que se não torne eficaz uma de suas cláusulas, é mister, indubitavelmente, que sua rescisão se opere por sentença proferida em processo regular.

Aqui não é de uma rescisória de sentença homologatória que se limitou a solenizar a convenção das partes que se trata, mas de anulação do próprio acôrdo.

É esta, aliás, a opinião generalizada entre doutos quanto à inteligência do texto do parág. único do art. 800 do Cód. de Processo Civil.

Isso vale dizer que o embargante já não podia, por uma simples pretensa arrecadação dos bens da herança do seu sogro no inventário de seu desquite, do qual e inventariante, dar por nenhum, por inexistente, o acôrdo aludido, tampouco naquele simples processo administrativo pleitear-lhe a anulação.

É certo que o óbito do pai da embargante se deu quando ainda pendia de confirmação da instância superior a decisão homologatória de seu desquite. Tal circunstância não exerce, porém, nem uma influência sôbre a situação em vista, por isso que, firmado e ratificado pelas partes, o acôrdo no desquite já havia sido homologado pelo juiz em forma e processo regulares, de onde, pois, sua plena eficácia quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais, dada sua irretratabilidade unilateral.

Aliás, sob o ponto de vista patrimonial, essa irretratabilidade já é pacífica na jurisprudência, como bem assinala FILADELFO AZEVEDO, em "Votos e Acórdãos", pág. 237, sendo respeitável o número de decisões de, todos os tribunais do país em tal sentido.

Não há retratação unilateral (Cód. de Proc. Civil, art. 644), mesmo dependendo a sentença homologatória do desquite amigável de decisão confirmativa da instância superior.

Nada obstante, não custa assinalar em substância que o acôrdo contra o qual investe o embargante não contém disposição de pacto sucessório proibido nem nêle se transige sôbre herança de pessoa viva. No caso, com efeito, o herdeiro não é o marido, o ora embargante, porque genro não é herdeiro de sogro, onde, pois, tornar-se impossível uma pretensa retratação de uma suposta renúncia antecipada à sucessão dêste.

Na espécie, a homologação do acôrdo pelo juiz da primeira instância pôs têrmo à sociedade conjugal e, pois, conseqüentemente, à comunhão dos bens entre os cônjuges, de modo que, com acôrdo expresso sôbre os bens que viessem a adquirir os herdassem ou sem tal acôrdo, a comunicação dêles já se não opera mais entre êles, principalmente dos que sobrevieram ao julgamento do desquite. Distrito Federal, 17 de janeiro de 1951. - *Ari de Azevedo Franco*, presidente; *Homero Pinho*, relator.

Ciente, em 21-3-51. - *T. Arthou.*

\*

## HONORÁRIOS DE ADVOGADO - AÇÃO DISTINTA

**- A obrigação de reembolsar os honorários do advogado da parte vencedora resulta da atitude injusta do vencido, compelindo-a a ingressar em juízo.**

**- Se não expressamente pedida pela parte, nem decretada de ofício pelo juiz; a condenação ao pagamento dos honorários do advogado pode ser objeto de ação distinta.**

João Cúri *versus* Lauro Lopes de Oliveira e outro

Ap. nº 13.430 - Relator: DESEMBARGADOR HUGO AULER

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.430, em que é apelante João Cúri e são apelados Lauro Lopes de Oliveira e Néilson Santos:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em dar provimento ao presente recurso de apelação para o efeito de reformar a sentença recorrida, julgar procedente a ação e condenar os apelados a pagar ao apelante a importância de Cr\$ 35.000,00, em quanto são arbitrados os honorários do seu advogado nesta decisão.

E assim decidem pelos seguintes fundamentos:

O apelante celebrou com os apelados um contrato de corretagem, em virtude do qual lhe foi assegurado o direito de promover com exclusividade a venda dos apartamentos do edifício situado à rua São Salvador números 882-884, nesta cidade, quando ainda em incorporação, mas, depois de haver cumprido tôdas as suas obrigações, se viu surpreendido com a atitude dos incorporadores, que se

negaram a pagar-lhe as devidas comissões, subordinando o pagamento a várias condições futuras sob o pretexto de tratar-se de um contrato de sociedade. Por essa razão o apelante foi obrigado a vir a juízo com uma ação de prestação de contas, a que os apelados opuseram embargos julgados improcedentes a final. E como êstes últimos, condenados a prestar contas, não o fizessem no prazo legal, prestou-as o apelante em forma mercantil com um saldo de Cr\$ 393.231,40 a seu favor. Os apelados impugnaram totalmente essas contas, o que determinou tomasse rito ordinário o respectivo processo, tendo sido finalmente julgadas bem prestadas as contas e reconhecido o saldo credor de Cr\$ 338.030,20. Os apelados recorreram desta decisão, havendo esta Câmara negado provimento ao recurso de apelação. Inconformados, mais uma vez recorreram, fazendo-o para o Supremo Tribunal Federal, que não tomou conhecimento do recurso extraordinário. Esta demanda se prolongou injustificadamente de 18 de outubro de 1947 até 11 de agosto de 1950. E por essa razão foi que o apelante ingressou em juízo com a presente ação ordinária para reembolso dos honorários que pagou ao seu advogado, na importância de Cr\$ 67.606,00. Invocando como fundamento do pedido o haverem os apelados, alterado intencional e maliciosamente a verdade. Os apelados contestaram o pedido inicial. O Dr. juiz reconheceu como possível, senão pedido expressamente pela parte ou não deferido de ofício pelo juiz, o direito de exigir, por ação própria e autônoma, a cobrança da multa por dolo processual, má conduta na lide. Mas não reconheceu, na espécie, nenhum traço de malícia no procedimento dos apelados, negando o dolo processual e julgando improcedente a ação. E daí a origem do presente recurso de apelação.

A sentença sob censura merece cassação.

Com efeito o problema foi mal empostado na presente ação, por isso que, na espécie, o direito aos honorários do advogado não resulta de dolo processual, mas de culpa contratual. Os apelados celebraram com o apelante um contrato de corretagem, pelo qual êste último se obrigou a efetuar com exclusividade a venda dos apartamentos de um edifício ainda em incorporação, ao passo que aquêles assumiram, por sua vez, a obrigação de pagar-lhe determinada comissão. O apelante cumpriu integralmente a sua obrigação e, quando os procurou para que lhe fôsem prestadas as contas e pagas as devidas percentagens, foi surpreendido pela injusta recusa dos apelados, que se negaram ao cumprimento daquela obrigação, nascida pura e simplesmente da

obtenção do resultado a que se dirigiu o aludido contrato de mediação, desde que não negada de modo algum a conexão causal entre a atividade do corretor e a conclusão dos contratos de compra e venda dos apartamentos do edifício em incorporação, segundo a exata observação de GAETANO FINOCCHIARO ("II Contrato di Mediazione", Catania, Gráfica Rodoniana, 1922, nº 76, pág. 124. Conf.: VIVANTE ("Trattato di Diritto Commerciale", Milão, ed. Vallardi, 5ª ed., 1934, vol. I, ns. 230-231, págs. 244-245); BOLAFFIO ("II Código di Commercio Commentato", Utet, 1934, vol. II, "Dei Mediatori", nº 179, pág. 102). Nem se diga, que, em se tratando de compra e venda de imóveis realizada através de contrato preliminar no período de incorporação, não haja o apelante adquirido desde logo o direito à comissão. Nesta hipótese, como bem o diz SELETTI, *"senza che valga contrario il fatto che l'affcere, cosi inteso, si risolva per inadempimento o per mutuo accordo, non si potrà negare che sia concluso l'affare nel caso concreto in cui le parti par ritu del contratto preliminare di mutuo si sono vincilate alla stipulazione del contratto, per modo che l'opera del mediatore può dirsi compiuta* ("Rivista di Diritto Commerciale", Milão, ed. Vallardi, 1910, vol. VIII, parte segunda, pág. 753). Nessas condições, em face da evidência da obrigação dos apelados de pagar desde logo ao apelante a devida comissão, manifesta se tornou a culpa contratual, cujo reconhecimento tanto mais se impõe quanto menos se ignora que o credor se viu, em consequência, compelido a propor contra as devedores a competente ação de prestação de contas, um processo cominatório que cabe, em geral, a quem, por lei ou convenção tenha o direito de exigir de outrem que preste fato dentro de certo prazo, segundo a definição do inciso XII do art. 302 do Código de Proc. Civil, a qual, aliás, foi julgada procedente a final.

Deste modo não se trata de direito de reembolso dos honorários do advogado, contemplado no art. 63 do Cód. de Proc. Civil, mas de reavê-los, se ainda os não pagou, com fundamento no art. 64 do citado diploma legal, se admitida não fôr a tese da responsabilidade objetiva da parte por aquêle ônus a que foi obrigada a parte vencedora em face da natureza compulsória da representação judicial na relação processual. É que a obrigação de reembolso dos honorários do advogado da parte vencedora resulta de uma idéia de responsabilidade objetiva da parte vencida, desde que pelo julgamento final da ação se possa concluir que injusta foi a atitude de quem compeliu terceiro a ingressar em juízo, obrigando-o a constituir advogado, na conformidade do art. 106 do Cód. de Proc. Civil. Nem se diga que, havendo deixado de exigir os honorários do

advogado na ação de prestação de contas, o apelante não possa agora pedir o respectivo reembolso, fazendo-o por ação própria e autônoma, a fim de ser devida e completamente ressarcido dos prejuízos resultantes da outorga do mandato judicial. É de entender-se que, se não foi expressamente pedida pela parte ou declarada de ofício pelo juiz, a condenação ao pagamento dos honorários do advogado pode ser objeto de ação distinta ulterior, tanto mais quanto o direito de exigi-los nasce muitas vezes do julgamento da demanda anterior. Nesta hipótese a matéria se protraí para ser discutida em ação própria e autônoma desde que não constituiu por omissão elemento integrante do *thema decidendum* da ação principal. Esta conclusão está, aliás, de acôrdo com o princípio de que tôda vez que o autor houver omitido na petição inicial pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá fazê-lo, consagrado no art. 157 do Código de Proc. Civil.

Todavia, não obstante os têrmos deste julgamento, é de afastar-se qualquer idéia acêrca do direito do apelante de obter exatamente o reembolso do que afirma haver pago ao seu advogado, eis que o contrato de honorários por ele celebrado com o seu procurador judicial constitui *res inter alios acta* para os apelados que foram *penitus extranei* naquela convenção particular. E por êsse motivo é que, a título de compensação de despesas judiciais, entre as quais está necessariamente incluída a verba destinada aos honorários do advogado, são êstes últimos fixados unânimemente em Cr\$ 35.000,00, sem prejuízo da validade das estipulações, feitas no contrato de mandato judicial, pois, como bem o diz PEDRO BATISTA MARTINS, "o vencido pagará, a título de compensação de despesas, os honorários fixados. Mas a fixação não influirá, como é claro, na relação contratual existente entre a parte vencedora e seu advogado. Se este houver concluído contrato com o constituinte, as obrigações dêste se regularão pelo contrato" ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", 1940, vol. I, nº 176, pág. 211).

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 28 de agôsto de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Hugo Auler*, relator; *Eduardo Espínola Filho*, revisor.

## **PROMESSA DE VENDA - INADIMPLENTO - SINAL - JUROS DA MORA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- **É causa de rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel a não efetivação do negócio no prazo ajustado.**
- **O arrependimento do promissário-comprador acarreta a perda do sinal dado e a obrigação de pagar honorários de advogado.**
- **Os juros moratórios são devidos a partir da notificação para constituir em mora o contratante inadimplente.**

Virgílio Marcondes Cardinali *versus* Michel Tranjan e sua mulher

Ap. nº 5.306 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5.306, em que é apelante Virgílio Marcondes Cardinali e apelados Michel Tranjan e sua mulher, D. Maria Eunice Tranjan:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso interposto, dar-lhe provimento para, reformando em parte a sentença apelada, fixar os honorários de advogado em 5%.

Custas *ex lege*.

Trata-se na espécie *sub judice*, de ação proposta por promitente-vendedor dum apartamento contra promissário-comprador para os fins de ser rescindido o respectivo contrato de promessa de venda, com a conseqüente perda do sinal por êste dado e honorários de advogado, à razão de 20% do preço de venda, sob o fundamento de, notificado para a assinatura da escritura definitiva, findo o prazo ajustado, isso não teve lugar, e em que a defesa consistiu tratar-se de compra condicionada a financiamento por um Instituto de Aposentadoria e Pensões e não fixação de qualquer prazo para a conclusão do negócio,

improceder a ação, não só por êste último motivo como também por não ter sido constituído em mora.

A sentença apelada, a não ser na parte referente ao pagamento de honorários do advogado do apelado, que fixou em 20%, não merece reforma, por isso que está conforme à prova dos autos e a lei.

Contrariamente àquilo que alega o apelante, não foi indeterminado o prazo para a ultimação do negócio pela outorga da competente escritura definitiva de compra e venda, como certo fazem os termos das cláusulas 1ª e 2ª da escritura de fls. 11, ao disporem, aquela que "o preço para a venda é de Cr\$ 120.000,00, por conta do qual recebem, neste ato, como sinal e princípio de pagamento, a quantia de Cr\$ 12.000,00 em moeda corrente do país, contada e achada certa perante mim, tabelião, e da qual dou quitação; e esta que o saldo de Cr\$ 108.000,00 será pago do seguinte modo: Cr\$ 15.000 00 em moeda corrente, no dia 16 de novembro do corrente ano (1947), e os restantes Cr\$ 93.000,00, por ocasião da assinatura da escritura definitiva de venda que deverá ser assinada dentro do *prazo de 120 dias, prorrogáveis por mais 60 e que serão pagos pela instituição financiadora*".

O contrato de opção de compra de fôlhas 33, em virtude do qual pretende o apelante demonstrar ter sido indeterminado o prazo para a assinatura da escritura definitiva, - indeterminado em nada lhe aproveita, uma vez. que com a assinatura do contrato de promessa de venda, que lhe é posterior, cessaram os seus efeitos. Não é exato, como sustenta o recorrente, tivesse lugar a escritura definitiva, quando obtido fôsse o financiamento do restante do preço de venda; a parte final da cláusula 2ª da escritura de fls. 11, afasta, por si só, a idéia de existência dessa condição. Sòmente nela se declara que os restantes Cr\$ 93.000,00 do preço seriam pagos pela instituição financiadora. A obrigação contraída pelo apelante foi uma obrigação a prazo certo - de 180 dias, contados da data da assinatura da escritura de fls. 11, e quando teve lugar a notificação para sua constituição em mora há muito havia expirado êsse prazo. Bem decidiu a sentença apelada julgando procedente a ação para decretar rescindido o contrato de promessa de venda, com a perda pelo apelante cio sinal dado e pagamento dos juros da mora contados da data da notificação e honorários de advogado, que em verdade são excessivos na percentagem fixada de 20%.

Daí dar-se, como se dá, provimento à apelação para reduzir tão-sòmente os honorários de advogado, devidos ao apelado, em 5%.

Distrito Federal, 6 de dezembro de 1949. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mém de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari de Azevedo Franco*.

\*

## **MANDATO - MORTE DO MANDATÁRIO - PRESTAÇÃO DE CONTAS**

**- A morte do mandatário extingue o mandato, mas não exonera seus herdeiro da obrigação de prestar contas ao mandante.**

Ana Julieta de Melo Castro versus Jerusa Lucero de Castro

Ap. nº 6.014 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 6.014, em que é apelante D. Ana Julieta de Melo Castro e apelada D. Jerusa Lucero de Castro:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, da mesma conhecer e dar-lhe provimento para, reformando a sentença apelada, julgar procedente a ação.

Custas *ex lege*.

E assim decidem, porque a morte do mandatário, posto que extinga o mandato, não exonera, entretanto, seus herdeiros da obrigação de prestar contas ao mandante.

Provado está que o marido da apelada e filho da apelante foi dessa procurador, enquanto viveu, não tendo, porém, prestado as devidas contas.

Sustenta a apelante, viúva do mandatário, ter sido seu marido procurador com amplos e ilimitados poderes da apelada, sua mãe, e jamais ter-lhe sido imputado qualquer ato desonesto, não sendo verdade tivesse êle lançado mão de dinheiros de sua genitora, como confessa, nada a respeito provando o documento de fls. 13, ou seja, a conta-corrente mantida com o Banco de Londres & Sul América Limitada, por êle movimentada.

A sentença apelada bem não decidiu julgando improcedente a ação, sob os fundamentos de cessar o mandato com a morte do mandante ou do mandatário, não estando os herdeiros dêste obrigados a prestar contas, por se tratar de obrigação personalíssima, não transmissível aos herdeiros, *ex vi* do art. 928 do Cód. Civil, e só responder a herança pelo pagamento de dívida, do *de cujus*, quando apurados pelos meios regulares, de direito, não sendo de admitir-se, como líquida e certa, a importância declarada na inicial, por estarem eivadas de vacilações, mesmo quanto à sua existência, face às próprias declarações da apelante, de jamais, ter fornecido ao seu filho e procurador quaisquer comprovantes de quantias recebidas para sua manutenção e despesas outras, e, ainda, que, se provado estivesse uma apropriação, improcederia a ação, por estarem excluídas da comunhão as obrigações resultantes de atos ilícitos.

A obrigação do mandatário prestar contas ao mandante não é uma *obrigação personalíssima*, porém, uma obrigação pessoal, que se transmite aos seus herdeiros e ao cônjuge sobrevivente, que respondem pelos efeitos recebidos e não entregues, salvo em relação a êste, se não for o regime de bens o da comunhão, por isso que são as obrigações dessa espécie inerentes à pessoa.

São *obrigações personalíssimas*, na linguagem do Código, ou *obrigações inerentes a pessoa* aquelas que, em virtude de disposição legal, conferem direitos que só seus titulares podem exercer e que com a morte dêles se extinguem; ou obrigações que só por êle possam ser exercitadas, como os direitos e obrigações resultantes em regra do direito de família (pátrio poder, casamento, alimentos), de usufruto, aceitação e repúdio de herança, revogação de doações, salvo os casos nela autorizados, e testamentos e os de fazer pessoalmente e muitos outros mais.

A morte do mandatário extingue sòmente a obrigação de representar o mandante, de agir em seu nome, dentro dos limites impostos pelo mandante, e

não as obrigações decorrentes dos atos praticados nessa qualidade, entre os quais está o de prestar as respectivas contas.

Não procede o último fundamento da sentença apelada, justificando a improcedência da ação, ou seja, de que, ainda que provado estivesse ter o filho da apelante se apropriado, em virtude de sua condição de mandatário, de bens ou quantias à mesma pertencentes, a presente improcederia por motivo de não se comunicarem as obrigações decorrentes de atos ilícitos, por isso que, por êsse mesmo fato, não se incorporam ao patrimônio comum.

Distrito Federal, 13 de outubro de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *éem de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari Franco*.

Ciente, em 2-4-51. - *Jorge de Godói*.

\*

### **CASAMENTO - IMPEDIMENTOS - COMPETÊNCIA - APELAÇÃO.**

- **A oposição dos impedimentos matrimoniais é ato extra-judiciário, cuja função consiste apenas em deter a celebração do casamento.**
- **A competência dos juízes substitutos não se aplica aos atuais juízes do Registro Civil, senão dentro nos limites próprios à natureza das funções dêstes, que não são, constitucionalmente, juízes vitalícios. Assim, inclui-se dentro nesses limites a matéria atinente à oposição de impedimentos matrimoniais quando se evidencia ilegal à pretensão do opoente.**
- **Não acarreta nulidade da apelação a circunstância de se não haverem referido, na petição do recurso, o domicílio, a profissão e a naturalidade do apelante.**

Norberto Alves Teixeira *versus* Herondina Fonseca

Ap. nº 7.028 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.028, em que é apelante Norberto Alves Teixeira e apelada Herondina Fonseca:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, rejeitadas as preliminares de nulidade do recurso de apelação interposto, bem como de incompetência do juízo, por unanimidade *de meritis*, e também unânimemente, negar provimento ao recurso.

Argúi a apelada a nulidade do recurso ele apelação interposto, bem como de haver sido omitida a existência do art. 158, incisos I e II, do Cód. de Proc. Civil, relativa à menção da naturalidade, domicílio e profissão do recorrente. Entretanto, tal omissão não pode, de modo nenhum, ser erigida à altura de uma nulidade capaz de determinar o não conhecimento do recurso, desde que se considere a ausência de qualquer prejuízo por força dessa omissão, como ainda a circunstância de já constar dos autos tôdas essas menções.

De importância, porém, é a questão da incompetência dos juízes do Registro Civil, as quais, por não serem juízes vitalícios, nos têrmos do inciso III do art. 124 da Constituição federal, podem ter a sua competência atacada, sobretudo no que refere à extensão da matéria que o Cód. de Organização Judiciária contemplou, tendo em vista os juízes substitutos.

Força é, na matéria *sub judice*, distinguir a oposição do impedimento matrimonial do julgamento do impedimento oposto.

A oposição de impedimentos matrimoniais é um ato extra-judiciário, cuja função consiste tão-sòmente em deter a celebração do casamento (DEMOLOMBE, "Cours", III, nº 146, pág. 229).

O que cabe à autoridade incumbida de celebrar o casamento é tão-sòmente não prosseguir no ato, tanto assim que o artigo 191 do Cód. Civil dispõe que o oficial do Registro Civil dará os nubentes, ou seus representantes, nota do impedimento oposto, e no parág. único, ressalva aos nubentes fazer a prova contrária ao impedimento e promover as ações civis e criminais contra o opoente de má-fé.

Entretanto, a despeito disso, dissentem os autores sobre se o oficial do Registro é sempre obrigado a suspender o ato.

Entendem que sim, pois aos futuros esposos é que cabe pedir a realização do ato e o cancelamento da oposição, opinião essa que se funda na necessidade de entregar o exame da questão a um juiz com investidura própria.

Outros admitem certas restrições. Fundam-se em que o fim essencial do legislador, criando a oposição, é estabelecer uma sanção prévia dos impedimentos matrimoniais. O oficial é advertido da sua existência, e por essa advertência fica o oficial obrigado a considerá-la. Entretanto, acham que, em face da responsabilidade do oficial, tem este o direito de recusar seu ministério tôdas as vezes que a oposição for manifestada irregularmente, evitando, porém, penetrar na realidade do impedimento (LAURENT, "Droit Civil", II, n° 396, pág. 510; H. DE PAGE, "Droit Civil", I, ns. 634-640, pág. 696; RIPERT ET ROUAST, II, n° 163, pág. 139).

E ainda há os que, mais enérgicos, opinam que o oficial tem o direito de impedir a transformação do exercício do direito de oposição de impedimentos num meio de vexames nas mãos de um aventureiro, em razão do que se lhe concede rejeitar uma oposição manifestamente ilegal, que se evidencia à primeira vista, embora reconhecendo a necessidade de empecer ao oficial o julgamento do valor da oposição (B. LACANTINÉRIE, "Delle Personne", III, n° 1.660, página 290; BIANCHI, "Corso", V. pt. 1ª, número 136, págs. 525 e segs.).

No caso, trata-se de uma oposição manifestamente infundada, oposta por uma pessoa que já figurara na habilitação de casamento como um dos atestantes da ausência de impedimentos entre os cônjuges.

Assim sendo, impõe-se a confirmação da decisão recorrida, por força da qual foi desprezada a oposição.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 1º de dezembro de 1950. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente e revisor; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, relator; *Eugênio Martins Pinto*.

Ciente, em 25-1-51. - *João Coelho Branco*.

\*

## **DESPEJO – INCONTINÊNCIA DE LINGUAGEM**

**- A incontinência de linguagem, em voz alta, por parte do locatário, para motivar a rescisão da locação, precisa preceder-se da cominatória de abstenção.**

**- VOTO VENCIDO: O morador de casa de cômodos deve subordinar-se às normas gerais de boa convivência. Criando incidentes, ofendendo constantemente os demais locatários, adota norma de procede, diversa da que lhe impõe a própria natureza da locação, justificando o seu despejo.**

Amadeu dos Santos Alonso *versus* Antônio da Costa Caldas

Ap. nº 8.698 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 8.698, em a qual é apelante Amadeu dos Santos Alonso, sendo apelado Antônio da Costa Caldas:

Acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria, e contra o voto do desembargador revisor, que o provia, em negar provimento, ao aludido recurso e confirmar a sentença recorrida, - pagas as custas na forma da lei.

O apelante, como sublocador dos cômodos ocupados pelo apelado, promoveu contra êste uma ação de despejo fundada no inciso VI do art. 18 do dec.-lei nº 9.669, de 29 de agosto de 1946, reclamando, além disso, perdas e danos.

A sentença bem esclareceu a situação, considerando que o pedido consistindo na alegação de mau uso da coisa locada, em virtude de certa incontinência de linguagem por parte do réu, não se podia compreender como mau uso da propriedade, a que alude o art. 1.192, nº I, do Cód. Civil.

Com efeito, essa modalidade consiste em se não servir o locatário da coisa alugada para os usos convencionados, ou de sua destinação, e não tratá-la com cuidado, como se fôsse sua.

A imoderação da linguagem é, via de regra, incidente pessoal que, a rigor, não pode influir no contrato de locação quando se dê entre outros locatários, ou sublocatários, do mesmo prédio.

Não há dúvida que numa habitação coletiva a imoderação da linguagem de uns inquilinos pode tornar molesta, inconveniente, impossível mesmo, a vida em comum. Mas tal circunstância que, como se vê, pertine com o direito de vizinhança, para que constitua motivo de rescisão do contrato de locação com o locador, ou sublocador, precisa ser precedida da cominatória de abstenção, em cuja transgressão a cobrança da pena poderá culminar no despejo.

Distrito Federal, 23 de fevereiro de 1951. - *Homero Pinho*, presidente e relator; *Hugo Auler*; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, vencido, com o voto seguinte: Vencido. É pedido o despejo do réu sob a alegação de que, sendo locatário da casa de cômodos, vem-se conduzindo de modo ofensivo à moralidade.

Neste sentido, produziu o autor três testemunhas (fls. 21 a 22). Entendeu, porém, o Dr. juiz *a quo*, e, agora, a maioria da Câmara, que a matéria poderia dar margem apenas a uma ação cominatória em virtude dos incômodos produzidos pela vizinhança entre os locatários da mesma casa de cômodos e não uma ação de despejo, por não se tratar de mau uso da coisa locada.

Não posso acompanhar tal ponto de vista.

Segundo a regra prescrita pelo art. 1.192, n° I, do Cód. Civil, deve o locatário servir-se da coisa alugada para usos convencionados ou presumidos, conforme sua natureza e circunstâncias.

Indo residir numa casa de cômodos, deve o locatário subordinar-se às normas gerais de boa convivência, sem as quais não poderia ser assegurado a todos os locatários em geral o uso pacífico da coisa.

Criando incidentes, ofendendo constantemente os demais locatários, o réu adotou; norma de conduta diversa da que lhe era imposta, em virtude da própria natureza de sua locação.

Conflito de vizinhança pròpriamente dito, a que alude a sentença, ocorreria entre ocupantes de prédio diverso não subordinados a um regime de vida comum e às mesmas, normas regulamentares de locação.

Inteiramente diverso é o caso duma moradia em casa de cômodos, em que é essencial o mútuo respeito e convivência pacífica.

Pelo exposto, dava provimento ao recurso para decretar o despejo, marcando o prazo de 30 dias para desocupação. - *Bulhões de Carvalho*.

\*

## **HONORÁRIO DE DESENHISTA - HABILITAÇÃO LEGAL**

**- Sòmente aquêle legalmente habilitado como desenhista pode cobrar honorários por serviços permitidos ou atribuídos a êste.**

Jakob Mattenberg *versus* Adolfo Vieira da Cunha e sua mulher

Ap. n° 8.260 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 8.260, em que é apelante Jakob Mattenberg, sendo apelados Adolfo Vieira da Cunha, e sua mulher:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em negar provimento ao aludido recurso, para, em consequência, confirmar a decisão recorrida, pagas as custas na forma da lei.

O apelante pretendeu cobrar aos apelados o preço que calculou por plantas e projetos que, sem contrato escrito nem ajuste verbal, teria elaborado *como desenhista, detalhista, projetador*, título que se atribuiu, para a reforma de um prédio de propriedade daqueles.

A sentença repeliu-lhe a pretensão porque, quer em face do dec. nº 23.569, de 11 de dezembro de 1933, que regulou a profissão dos menesteres relativos à engenharia, arquitetura, agrimensura, quer em face da resolução nº 6, de 9 de agosto de 1934, do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura ou, ainda do dec.-lei nº 8.620, de 10 de janeiro de 1946, ao ora apelante faltava qualidade para o exercício da profissão em causa, que, aliás, é designada pela lei apenas como de *desenhista*.

Os desenhistas são considerados somente *auxiliares dos profissionais* a que se refere o primeiro daqueles decretos e, na forma do art. 20 do segundo dêles, estão também sujeitos ao registro no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, mediante prova de capacidade, limitadas, em seguida, suas atividades a "conduzir trabalhos projetados e dirigidos por profissionais legalmente habilitados".

Ora, o apelante não provou, mas, ao contrário, provaram os apelados que êle não é "desenhista", devidamente habilitado, em ordem a exercer aquelas funções.

Assim, portanto, consoante os arts. 1º e 5º do dec. nº 23.569, de dezembro de 1933, e 31 do dec. nº 8.620, de janeiro de 1946, não podia vir pleitear, em juízo, sôbre plantas, projetos e desenhos, pretendendo compulsar os apelados a remunerá-lo.

É fato que o Cód. Civil, em seu artigo 1.216, traduzindo um princípio universal de direito, consagrou que toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante retribuição. Isso, porém, não vale dizer que qualquer, sem a devida habilitação legal, o possa prestar, tampouco que, à vista do texto em questão, não cabe ao Estado regulamentar, restringindo, ou disciplinando, o exercício das profissões, Não. O Código apenas estabeleceu um princípio geral de remuneração de serviços, mas isso não impedindo de nem um modo ao Estado a regulamentação das profissões.

Dêste jeito, não podia o ora apelante pretender compelir os apelados à responsabilidade que lhes veio cobrar, máxime quando os serviços que a eles teria prestado, pelo que se deduz dos elementos constantes dos autos, tiverem, desde logo, o caráter de gratidão por obséquios recebidos.

Distrito Federal, 26 de dezembro de 1950. - *Eduardo Sousa Santos*, presidente; *Homero Pinho*, relator; *Sílvio Martins Teixeira*.

\*

## **IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO – CESSÃO DE PROMESSA DE VENDA**

**- A cessão de promessa de venda não se equipara à transmissão de propriedade, e, assim, não é devido o impôsto sôbre o seu preço cobrado a êsse título.**

**- VOTO VENCIDO: É devido o impôsto de transmissão na cessão de direitos relativos a promessa de compra e venda.**

Imobiliária Itapemirim S. A. *versus* Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 6.732 - Relator: DESEMBARGADOR VIEIRA BRAGA

## **ACÓRDÃO**

Vistos êstes autos de apelação cível, apelante Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública e apelada Imobiliária Itapemirim S. A.:

Acordam os Juizes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça, contra o voto do desembargador MEM REIS, negar provimento ao recurso, mantendo assim, a decisão recorrida, que julgou procedente a ação.

A sentença apelada acolheu o pedido de restituição de importância exigida como imposto sobre cessão de promessa de venda do imóvel, em 1945, e cujo pagamento foi feito sob protesto.

Esta Câmara já proferiu decisão sobre a matéria, em sentido oposto ao da sentença recorrida, mas, reconsiderando o assunto, não tem dúvida em abandonar a posição em que se colocara, para o fim de manter a solução adotada na decisão apelada.

A cessão de promessa de venda não pode ser equiparada à transmissão de propriedade. O cedente não está investido do domínio, nem o cessionário, por efeito da cessão, adquire a qualidade de proprietário. A propriedade não é de um, nem de outro, e poderá acontecer mesmo que, assim como não, era do primeiro, nunca chegou a pertencer ao segundo. Não se pode falar, assim, em transmissão de propriedade, sendo, portanto, inadmissível que, a esse título, se cobre imposto por um contrato, que não transfere o domínio.

É de confirmar-se, em consequência a sentença apelada.

*Custas ex lege.*

Distrito Federal, 13 de junho de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente e relator, *Ari de Azevedo Franco*; *Mém de Vasconcelos Reis*, vencido, dêz que entendo devido ser o imposto de cessão de direitos, decorrentes de contrato de promessa de venda de imóveis, não atentando de forma alguma a qualquer dispositivo constitucional.

Dispondo o dec.-lei nº 2.224, de 23 de maio de 1940, no seu art. 11, que a arrecadação e fiscalização dos impostos de transmissão de propriedade - *causa mortis* e de propriedade imóvel *inter vivos* no Distrito Federal, continuam a ser regulados pelos decretos municipais ns. 4.613, de 2 de janeiro de 1934; 5.449, de 18 de março de 1935; 5.458, de 20 de março de 1935; 121, de 14 de

novembro de 1936, e decs.-leis ns. 351, de 24 de março; 398, de 30 de abril, e 665, de 2 de setembro, todos de 1938; e dispondo a primeira destas últimas citadas leis, no. seu art. 5º, que "nos contratos de promessa de venda de bens imóveis, por escritura pública, em que o promitente-comprador faça cessão de direitos relativa aos mesmos bens, cobrar-se-á sobre o preço ou valor de cada cessão o impôsto de compra e venda, segue-se que legítima foi a cobrança do impôsto cuja restituição pleiteia a apelada e isso porque a Constituição federal de 1937, no seu art. 24, tal como a atual, autoriza aos Estados, aos quais está equiparado o Distrito Federal, a criação de outros impostos, que os discriminados em dispositivos, anteriores.

Ora, a apelada tornou-se cessionária dos direitos da promissária-compradora em 24 de janeiro de 1945 (fls. 11 v.), portanto, quando já em vigor as disposições do dec. número 4.613, de 2 de janeiro de 1934, por fôrça do disposto no dec.-lei nº 2.224, de 23 de março de 1940, e como a Constituição de 1937 autorizara a criação de outros impostos, além dos discriminados na Constituição de 1937, segue-se que a improcedência se impõe, daí dar eu provimento ao recurso.

\*

### **FIDEICOMISSO - RENÚNCIA - INALIENABILIDADE.**

**- Sòmente quando não importe violação da vontade do testador ou prejuízo aos eventuais fideicomissários, é admissível a renúncia ao fideicomisso, para o efeito de passarem livres àqueles os bens objeto da instituição. Assim, não é dado ao fiduciário renunciar o seu direito, se o testador o onerou com a cláusula de inalienabilidade.**

Benito Castila Costa e sua mulher *versus* Espólio de Vicente Pinheiro Nogueira e outro

Ap. nº 9.637 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 9.637, em que são apelantes Benito Castila Costa e sua mulher e apelados o Dr. 1º curador de Resíduos e o espólio de Vicente Pinheiro Nogueira:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Acertada foi a sentença apelada, ao indeferir a renúncia ao fideicomisso, proposta pelo fiduciário.

Verdade é que o fideicomisso surgiu, no direito romano, como um expediente imaginado para precisamente tornar herdeiro o fideicomissário, quando, por circunstâncias diversas, inclusive incapacidade de herdar, o testador via-se privado de dispor testamentariamente em favor de alguém. De qualquer modo, porém, o fiduciário sempre foi e continua a ser um herdeiro enquanto não realizada a condição resolutória do seu direito. E com essa qualidade, a despeito do instituto continuar a ser uma forma. de substituição que se definirá na pessoa do fideicomissário, contudo, o fiduciário, herdeiro que também o é, e com a possibilidade até de se tornar o senhor da coisa legada, se o fideicomissário premorrer, é indubitável que está subordinado ao ônus que o testador entender de impor. Em princípio, se nada o testador tiver disposto em contrário, pode o fiduciário renunciar o seu direito, se com isso não prejudique os direitos dos seus eventuais substitutos. Mas, se, ao contrário, o testador gravou o fideicomisso com a cláusula de inalienabilidade, essa inalienabilidade tanto pode visar o interesse dos fideicomissários, como também pode dirigir-se ao próprio fiduciário, para assegurar precisamente isto: que frua do bem em fideicomisso até o advento da condição resolutória. Tal foi igualmente o entendimento que à questão foi dado pela 2ª Câmara da Côrte de Apelação do Tribunal de São Paulo (acórdão de 21-1-1936, *in* "Arq. Judiciário", vol. 38, págs. 53-54), como também esta Câmara em sua antiga composição (acórdão de 1º de fevereiro de 1944, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 154, págs. 796-798), com o voto do ilustre desembargador MEM REIS.

Tal é a hipótese do caso *sub judice*, pois o testador gravou a instituição fideicomissária com a cláusula de inalienabilidade.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 13 de outubro de 1950. - *Miguel Maria de Serpa Lopes*, presidente e relator; *Sadi Cardoso de Gusmão*; *Eugênio Martins Pinto*.

Ciente, em 23-11-50. - *T. Arthou*.

\*

### **DESPEJO - USO PRÓPRIO – CONCEITO DE FAMÍLIA - NOTIFICAÇÃO - RECEBIMENTO DE ALUGUÉIS**

**- O conceito de "família", em fato da Lei do Inquilinato, Penhora possa compreender todos os parentes que já se abrigaram sob o mesmo teto, não deve estender-se demasiadamente.**

**- O recebimento de aluguéis após o decurso do prazo de notificação pesa despejo não gera novo contrato de locação.**

Vitalina Pivetti Cotta *versus* Enéias Soares do Couto

Ap. nº 8.957 - Relator: DESEMBARGADOR EMANUEL SODRÉ

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 8.957, em que é apelante Vitalina Pivetti Cotta e apelado o Dr. Enéias Soares do Couto:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, em considerar a matéria do agravo no auto do processo como parte integrante da apelação e a esta negar provimento.

Primeiramente o autor, aos 25 de maio de 1946, requereu a notificação do réu para que lhe entregasse o imóvel locado, pois dele precisava o notificante para abrigar uma filha casada. Surgindo, nesse interregno, o dec.-lei nº 9.669, de 29 de agosto de 1946, que vedava a retomada em benefício de parentes, o autor promoveu nova notificação, alegando necessitar do prédio para seu próprio uso e decorrido o prazo iniciou a presente ação de despejo.

O réu mora no sobrado e a autora no andar térreo do mesmo prédio a ela pertencente. Sustenta ela que o pavimento que ocupa já não chega para abrigar a ela, uma filha solteira, dois empregados, uma filha casada, o genro, o neto, uma irmão de seu genro e outra filha casada (esta temporariamente).

Por mais respeitáveis que sejam os sentimentos afetivos e de solidariedade humana que a autora manifestou, não podem ter a força, diante da chamada "lei de emergência", de elidir o direito que está assegurado ao réu, de permanecer como locatário da autora.

O conceito de *família*, em face da dita lei, embora possa compreender todos os parentes que já se abrigavam sob o mesmo teto, não deve ter uma extensão demasiada.

A sentença bem assinalou que a autora, com sua filha solteira e sua empregada, acomodar-se-ia perfeitamente no apartamento térreo. Por querer melhor abrigar a família do genro e até uma parente deste, com as respectivas empregadas, é que pretende desalojar o réu, com sua mulher e quatro filhos.

O recebimento dos aluguéis após o decurso do prazo da notificação não gera novo contrato, como pretendeu o réu e sustentou no agravo de fls. 47. O que, após a notificação e o início da ação de despejo, poderá impressionar contra a autora é ter esta deixado o processo parado por longos dois anos, assim mostrando que não havia a premência por ela invocada.

Custas pelos recorrentes do agravo e da apelação.

Distrito Federal, 15 de setembro de 1950. - *Guilherme Estelita*, presidente; *Emanuel de Almeida Sodré*, relator, vencido no provimento do agravo no auto do processo para dêle conhecer-se como preliminar da apelação. Tenho entendido que no despacho saneador devem logo ser resolvidas as questões que não dependem de produção de provas e debates. Que a autora recebeu aluguéis após a notificação, é ponto sem controvérsia. Nada impedia, portanto, que o Dr. Juiz *a quo* desde logo decidisse, no saneador, se tal circunstância importava em renúncia por parte da mesma autora, que assim ficava carecedora do direito de ação, como preliminarmente alegou o contestante. Se a decisão lhe fôsse

favorável, estaria morto o processo, dispensadas as partes de inúteis delongas e dispêndios. O Dr. juiz *a quo* acertou, a meu ver, apreciando a matéria no despacho saneador.

O *agravo* é do réu, a *apelação* é da autora; de modo que, pela decisão da maioria, esta Câmara julgou, como preliminar de um recurso, outro recurso da parte contrária.

- *Eduardo Espínola Filho*, vencido, pois dava provimento ao recurso, a fim de julgar, como julgava, a ação procedente. Retomando, o autor não pretende fazê-lo para descendente; quer continuar a morar com a filha casada; que, com êle, sempre tem morado; ora, pedir para continuar a viver nas mesmas condições, no mesmo ambiente em que o tem feito, com a companhia das mesmas pessoas, com as quais tem sempre morado, é, ao meu ver, pedir para uso próprio; não há nisto novidade; inúmeros julgados, com o meu voto, assim têm entendido, e não vi motivo para mudar de orientação.

\*

### **ACÇÃO DE DEPÓSITO - GARANTIA DE DÍVIDA OU TRANSAÇÃO**

**- Se o depósito se constituiu para garantir dívidas ou transações, inadmissível será a ação de depósito sem prova de quitação ou de reconhecimento de saldo credor em favor do devedor comerciante.**

Fábrica de Calçados "Nível Limitada" *versus* Cooperativa Banco da Indústria e Comércio de Calçados Limitada

Ag. nº 247 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 247, em que é agravante a Fábrica de Calçados "Nível Limitada" e agravada a Cooperativa Banco da Indústria e Comércio de Calçado Limitada:

Acordam os juizes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso interposto, mas negar-lhe provimento para confirmar o despacho agravado que reformou o despacho que deferiu o pedido inicial de ação de depósito intentada pelo, agravante contra a agravada.

*Custas ex lege.*

E assim decidem porque se trata, na espécie dos autos, de um contrato de abertura de crédito com garantia de caução de títulos, que, não tendo sido encerrada e apurado o respectivo saldo, não permite o uso da ação de depósito por isso que esta só compete contra o depositário, ou pessoa que por lei lhe é equiparada, para que restitua o objeto depositado, e não contra aquele que detém a coisa dada em garantia para solução de obrigação, a menos que provada segundo os meios de direito essa solução. Ora, a agravante, não tendo exibido prova do pagamento da dívida pelo meio regular, quitação, ou reconhecimento de saldo credor dessa conta-corrente, não pode exercitar essa ação, não havendo, portanto, o argüido gravame.

Distrito Federa, 10 de maio de 1949. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mém de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari de Azevedo Franco*.

\*

## **REGISTRO DE ÓBITO - NOME DO MORTO**

**- Do registro de óbito há de constar apenas o nome do morto no seu assento de nascimento, jamais outros pelos quais era êle conhecido entre os de suas relações sociais.**

Apelante: Dulce de Barros Moreno

Ap. nº 5.211 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 5.211 em a qual é apelante Dulce de Barros Moreno, sendo apelado o Ministério Público:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em negar provimento ao aludido recurso para, em conseqüência, confirmar a sentença recorrida, que negou a alteração do registro de óbito do finado Luís Daniel, pagas as custas na forma da lei.

Assim decidem porque, com efeito, não é lícito inscrever-se como sendo os do morto outros nomes pelos quais era êle conhecido entre os de suas relações sociais.

O nome é o do assento de nascimento. Com êste é inscrita a pessoa física ao nascer e com êle é, por fim, registrada ao falecer. Não há, pois, direito algum ao uso de mais de um nome, nem é permitida por lei a averbação de outro que à, pessoa passou a ser dado, ou por ela usado, após sua inscrição civil.

É êsse, exatamente, o caso dos autos. A apelante pretendeu que no registro de óbito de seu marido, Luís Daniel, fôssem acrescentados outros nomes pelos quais era conhecido.

Bem decidiu, pois, a sentença, negando atender tal pretensão.

Distrito Federal, 26 de dezembro de 1950. - *Eduardo de Sousa Santos*, presidente; *Homero Pinho*, relator; *Sílvio Martins Teixeira*.

Ciente, em 1-2-51. - *João Coelho Branco*.

\*

### **ACIDENTE DO TRABALHO - REVELIA DA SEGURADORA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

**- Desde que a seguradora reconheceu o direito da vítima à indenização pelo acidente, e, injustificadamente não comparece em juízo, quando intimada, para liquidar incontinentemente aquilo que lhe cumpria como, dever primordial, desinteressando-se pela sorte de seu segurado e deixando o**

**processo correr à revelia até final, a indenização é paga com um acréscimo de 25%. Sendo irredutível, por sua própria natureza, a indenização por acidente de trabalho, torna-se evidente que ela não pode sofrer descontos com honorários que a vítima tem de pagar ao advogado constituído para defesa de seus direitos.**

I. A. P. E. T. C. *versus* Companhia Nacional de Navegação Costeira

Ag. nº 9.822 - Relator: DESEMBARGADOR DUQUE ESTRADA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 9.822, sendo agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, segurador da Companhia Nacional de Navegação Costeira, e agravado Delfim Cândido:

Trata-se de ação proposta por Delfim Cândido contra a Companhia Nacional de Navegação Costeira segurada obrigatória do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas (I. A. P. E. T. C.), para haver a indenização pelo acidente de trabalho de que lhe resultou uma incapacidade parcial permanente, correspondendo à lesão nº 172, índice I, Profs. 17. A seguradora, intimada para integrar a ação, fls., não compareceu à audiência e deixou o processo correr à revelia até final. A sentença de fls. julgou procedente a ação para condenar as rés ao pagamento de Cr\$ 1.008,00, acrescidos de 25%, juros da mora, honorários de advogado, na base de 20% sob o montante da indenização, e custas, observado o disposto sôbre o seguro social. Daí o recurso de apelação de fls. por parte da companhia isto é, do I. A. P. E. T. C.

Isto pôsto:

Desde que a seguradora reconheceu o direito da vítima à indenização pelo acidente de trabalho, injustificadamente não compareceu em juízo, quando intimada, para liquidar incontinentemente aquilo que lhe cumpria como dever primordial, desinteressando-se pela sorte de seu segurado e deixando o processo correr à revelia até final, a indenização é paga com um acréscimo de

25%, conforme preceitua a Lei de Acidentes do Trabalho. Sendo irredutível, por sua própria natureza, a indenização por acidente do trabalho, torna-se evidente que ela não pode sofrer descontos com honorários que a vítima tem de pagar ao advogado constituído para a defesa de seus direitos.

Por tais fundamentos:

Acordam os juízes da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso para confirmar a sentença agravada.

Custas da forma da lei.

Distrito Federal, 9 de novembro de 1948. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente e relator; *Edgar Ribas Carneiro*; *Miguel Maria de Serpa Lopes*.

\*

## **CONCORDATA PREVENTIVA - HABILITAÇÃO DE CREDOR PRIVILEGIADO**

**- Em concordata preventiva é inadmissível o reconhecimento de crédito privilegiado, uma vez que êste instituto jurídico tem por finalidade precípua proteger os credores quirografários.**

Manuel Joaquim Pires versus Casa Carvalho Guimarães S. A. e outra

Ag. nº 9.825 - Relator: DESEMBARGADOR RIBAS CARNEIRO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, etc., êstes autos de agravo de petição nº 9.825, em que é agravante Manuel Joaquim Pires, sendo agravados a Casa Carvalho Guimarães S. A. e a Casa Bancária Rio Branco Ltda., verifica-se o seguinte:

Havendo a Casa Carvalho Guimarães S. A. impetrado no Juízo da 4ª Vara Cível uma concordata preventiva, sendo nomeada comissária a Casa Bancária

Rio Branco Ltda., o agravante se habilitou pelo crédito de Cr\$ 6.393,00, saldo e comissões devidas pela concordatária. Tanto a concordatária como o comissário anuíram pela inclusão do crédito, mas pela importância de Cr\$ 4.732,00, de vez que a parcela de Cr\$ 1.661,00 dependia da liquidação de negócios para ser contado como concessão a favor do habilitando. Em aditamento, Manuel Joaquim Pires veio pedir fôsse êle classificado como credor privilegiado. Voltando a falar, tanto a concordatária, como o comissário se opuseram à classificação de privilegiado, pedido em aditamento. Opinando, o Dr. curador das massas foi de parecer ficasse o habilitando incluído como credor quirografário por Cr\$ 4.732,00. E, dêsse modo, decidiu o Dr. juiz. Agravou Manuel Joaquim Pires, pleiteando a classificar-se de privilegiado. A concordatária e o comissário contra-minutaram o recurso, como agravados, e o Dr. juiz manteve sua decisão, estando a fls. o parecer da Procuradoria Geral.

É incrível a pretensão do agravante, qual a de ser credor privilegiado numa concordata preventiva. Qualquer estudante de direito comercial sabe que na concordata preventiva. não há clima para privilégios.

Isto pôsto:

Acordam os juízes da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo, para confirmar a sentença recorrida.

Custas pelo agravante.

Distrito Federal, 5 de novembro de 1948. - *Duque Estrada Júnior*, presidente, com voto; *Edgar Ribas Carneiro*, relator; *Miguel Maria de Serpa Lopes*.

Ciente, em 22-11-48. - *Romão C. Lacerda*.

## **JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA**

### **ACIDENTE DO TRABALHO - INCAPACIDADE TEMPORÁRIA E INCAPACIDADE PARCIAL**

- A incapacidade temporária, permanecendo por mais de um ano, transforma-se em permanente, mas a parcial não passa a total apenas porque perdure por mais tempo do que o juiz julga necessário para o restabelecimento.

Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes, Cia. de Seguros versus  
Antônio Romualdo dos Santos

Ag. nº 1.653 - Relator: DESEMBARGADOR MARTINS TEIXEIRA - Ac. da  
4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 26 de janeiro de  
1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8094).

\*

### **APELAÇÃO - DOCUMENTO NOVO**

- Ao apelante é facultado oferecer novos documentos com as razões de recurso.

Thornycroft Mecânica e Importadora S. A. versus Domingos Novos

Ap. nº 3.821 - Relator: DESEMBARGADOR HENRIQUE FIALHO - Ac.  
unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 21  
de novembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.095)

\*

### **DESPEJO - EDIFICAÇÃO DE VULTO - MAU USO**

- **A fusão de dois apartamentos num só não traduz edificação de vulto. A lei refere-se ao caso de demolição de prédio locado para edificação de outro de maior capacidade de utilização e não ao de maior comodidade do locador ou locatário.**

**- O mau uso da coisa locada, invocado para rescisão da locação, deve ser concludentemente provado.**

Armando Palhares de Aguinaga **versus** Artur Rabnowitz

Ap. nº 5.057 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS –  
Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em  
14 de junho de 1949.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.096)

\*

### **APELAÇÃO - PRAZO**

- Presentes as partes e seus advogados ou intimados êstes para a audiência de instrução e julgamento, é, desta que flui o prazo para apelar.

Emílio Damasceno Ribeiro versus Empresa Brasileira de Imóveis e Publicidade  
S. A.

Ap. nº 5.351 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS -  
Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em  
16 de setembro de 1949.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.097)

\*

### **RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - ALUGUEL**

- Na fixação de aluguéis de imóveis sujeitos ao regime da lei de luvas, deve considerar-se o valor das sublocações e do metro quadrado da área ocupada pelo locatário.

Domingos Antônio Lagumilla Leça e outros **versus** Antônio Augusto  
Fernandes

Ap. nº 6.427 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS -  
Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em  
13 de dezembro de 1949.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.098)

\*

### **FALÊNCIA - RESTITUIÇÃO DE MERCADORIA**

- A omissão da audiência de instrução e julgamento no processo de restituição de mercadoria, aludida que não contestado, acarreta-lhe a nulidade, dada a sua natureza contenciosa.

Angelo Santucci **versus** Massa falida da Cia. Auto Comercial Mercúrio

Ag. nº 1.606 – Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 19 de dezembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.099)

\*

### **ACIDENTE DO TRABALHO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA TERCEIRO - COMPETÊNCIA**

- Compete privativamente no Juízo da Vara de Acidentes do Trabalho processar e julgar as ações de indenização resultantes de acidente do trabalho, ainda que fundadas no direito comum, como as intentadas contra terceiro. Tratando-se de competência **ratione materiae**, o julgamento dessas causas em outro juízo acarreta a nulidade do feito.

Cia. Ferro Carril do Jardim Botânico S. A. **versus** Albino Custódio da Silva  
Filho

Ap. nº 6.812 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS - Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Distrito Federal, em 9 de dezembro de 1949.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.100)

\*

### **DESAPROPRIAÇÃO - INDENIZAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- Considerado, na fixação do valor do terreno, o seu melhor aproveitamento, com possível construção de vulto, a construção nêle existente, destinada a desaparecer, só pode estimar-se pelo valor do material resultante da demolição.
- OS honorários do advogado do expropriado, a êle devidos pelo expropriante, fixam-se conforme o trabalho exigido pelo feito.

Afonso Antunes Garcia **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 7.292 - Relator: DESEMBARGADOR HENRIQUE FIALHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 10 de outubro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.101)

**Tribunal de Justiça de São Paulo**

### **EXECUÇÃO PROVISÓRIA - DESPEJO - TRANSFORMAÇÃO DA COISA - PERDAS E DANOS**

- **Negando-se o locador a devolver o imóvel ao inquilino, em virtude da anulação da execução provisória da sentença em ação de despejo, porque houve transformação na coisa que lhe dá o direito de retenção, resolvem-se em perdas e danos as suas obrigações.**

**- Aplicação do art. 883, nº I, do Código de Proc. Civil.**

Embargante: Feres Bechara

Mand. seg. nº 47.398 (embs.) - Rel.: DES. PRADO FRAGA

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos nº 47.398, da comarca, de São Paulo, entre partes, embargante Feres Bechara e embargada a egrégia 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Acordam, em Câmaras Conjuntas Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls. e suas remissões, por maioria de votos, receber os embargos e conceder a segurança impetrada "para o efeito de ser sustada a execução, pela forma requerida, de imissão de posse de Nagib Taufi Maluf", no prédio sito à avenida 9 de Julho nº 4.048, desta Capital, tal como vem pedido na inicial, convertendo-se a execução em perdas e danos, uma vez que a coisa locada, pela transformação sofrida, já não pode ser restituída ao inquilino sem ofensa a direito líquido e certo do embargante.

Custas na forma da lei.

Assim decidem, porque:

Efetuada o despejo, em virtude de sentença de primeira instância, fez o impetrante no prédio despejado, as modificações referidas nos autos. Revogada a sentença, definitivamente, pelos tribunais superiores, deseja o inquilino a sua reposição na situação anterior.

Dispõe, efetivamente, o art. 883, nº I, do Cód. de Proc. Civil, que "a execução provisória ficará sem efeito, desde que sobrevenha sentença pela qual se modifique ou anule a que constituir objeto da execução".

Anulada a execução provisória, restabelece-se o contrato de locação em sua plenitude.

Quer, porém, se considere, com AURR.1 et RAU, PLANIOL, BUFNOIR, JOSSERAND, COLIN et CAPITANT, que a obrigação do locador é de "fazer", quer se entenda, com BEVILÁQUA, VAMPRÉ, TITO FULGÊNCIO, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, na esteira da melhor doutrina, sustentada por DEMOLOMBE, LAROMBIÈRE, ABELLO, COLMO, SALVAT, que se trata de uma obrigação de "dar", na realidade, transformada a coisa locada, a obrigação do locador tem que se resolver em perdas e danos.

Ensina, com efeito, o Prof. AGOSTINHO ALVIM que:

"A entrega da coisa é essencial, porque se entende com a natureza da locação. E a inexistência desse requisito confundir-se-ia, praticamente, com a inexistência mesma do contrato, que não poderia ser executado.

"Mas o locatário não tem o direito de "exigir o cumprimento direto dessa obrigação. Resta-lhe a satisfação das perdas e danos, se o locador deixar de lhe entregar à coisa, objeto do contrato..." ("Aspectos da Locação Predial", vol. 17, págs. 29-30).

É precisamente isso o que determina o dec.-lei nº 9.669, de 29 de agosto de 1946, se o locatário quiser restabelecer a locação, no caso do proprietário não usar ou alugar o prédio, que pedira para uso próprio. A reintegração não se efetuará, mesmo querendo o locatário, mas este será indenizado com a multa correspondente ao aluguel de 12 a 24 meses (art. 18, nº VI, § 6º, do citado decreto-lei).

Bem se compreende, pois, que RICARDO FUBINI haja dito que jamais encontrara na prática judiciária um só caso em que o locatário tenha preferido a execução forçada em lugar da reparação dos danos: *"non troviamo nella pratica giudiziaria un caso solo in cui il conduttore abbia preferito l'esecuzione coatta al risarcimento di danni"* ("Il Contratto di Locazione di Cose", 2ª ed., vol. II, pág. 50).

O que de forma alguma se poderia negar é o direito de retenção que, no caso dos autos, compete ao embargante, como garantia das benfeitorias realizadas no prédio locado, durante o tempo da execução provisória.

Negar ao proprietário, nessas circunstâncias, a retenção, é ofender direito líquido e certo, conferido pelo art. 873 do Código Civil. E obrigá-lo à restituição da coisa que já não pode ser reposta em seu estado anterior. é também violar direito líquido e certo, contido no art. 158 do mesmo Cód. Civil, que, em tal caso, determina a indenização com o equivalente. Justifica-se, portanto, a concessão, ora feita, da segurança impetrada.

São Paulo, 4 de dezembro de 1950. - *Meireles dos Santos*, presidente; *Prado Fraga*, relator designado; *Gomes de Oliveira*; *Davi Filho*, vencido; *Clóvis de Moraes Barros*; *J. M. Gonzaga*; *Paulo Colombo*, vencido; *Frederico Roberto*, vencido; *J. R. A. Valim*, "vencido; *Pedro Chaves*; *Teodomiro Dias*; *Macedo Vieira*, vencido; *Pinto do Amaral*, vencido; *Cunha Cintra*; *Mário Masagão*, com restrição quanto aos fundamentos; *Joaquim de Silos Cintra*; *Camargo Aranha*; *Justino Pinheiro*; *Juarez Bezerra*, vencido; *João M. C. Lacerda*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Deneguei a segurança por entender que ao impetrante Feres Bechara não assiste o, direito líquido e certo de fugir às conseqüências do julgado que, afinal, denegou o despejo do prédio locado e impôs, como conseqüência, a continuidade da locação.

Não reconheci, outrossim, a liquidez e certeza do direito do impetrante de ver convertida em perdas e danos a obrigação de restituir ao locatário o prédio em questão, o que só seria admissível em benefício do credor, se a prestação se tivesse tornado impossível, como, por exemplo, no caso de perecimento do imóvel locado. Como tal é estranho considerar-se a benfeitorização realizada no prédio com a sua melhoria e conseqüente aumento do seu valor venal e locativo, questões de fato dependentes da apreciação de provas, inadmissível em recurso de âmbito restrito como o é o mandado de segurança.

Admitindo-se, entretanto, que essa prova seja satisfatória, tal fato justificaria talvez um novo arbitramento do aluguel, em correspondência com o aumento do valor do prédio, dadas as reformas e melhoramentos nêle introduzidos, não se justificando, de modo algum, a rescisão da locação fora dos casos expressa e taxativamente enumerados no art. 18 do dec.-lei nº 9.669, de 1946.

Improcede, *data venia*, o argumento do acórdão com fundamento no art. 18, § 6º, do citado dec.-lei nº 9.669, que prevê hipótese muito diversa, qual a do locador que, tendo obtido a retomada do prédio locado, não lhe deu, dentro de um ano, o destino alegado como motivo do pedido de despejo.

Em tais casos a lei, para proteger o locatário, confere-lhe o direito de voltar ao prédio, não obstante a sentença de despejo.

Na hipótese *sub judice*, em que o decreto de despejo, provisoriamente executado, foi a final revogado, o que cumpre é repor as partes à situação anterior e a execução sem efeito, conforme expressamente dispõe o artigo 883, nº I, do Cód. de Processo.

Hipóteses diversas, de fato e de direito, não podem ter soluções semelhantes, muito menos quando se trata de aplicação de lei de exceção, que não comporta interpretação ampliativa.

A verdade, no caso, é que se pretende atribuir efeitos de uma sentença inexistente porque transformada em segunda instância, mantendo-se um despejo que, de acôrdo com o acórdão da egrégia 2ª Câmara Civil, não devia ter sido decretado.

A concessão da segurança, no caso, importou em manter um despejo sem a sentença que o decretou; admitiu-se o efeito sem a causa. Isto, *data venia*, pareceu-me menos acertado.

\*

## **ISENÇÃO FISCAL - EMPRÊSA DE NAVEGAÇÃO AÉREA**

**- A isenção fiscal decretada pela União em favor das emprêsas de navegação aérea abrange os impostos estaduais e municipais.**

Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda. *versus* Estado de São Paulo

Ag. nº 48.741 - Rel.: DESEMBARGADOR OLIVEIRA LIMA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 48.741, da comarca de São Paulo, em que são partes, agravante Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda. e agravada a Fazenda do Estado:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado como parte integrante dêste o relatório da sentença de fls., por votação unânime, dar provimento ao agravo para julgar improcedente a ação executiva fiscal.

Rejeitados os embargos da ré executada e julgada procedente a ação e subsistente a penhora, a ré executada agravou. Contra-minutado o agravo, manteve o juiz a decisão (fls.).

Na vigência da Constituição federal de 1891 (art. 10) e da de 16 de julho de 1934 (art. 17, X), admitia-se que aos Estados não lhes era permitido tributar serviços públicos concedidos pela União, bem como o respectivo aparelhamento, instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão. A Carta outorgada de 1937, porém, em seu art. 32, parág. único, distinguiu os serviços públicos executados diretamente pela União dos serviços públicos concedidos. Os exercidos diretamente pela União não podiam ser tributados pelo Estado ou pelo Município (letra *c* do art. 32); e isentos estavam de tributos e impostos pelo Estado e pelo Município. Quanto aos serviços públicos, objeto de concessão, a Carta de 1937 estabeleceu não gozarem de isenção tributária, salvo a que lhes fôsse outorgada no interêsse comum, por lei especial (art. 32, parág. único).

Os impostos de indústrias e profissões, cobrados por esta ação, são relativos ao exercício de 1945, quando ainda vigorava a Carta de 1937, segundo a qual a isenção tributária devia ser outorgada por lei especial.

O dec. estadual nº 6.412, de 20 de abril de 1934, isentou de quaisquer impostos estaduais e municipais os transportes aéreos que se fizessem dentro do território do Estado, bem como os empreendimentos de aviação já existentes ou que viessem a existir. É certo, assim, que por essa lei especial do Estado de São Paulo foi concedida aos serviços de transporte e navegação aéreos isenção de impostos.

Sustentou, porém, a exequente, Fazenda do Estado, e o admitiu a sentença agravada, que tal isenção cessou e não mais favorece à executada, ora agravante, por ter sido, *ex vi* do disposto no art. 75 da lei nº 2.844, de 7 de janeiro de 1937, revogado o dec. estadual nº 6.412.

Prescreve o citado art. 75 da lei nº 2.844:

"Em relação aos impostos e taxas criados pela lei nº 2.485, de 16 de dezembro de 1935 (lei que modificou o sistema tributário do Estado), só subsistem as isenções e reduções estabelecidas dessa data em diante".

Esse dispositivo legal - o art. 75 da lei nº 2.844 - não revogou o art. 1º do dec. nº 6.412, de 20 de abril de 1934. Contém êsse decreto uma disposição especial, enquanto que o art. 75 da lei nº 2.844 é uma disposição geral. Segundo a regra do art. 5º da Introdução ao Código Civil brasileiro, em pleno vigor quando promulgada a lei nº 2.844, a disposição geral não revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a explícita ou implicitamente.

Prescreve também a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (dec.-lei nº 4.657):

"A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior" (art. 2º, § 2º).

Admitindo-se, embora, que a isenção que beneficiava os serviços de transportes aéreos e os empreendimentos de aviação, pelo dec. nº 6.412, cessou por força do disposto no art. 75 da lei nº 2.844, ainda assim favorece à agravante-executada o art. 53 do dec. federal nº 20.914, de 6 de janeiro de 1932, o qual isentou de impostos federais, estaduais e municipais as instalações e organizações dos serviços aeronáuticos de utilização pública. No acórdão que se encontra na "Rev. dos Tribunais", vol. 132, pág. 555, do qual foi relator o ilustre e saudoso desembargador VICENTE PENTEADO, ficaram consignadas as seguintes considerações, de todo aplicáveis e pertinentes à espécie: "A lei especial deve emanar do poder competente para autorizar a isenção. Em boa doutrina, cada poder tem competência exclusiva para decretar isenções, com

referência aos tributos que pela Constituição lhe foram conferidos. Tem-se, contudo, admitido que, ao conceder serviços a seu cargo, pode a União isentá-los dos tributos estaduais e municipais, o que também é facultado ao Estado, quanto aos tributos municipais".

Pelos motivos expostos, ficou provido o agravo de petição interposto e reformada à sentença agravada.

Custas pela agravada.

São Paulo, 18 de abril de 1950. - *J. M. Gonzaga*, presidente, com voto; *A. de Oliveira Lima*, relator; *Frederico Roberto*.

\*

## **FUNCIONÁRIO PÚBLICO - TRANSFORMAÇÃO DE CARGO - PROVIMENTO PODER LEGISLATIVO**

**- O ocupante de cargo de provimento em comissão, transformado em efetivo; não tem direito de nêle ser automaticamente aproveitado.**

**- Compete ao Poder Executivo o provimento dos cargos públicos. O Poder Legislativo não pode criar cargos, designando quem deva preenchê-los.**

Requerente : Otávio Gonçalves Barbosa

Mand. de seg. nº 47.937 - Rel.: DESEMB. PAULO COSTA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 47.937, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Otávio Gonçalves Barbosa e impetrado o Dr. governador do Estado:

Acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça, rejeitar, unânimemente, a preliminar de extinção do direito de requerer o aludido mandado e denegar, por maioria de votos, a segurança impetrada.

Custas pelo impetrante.

Nestes autos, conforme a petição inicial, o impetrante, alegando que é funcionário público efetivo da Secretaria da Agricultura do Estado e que "foi nomeado, nos termos do inciso I, do art. 16, do dec.-lei nº 12.273, de 28 de outubro de 1941, para exercer o cargo de diretor, padrão "R", do quadro geral, parte permanente, tabela I, da Diretoria Administrativa, da Diretoria Geral da mesma Secretaria", bem como, invocando os arts. 5º e 10 da lei estadual nº 311, de 27 de junho de 1949, além de outros dispositivos legais e o art. 186 da Constituição federal, citando ainda casos de funcionários efetivados no Tribunal de Contas e na Assembléia Legislativa, do mesmo modo que por atos do Sr. governador do Estado, requer mandado de segurança a fim de ser reconduzido, a título efetivo, ao cargo aludido, do qual foi exonerado pelo mesmo Sr. governador.

Reclama também Cr\$ 10.000,00 de honorários de advogado ou os que forem fixados pelo Tribunal.

Deferida a petição aludida e notificado o Sr. governador do Estado, ofereceu o mesmo as informações de fls., em que defende a legalidade do seu ato, bem como, citado o representante da Fazenda do Estado, apresentou êste a contestação de fls., em que impugna o pedido, sob a alegação de que a citada lei nº 311 não deu ao impetrante efetivação no cargo de que foi exonerado. E, por fim, alega que não se deve conhecer do pedido, porquanto decorreu o período de mais de 120 dias do ato da exoneração 3 data da citação da Fazenda do Estado.

Exposta, assim, a questão, bem se vê, desde logo, a improcedência da preliminar levantada pela Fazenda, uma vez que o simples ingresso, em juízo, da petição de mandado de segurança, dentro do prazo de 120 dias, impede, sem necessidade da citação inicial do representante legal ou judicial do coator, a extinção do direito de requerer essa medida, a que alude o art. 331 do Cód. de Proc. Civil.

Ora, se o ato da exoneração do impetrante tem a data de 28 de outubro de 1949 e o requerimento do presente mandado de segurança deu entrada, neste

Tribunal, em 2 de janeiro do corrente ano, não se esgotou aquele prazo de 120 dias, devendo, portanto, ser conhecido, pelo mérito, o respectivo pedido. Por outro lado, entretanto, não tem apoio na lei nº 311, de 27 de junho de 1949, a pretensão do impetrante. O impetrante, funcionário público em exercício de cargo isolado, de provimento em comissão, que a citada lei transformou em cargo isolado de provimento efetivo, não pode adquirir, automaticamente, direito certo e incontestável à efetivação nesse cargo. E não pode porquanto, nos, próprios termos do art. 5º da lei nº 311, o que se modificou foi, apenas, a forma de provimento dos cargos ali mencionados, sem qualquer alteração na situação dos funcionários antes nomeados em comissão, que para nêles serem mantidos como efetivos, necessitavam de um ato do Poder Executivo.

Nem mesmo o art. 10 da referida lei ampara o impetrante, visto como a apostila de título que na forma dêsse dispositivo deve ser feita, é o do funcionário que, já anteriormente nomeado em comissão, venha a ser provido efetivamente, no cargo.

Outra não tem sido a orientação e a norma seguida pelo Poder Executivo com referência aos funcionários que, de acôrdo com a lei nº 311, foram efetivados, conforme os exemplares do "Diário Oficial" oferecidos pelo impetrante como documentos. E se diversa interpretação se pretende dar aos preceitos da citada lei, com o fim de sustentar que o Poder Legislativo tem competência para prover ou modificar a forma de provimento de cargos públicos e, ao mesmo tempo, designar os funcionários que as devam ocupar, essa interpretação colide com pacíficos princípios de direito administrativo e constitucional.

Com efeito: compete ao Poder Legislativo criar e extinguir cargos públicos e fixar-lhes os vencimentos, sendo, porém, do Poder Executivo a competência de provê-los, segundos os princípios que figuram nas nossas Constituições políticas. Princípio pacífico, pois, é, segundo todos os nossos constitucionalistas, o de que o Legislativo não pode criar cargos designando as pessoas que devem nêles ser providas.

"O poder de nomear, explica CARLOS MAXIMILIANO, constitui uma das funções mais importantes do Executivo e provávelmente a que lhe dá maior influência política.

"Para o completo desempenho da sua missão de fazer cumprir fielmente as leis e promover o bem geral do país, precisa de autonomia na escolha dos seus auxiliares próximos ou remotos e na fiscalização da conduta de todos êles". E prossegue êsse autor: "O poder de nomear toca ao presidente, porém, restritamente, e aplica-se aos cargos criados pela Constituição ou pelo Congresso. Êste institui empregos, fixa-lhes ordenados ou emolumentos, estabelece as condições de investidura e a duração do exercício. O presidente escolhe, de conformidade com a lei, as pessoas que hão de exercê-los". Tão decisiva é, a respeito, a opinião dêsse constitucionalista, que êle assim conclui : "Portanto, se as Câmaras designarem de tal modo o destinatário de um emprêgo que outro não possa pelo presidente ser nomeado, a disposição é inconstitucional, não deve ser cumprida, equivale a não ter jamais existido" (CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1891", nº 346, págs. 502 e 504, "Rev. dos Tribunais", 176-161 e 177-578).

São Paulo, 19 de abril de 1950. - *Meireles dos Santos*, presidente; *Paulo Costa*, relator; *Rafael de Barros Monteiro*; *João M. C. Lacerda*; *Joaquim de Silos Cintra*; *Justino Pinheiro*; *Breno Caramuru*, vencido; *Fernandes Martins*; *Márcio Munhoz*, vencido; *J. Augusta de Lima*; *J. R. A. Valim*, vencido; *Pedro Chaves*; *Gomes de Oliveira*; *Prado Fraga*; *Davi Filho*, vencido; *Frederico Roberto*; *A. de Oliveira Lima*, vencido; *Teodomiro Dias*; *Pinto do Amaral*, vencido; *Samuel Francisco Mourão*; *Tomás Carvalho*;

*Juarez Bezerra*; *J. C. de Azevedo Marques*; *Renato Gonçalves*; *Vasconcelos Leme*, vencido; *Paulo Colombo*; *Manuel Carlos*; *J. M. Gonzaga*, vencido; *E. Custódio da Silveira*, vencido. Foi voto vencedor o do Sr. desembargador CÂMARA LEAL; *Vicente de Azevedo*; *Édgar de Moura Bittencourt*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Votei vencido, quanto ao mérito, pois concedia a segurança.

A lei estadual nº 311, de 27 de junho de 1949, não é inconstitucional. Nenhum dispositivo há nas Constituições federal e estadual que impeça a transformação de cargos de comissão em efetivos e o aproveitamento dos funcionários, desde que êstes já sejam efetivos, em outros cargos da carreira.

O próprio governador do Estado, que vetou vários dispositivos daquela lei, sancionou seu art. 10, no qual o impetrante baseia sua pretensão.

Não houve e não há a chamada "invasão de poderes". *Data venia*, a lição de CARLOS MAXIMILIANO, invocada pelo venerando acórdão, não se aplica ao caso, porque não foi o Legislativo quem designou o impetrante para o cargo em que se encontra. Sua investidura se deu por ato do governador do Estado, na forma do art. 43, letra g, da Constituição estadual. A lei nº 311 apenas outorgou, de um modo geral, certas vantagens a determinados funcionários, já nomeados pelo Poder Executivo. Não me parece que nisso haja vício de inconstitucionalidade.

A questão, a meu ver, está no sentido e no alcance da lei nº 311.

O art. 5º dessa lei torna os cargos de diretores, de comissionados, que eram, em efetivos; o art. 11 manda apostilar os títulos dos atuais diretores comissionados.

Tal orientação acarreta a efetivação por lei, - isto porque: *a)* na lei não há palavras nem dispositivos inúteis, e *b)* a Assembléia Legislativa, examinando em certo caso o art. 10 da lei nº 311, declarou unânimemente que ocorria a efetivação.

Estamos, portanto, defronte de um excelente elemento de interpretação doutrinal. Também os precedentes parlamentares de CARLOS MAXIMILIANO - isto é, a maneira uniforme de ser pelo Congresso entendido e aplicado um dispositivo, constituem um elemento de interpretação doutrinal ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", § 99).

Em suma. Desde que o funcionário tenha ingressado na carreira por concurso (Constituição federal, art. 186), o que, no caso em espécie, foi reconhecido sem debate, poderá ser efetivado, por lei de caráter geral, em cargo que esteja ocupando em comissão, se a investidura se deu por ato do Poder Executivo.

A própria autoridade impetrada, em outros casos, tem reconhecido a legalidade da efetivação, pois tem baixado decretos de efetivação, em consequência do art. 10 da lei nº 311, como expressamente vem declarado nos respectivos atos; *H. da Silva Lima*, com a seguinte declaração de voto

Cabe à Assembléia Legislativa o poder de criar e extinguir cargos públicos sempre por lei especial (art. 20, letra *d*, da Constituição estadual, com a limitação do art. 22, parág. único).

Não pode, porém, criar empregos e provê-los, direta ou indiretamente, porque a direito de prover cabe privativamente ao Poder Executivo (art. 43, letra *g*, entendendo-se por provimento o ato de designar, remover, promover o funcionário, ou seja, todo ato de modificação de sua situação pessoal no serviço (Constituição federal, arts. 40, 87, 5º, 97, II, e 168, VI).

Os cargos públicos são providos, segundo o art. 16 do Estatuto dos Funcionários: em comissão, para estágio probatório, em caráter efetivo e interinamente, cada qual dêles com uma importância maior ou menor para o serviço público e para o funcionário. Só quem possui atribuição privativa de escolher e nomear, terá a de definir a natureza da nomeação, a categoria do provimento, pois não se pode bipartir a competência entre o Executivo e a Assembléia: o governador escolheria e nomearia o funcionário e o Legislativo estatuiria ou alteraria a natureza da nomeação, retirando do poder nomeante a competência implícita de declarar como nomeava.

Se isto fôsse admitido, estaria violada a Constituição estadual e ameaçado de anarquia todos os serviços públicos, inclusive os do Poder Judiciário. Os funcionários em comissão ou interinos deveriam mais obediência à Assembléia do que ao Executivo, porque dela, e não dêste, passariam a depender. O govêrno nomearia ou designaria, a título de experiência, certo funcionário, seguro de que poderia fãcilmente ver-se livre dêle quando se revelasse incompetente ou inadaptable, mesmo porque o art. 188, parág. único da Constituição federal não dá garantias a certos cargos; mas freqüentemente seria surpreendido com a transformação da comissão ou interinidade em efetivação, beneficiando o incompetente ou inadaptable. Em última análise: as efetivações de funcionários determinados ficariam nas mãos da Assembléia, que passaria a exercer funções de administração. Nem o Executivo, praticamente, poderia nomear mais funcionários interinos, pelo justo temor das efetivações repentinas.

Com o Judiciária ocorreria o mesmo funcionários em comissão ou interinos, e até juízes, lograriam facilmente efetivação, com grave dano para os serviços e menosprêzo pela competência privativa do Tribunal ou do chefe do Poder Judiciário.

A confusão do ilustre advogado do impetrante está nisto: o Legislativo pode criar e transformar cargos, mas não pode atribuí-los a A ou a B, ocupantes do cargo, o que é coisa constitucionalmente diversa, pois aí já não estará só criando ou transformando, mas também provendo, designando, nomeando.

A passagem do cargo à categoria de efetivo, quando era em comissão, nada tinha de estranhável. O que é inadmissível é a interpretação do requerente, segundo o qual deve ser êle provido no cargo de natureza diferente.

O fato de já exercer o funcionário o cargo interino ou em comissão não justifica a intervenção do Poder Legislativo para efetivá-lo, porque, fazendo-o, os legisladores não estão legislando, mas administrando. Efetivar determinados funcionários é ato que não se confunde com o de tornar a função efetiva; é ato de govêrno, é ato de escolha; é forma de prover cargo público, de alterar a situação de pessoa que o exerce, de lhe atribuir garantias maiores e vantagens maiores, que às vêzes se ligam aos cargos efetivos.

A apostila no caso pressupõe o título ser funcionário, interino ou em comissão. Portanto, o que o Legislativo fêz não foi transformar cargos, mas alterar a situação de seus ocupantes, cujos títulos devem ser apostilados, deixando à margem o Poder Executivo.

Não importa que o dispositivo não fôsse vetado. Não o foi porque certamente o governo entendeu que poderia escolher para efetivação os funcionários que julgasse em condições, e que só êsses teriam seus títulos apostilados; ou ainda que, escolhidos certos funcionários, os títulos dêstes seriam apostilados.

Finalmente, cumpre ponderar que o fato de não ter sido uma lei vetada, não importa em declará-la invulnerável sob ponto de vista constitucional. O Poder Executivo pode não vetá-la porque lhe pareceu aparentemente constitucional e porque não previa até onde poderia chegar a interpretação dos interessados; surgindo discussão a respeito, pode tomar partido e impugnar a lei.

A meu ver a Assembléia não está em condições de designar êste ou aquele funcionário interino ou em comissão para cargos efetivos decidindo que tais pessoas estão em condições de preencher tais cargos e exercer permanentemente as funções a que se referem.

A apostila feita, pelo governador em títulos de outros funcionários não significa necessariamente que o governo obedecesse à lei, com a interpretação que o impetrante dá: pode significar que mandou apostilar o título porque tomou a iniciativa de escolher o funcionário, atuando nos (limites de sua competência).

Não se pode interpretar a Constituição no sentido de mutilar esta atribuição privativa do Poder Executivo. Se ela é privativa, tem de ser interpretada com vigor, de modo a não se consentir seja invadida, direta ou indiretamente.

O direito do impetrante não é líquido e certo, pois contra êle se levantam contestações sérias. Tanto basta para que não lhe seja reconhecido pela via sumária que escolheu.

\*

## **FUNCIONÁRIO PÚBLICO - REMOÇÃO**

**- A apuração de faltas por meios sumários não está sujeita às formalidades do processo administrativo.**

Clarice de Magalhães Castro *versus* Secretário da Educação do Estado de São Paulo

Mand. de seg. nº 48.403 (embs.) - Rel.: DES. CAMARGO ARANHA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos nº 48.403, da comarca da Capital, em que é embargante D. Clarice de Magalhães Castro e embargado o Exmo. Sr. secretário da Educação:

Acordam, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado por seus fundamentos.

Custas pela embargante.

Consoante pacífica jurisprudência, a concessão do mandado de segurança só terá lugar contra ato manifestamente inconstitucional ou ilegal, tendo-se ainda em vista a incontestabilidade e certeza do direito que se pretende amparar, uma vez que essa medida jurídica tem uma finalidade bem definida na lei, não sendo, portanto, meio hábil para amparar a possíveis direitos e reparar injustiça.

Nessas condições, a questão em aprêço deve ficar circunscrita tão-sòmente ao conhecimento da legalidade ou ilegalidade do ato contra o qual se impetrou a segurança, tal como foi decidido pelo venerando acórdão embargado.

Em face do art. 355 da Consolidação das Leis do Ensino, a remoção, tal como no caso *sub judice*, só é permitida "em virtude da sindicância ou processo administrativo". Não dispôs a lei da maneira como se deva fazer a sindicância, nem estabeleceu forma a ser observada, uma vez que a "sindicância" é a investigação e apuração de fatos que se pretende conhecer, para que se tenha como verdadeira ou falsa a imputação.

No caso presente, a sindicância foi feita sigilosamente por duas autoridades do ensino, como sejam, um delegado e um inspetor, que, em vista da investigação e apuração a que procederam, deu como conseqüência a remoção da embargante, tendo por escopo principalmente não criar incompatibilidades visando a boa administração daquele estabelecimento de ensino. Assim se procedeu, porque, entre outros fatos apontados, e conforme declarou a própria embargante, houve entre ela e o Sr. Vitor Simonsen, diretor da Cerâmica São Caetano S. A. um sério desentendimento no próprio recinto do Grupo Escolar, tendo a embargante intimado-o a se retirar, sob ameaça de pedir a intervenção da polícia. É de se notar que o prédio onde se acha instalado o Grupo Escolar pertence à Cerâmica São Caetano, sendo gratuitamente cedido ao referido estabelecimento de ensino, que por sua vez ali mantém a referida Cerâmica uma cozinha para a distribuição também gratuita da sopa aos respectivos alunos, e mais ajuda. Só por êste fato não se pode deixar de reconhecer que realmente houve uma sindicância, dando como resultado a incompatibilidade

da permanência da embargante no exercício daquele cargo, cujos serviços melhor e mais proveitosos seriam prestados em outro estabelecimento de ensino. Nessa conformidade, rejeitam os embargo.

Fica adotado o relatório de fls.

São Paulo, 9 de agosto de 1950. - *Meireles dos Santos*, presidente; *Camargo Aranha* relator; *Vicente Sabino Júnior*; *Paulo Costa*, vencido: rejeitava os embargos; *Trasíbulo de Albuquerque*; *Olavo Guimarães*; *Vasconcelos Leme*; *E. Custódio da Silveira*; *Vicente de Azevedo*; *Tomás Carvalhal*; *L. Minhoto*; *Amorim Lima*, vencido; *J. M. Gonzaga*; *Gomes de Oliveira*; *Frederico Roberto*; *Davi Filho*; *Paulo Colombo*, vencido; *A. de Oliveira Lima*, vencido; *Mário Masagão*; *Percival de Oliveira*; *Vasco Conceição*; *José R. A. Valim*, vencido; *Clóvis de Moraes Barros*, vencido; *Rafael de Barros Monteiro*; *Justino Pinheiro*; *Fernandes Martins*; *Prado Fraga*; *Cunha Cintra*; *Breno Caramuru*; *Joaquim de Silos Cintra*; *J. C. de Azevedo Marques*; *Teodomiro Dias*; *Pedro Chaves*; *Pinto de Amaral*; vencido. Foi voto vencido o do Sr. desembargador MANUEL CARLOS.

\*

## **FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DEMISSÃO - INDULTO - PENA ACESSÓRIA**

**- Se o decreto concessivo do indulto não se refere às penas acessórias, não tem o funcionário público indultado o direito de retornar ao cargo do qual foi exonerado precisamente em face da decisão criminal que impôs a pena acessória de perda do cargo público.**

Henrique Hidalgo Castilho *versus* Prefeitura Municipal de Pederneiras

Mand. de seg. nº 45 441 – Rel.: DESEMB. CUSTÓDIO DA SILVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 45.441, de Pederneiras, em que é impetrante e apelante Henrique Hidalgo Castilho e impetrada recorrida a Prefeitura Municipal de Pederneiras;

Acordam, em 5ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão da primeira instância denegatória da segurança, pagas as custas pelo vencido.

O ato acoimado de ilegal, violador de direito líquido e incontestável do apelante ao cargo de tesoureiro da apelada é o decreto municipal nº 160, de 3 de agosto de 1948, certificado a fls.: são dois os principais fundamentos dêste decreto não ter havido revisão no inquérito administrativo aberto contra o impetrante, para que pudesse ter sido revogado o dec. nº 60, de 1946, que o demitira do cargo a bem do serviço público; e ter sido êle condenado, por acórdão da egrégia 1ª Câmara Criminal, a pena de reclusão, multa e perda da função pública que exercia, beneficiando-se do indulto concedido pelo dec. federal nº 24.253, de 1947, meros quanto à pena acessória da perda de função pública, que o indulto não abrangeu.

Entendeu o MM. juiz que era muito duvidoso o direito do impetrante, notadamente por êsse último argumento ou fundamento, e, por isso denegou a segurança.

Decidiu com acêrto.

O mencionado decreto que concedeu o indulto a delinqüentes primários foi assinado no dia 23 de dezembro de 1947, e, nos têrmos do seu art. 5º entrou em vigor no dia 25, em comemoração ao Natal.

Ora, o acórdão da egrégia 1ª Câmara Criminal, data de 16 daquele mês e ano, vale afizer, é anterior à promulgação do aludido decreto. Pelo fato de haver o seu art. 1º concedido o indulto aos condenados "até 30 de novembro", ainda que em virtude de sentença transitada em julgado, não se pode concluir, como se pretendeu fazer nesses autos, que o dito acórdão se tornara inexistente, subsistindo apenas a sentença de primeira instância, a qual não impusera ao impetrante a pena acessória de perda da função pública. A êste respeito, bem observou a sentença apelada que a decisão penal de primeira instância é que já

não subsistia, em face do acórdão que a reformara, ante da promulgação do decreto de indulto. É evidente que êste decreto não visou a inutilização ou anulação de tôdas as decisões criminais proferidas antes ou depois de 30 de novembro.

O indulto não compreendeu também aquela pena acessória.

Medida de clemência, seu principal objetivo é aliviar o condenado do cumprimento da pena corporal.

No caso em foco, houve por bem o govêrno estendê-lo também à medida de segurança detentiva (excluídas, portanto, as não detentivas previstas no art. 88, § 2º, do Cód. Penal), bem como às penas de multa impostas isoladas ou cumulativamente, desde que não excedessem a Cr\$ 1.000,00. É o que dispõe o art. 2º, parág. único, assim como o art. 3º, daquele decreto. E por aí se vê que as penalidades acessórias enumeradas no art. 67 do Cód. Penal não foram abrangidas pelo indulto, pois está claro que, se a intenção fôsse esta, tê-lo-ia dito, expressamente, como fez para a medida de segurança detentiva e para a pena de multa.

É sabido, por outro lado, que o indulto não infirma a condenação, nem apaga o crime ("Rev. dos Tribunais", 160-579). Apenas lhe neutraliza os efeitos, na medida que a respectiva lei determinar.

Assentado, assim, que a pena acessória da perda do cargo não foi neutralizada pelo indulto, chega-se à conclusão de que o decreto municipal incriminado de ilegal e violador de direito líquido e certo nada mais fêz do que cumprir o julgado criminal. Pelo menos, estaria apoiado nesta decisão, donde ser muito duvidosa a liquidez e certeza do direito de que se diz titular o impetrante, se é que não tem inexistência manifesta.

E tanto basta para se negar a segurança, desnecessário se tornando o exame da controvérsia pelo aspecto relativo ao primeiro considerando do ato incriminado, ou seja, o da invalidade do decreto municipal anterior, que reintegrara o impetrante, por falta de revisão do inquérito administrativo de que se originara a demissão a bem do serviço público.

São Paulo, 30 de setembro de 1949. - *Justino Pinheiro*, presidente, com voto;  
*E. Custódio da Silveira*, relator; *Trasíbulo de Albuquerque*.

\*

## **DESAPROPRIAÇÃO - VALOR DA INDENIZAÇÃO**

**- O valor da indenização nas desapropriações é o corrente ao tempo em que se realizou a vistoria e não ao da declaração de utilidade pública.**

Dr. Ricardo Couto *versus* Fazenda do Estado de São Paulo

Ap. nº 48.921 – Rel.: DESEMBARGADOR FREDERICO ROBERTO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 48.921, da comarca de São José dos Campos, em que são apelantes e reciprocamente apelados a Fazenda do Estado e o Dr. Ricardo Couto:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotados como integrantes deste os relatórios de fls., em não tomar conhecimento do recurso interposto pela Fazenda do Estado e em negar provimento ao interposto pelo Dr. Ricardo Couto, para confirmar a sentença apelada, pagas as custas na forma da lei.

Tem a Fazenda Pública o prazo de 30 dias para apelar, nos termos do art. 32 do Cód. de Processo.

Proferida a sentença na audiência de 26 de dezembro de 1949, só apresentou o seu recurso no dia 26 de janeiro, conforme certidão de fls., no 31º dia após aquela audiência.

Trata-se de processo expropriatório de terras pertencentes ao réu e benfeitorias respectivas.

Quanto às benfeitorias, não houve divergência. Tôda dúvida está no valor das terras, com a área de 211 mil metros quadrados. Ofereceu a Fazenda do Estado a quantia de Cr\$ 80.000 00; o réu não aceitou, declarando sujeitar-se ao que fôsse arbitrado na causa. O perito do juiz encontrou o valor de Cr\$ 633.000,00, dando o preço de Cr\$ 3,00 por metro quadrado.

O assistente técnico da Fazenda avaliou: a área expropriada à razão de Cr\$ 1,60, ou. seja, Cr\$ 337.600,00.

Deve ser confirmada à sentença apelada. Não se trata de terreno rural, mas situado no perímetro suburbano, dentro de dois a três quilômetros do centro da cidade, constando mesmo da planta da cidade (fls.).

O valor da indenização é, sem dúvida, o corrente ao tempo em que se realizou a vistoria.

O art. 26 do dec.-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que estabelece a contemporaneidade do valor da indenização com declaração de utilidade pública, foi revogado pelo art. 141, § 16, da Constituição federal, que autoriza a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interêsse social, "mediante prévia e justa indenização" em dinheiro.

As terras expropriadas acham-se em zona para a qual tende a se expandir a cidade, e são vizinhas de gleba que está sendo loteada, prevendo-se, pois, grande valorização.

São Paulo, 20 de junho de 1950. - *J. M. Gonzaga*, presidente; *Frederico Roberto*, relator; *Otávio Lacorte*; *A. de Oliveira Lima*.

\*

## **ATO ADMINISTRATIVO - CONTRÔLE JURISDICIONAL**

**- Seja nos casos de revogação, seja nos de anulação, a apreciação jurisdicional do ato administrativo é restrita ao aspecto da legalidade.**

Prefeitura Municipal de São Paulo *versus* Olavo Egídio Setúbal e outra

Ap. nº 48.595 - Rel.: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 48.595, da comarca da Capital, em que é apelante a Prefeitura Municipal de São Paulo e apelados Olavo Egídio Setúbal e outra:

Acordam em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento à apelação.

Os autores, ora apelados, são proprietários do prédio à rua Pôrto Seguro ns. 34, 38, 42, 46 e 52 e, segundo alegam, as autoridades municipais fixaram o aluguel em Cr\$ 20.000,0 mensais, e por entenderem ter sido ilegal essa fixação, que não atende ao critério ordenado por lei, moveram a presente ação para o fim de ser anulada a fixação e estipulados os aluguéis de acôrdo com a prova pericial, que desde logo protestaram promover.

Em face do art. 25 do dec.-lei nº 9.669 cabe às autoridades municipais, na forma que o prefeito determinar, o arbitramento dos aluguéis de prédios.

As atribuições estão enfeixadas na respectiva Comissão, criada por lei municipal.

Ninguém contesta que um ato ilegal da esfera administrativa pode ser corrigido pelo Poder Judiciário.

No caso, os peritos afirmam que a Comissão de Arbitramento de Aluguéis respeitou as normas previstas no art. 6º do aludido decreto-lei. O que êles anotam é simples engano quanto à estimativa e distribuirão dos valores locativos, atinentes a compartimentos da edificação.

A aludida Comissão procedeu dentro das normas legais. A única observação consiste em êrro de estimativa. Ora, isso é questão de mérito e, nesse particular, é ocioso repetir-se não competir ao Judiciário entrar nessas indagações, que

escapam à sua competência, pois, como RUI BARBOSA já havia pontificado, os tribunais só revogam sentenças de tribunais.

Se a Comissão arbitrou aluguéis em valores que não condizem com a realidade, se houve erro ou engano de sua parte, o que não se pode refutar é que os dogmas legais foram observados. Seja nos casos de revogação, seja nos de anulamento, a apreciação jurisdicional é restrita ao aspecto da legalidade. Esta é uma regra dominante em todo o nosso sistema de controle judiciário das atividades administrativas (SEABRA FAGUNDES, *in* "REVISTA FORENSE", 107-433).

Desde, portanto, que está demonstrado que não houve infração legal, que não foi desrespeitada a lei, não pode o juiz entrar no merecimento da decisão impugnada.

Por êsses fundamentos, dá-se provimento ao recurso.

Custas pelos apelados.

São Paulo, 14 de abril de 1950. - *Joaquim de Silos Cintra*, presidente, com voto; *Fernandes Martins*, relator; *Samuel Francisco Mourão*.

\*

### **PENHORA - FRAUDE DE EXECUÇÃO**

**- Na sistemática do Cód. de Proc. Civil só ocorre a fraude de execução quando a alienação de bens é feita após o início de uma demanda, tendo o devedor se tornado insolvente. Só, então, deve a venda ser tida como inexistente, não mais devendo indagar-se se o luto alienatório realizou-se na iminência de penhora ou se já existia execução aparelhada contra o alienante.**

Maria José de Novais *versus* Miguel de Biasi

Ag. nº 54.929 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agrava de instrumento nº 54.929, da comarca de São Paulo, em que é agravante Maria José de Novais e agravado Miguel de Biasi:

Na ação executiva que o agravado Miguel de Biasi move a José Ventura, recaiu a penhora no prédio sito nesta Capital à rua Vieira de Moura, nº 54. Sob a alegação de ser parte dêsse imóvel de sua propriedade, por havê-la adquirido do executado, ofereceu a ora agravante Maria José de Novais embargos de terceira senhora e possuidora, que foram rejeitados pela sentença trasladada a fls., sob o fundamento de que, quando a embargante adquiriu o referido imóvel, já não se encontrava o seu vendedor em situação recomendável para alienar seus bens, estando a compradora ciente dêsse fato.

Além disso, só se tendo verificado a transcrição da escritura de aquisição depois da penhora, fôra esta válidamente feita, pois que, nessa ocasião, ainda pertencia o prédio ao executado.

Inconformada, recorre D. Maria José de Novais, hábil e tempestivamente, para êste Tribunal, e bem examinada a hipótese, merece provimento o seu recurso.

Verifica-se dos autos que o título que serviu de base à ação executiva contra José Ventura venceu-se a 23 de agosto de 1949, só tendo sido levado a protesto a 8 de maio de 1950 (fls. ). E só em princípios de junho Seguinte é que veio a ser ajuizada a ação contra o devedor, efetivando-se a penhora a 23 de mesmo mês (fls.). Conseqüentemente, se a venda feita à agravante deu-se a 5 de maio do referido ano de 1950 (fls.), de manifesto que não podia a penhora recair sôbre o prédio objeto dessa transação.

Nos têrmos do art. 895, nº II, do vigente Cód. de Processo, só ocorre a fraude de execução quando a alienação de bens é feita na pendência de uma demanda, isto é, quando a ação já tenha sido intentada e que o devedor se tenha tornado insolvente. Só então deve a venda ser tida como inexistente, não mais se devendo indagar se o ato alienatório deu-se na iminência de penhora ou se havia execução aparelhada, tal como sucedia no direito anterior ("Rev. dos Tribunais", volume 187, pág. 725).

Já a egrégia Seção Civil dêste Tribunal, firmando a exata interpretação daquele preceito de lei, deixou decidida que "no atual Cód. de Proc. Civil não se considera fraude de execução a alienação feita nas proximidades da penhora por haver título protestado por falta de pagamento, desde que não existe ação ajuizada contra o devedor e que esta seja capaz de reduzi-lo à insolvência" (revista citada, vol. 179, pág. 921).

Nessas condições, pouco importa, na espécie, a circunstância de que faz tanto alarde a sentença recorrida, de ter sido realizada a transcrição da compra posteriormente à penhora. Também já se decidiu que "não é de presumir-se a fraude pelo só fato de ter sido a transcrição da alienação feita tardiamente mormente se a penhora não foi inscrita. Promovida essa inscrição, as alienações posteriores, *juris et de jure*, se presumem feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exeqüente deve provar as condições legais da existência da fraude" ("Rev. dos Tribunais", volume 187, pág. 327).

E, no caso não foi feita essa, prova de conluio entre o executado e a agravante, nem sequer se tendo demonstrado, de outra parte, que a venda feita por aquêle o tivesse tornando insolvente, nem que tivesse a recorrente ciência dêsse fato.

Aliás, bem explicada se encontra a circunstância de haver o vendedor permanecida, no prédio após a alienação, tendo a agravante alegado, além disso, o que não foi contestado pela, outra parte, que dispõe o executado de outros recursos para saldar o seu débito.

Por todos esses motivos, impõe-se a reforma da decisão recorrida, para que seja excluída da penhora feita a parte do imóvel adquirida pela recorrente e a que se refere a escritura de fls., pagas as custas como de direito.

Isto pôsto:

Acordam, em 3<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, para o fim acima enunciado, pagas as custas como de direito.

São Paulo, 31 de maio de 1951. - *Pedro Chaves*, presidente, com voto; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Prado Fraga*.

\*

### AGRAVO DE PETIÇÃO - DESPACHO SANEADOR

**- A decisão que declara saneado processo, mandando prosseguir a causa em seus ulteriores têrmos pela inexistência de nulidades, não põe têrmo ao feito, sem lhe resolver o mérito, não comportando assim, o agravo de petição. Contra ela só se admite o agravo no auto do processo.**

Eg. José Álvaro de Alvares Otero e sua mulher *versus* Antônio Carvalho Pereira e sua mulher

Ag. nº 54.988 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS

### ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 4ª Câmara, vistos, relatados e discutidos os autos de agravo de instrumento nº 54.988, da comarca, de São Paulo, em que é agravante o Dr. José Álvaro de Alvares Otero e são agravados Antônio Carvalho Pereira e sua mulher, negar provimento ao recurso, e confirmar, por lídimente jurídico, o despacho agravado, que denegou o agravo de petição, interposto, com fundamento no art. 846 do Cód. de Processo Civil, pelo ora agravante, do despacho saneador, proferido nos autos da ação em que contende com os agravados, é intuitivo que tal decisão não põe têrmo ao feito, sem resolver o mérito. Muito pelo contrário, o despacho saneador determina precisamente o prosseguimento da causa, escoimada de eivas. Contra êle só se admite agravo no auto do processo (art. 851, IV).

Custas pelo agravante.

São Paulo, 4 de junho de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente e relator; *Macedo Dias*; *Cunha Cintra*.

\*

## APELAÇÃO - PRESCRIÇÃO

**- A sentença que reconhece a existência da prescrição julga "de meritis", sendo dela cabível o recurso de apelação.**

Dr. Marcelo Nogueira de Lima *versus* Damiana Crisp

Ag. nº 55.269 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 55.269, da comarca de Piracicaba, em que é agravante o Dr. Marcelo Nogueira de Lima e agravada Damiana Crisp:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, em determinar seja o recurso processado como apelação, para que nessa conformidade seja apreciado e julgado, pagas as custas a final.

Acolheu a sentença de fls., após a instrução do feito e debate da causa pelos procuradores das partes, a preliminar de prescrição, suscitada na defesa, julgando o autor, em consequência, carecedor da ação proposta. Dessa decisão interpôs o vencido o agravo de petição de fls., que foi regularmente processado.

Não há dúvida de que a matéria atinente à prescrição da ação constitui preliminar, mas preliminar de mérito ou de fundo, porque diz respeito à substância da relação processual, isto é, à existência ou inexistência do direito ajuizado. Transcende a mesma, na frase de SEABRA FAGUNDES, tal como também acontece com a coisa julgada, e a ilegitimidade de parte, o âmbito do direito formal e se rege pelo direito substantivo ("Dos Recursos" Ordinários em Matéria Civil", ed. "REVISTA FORENSE", número 263, pág. 252). Como diz o eminente ministro MÁRIO GUIMARÃES, em acórdão citado pelo mesmo jurista, "são aquelas questões prejudiciais, porque antecedem o julgamento de outras e o prejudicam. Mas são pontos centrais da controvérsia. Entrelaçam-se de tal maneira e tanto avultam de importância que constituem, às vezes, os vigamentos basilares da defesa" ("REVISTA FORENSE", vol. 96, pág. 348).

Nessas condições, à evidência que a sentença, que reconhece a sua existência, julga *de meritis*, sendo dela cabível, portanto, o recurso de apelação.

Deve, assim, o recurso interposto a fls. ser processado como apelação, para que seja o mesmo, oportunamente, apreciado e julgado.

São Paulo, 18 de junho de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Prado Fraga*; *Pedro Chaves*.

\*

### **FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - PREPOSTO DE CORRETOR FALIDO - CHEQUE VISADO FICTICIAMENTE**

**- Classifica-se como quirografário o crédito resultante de operação de bolsa realizada por preposto de corretor falido e paga mediante cheque sem fundos, visado ficticiamente.**

Carlos Cintra de Paula e Umberto Leone Frontini *versus* Egberto Campos Fraga

Ag. nº 53.233 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 53.233 da comarca da Capital, em que são agravantes Carlos Cintra de Paula e Umberto Leone Frontini e agravado Egberto Campos Fraga:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento em parte ao recurso, para que seja o crédito incluído como quirográfico.

Custas na forma da lei.

Da sentença de fls., que julgou o credor Egberto Campos Fraga habilitado na falência de Umberto Leone Frontini pela importância de Cr\$ 675.000,00 como credor privilegiado, proveniente de venda de apólices ferroviárias do Estado, que o requerente fez a Aquiles Piza de Barros Fontes, que as adquiriu na qualidade de preposto do falido, como não tivesse sido resgatado o cheque visado correspondente à referida transação, foi processada a habilitação que deu lugar ao presente agravo, sendo a decisão mantida e o Dr. subprocurador geral do Estado opinado por sua confirmação. Pretendem os agravantes a exclusão do crédito em questão por tratar-se de cheque visado, estando, portanto, exonerado de qualquer obrigação pelo seu pagamento, porquanto essa obrigação se transfere ao sacado-visador, no caso, a Casa Bancária Investidora S.A. Seria de se acolher a pretensão dos agravantes se outros fatos não tivessem ocorrido, como o endosso em branco pelo próprio preposto do falido, e visto se tratar, como se evidencia dos autos, dum visamento fictício, pois que, na ocasião em que foi visado o cheque, não existia fundo correspondente.

Não cabe, portanto, ao crédito do agravado a classificação pleiteada. Da operação da bolsa consumada, surgiu, com a falta de pagamento do cheque, uma simples operação de crédito frustrada. Não cabe aqui aplicar-se o disposto no art. 41 do dec.-lei nº 1.344, de 13 de junho de 1939, que se refere à garantia do pecúlio do corretor no que tange às dívidas decorrentes de sua responsabilidade funcional. Nessas condições, dão provimento em parte ao recurso para que o crédito em questão seja classificado como quirografário.

São Paulo, 25 de maio de 1951. - *Camargo Aranha*, presidente e relator;  
*Joaquim de Silos Cintra*; *Trasíbulo de Albuquerque*.

\*

**FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - PREPOSTO DE  
CORRETOR QUE VEIO A FALIR - OPERAÇÃO NÃO REALIZADA  
MEDIANTE PREGÃO NA BÔLSA - RESPONSABILIDADE DO  
PREPONENTE**

**- Inclui-se como quirografário, na falência, do corretor, o crédito resultante de venda, de bônus a preposto seu, não obstante não ter sido a operação realizada mediante pregão na Bôlsa. Esse fato não deixa,**

**entretanto, de acarretar a responsabilidade do preponente, uma vez que o ato foi praticado em função do cargo de preposto.**

Carlos Cintra de Paula e Umberto Leone Frontini *versus* Joaquim da Cunha  
Bueno Neto

Ag. nº 53.235 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 53.235, da comarca da Capital, em que são agravantes Carlos Cintra de Paula e Umberto Leone Frontini e agravado Joaquim da Cunha Bueno Neto:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas pelos agravantes.

Da sentença de fls., completada a fls., que mandou incluir o crédito de Joaquim da Cunha Bueno Neto como credor quirografário na falência de Umberto Leone Frontini, pela importância de Cr\$ 552.000,00, representados pelo cheque nº 006615, emitido contra a Casa Bancária Investidora Brasileira S. A. pelo preposto do falido, Aquiles de Barros Fontes, agravaram Carlos Cintra de Paula e o falido. O agravo regularmente processado teve a decisão mantida, opinando o Dr. subprocurador geral da Justiça pela confirmação da sentença.

É de se confirmar a sentença recorrida por seus fundamentos. Procura-se excluir o crédito em aprêço porque representa êle a venda de bônus rotativos do Estado, que fôra suspensa na Bôlsa Oficial de Valores, podendo ser vendidos por qualquer pessoa, e, assim, o ato de venda praticado por Aquiles não pode ser considerado como ato do preposto do falido, para obrigá-lo solidariamente, e venha êle responder pela obrigação daí decorrente. Consoante já foi decidido por acórdão desta colenda Câmara, de acôrdo com o disposto nos arts. 23 do dec.-lei nºO 1.344, de 13 de junho de 1939, e 261 do Regimento Interno da Bôlsa de Valores, o corretor responde solidariamente pelos atos de seu preposto. O ato de seu preposto ora impugnado, conquanto seja relativo à venda

de bônus que não passou pelo pregão na Bôlsa, não deixa, entretanto, de acarretar a responsabilidade do falido. Pois que o praticou em função e na nulidade de seu cargo de preposto, cuja atribuição não lhe era estranha para isentar o falido. Nessas condições, negam provimento ao recurso.

São Paulo, 25 de maio de 1951. - *Camargo Aranha*, presidente e relator; *Joaquim de Silos Cintra*; *Trasíbulo de Albuquerque*.

\*

## **FALÊNCIA - EXTINÇÃO DE OBRIGAÇÕES DO FALIDO**

**- O fato de não ter sido a falência encerrada por sentença e de ter o processo permanecido paralisado por muitos anos, sem qualquer culpa do falido, não o impede de requerer a extinção de suas obrigações, que deve, aliás, ser declarada em face da inércia dos credores e da sua nenhuma oposição ao pedido.**

Agravante: Antônio Rossi

Ag. nº 54.254 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS

### **ACÓRDÃO**

Acordam, em sessão da 4ª Câmara, vistos, relatados e discutidos os autos de agravo de petição nº 54.254, da comarca de São Paulo, em que é agravante Antônio Rossi e agravado o Juízo, dar provimento ao recurso, para, reformando a decisão recorrida, julgar extintas tôdas as obrigações do agravante constantes do processo de sua falência. Custas na forma da lei.

1. Por sentença de 15 de dezembro de 1913, foi o agravante, então estabelecido com secos e molhados, declarado falido.

Eleito o liquidatário, apressou-se êle em promover o leilão da massa, ao que parece de minguado valor, e não prestou contas em juízo.

Volvidos 38 anos após a decretação de sua quebra, vem o agravante pleitear se declare por sentença a extinção de suas obrigações, com invocação do art. 135, III, da Lei de Falências (dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945).

Expediram-se editais. Credor algum compareceu, a impugnar o pedido. O curador fiscal das Massas Falidas opinou favoravelmente à pretensão do falido. Em sentido contrário foi, todavia, a decisão do juiz, sob o fundamento de que, decretada a falência, interrompida ficou a prescrição dos direitos e ações contra a massa, prescrição que só voltaria acorrer depois de encerrada a falência, segundo preceitos contidos nas leis que têm regulado a matéria. E a falência, no caso, não foi encerrada.

2. Agravou o falido. O curador fiscal e a Procuradoria Geral da Justiça manifestaram-se em pró do provimento do recurso.

Essa é, com efeito, a solução mais justa.

É de preceito, consagrado nas anteriores leis de falência e reproduzido na atual art. 132, § 1º), que, salvo motivo de fôrça maior, devidamente provado, o processo da falência deverá, estar encerrado dois anos depois do dia da declaração.

Não consta que na espécie, tivesse ocorrido motivo de fôrça maior que obstasse ao encerramento do processo da falência do agravante dentro do biênio legal. O que se infere é que, em razão da pobreza da massa, todos os credores se desinteressaram da seu prosseguimento. Os poucos haveres arrecadados foram vendidos em leilão. Pelo menos foi o liquidatário autorizado a fazer vender. Dos autos nada mais consta.

Se o agravante não criou óbice algum ao andamento do processo de sua falência, não pode ser responsabilizado pela falta de seu encerramento por sentença, formalidade aliás de todo inusitada, sobretudo no passado.

Forçoso é olhar a realidade com olhos de ver. Para o julgamento seria sem dúvida alguma, necessário o pagamento de custas. Como exigir-se tal sacrifício de um homem, pequeno negociante, que acabava de sofrer a demanda integral

de sua situação financeira? Por via de regra, os falidos miseráveis e honestos não têm recursos com que defender-se nem meios para consegui-los.

Não deve ser o agravante responsabilizado pela desídia do liquidatário, que deixou de prestar contas em juízo. Responsáveis são os próprios credores, que se conservaram inertes. Responsável também é, de certa maneira, o curador fiscal, que devia fustigar o andamento do feito e velar pela exata aplicação da lei. Responsável e ainda o juiz, a quem cumpria exercer vigilante correição do processo e determinar enérgicas providências para que se não descursasse a observância da lei.

Injusto, iníquo e desumano é que a culpa por tôdas essas omissões recaia precisamente sôbre a parte mais fraca, que é o falido.

Casos semelhantes foram examinados com alto espírito de justiça pelos acórdãos insertos na "Rev. dos Tribunais", 162-596 e 166-596.

3. Ainda agora os credores, editalmente convocados, não manifestaram oposição alguma á decretação da extinção das obrigações do agravante. É de interêsse social que cesse êsse estado de incerteza e se levante a interdição posta à capacidade contratual do falido.

Conforme nota VALVERDE, não deve a lei premiar a negligência dos maiores interessados no encerramento do, processo, que são indubitavelmente os credores do falido, ("A Falência", I, nº 322).

Se os credores não se opõem à extinção das obrigações do falido, cabe ao Poder Judiciário aceitar essa situação de fato, consolidada pela pacifico decurso de quase quarenta anos, e satisfazer o justo anseio do agravante. Ao cabo de tão dilatado lapso de tempo fenecem tôdas as obrigações comerciais e civis. O próprio domínio da propriedade imobiliária cede em favor do possuidor, independentemente de justo título e boa-fé.

Não se abra, pois, cruel exceção contra quem, como o agravante, vem suportando, sem proveito para ninguém, o estigma de falido, durante quase uma existência.

São Paulo, 11 de junho de 1951 - *Teodomiro Dias*, presidente e relator; *Macedo Vieira*; *Cunha Cintra*.

\*

## **ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA – JUSTO IMPEDIMENTO**

**- Revoga-se a penalidade da absolvição da instância imposta ao autor pelo não comparecimento do seu advogado à audiência de instrução e julgamento, desde que provada, mesmo posteriormente à sua realização, a existência de motivo de justo impedimento.**

**- Aplicação dos arts. 202 e 266, n° I, e parág. único do Cód. de Proc. Civil.**

João Cândido de Carvalho e sua mulher *versus* Espólio de José Benedito Romão

Ag. n° 53.637 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO CHAVES

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n° 53.637, da comarca de Jacareí, em que são agravantes João Cândido de Carvalho e sua mulher e agravado o espólio de José Benedito Romão:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e mandar se prossiga no feito até final, como de direito.

Custas pelo agravado.

Trata-se de recurso contra a decisão que decretou a absolvição da instância por motivo da ausência do advogado procurador do autor à audiência para a qual estava regularmente intimado. Pareceu ao magistrado, sem que se lhe possa incriminar de errônea, que o texto do art. 266, n° I, do Cód. de Proc. Civil autorizava a imposição da pena, dada a verificação da falta de comparecimento,

uma vez que o parágrafo único do mesmo artigo determina que a prova de força maior ou justo impedimento seja feita até a abertura da audiência.

Acontece, entretanto, que a colenda Seção Civil dêste Tribunal já decidiu, quase que unânimemente, que é de se aplicar ao caso o disposto no art. 202 do mesmo Código, e, quando assim não fôsse, como pareceu ao relator dêste, havia no caso circunstâncias peculiares e imprevistas que aconselhavam a reconsideração do despacho agravado. Como consta dos autos, o procurador judicial dos agravantes, estando a audiência marcada para o dia 12 de dezembro de 1950, às 131<sup>1/2</sup> horas, telegrafou no dia 11, de São Paulo, para o Dr. juiz de direito de Jacareí, alegando moléstia e impossibilidade de substabelecer o mandato em outro advogado da comarca, todos impedidos na causa, e o telegrama, apesar de levar a nota de urgência, só foi entregue a seu destinatário no dia 12, depois da audiência.

Êsses dois motivos mencionados na mensagem ficaram provados, a moléstia, por atestado médico com a firma reconhecida na data de 11, e o impedimento dos advogados da comarca nem ao menos foi contestado. Trata-se assim de um motivo de justo impedimento, que no curso do processo é equivalente à força maior.

Assim, quer seja pela razão adotada pela egrégia Seção Civil ("Rev. dos Tribunais", vol. 189-896), seja pelos motivos justificados de uma justa reconsideração recomendável no caso, fica revogada a penalidade imposta aos agravantes, a cargo do qual ficarão apenas as custas do adiamento, a que se refere o art. 266, parág. único, parte final, do Cód. de Proc. Civil.

São Paulo, 10 de maio de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente, com voto: Pedro Chaves, relator; *Rafael de Barros Monteiro*.

\*

## **RESPONSABILIDADE CIVIL - DENUNCIÇÃO CALUNIOSA**

**- Sem decisão criminal anterior em que se proclame a inocência do denunciado, é inadmissível o ressarcimento por ato ilícito do denunciante,**

**uma vez que o julgador estaria impossibilitado de saber se este agiu com má-fé ou no exercício regular de um direito.**

**- Inteligência dos arts. 339 do Código Penal e 160 do Cód. Civil.**

Lourenço Antônio Teixeira *versus* José Haraton Filho

Ap. nº 54.590 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, nº 54.590, da Capital, em que é apelante Lourenço Antônio Teixeira e apelado José Haraton Filho:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, adotado, o relatório de fls., negar provimento ao recurso, por unanimidade de votos, para confirmar a sentença de primeira instância por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, de fato e de direito.

Manifesta a improcedência da ação.

Em primeiro lugar não se fêz prova de que o resultado do inquérito policial tivesse sido negativo e o contrário, aliás, é que se poderá depreender do relatório da autoridade policial a fls.

Não demonstrou o autor, por outro lado, se lhe foi, ou não intentada ação criminal e qual a conseqüência da mesma, o que era imprescindível, porque representar à autoridade policial é um direito do cidadão.

O que é ilícito é representar falsa ou caluniosamente.

Daí a razão pela qual o egrégio Supremo Tribunal Federal, no acórdão *in* "Jurisprudência" do "Diário da Justiça", da União, de 4 de agosto, decidiu que "para existência do delito de denúncia caluniosa é essencial a certeza da falsidade da imputação proclamada em decisão judicial definitiva, transitada em julgado, absolvendo da acusação a pessoa atingida pela imputação".

Prova não há de que o réu tivesse agido pela forma articulada no libelo. E pelo que êle conta, pormenorizando o negócio do terreno concluído com o autor, é razoável a sua convicção de que o apelante realmente não o esclarecera convenientemente. E quanto basta para afastar a sua má-fé, que não se presume.

Ora, nos termos do art. 39 do Código Penal, para que haja denúncia caluniosa é necessário que o agente, ao dar causa ao inquérito ou à ação penal, esteja convencido da inocência do denunciado.

E isto não se deu.

Certo, por outro lado, que o autor não provou ter efetivamente sofrido os prejuízos que alegou, como o demonstrou o magistrado a fôlhas.

Não podia, portanto, vingar a ação.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 8 de junho de 1951 - *Mário Masagão*, presidente; *Samuel Francisco Mourão*, relator; *Camargo Aranha*; *Clóvis de Moraes Barros*.

\*

## **REGISTRO CIVIL - ASSENTO DE CASAMENTO - ÊRRO RELATIVO AO REGIME DE BENS**

**- Se no assento de casamento consta que se realizou no regime de comunhão de bens, quando, por fôrça da lei, o regime obrigatório é o de separação, a retificação é o processo adequado para corrigir o êrro, desde que a mulher também o requeira.**

Apelantes: Eduardo Rabelo de Aguiar Valim e sua mulher

Ap. nº 54.620 - Relator: DESEMBARGADOR TRÁSÍBULO DE  
ALBUQUERQUE

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 54.620, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Eduardo Rabelo de Aguiar Valim e sua mulher e apelado o Juízo:

Acordam em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, por votação unânime, dar provimento à apelação, para julgar procedente o pedido e mandar que se faça a retificação pedida, como opinou o Dr. subprocurador geral da Justiça.

O apelante Eduardo Rabelo de Aguiar Valim era viúvo, possuía bens e tinha filhos menores, quando contraiu novo matrimônio, sem ter feito inventário dos bares deixados por morte de sua primeira mulher.

Em tais condições, por fôrça de lei Código Civil, art. 226, o regime de bens no segundo casamento deveria ser o da separa. Ora, se do assento respectivo consta que o regime é o comum, seja por equívoco do serventuário, seja por declaração das partes, indubitável a existência de um êrro que a todo tempo pode e deve ser corrigido desde que, como no caso, a mulher também quer, é adequado a êsse fim o simples processo de retificação.

O art. 226 do Cód. Civil estabelece uma pena ao marido desidioso e acautela os interêsses dos filhos de ambos os leitos.

Custas *ex causa*.

São Paulo, 15 de junho de 1951. - *Mário Masagão*, presidente; *Trasíbulo de Albuquerque*, relator; *Clóvis de Moraes Barros*; *Camargo Aranha*.

\*

### **REIVINDICAÇÃO - POSSE INJUSTA - FALTA DE PROVA DÊSSE REQUISITO**

- Compete a ação de reivindicação ao proprietário da coisa contra aquêle que injustamente a possua. E a posse não é justa quando resulta de ato violento,

clandestino, ou é precária. O vocábulo "injusta" tem, porém, significação mais ampla, sendo certo que a reivindicação pode ser intentada contra quem quer que se ponha, em antagonismo com o exercício do direito de propriedade, estabelecendo uma luta entre a propriedade e a posse.

Cel. Valêncio Carneiro de Castro e sua mulher *versus* Empresa Nacional de Saneamento Ltda.

Ap. nº 54.650 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 54.650, de Botucatu, em que são apelantes o Cel. Valêncio Carneiro de Castro e sua mulher, sendo apelada a Empresa Nacional de Saneamento Ltda.:

1. O Cel Valêncio Carneiro de Castro e sua mulher ajuizaram contra a Empresa Nacional de Saneamento Ltda. ação de reivindicação, objetivando uma área, aproximadamente, de dois alqueires, que a ré estaria indevidamente possuindo, na gleba maior que constitui a chácara denominada "São Pedro".

2. O pedido não logrou acolhida. Faltara uma perfeita individuação da coisa reivindicanda e a alegada lesão à posse dos autores não fôra feita, com *animus domini*.

3. Apelaram os vencidos para pleitear a reforma da sentença.

4. Decisão. Para que um reivindicante seja bem sucedido na sua demanda, há mister que prove seu domínio sôbre a coisa reivindicanda e, também, a posse injusta da réu. Compete a ação de reivindicação, segundo o texto legal, ao proprietário da coisa conta aquêle que injustamente a possua. E a posse não é justa, nos têmos do art. 489 do Cód. Civil, quando resulta de ato violento, clandestino, ou é precária. O vocábulo "injusta", empregado pelo legislador no art. 524 do Cód. Civil, tem, porém, significação mais ampla, sendo certo que a reivindicação pode ser intentada contra quem quer que se ponha em antagonismo com o exercício do direito de propriedade, estabelecendo uma luta entre a propriedade e a posse (cf. DERNBURG, "Pand.", vol. I, § 324, *apud*

CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. VII, pág. 280).

5. Na espécie em tela, muito embora houvessem os autores provado seu domínio sôbre a área ocupada pela ré, a posse desta não se rode qualificar de injusta. Ela a obteve por ato do antecessor dos autores, conforme se desume do documento de fls., que não foi repudiado pelo seu subscritor ao depor a fls., sendo certo, ainda, que seu exercício nenhum antagonismo apresenta com o direito de propriedade dos autores. Se tem havido abuso nesse exercício, o remédio para pôr-lhe têrmo não está na ação de reivindicação.

6. À vista do exposto:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 1º de junho de 1951. - *Mário Masagão*, presidente; *Joaquim de Silos Cintra*, relator *ad hoc*; *Trasíbulo de Albuquerque*; *Camargo Aranha*, vencido, com a seguinte declaração de voto:

O meu voto foi para dar provimento ao recurso. Não padece dúvida, de que nas reivindicatórias a coisa reivindicanda deve ser individuada para o fim colimado. Tratando-se, entretanto como no caso em aprêco, dum área, que é parte integrante do todo, mencionaram os autores mais ou menos a extensão dessa área indevidamente ocupada pela ré, dando a confrontação do imóvel de acôrdo com o seu título de domínio e respectiva planta, ao qual se reportou, no que não foi difícil para a perícia deixar apurada a área reivindicanda na resposta dada ao quinto quesito da ré, por onde se vê que, com exclusão da área vendida pelos autores à Fazenda do Estado, correspondente a, 300m<sup>2</sup>, ficou um remanescente de 18.900m<sup>2</sup>. Conseqüentemente, sôbre êsse remanescente de 18.900m<sup>2</sup>, cuja prova de domínio dos autores não foi contestada, é que constitui o objeto da presente ação de reivindicação.

Pretende a ré justificar a ocupação dessa área em virtude dum comodato, pois que lhe fôra dado de empréstimo pelo ex-proprietário José Balestrin, conforme

carta de autorização de fls. Por simples inspeção ocular, principalmente da assinatura, essa carta deixa a grave suspeita de ser contemporânea da presente ação. Mesmo porque, datada de 28 de novembro de 1945, a firma só foi reconhecida em 5 de agosto de 1949, quando a ação foi proposta em 4 de maio de 1949. Mas, mesmo que assim não fôsse, era de todo improcedente para o fim visado, uma vez que o imóvel foi adquirido pelos autores livre e desembaraçado de qualquer ônus; portanto, nos termos do art. 1.197 do Código Civil, não estão os autores obrigados a respeitar tal autorização ou comodato, desde que não ficou constando da escritura nem do registro público, isso porque, evidentemente, não existia. Nessas condições, dei provimento ao recurso para julgar procedente a ação relativamente à área indevidamente ocupada pela ré, na conformidade do que foi apurado pela perícia, com as cominações pedidas, conforme se apurarem em execução.

\*

## **FALÊNCIA - AÇÃO CONTRA A MASSA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**- O imperativo da Lei de Falências, exigindo a intervenção do órgão do Ministério Público nas ações contra massa falida, não pode ser satisfeito com a simples audiência final, findas já as oportunidades processuais para provas e impugnações, estando os autos em termos de sentença.**

Móveis de Aço Fiel S. A. e outra *versus* Benjamim Preminger

Ap. nº 49.880 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO CHAVES

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 49.880, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Móveis de Aço Fiel S. A. e outra e apelado Benjamim Preminger:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para anular o processado a partir do despacho saneador inclusive, nos termos e para os fins seguintes: Trata-se de consignação em

pagamento, intentada pela Fazenda do Estado, do valor correspondente a uma promissória por ela emitida a favor da Móveis de Aço, mas a quem não podia pagar por fôrça de ofício judicial expedido pelo juiz da falência da Casa Bancária Investidora Brasileira. Pediu a Fazenda a citação da Móveis de Aço e do síndico da falida. Interveio no processo o apelado Benjamim Preminger, alegando ser portador e legítimo proprietário da promissória, e a final o juiz pela sentença apelada, mandou fazer o levantamento pelo apelado, cujo direito reconheceu.

Apelaram as interessadas e o recurso mereceu o provimento dado. O Ministério Público zela Curadoria das Massas Falidas não teve intervenção no processo, tendo sido ouvido só a final, quando o juiz converteu o julgamento em diligência, e, nessa primeira intervenção, foi a nulidade argüida, como se vê de fls. A Lei de Falências (dec.-lei número 7.661, de 21 de junho de 1945) manda ouvir o Ministério Público (será ouvido) em tôdas as ações movidas pela massa ou contra ela, cabendo-lhe o dever de requerer o que fôr necessário aos interesses da Justiça. Ora, o impositivo da lei não pode ser satisfeito com a simples audiência final, findas já as oportunidades processuais para provas e impugnações, estando os autos em têrmos de sentença. O prejuízo decorrente da omissão é óbvio e resulta, em primeiro lugar, do simples descumprimento de um dispositivo imperativo de lei de ordem pública, e, em segundo lugar, na impossibilidade que teve o Ministério Público de acompanhar as provas feitas, requerer a produção de outras e melhor esclarecer os fatos em benefício da Justiça. Assim, não há como deixar de anular-se o processo desde o despacho saneador inclusive, para que outro seja proferido depois de ouvida a Curadoria das Massas Falidas, que assim terá ensejo de requerer o que fôr de direito e acompanhar o processo até final.

Custas pelo apelado.

São Paulo, 31 de maio de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente; *Pedro Chaves*, relator; *Samuel Francisco Mourão*; *Rafael de Barros Monteiro*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Ousei divergir, como terceiro juiz, dos ilustres votos vencedores na apelação, deixando de acolher a preliminar de nulidade do processo argüida pela

Procuradoria Geral do Estado em seu parecer, pelos seguintes motivos, que aqui alinho em resumo:

É certo que dispõe o art. 210 da atual Lei de Falências que o representante do Ministério Público, além das atribuições expressas no mesmo diploma, deverá ser ouvido em toda a ação proposta pela massa ou contra esta, tocando-lhe, também, o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da Justiça, com o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os papéis, livros e atos relativos à falência.

Como assinala MIRANDA VALVERDE, encerra a primeira parte deste dispositivo um dos casos de intervenção obrigatória do órgão do Ministério Público nos processos falimentares, compreendendo a segunda os casos de simples intervenção facultativa do mesmo órgão nos aludidos processos ("Comentários à Lei de Falências", ed. "REVISTA FORENSE", vol. I, ns. 426 e 427).

Mas, como mostra o mesmo jurista, ainda manda obrigatória a intervenção do órgão do Ministério Público nos processos de falência, apenas numa única hipótese comina o dec.-lei nº 7.661 a pena de nulidade pela ausência do curador fiscal: é naquela do artigo 117, quando se trata da venda de bens da massa no período de liquidação.

Não há senão que se concluir, portanto, com o mesmo festejado comentador de nossa lei falimentar que, com exceção da nulidade expressamente imposta naquele caso, a falta de audiência ou assistência do representante do Ministério Público não importa nulidade do processo nas demais hipóteses em que o mesmo órgão devia obrigatoriamente intervir, resultando da inobservância do preceito legal apenas responsabilidade comum ou funcional para a pessoa que devia providenciar para que se cumprisse o mandamento da lei (ob. cit., nº 430).

Nessas condições, bem de ver que, na espécie, tratando-se de uma ação de consignação em pagamento, na qual se apresenta como interessada a massa falida e na qual foi esta amplamente defendida pelo seu síndico, não era, *data venia*, de anular-se o processo simplesmente porque a intervenção do Dr. curador fiscal veio somente a verificar-se a final.

De ponderar-se, de outra parte, que se limitou o órgão do Ministério Público, em sua promoção de fls. e segs., a alegar que sofreu a massa prejuízos com a sua não intervenção no processo, porque seria objetivo da lei fazer com que o curador fiscal pudesse requerer provas e orientar a marcha do processo. Mas não especificou êle que prejuízos foram êsses, nem que provas pretendia requerer ou que orientação pretendia imprimir ao processo.

E, como é corrente que não se decreta qualquer nulidade sem prova, de prejuízo, também por êsse motivo repeli a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da Justiça.

\*

### **DESPEJO - INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO LEGAL - MUDANÇA DE DESTINAÇÃO DO IMÓVEL**

- O fechamento de uma, loja e a sua transformação em depósito de mercadorias, sem consentimento do locador, constitui infração de obrigação legal, bastante para autorizar a rescisão da locação e o despejo.
- O encerramento de uma casa comercial para ser a loja utilizada apenas como depósito de mercadorias importa em desvalorização do seu valor locativo futuro.
- Aplicação do art. 1.193 do Cód. Civil.

César Luzia da Cruz *versus* Nélon João e outro

Ap. nº 54.687 Relator: DESEMBARGADOR PERCIVAL DE OLIVEIRA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 54.687, da comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante César Luzio da Cruz e são apelados Nélon João e outro, adotado o relatório de fls., como parte integrante:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento, em parte, ao recurso, para o fim de ser a ação julgada procedente, na forma pedida, reduzida a multa contratual à metade, por ter sido parcialmente executado o contrato, mas excluído o pedido de pagamento de honorários de advogado, que já estarão cobertos pela multa.

Custas em proporção.

É fora de dúvida que o mau uso da propriedade constitui infração legal, que autoriza a rescisão do contrato de locação, nos termos do art. 1.193 do Cód. Civil. A transformação, ou mudança, do fim a que ordinariamente se destina o imóvel pode constituir, em certos casos, mau uso, pela desvalorização que acarreta. Assim, se uma residência é transformada em casa de cômodos, ou se uma casa comercial é subdividida em lojinhas, com clientela, inferior. Neste caso, dá-se desvalorização do ponto. Do mesmo modo, o fechamento de uma casa comercial, para ser a loja utilizada apenas como depósito de mercadorias, importa em desvalorização do seu valor locativo futuro, por não ser razoável que um comerciante deixe de aproveitar um bom ponto para negócios. O fato onde ser razoavelmente interpretado como demonstração de que o local não se presta para o comércio.

No caso dos autos, embora o contrato nada, disponha a respeito da finalidade precípua do imóvel locado, é claro que se destina, principalmente, para servir como casa comercial.

Pouca importa, que para êsse fim, devesse ser utilizada somente a parte da frente e que o prédio disponha de uma residência nos fundos, servida por uma porta lateral. Êsse tipo de construção é muito comum em casas comerciais. A divisão com uma residência, nos fundos é feita, exatamente, para facilitar a atividade comercial do ocupante. O fato é que a loja, com quatro portas, ocupava toda, fachada e só por isso, demonstrava ser uma casa comercial. Ali já estiveram estabelecidos vários negócios, inclusive, a princípio, o dos réus. Fechando a loja e transformando-a em depósito, sem consentimento do locador, os locatários praticaram infração legal, bastante para autorizar a rescisão da locação e o despejo.

São Paulo, 19 de junho de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente: *Percival de Oliveira*, relator; *A. de Oliveira Lima*; *J. M. Gonzaga*.

\*

## **PENHORA - INALIENABILIDADE DE BENS E RENDIMENTOS**

**- Admite-se a penhora de rendas de bens inalienáveis, mesmo clausuladas, quando inexistentem outros bens ou sejam êles insuficientes.**

**- Aplicação do art. 943, nº I, do Código de Proc. Civil.**

Banco Nacional Imobiliário S. A. *versus* Arlindo Cardamone

Ap. nº 53.317 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 53.317, da Capital, em que é apelante o Banco Nacional Imobiliário S. A. e apelado Arlindo Cardamone:

Acordam, em 5ª Câmara, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, dar provimento ao recurso, por unanimidade de votos, para, reformando a sentença de primeira instância, julgar procedente a ação e subsistente a penhora.

Reabre-se nesta causa a controvertidíssima questão a respeito da interpretação a dar-se ao art. 943, nº I, do Cód. de Processo, isto é, saber se êsse texto legal pôs têrmo à divergência anterior permitindo a penhora das rendas de bens inalienáveis quando o doador ou testador tiver estabelecido a mesma cláusula para elas.

Muitos entendem que sim e outros que não, pelo que se evidencia que o referido dispositivo não encerrou o debate. Vários crestos existem sustentando a penhorabilidade das rendas, mesmo quando clausuladas, em não havendo outros bens, e muitos outros em sentido contrário.

A primeira opinião foi, por exemplo, sufragada pelo acórdão *in* "Rev. dos Tribunais", 161-732, ao qual foi feito um erudito comentário por GYGES PRADO, onde êsse ilustre jurista aponta diversos julgados num e noutro sentido.

Também conclui pela, penhorabilidade o respeitável acórdão em recurso de revista na "Rev. dos Tribunais", 168-722, mas com 10 votos vencidos.

Essa proporção de votos discrepantes revela de modo indisfarçável como pouco pacífica está a questão.

O exeqüente juntou um excelente parecer do Dr. MIGUEL REALE, no qual se sustentou que o texto legal em exame é de ordem pública e, assim, embora clausulada a renda, esta poderá ser penhorada, caso inexistam outros bens.

Em campo oposto encontra-se a opinião do saudoso Prof. AZEVEDO MARQUES ("Cinco Estudos", pág. 77), a qual, embora emitida no regime processual anterior, contém argumentos repisados atualmente e de inteira atualidade, uma vez que o legislados de 1939 não dirimiu a controvérsia.

O Prof. FRANCISCO MORATO, em sua "Miscelânea Jurídica", 2-489, nº 13, também prestigia o entendimento de AZEVEDO MARQUES, e concluiu textualmente tendo em vista o vigente art. 943, nº I, do estatuto adjetivo: "Sem embargo, entretanto, dêsse dispositivo autorizando a penhora dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, se houver uma cláusula expressa do testador ou doador isentando-os de execução e tomadas por dívidas, êles se tornam impenhoráveis".

Em meio a essa disparidade de interpretações apadrinhadas de lado a lado por decisões respeitáveis e pareceres de mestres, inclinou-se a Turma julgadora para a corrente dos que admitem a penhora de rendas, mesmo clausuladas, quando inexistam outros bens ou sejam êles insuficientes, como no caso o são, sendo que o Des. CAMARGO ARANHA declarou expressamente que, partidário de opinião contrária, passava a adotar o entendimento vencedor em acatamento ao resolvido pelo já citado acórdão *in* "Rev. dos Tribunais", 168-722.

Foi, em conseqüência, reformada a sentença inferior, pois os executados só dispunham, além dos imóveis inalienáveis recebidos em doação pela escritura de fls., dos poucos móveis relacionados a fls., manifestamente insuficientes para garantirem o pagamento reclamado, que monta a Cr\$ 141.283,00. E como existem outras penhoras sôbre os mesmos bens (fls.), deve ser aplicado o disposto no art. 947 do Cód. de Processo.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 8 de junho de 1951. - *Mário Masagão*, presidente; *Samuel Francisco Moerão*, relator; *Clóvis de Moraes Barros*; *Camargo Aranha*.

\*

## **SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO - VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE**

**- Não tem o juiz poderes para suprir o consentimento de descendente que se opõe a venda de ascendente a outro descendente.**

**- Inteligência do art. 1.132 do Código Civil.**

D. Laura Sampaio Armbruster *versus* Carlos Armbruster

Ap. nº 52.565 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 52.565, da comarca de Limeira, entre partes, apelante D. Laura Sampaio Armbruster e apelado Carlos Armbruster:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls., negar, por unanimidade de votos, provimento ao recurso, para confirmar a respeitável sentença recorrida, pelos seus jurídicos fundamentos.

Custas pela apelante.

São Paulo, 3 de maio de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente, com voto; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*.

## SENTENÇA

Vistos, etc.:

1. D. Laura Sampaio Armbruster, desejando vender a seus filhos Martinho e Humberto, obteve o consentimento dos outros seis filhos seus, à exceção de Carlos Armbruster. Por isso requereu a notificação dêste para, no prazo de cinco dias, alegar o motivo da recusa, havendo-se por caprichosa, caso não respondesse à notificação; e que, no caso de persistir na recusa, fôsse judicialmente suprido o seu consentimento, pois que se trata de venda real, com tôdas as garantias, e sem a mínima eiva de dissimulação.

Em abono do suprimento judicial invoca a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, em 30 de maio de 1949, no recurso extraordinário nº 14.789, de que foi relator o ministro JOSÉ LINHARES, que vem publicada, em resumo, na "REVISTA FORENSE", 126-450, e segundo a qual "pode o juiz suprir o consentimento do descendente, na venda do ascendente ao descendente, se verifica que o negócio é sério e a recusa caprichosa e injusta".

2. Citado, o réu manteve expressamente a recusa (fls. ).

3. A aplicação do art. 1.132 do Código Civil tela produzido as mais dispares interpretações. como é fácil de se constatar, rebuscando-se a copiosa jurisprudência existente sôbre ela.

O preceito tem sua origem na Ordenação do Reino, Liv. 4, tít. 12.

Curioso é notar-se, com FELÍCIO DOS SANTOS, citado por J. M. DE AZEVEDO MARQUES ("Rev. dos Tribunais", 71-3), que "a Ord., Liv. 4, tít. 12, proíbe que os pais vendam qualquer coisa aos filhos e mais descendentes

por evitar muitos enganos e demandas. Verifica-se inteiramente o contrário; é a proibição da Ordenação que tem sido a origem de muitos enganos e demandas; a presunção é que os pais amam os filhos com igualdade e que não desejam favorecer a uns mais que aos outros; os pais têm muitos meios de beneficiar os filhos; se podem fazer-lhes doações dentro de sua cota disponível, podem também fazer-lhes vendas, que não são atos a título gratuito".

No direito estrangeiro, excetuado o português, nenhum Código é igual ao nosso; o que confirma, de certa forma, que o preceito acarreta maiores embaraços que benefícios.

Sendo sua razão de ser, como ensina CLÓVIS e repetem outros juristas e tribunais, "evitar que, sob color de venda., se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas", na prática êle ultrapassa de sua finalidade, restringindo despótica e injustamente o direito de propriedade, e obrigando muitas vêzes a operações desastrosas, como seria o caso de que trata o acórdão do Tribunal de Minas Gerais, publicado na "Revista dos Tribunais", vol. 73, pág. 386, e reproduzido por CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", 16-66, se não fôra a intervenção do filho, adquirindo a propriedade do pai para evitar-lhe a ruína, e permitindo-lhe que continuasse a desfrutá-la.

Portanto, não se deve dar a êsse texto uma interpretação rígida, que leve a soluções absurdamente contrárias à finalidade que o legislador teve em mente. Pelo contrário, na sua interpretação observar-se-á o preceito de hermenêutica consagrado pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Cód. Civil, que manda atender, na aplicação da lei, aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

4. Contudo, não se trata agora de julgar da validade ou não de um ato consumado.

O que se pretende é que o juiz supra o consentimento do descendente, que o nega, ao que se diz, injustamente.

Êsse suprimento, entretanto, em que pese ao alto conceito merecido pelo egrégio e colendo Supremo Tribunal Federal e ao profundo respeito que lhe tributo, não tem o juiz poderes para conceder.

Aliás, ao que me consta, encontra-se isolado o acórdão da egrégia 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, invocado pelo requerente.

Em sentido diametralmente oposto preleciona CLÓVIS, "Denegado o consentimento do descendente, não pode haver recurso ao juiz para supri-lo, porque o Código não o dá. A solução contrária seguida no direito anterior, baseava-se no modo por que a Ordenação justificava o seu preceito, e se corroborava com a decisão do Cód. Civil Português, art. 1.565, parág. único, ("Comentários ao art. 1.132").

Essa lição tem sido acatada pelos demais comentadores e pela jurisprudência, conforme se verifica, entre outros, em CARVALHO SANTOS, ob. cit., 16-113 ; sentença do juiz Dr. JOAQUIM DANIEL P. DE MELO, transcrita pelo mesmo CARVALHO SANTOS, volume cit., pág. 115; acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais publicado na "REVISTA FORENSE", 127-500; acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, publicado na "Rev. dos Tribunais", 146-330.

Nem existe analogia entre o preceito do art. 1.132 e os demais do Cód. Civil, que autorizam o suprimento judicial do consentimento. E até mesmo êstes preceitos que autorizam o suprimento judicial do consentimento são, a meu ver, de interpretação restrita, em virtude da disposição do artigo 7º do Cód. Civil.

No caso, tratar-se-ia, não de suprir a capacidade para consentir ou agir - casos únicos para os quais a lei prevê o suprimento judicial do consentimento, - mas sim de vetar ou obstar o direito de dissentir que a lei confere aos descendentes.

5. Pelos motivos expostos, e na impossibilidade de maior desenvolvimento, pela premência de tempo em virtude do serviço eleitoral, denego o suprimento de consentimento requerido por D. Laura Sampaio Armbruster, o que não importa em negar nem em afirmar, a validade da venda que, sem esse suprimento, seja feita.

P. e I.

Custas pela requerente.

Limeira, 21 de setembro de 1950. – *Raul da Rocha Medeiros Júnior*.

**APELAÇÃO - AÇÕES CUMULADAS - DESPACHO SANEADOR –  
"LEGITIMATIO AD CAUSAM"**

**- Tratando-se de decisão definitiva a respeito de uma das ações cumuladas, toma-se conhecimento da apelação interposta.**

**- A questão da "legitimatio ad causam" por envolver, comumente, o próprio mérito da ação, não pode ser apreciada no despacho saneador.**

Ida Carpegiani *versus* Arminda Bruschini Zelante e outros

Ap. nº 52.707 - Relator: DESEMBARGADOR CUSTÓDIO DA SILVEIRA

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 52.707, de Serra Negra, em que é apelante Ida Carpegiani e apelada Arminda Bruschini Zelante e outros:

Acordam, em 4ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., repelida a preliminar de não se conhecer do recurso, dar provimento, para os fins constantes do acórdão.

Custas como de direito.

Como se infere do relatório, o juiz decidiu, em definitiva, uma das ações cumuladas, a de petição de herança, entrando, para tanto, no mérito da questão jurídica que o caso sugeria.

Agravo de petição não caberia, porque não se decidiu sôbre preliminar que pusesse têrmo ao processo sem lhe resolver o mérito.

Agravo no auto do processo também não, porque não se trata de nenhuma das hipóteses previstas no art. 581 do Cód. de Processo Civil.

o recurso adequado era mesmo o de apelação, nos termos do art. 820, uma vez que se cuida de decisão definitiva a respeito de uma das ações cumuladas.

Repele-se por isto a preliminar de impropriedade do recurso. E, conhecendo do recurso, dá-se-lhe provimento, para o fim de ordenar o prosseguimento das ações cumuladas, sem quaisquer limitações ao pedido inicial.

A questão da *legitimatio ad causam*, por isso mesmo que envolve, comumente, o próprio mérito da ação não pode ser apreciada no despacho saneador. De igual modo, as questões de natureza estritamente jurídica, que atine com o mérito do pedido. No direito português, por expressa disposição legal, pode o juiz solucionar, no saneador, também as questões estritamente de direito, para cuja decisão o processo ofereça, desde logo, os elementos necessários. Assim é que dispõe o art. 514, n° III, do Cód. de Proc. Civil português:

"Conhecer do pedido, se a questão de mérito fôr unicamente de direito e puder ser decidida neste momento com perfeita segurança, ou se, sendo a questão de direito e de fato, ou só de fato, o processo contiver todos os elementos necessários para uma decisão conscienciosa".

Todavia, a nossa lei processual não vai tão longe, não contém dispositivo semelhante ao da lei portuguesa, como se verifica do disposto no art. 204 do respectivo Código, onde se enumeram as questões que o juiz pode solucionar no saneador.

Cogita-se, no caso em apreço, de resolver uma questão estritamente jurídica. sem dúvida alguma. E uma questão que atine precìpuaente com o mérito de um dos pedidos cumulados na inicial, o de petição de herança, cuja solução não se apresenta, sequer, assim tão fácil como pareceu ao juiz, sobretudo tendo-se em vista a particularidade do caso, em que não há ainda partilha homologada no processo de inventário dos bens deixados pelo *de cuius*, que se supõe pai da autora. Invoca-se o art. 5° da Lei de Introdução ao Cód. Civil, segundo o qual a lei, salvo disposição em contrário, não atingirá às situações jurídicas definitivamente constituídas. Entretanto, dado que ainda não exista partilha

judicialmente homologada, estaremos mesmo diante de uma situação jurídica definitivamente constituída? Talvez, sim, talvez não. E o caráter especial de "amparo social" que a lei dá ao efeito econômico da investigação de paternidade?

A autora, que foi inesperadamente surpreendida com a solução de tal matéria, no despacho saneador, nem teve oportunidade razoável para sustentar a tese jurídica favorável a sua pretensão, naturalmente porque aguardava o momento propício, das razões finais ou dos debates.

Do exposto se conclui que o juiz deveria ter aguardado a ocasião da sentença final para decidir a questão jurídica tão intimamente ligada ao mérito da causa. Para tal fim se provê o recurso.

São Paulo, 8 de maio de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente; *E. Custódio da Silveira*, relator; *Macedo Vieira*; *Cunha Cintra*.

\*

## **RESPONSABILIDADE CIVIL – MULHER CASADA - TRABALHO DOMÉSTICO**

**- É devida indenização pelo falecimento, em desastre, de mulher que contribuía com seu trabalho caseiro para manutenção do lar. A pensão, em tal caso, é devida, em partes iguais aos filhos menores até atingirem a maioridade e às filhas até que se casem, ou, se permanecerem solteiras, enquanto levarem vida honesta, e durante o período de vida provável da vítima.**

Lopes & Musa Ltda. *versus* Joaquim Moreira da Silva e seus filhos menores

Ap. nº 52.688 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 52.688, da comarca de Catanduva, em que são apelantes e recíprocamente apelados Lopes & Musa Ltda. e Joaquim Moreira da Silva e seus filhos menores:

Bem decidiu a sentença apelada ao julgar procedente a ação. Admitiu a culpa da transportadora, decorrente da falta de vigilância sôbre o condutor do veículo causador do acidente. Fê-lo *ex abundantia*, pois já havia reconhecido a sua culpa presumida. Na espécie, a culpa é contratual, pois a ré estava obrigada a levar o passageiro incólume ao ponto de destino. Não se verificou qualquer dos casos que isentam a emprêsa de indenizar. Assim, no tocante à definição da responsabilidade da ré, a sentença merece confirmada.

Reparos devem ser feitos, todavia, na parte em que fixou a indenização.

Quanto aos danos emergentes, são êles, efetivamente, os mencionados pelo Dr. juiz, não se compreendendo nêles a multa penal pedida pelos autores.

Quanto aos lucros cessantes, foi decidido que a ré pagaria aos autores uma pensão, a título de alimentos, de Cr\$ 300,00 mensais, a partir da data do acidente e durante 26 anos, de sobrevida da vítima.

É exato que a mulher, nas classes pobres, auxilia com o seu trabalho o marido, na manutenção da casa, trabalho êsse muitas vêzes remunerado e prestado até fora do lar. É o que ocorria, na espécie, pois a falecida espôsa do autor concorria com o seu trabalho caseiro para suavizar as despesas do lar. Assim, é justo que se estabeleça uma indenização, a título de alimentos, nos têrmos do art. 1.537 do Cód. Civil, fixada como o foi na sentença, em Cr\$ 300,00 mensais. Tarifada nessa base justa, a pensão é devida, contudo, sòmente aos filhos e não ao marido. A mulher não deve alimentos ao marido, salvo nos casos especiais que aqui não ocorrem. A situação econômica do marido nada sofreu, pois estava obrigado a sustentar a mulher e dessa obrigação ficou libertado. Prejuízo econômico não sofreu; apenas o dano moral.

A pensão é devida, portanto, sòmente aos filhos. Não pelo tempo determinado na sentença, mas até que o filho varão atinja a maioridade, em 12-5-954, e até que a filha mulher se case, ou, se permanecer solteira, enquanto levar vida honesta. Nesta hipótese, durante o tempo de sobrevida provável da vítima, a

dizer, 26 anos. A pensão é devida metade para cada filho mediante capital ou títulos aplicados para êsse fim.

Não tem cabimento a pretensão dos autores de que se faça o ressarcimento com o pagamento de quantia certa. A indenização é paga em prestações periódicas, a título de alimentos.

Em conclusão: Merece provimento, em parte, a apelação da ré, para que a pensão de Cr\$ 300,00 mensais seja paga unicamente aos dois filhos, excluído o marido da vítima, e pela forma acima exposta, a dizer, metade a cada um, sendo a parte do filho até a maioridade e a parte da filha enquanto permanecer solteira e honesta e pelo tempo de sobrevivência da vítima, fixada em 26 anos.

Quanto aos honorários de advogado, fixados em 20%, são reduzidos a 15%, máximo admitido na lei nº 1.060, de 5-2-950, e sobre o líquido apurado na execução da sentença (art. 11, § 1º).

E deve ser negado provimento à apelação dos autores, que pedem uma quantia certa e única e a ampliação dos danos emergentes à multa penal.

Isto pôsto:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., dar provimento, em parte, por maioria de votos, à apelação da ré, sendo que o revisor o dava em maior extensão, e negar provimento, por votação unânime, à apelação dos autores, tudo nos termos antes mencionados.

Custas como de direito.

São Paulo, 13 de abril de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente, com voto, vencido em parte: Entendi que os alimentos à filha da vítima deviam limitar-se ao período da menoridade, como se fêz em relação ao filho. Só pelo fato de tratar-se de filha e solteira, não se segue que deva receber tratamento diferente, beneficiando-se da prestação alimentar durante todo o período de duração provável da vida da alimentaste. A mãe só lhe deveria alimentos, nessa condição, enquanto a beneficiária fôsse menor (Cód. Civil, arts. 231, IV, 277, 240 e 384, I). Transposta a menoridade, a filha deveria, para obter alimentos,

provar a, falta de bens e a impossibilidade de prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, subordinando-se, assim, ao princípio do art. 399 do Cód. Civil.

A morte de um ascendente não pode, em tese, servir para animar q parasitismo, o enriquecimento ilícito, tornando melhor a situação financeira do descendente. Todo indivíduo maior, seja homem ou mulher, deve trabalhar e viver à própria custa. A mulher maior, que é alimentada pelos pais, não se funda, para isso, em obrigação jurídica. O velho BORGES CARNEIRO já sustentava, com tôda razão, que "todo o indivíduo se deve alimentar a si mesmo; e sòmente recai esta obrigação em seus pais e parentes, quando êle não pode alimentar-se, por não ter bens nem poder ganhar seu sustento" ("Direito Civil", 2, § 168). E o que em magnífica síntese ensina CLÓVIS BEVILÁQUA ("Código Civil", art. 399). Finalmente, pela Constituição federal, o trabalho é uma obrigação social (art. 145, parág. único) e dela não estão isentas as mulheres solteiras, maiores e válidas; *Justino Pinheiro*, relator; *Fernandes Martins*.

\*

## **PETIÇÃO INÉPTA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

**- Não se pode afirmar que a inicial seja inépta tão-só porque o pedido se arrima, genèricamente, ao dispositivo legal que enuncia os casos de investigação de paternidade. Não se confunde a narração dos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, a "causa petendi", com a indicação do texto de lei em que a parte baseia sua pretensão.**

**- Aplicação do art. 160 do Cód. de Proc. Civil.**

Renato Vighi *versus* Pureza Aritero Betoí

Ap. nº 52.767 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 52.767, de São Paulo, em que é apelante Renato Vighi, Sendo apelada Pureza Antero Betoí:

1. Pureza Antero Betoij ajuizou ação de investigação de paternidade contra Renato Vighi, a fim de ser judicialmente reconhecido que do concubinato de ambos nasceu a menor Renata Antero, atualmente com dois anos de idade.
2. O réu contestou a paternidade que lhe é atribuída, negando mesmo que houvesse mantido concubinato com a autora.
3. Decidiu o juiz, dando pela procedência da ação, tendo apelado o réu.
4. A inicial de toda ação deve narrar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido com clareza e precisão. Quando o fato é narrado de maneira confusa, de molde a não se compreender o objetivo colimado pela parte, e quando os fundamentos jurídicos, que não se confundem com a regra, da lei citada, são absolutamente inadmissíveis, ocorre inépcia, a que se refere o art. 160 do Cód. de Processo Civil. E a inépcia da inicial autoriza o seu indeferimento no ingresso do pretório, dando causa, depois disso, à nulidade do processo. Nulidade que pode ser decretada em qualquer tempo.
5. No caso em tela não se pode afirmar que a inicial seja inepta tão-só porque o pedido se arrima, genericamente, no art. 363 do Cód. Civil, quando é certo que esse dispositivo encerra quatro casos em que se permite o reconhecimento da paternidade. Mas, como já ficou salientado, não se confunde a narração dos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, a causa petendi, com a indicação do texto de lei em que a parte baseia sua pretensão. Nesse sentido é digno de citação o ensinamento de PONTES DE MIRANDA que está no seu precioso livro "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE" (vol. II, pág. 27).
6. Não há necessidade de conversão do julgamento em diligência para se proceder a um exame pericial no documento de fls. Os autos fornecem elementos para o julgamento da causa, mesmo que se afaste da discussão o citado documento.
7. No tocante ao mérito, é fora de dúvida que ficou provado de modo satisfatório, ou seja, de modo suficiente a gerar o convencimento da procedência do pedido inicial, que o réu vivia em concubinato com a autora, ao

tempo da concepção da menor Renata. A *exceptio plurium concubentium*, a que se apegou o réu com tanto ardor para invalidar a presunção de sua paternidade em relação à filha que nascera de sua concubina, essa, sim, não logrou a prova indispensável ao seu acolhimento. Os dois testemunhos, apresentados com o objetivo dessa prova, padecem de defeitos que foram bem ressaltados na sentença e no parecer da Procuradoria Geral da Justiça.

8. Pelo exposto:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por votação unânime, repelir a preliminar de nulidade e a da conversão do julgamento em diligência, negando provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 1º de junho de 1951. - *Mário Masagão*, presidente; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Samuel Francisco Mourão*; *Clóvis de Moraes Barros*.

\*

### **DESQUITE LITIGIOSO - INJÚRIA GRAVE - SEVÍCIA CONFESSADA EM AUDIÊNCIA - FATO NÃO ARTICULADO NA INICIAL.**

- Não pode o juiz, ao apreciar a causa para a sentença, ater-se a fatos que não foram expressamente articulados na inicial e que não constituem, por isso, fundamento da ação, embora provados no curso da demanda.
- Se o cônjuge réu é chamado para defender-se de injúria grave, não pode ser a final decretado o desquite por fundamento diverso, como a sevícia, embora num sentido amplo, mas não técnico a injúria grave possa abranger a sevícia.
- Não se considera como sevícia aquêles atos praticados pelo cônjuge como inevitável decorrência de provocações do outro consorte.

**- Não há injúria grave no procedimento do cônjuge que associa um motoristas de carro de praça, à sua peregrinação pela cidade, no encalço do marido.**

A. Z. *versus* D. D. A. Z.

Ap. nº 52.291 - Relator: DESEMBARGADOR MORAIS BARROS

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de apelação nº 52.291, de São Paulo, em que é apelante A. Z. e apelada D. D. A. Z.:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal, de Justiça de São Paulo, por votação unânime, em negar provimento à apelação interposta, para confirmar a decisão recorrida pelos seus lídimos fundamentos.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 25 de maio de 1951. - - *Clóvis de Moraes Barros*, presidente e relator; *Camargo Aranha*; *Joaquim de Silos Cintra*.

### SENTENÇA

Vistos, etc.:

Contra sua espôsa, D. D. A. Z., com quem é casado desde 29 de setembro de 1934. ajuizou o Dr. A. Z., com fundamento no art. 317, nº III, do Cód. Civil, a presente ação de desquite. Alega o autor que, depois de algum tempo de vida conjugal harmoniosa e feliz, a ré começou a revelar o seu verdadeiro temperamento, mostrando-se egoísta, exigente, voluntariosa e agressiva, criando, destarte, ambiente doméstico de todo incompatível com a felicidade conjugal. Suportou o autor, pacientemente, tôdas as diatribes, na esperança de que com o tempo a espôsa se compenetraria de seus deveres, assim se restabelecendo a paz doméstica. Mas foi em vão: o espírito de tolerância do autor passou a ser encarado como submissão, sinal de fraqueza, falta de personalidade. Cada vez mais violenta e agressiva, a ré descambou

lamentavelmente para o terreno das injúrias mais atrozes, das cenas mais vergonhosas, dos escândalos mais deprimentes, que atingiram o seu clímax no dia 20 de março do ano p. passado, quando tiveram o seu epílogo na polícia, precisamente no instante em que já se achavam gastas as últimas reservas morais do autor, consumidas nessa crescente hostilidade da espôsa, que lhe havia impôsto tôda a sorte de vexames,, insultos e sofrimentos. Dizendo que todos os fatos apontados constituem grave injúria à sua honra e dignidade, pede o autor que se lhe decrete o desquite do casal.

Contestou longamente a ré, afirmando que o marido deformou os fatos, atribuindo à espôsa a responsabilidade por uma situação de que êle é o único culpado. Efetivamente, acrescenta a ré, depois de longa peregrinação por diversos bairros, instalou o casal a sua residência na rua J. F. G. n° 130. Até então, a vida conjugal decorrera normalmente, malgrado algumas questiúnculas que de vez em quando irrompiam, fruto da obsessão do autor pelo trabalho, que lhe alterava o gênio e assim dava margem às suas grosserias, intimamente, porém, as desarmonias assumiram aspecto mais grave, tornando claro o propósito do autor d° pôr termo à sociedade conjugal. Havia, contudo, uma explicação para essa mudança, da qual a ré apenas suspeitava: as estranhas relações do autor com a maior amiga da ré, a confidente desta nos tempos de mocinhas. A final, tudo se desvendou: precisamente no citado dia 20 de março do ano passado, pela manhã, a ré ao pilhar o marido na casa dessa senhora, com a qual ele traía o dever de fidelidade conjugal. Em tal emergência, a ré agiu cega e inconscientemente, ferida que fôra no seu instinto de mãe e de espôsa. O triste episódio terminou na polícia e desde então os cônjuges se encontram separados. Pede a contestante, destarte, que a ação seja julgada improcedente, ou o autor dela carecedor, condenado, porém, numa ou noutra hipótese, em honorários de advogado e custas.

Na, audiência de instrução e julgamento deram as partes os seus depoimentos pessoais, ouvindo-se ainda quase tôdas as testemunhas arroladas, Debatida a causa com a juntada dos memoriais de fls., oficiou o representante do Ministério Público que opinou pela improcedência da ação (fls.).

É o relatório. Passo a decidir.

Como se verifica pela leitura atenta e cuidadosa da petição inicial, nenhuma referência se encontra, nessa peça fundamental, à sevícia, como causa terminativa da sociedade conjugal. O autor reclama o desquite baseado exclusivamente nas injúrias graves que teria recebido da espôsa, durante a vida em comum.

Conseqüentemente, como é bem de ver, não pode êste Juízo, ao apreciar a causa para sentença, ater-se a fatos que não foram expressamente articulados e que não constituem por isso fundamento da ação, embora provados e evidenciados no curso da demanda, como o arremesso de objetos contra o consorte, confessados pela ré a fls.

É conhecida, a respeito, a vitoriosa jurisprudência dos nossos tribunais, segundo a qual "fato não argüido no libelo ou na reconvenção, ainda que provado no curso da lide, não autoriza a decretação do desquite" (vide "Rev. dos Tribunais", vol. 176, pág. 301).

No seu brilhante memorial, invocando a lição de PASQUIER, afirma o autor que tôdas as causas de desquite, em essência, configuram a injúria grave. O aludido fato compreenderia em si tôdas as demais causas de terminação da sociedade conjugal previstas pela lei; portanto, a sevícia confessada pela ré em seu depoimento pessoal estaria, em substância, contida na injúria grave, especificamente articulada na inicial.

Em pura doutrina, no terreno estritamente teórico, talvez o autor, estivesse com a razão. De fato, se um dos cônjuges, por exemplo, comete adultério, injuria evidentemente o outro cônjuge; se abandona o lar conjugal, sem que para isso tenha motivo, ofende também o consorte que foi abandonado. Assim acontecera, por igual, com as demais causas de dissolução da sociedade conjugal, como a tentativa de morte e a sevícia.

Se isso é verdade no terreno abstrato das concepções teóricas, o mesmo não sucede no canino do objetivismo jurídico: a lei distingue, destaca, separa as várias causas de terminação da sociedade conjugal, embora tenham elas, no fundo, uma essência comum. Nessas condições a mais complexa não pode abranger a menos complexa, sob pena de ficar irremissivelmente comprometida

a defesa do cônjuge acusado. A imputação precisa ser concreta, objetiva, certa; não pode esconder-se debaixo de uma forma genérica e vaga.

Se o cônjuge-réu é chamado para defender-se de injúria grave, não pode ver a final decretado o desquite por fundamento diverso como a sevícia, embora num sentido amplo, mas não técnico, a injúria grave possa abranger a sevícia.

Acresce que a sevicia admitida pela ré não impediu que os cônjuges continuassem a viver juntos debaixo do mesmo teto. Não há, negar, portanto, que, concordando com a subsistência da vida em comum, o autor não considerou aquêlê ato com a razão suficiente para o desquite do casal.

Ademais, ao confessar a prática do referido ato, procurou a ré justificar-se, dizendo que os mesmos foram a inevitável decorrência das provocações do autor, em virtude de suas estranhas relações, agora desvendadas, corô outra mulher, que a punham em estado de alerta, de suspeita, de irritação, predispondo-a à reação.

Não é de modo algum infundada essa versão da ré: está cumpridamente provado que, o autor, esquecido dos seus deveres, transgrediu a fé conjugal, traindo a espôsa justamente com a sua amiga íntima e confidente. Êsse procedimento indigno, de que a ré a princípio apenas suspeitava, tinha forçosamente que provocar reações mais ou menos intensas, atritos mais ou menos vivos, de uma espôsa sensível e amorosa, duramente esbulhada em seu patrimônio afetivo.

Teve, pois, razão o egrégio Tribunal de Justiça do Estado quando, certa feita, decidiu que:

"Não se podem considerar injúria grave as palavras ásperas, dirigidas pela mulher ao marido, em momento de exaltação, produzida, por exemplo, pelo ciúme. Em tôda injúria, há o elemento material e o moral, consistindo este na intenção preconcebida de colocara pessoa contra quem é dirigida em má situação perante terceiros" (cf. "REVISTA FORENSE", 95-375).

Imbuído dêsse mesmo sentido é êste outro acórdão da veneranda superior instância, segundo o qual não devem ser consideradas palavras isoladas,

produzidas na intimidade, em momento de exacerbação causada justamente pelo cônjuge que se diz injuriado ("Rev. dos Tribunais", 138-162).

Finalmente, para não nos alongarmos em excesso, cumpre ainda recordar que "o zêlo da espôsa, procurando afastar o marido das seduções que o cercam, não constitui injúria grave para justificar o desquite" (vide "Rev. dos Tribunais", 142-187).

Se tudo isso é verdadeiro com relação à injúria grave, também há de sê-lo quanto à sevicia, sendo escusável assim que a ré, ferida na sua sensibilidade, tivesse reagido de modo enérgico e viril contra o responsável pelo seu infortúnio.

Prossigamos, todavia, na análise do pedido do autor: a sua principal argüição prende-se aos deploráveis acontecimentos do dia 20 de março do ano passado, ocorridos na rua P., nesta Capital, e que provocaram a definitiva separação dos cônjuges e a conseqüente propositura da presente ação.

Examinando friamente o lamentável episódio, somos ainda forçados a convir que a razão estava com a ré: efetivamente, nesse dia varada pelo ciúme que a consumia, pôs-se ela a acompanhar, sem ser pressentida, a longa caminhada do marido para a casa da amante, instalada naquela rua.

Lá chegada, certificou-se a final com os seus próprios olhos, de uma vez para sempre, que as suas suspeitas não eram infundadas. Tinha ela, por fim, a prova concreta a infidelidade do consorte, de há muito adivinhada.

Pode-se imaginar o seu estado de espírito, a sua mágoa, a sua revolta, o seu desespero, quando pediu ao motorista, que a tinha conduzido, que lhe emprestasse a sua cinta, com a qual, resoluta, mas imprudentemente, se encaminhou ao encontro do cônjuge adúltero e da sua cúmplice.

A cena foi por demais chocante e brutal; malgrado o seu ânimo, a ré foi contida, subjugada, agredida e vilipendiada. Nessa emergência desesperada, fêz tudo quando pôde para defender-se: debateu-se, lutou, cuspiu, atirou impropérios, magros recursos de quem nada pedia contra forças superiores. A

lastimável cena só teve o seu epílogo em plena via pública, com a intervenção da polícia.

Teria havido injúria grave no procedimento da ré, associando o motorista do carro de praça à sua peregrinação pela cidade no encalço do marido, e, depois, indo ao encontro deste, para tirá-la dos braços da amante?

Impõe-se a negativa. Se o próprio direito penal, muito mais severo e rigoroso nas suas cominações, atenua a culpabilidade de quem delinque sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 48, nº IV, letra c), não é de estranhar que, no direito civil, o julgador se inspire no mesmo sentimento e compreensivamente empreste ao impulso da "justa dor" seu alto valor moral, capaz, senão de escusar, pelo menos, de eliminar a gravidade da injúria, que perde assim tôda a sua intensidade.

Não vislumbro, destarte, na conduta da ré o desejo malsão de amesquinhar o consorte, ofendendo-lhe a honra, a dignidade e a respeitabilidade, palavras vãs para quem, como autor, trai confessadamente os seus deveres, atirando à espôsa a mais ultrajante das injúrias, que foi o seu adultério com a amiga e confidente da ré, no próprio tálamo conjugal.

No seu memorial, insiste o autor no reconhecimento da culpabilidade de sua mulher, invocando os depoimentos das testemunhas que arrolou e que teriam presenciado os baldões e os gestos aviltantes de ré contra o marido. Nego, porém, qualquer valia a essa prova, emanada de pessoas subalternas e econômicamente vinculadas ao autor. Como bem observa o Dr. curador geral (fôlhas), tais testemunhas padecem do vício de suspeição e as suas afirmativas devem ser recebidas, por isso, com naturais reservas.

Com efeito, a primeira testemunha, P. B. M., não passa de antiga empregada do casal, cujo serviço há anos deixou. A segunda testemunha, A. R., é íntima do autor, a quem deve obrigações, por ter o mesmo recolhido uma filha do depoente, em sua própria casa. A terceira, M. A., é o atual motorista do Dr. Z., a êle preso por estreitos laços de sujeição e dependência (fls.).

De resto, êsses depoimentos são contrariados pela prova da ré, segundo a qual D. D. é senhora educada, incapaz de dirigir ao marido os soezes insultos mencionados pelas testemunhas do autor (fls. ).

Finalmente, talvez prevendo o desfecho desfavorável da causa, pede o autor (fls.), que se decrete o desquite do casal, porque está demonstrada, à evidência, a impossibilidade da continuação da vida em comum. Apóia-se o autor no acórdão inserto na "Revista dos Tribunais", 162-265, e na conhecida opinião de FILADELFO AZEVEDO.

*Data venia*, aparto-me dêsse entendimento: ora dos casos previstos em lei, não há base para a dissolução da sociedade conjugal, ainda que se prove a impossibilidade de convivência, por incompatibilidade de gênios ou por culpa do cônjuge-autor. O ponto de vista de FILADELFO AZEVEDO não mereceu acolhida dos nossos tribunais. Se a ré, na ação de desquite, é inocente, assiste-lhe, o direito de conservar-se no estado de casada, pouco importando que com o autor é que se tenham verificado os fatos que autorizariam o desquite ("Rev. dos Tribunais", 136-168).

Pelo exposto, de acôrdo com o parecer do representante do Ministério Público, julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas. Publicada na audiência anteriormente designada, ficam as partes intimadas.

São Paulo, 6 de setembro de 1950. - *Washington de Barros Monteiro*.

\*

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRISÃO POR MOTIVO DE ORDEM POLÍTICA OU SEGURANÇA PÚBLICA - INOCÊNCIA DO DETIDO**

**- O posterior reconhecimento da inocência de um indivíduo não torna por si só ilegal a sua prisão. O Estado tem direito de limitar a liberdade individual em determinados casos, podendo fazê-lo desde que obedeça a formalidades legais. Não comete ato ilícito se agiu dentro desse princípio.**

José Faustino Cabral de Melo *versus* Fazenda do Estado de São Paulo

Ap. nº 54.740 - Relator: DESEMBARGADOR PINTO DO AMARAL

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 54.740, da comarca de São Paulo, em que é apelante José Faustino Cabral de Melo, sendo apelada a Fazenda do Estado:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., negar provimento ao recurso para confirmar, por seus fundamentos, a sentença de primeira instância, que decidiu com acêrto e justiça o caso dos autos.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 18 de junho de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente, com voto; *Pinto do Amaral*, relator; *Macedo Vieira*.

## SENTENÇA

*Omissis...*

Para o êxito da pretensão do autor, é indispensável que se estabeleça a existência de ato ou atos ilegais, praticados pela autoridade policial; e os conseqüentes danos sofridos pelo patrimônio do autor.

Os atos que o requerente tem por ilegais e atribui à polícia consistem na prisão do autor, por suspeitas infundadas, pelo que foi mantido incomunicável por vários dias e impedido de nomear prepostos, faculdade que se dera a outros presos; e na apreensão e depósito do carro na Garagem Mauá, com a recusa de devolvê-lo, quando solto o autor.

Examinemos a prova dos autos, referente à existência de tais atos.

O autor foi prêso e processado perante o Tribunal de Segurança Nacional, consoante alega. Sôbre êste ponto não existe dúvida pois a ré o admite (fls.) e a prova testemunhal o corrobora (fls.).

Que o autor haja sido conservado incomunicável, e por prazo superior ao legal; que haja, sofrido restrições maiores que outros presos e impedido fôsse de nomear preposto para guarda e administração de seus bens, não existe, nos autos, a menor prova. Nem por documentos, nem por testemunhas, se estabeleceu ser exato que o autor não pudesse, durante o período de prisão, tomar providências atinentes à marcha, de seus negócios. Aliás, nem o próprio autor pretende que ficou incomunicável enquanto privado de sua liberdade conde a evidência de que lhe não seria impossível tomar tais providências.

E, se, dado "o ambiente de terror reinante no país", o autor, em situação penosa, preocupado com a defesa de sua liberdade, não quis tomar providências para a administração de seus bens ou interêsse, ou de tais providências não cogitou, certo é que não pode atribuir a falta de tais providências a qualquer impedimento criado nela autoridade policial. Não houve além da prisão qualquer ato da autoridade, provado nos autos, que tenha impedido o autor de tomá-las.

Resta analisar, ainda, a alegada apreensão e depósito do carro do autor, com a subsequente recusa de devolvê-lo, após ter sido o autor libertado, em consequência de absolvição pelo Tribunal de Segurança Nacional. Desta recusa também não se encontra qualquer vestígio de prova lios autos. Examinemos, portanto, a alegada apreensão.

A prova testemunhal é positiva no sentido de que, preso o autor, o carro foi guardado na Garagem Mauá, para onde o levaram investigadores.

Mas qualquer apreensão e depósito sômente se dariam se formalizados em auto, constante necessariamente do inquérito policial instaurado contra o autor. Essa prova não se encontra nos autos. Teria a polícia realizado a apreensão do veículo, tê-lo-ia depositado, sem corporificar em auto essas medidas? E que razão teria para assim proceder? A prova testemunhal esclarece, suficientemente, o que se deu, na realidade. Foi o autor prêso à noite, pelas 23 horas (fls. ) e conduzido, em seu automóvel, em companhia da testemunha

Alípio Marques de Carvalho, à Delegacia de Polícia Marítima. Foi o veículo dirigido por um investigador, pois evidentemente não se confiaria ao detido a direção do carro. Levado à polícia, permaneceu o autor prêso, até absolvição no processo contra o instaurado.

Não seria possível nem conveniente, na ocasião, permitir ao autor fosse êle, em pessoa, guardar o veículo. E daí ter determinado a autoridade policial que investigadores fossem guardar o veículo do autor, sem que seja possível ver-se em tal ato qualquer "apreensão ou depósito" de tal veículo.

A respeito é elucidativo o depoimento da testemunha Alípio Marques de Carvalho, ao ser reinquirido pela ré (fls.): "... que o depoente não ouviu do Dr. Joaquim Sêco a afirmativa de que o automóvel do autor ia ficar apreendido; que apenas, quando se entrevistaram os presos com aquela autoridade, como já depôs o depoente, a mesma autoridade perguntou ao autor onde é que êle guardava o seu automóvel; que o autor respondeu que o guardava na Garagem Mauá...

O automóvel foi levado a essa garagem, e aí entregue por investigadores, sem que se exigisse do proprietário qualquer documento de depósito (v. fls.).

Assim, as recomendações da autoridade ao investigador, ao entregar-lhe a chave do carro (v. fls.), ou a declaração que a testemunha Mota diz ter sido feita pelos investigadores de que o carro somente poderia ser retirado mediante ordena da polícia, apenas podem demonstrar que se procurou guardar o carro para proteção dos interesses do autor. Tais elementos probatórios, de forma alguma induzem a realidade de apreensão e depósito do veículo. Porque iria a autoridade policial confiar o depósito do veículo apreendido à garagem em que o autor o guardava costumeiramente, ou perguntar ao autor qual era essa garagem?

Vê-se, pois, que a autoridade policial, não estando o carro do autor guardado, por ocasião da prisão, não podendo dar liberdade ao autor para fazê-lo, apenas determinou que o veículo fosse recolhido à garagem em que o guardava costumeiramente o autor.

Tal atitude, porém não se confunde, de forma alguma, com qualquer apreensão e depósito, nem se apresenta eivada de ilegalidade.

A isto opõe o autor que, por sentença proferida em outro juízo, já se reconheceu a existência da apreensão e depósito feito pela polícia. Não tendo a ré, porem, sido, parte na ação processada nesse juízo, nenhuma eficácia tem a decisão com referência à ré. E daí a possibilidade de fatos, reconhecidos nessa sentença serem suscetíveis de se considerarem não provados noutro processo. (v. PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, pág. 358).

A prova dos autos, portanto, apenas admite se conclua que a autoridade policial realizou a prisão do autor e determinou a investigadores que levassem o carro à garagem em que o autor costumeiramente o guardava. Não existe prova de que o autor tenha sido mantido incomunicável por vários dias, que tenha sido impedido de confiar a preposto o carro, ou que êste fôsse apreendido, e depositado pela polícia com posterior recusa de devolvê-lo ao autor.

Cumprir examinar se essa atitude da autoridade policial foi ilegal, e quais os danos dela resultante a cuja indenização tenha a autor direito.

O recolhimento do automóvel à garagem não se apresenta com qualquer eiva de ilegalidade. De tal fato não advém, ao autor, direito à indenização.

Quanto à prisão do autor, não apresentam os autos qualquer elemento que permita reputá-la ilegal. E os atos de autoridade gozam da presunção de serem regulares. Vê-se da inicial que o autor, prêso por motivo de ordem política ou de segurança pública, entende que a prisão foi ilegal, porque decorrente de suspeitas infundadas. E infundadas eram as suspeitas, porque foi absolvido pelo Tribunal de Segurança Nacional.

Mas a prisão do autor (embora reconhecido inocente posteriormente) e os danos dela decorrentes (privação do exercício da profissão, caducidade de licença e quaisquer outros) não podem dar direito a qualquer indenização. Tal prisão foi perfeitamente legítima, embora haja atingido pessoa não culpada.

O posterior reconhecimento da inocência do autor não torna ilegal a prisão realizada. O Estado tem o direito de limitar a liberdade individual, em certos casos; pode fazê-lo obediente às formalidades legais (que não se provou fôsem desatendidas, no caso), com referência aos indiciados; em tais circunstâncias, a privação da liberdade é *giusta* quando, *l'innocenza non è conosciuta, e sarebbe invece, ingiusta, ove l'innocenza fosse già conosciuta*"; entretanto, *"nello stadio processale puramente istruttorio l'innocenza, come la colpevolezza, ancora non può dirsi conosciuta mai"*. Conseqüentemente, *"le limitazioni alla libertà individuale durante l'istruzione sono giuste e legittime, sempre e in tutti casi, anche che, disgraziatamente, colpiscano un innocente"* (vêde ARTURO ROCCO, "La Riparazione alle Vittime degli Errori Giudiziari", págs. 245-250).

Não é possível, portanto, diante do posterior reconhecimento da inocência do autor, atribuir-lhe indenização pelos danos decorrentes da prisão, pois não pode esta ser considerada ilegal.

Em conclusão: o autor, nestes autos, apenas provou que estêve prêso e foi processado pelo Tribunal de Segurança Nacional; e que seu automóvel foi entregue, por investigadores, à Garagem Mauá, onde o autor o guardava costumeiramente, sem que tal entrega decorresse de apreensão do veículo.

Não, há, porém, em tais atos, a ilegalidade pretendida que acarrete a responsabilidade da Fazenda do Estado.

Os prejuízos, que o autor afirma sofridos; (caducidade de licença, paralisação de suas atividades profissionais e permanência, do veículo na Garagem Mauá) foram conseqüência da prisão do autor. Mas o fato de ter sido verificada posteriormente, a inocência do requerente, não torna ilegal a prisão ou indenizáveis tais prejuízos.

Por êsses motivos, julgo improcedente a presente ação e condeno o autor nas custas.

São Paulo, 22 de janeiro de 1951. – *José G. R. de Alckimim.*

## AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO - TÉRMO - DESPEJO

- O termo é essencial e completa a interposição do agravo no auto do processo.
- A prorrogação a que alude o art. 19 de lei nº 1.300, de 1950, só é de ser concedida quando se cogitar de desocupação do prédio em virtude de ter sido julgada improcedente ação renovatória de contrato.

Afonso Marin Sarcedo *versus* Augusto Jerônimo

Ap. nº 54.066 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 54.066, da comarca de São Paulo, em que é apelante Afonso Marin Sarcedo e apelado Augusto Jerônimo:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, adotado como parte integrante dêste o relatório lançado a fls., em não conhecer do agravo no auto do processo de fls., e, por igual votação, em negar provimento à apelação, pagas as custas *ex vi legis*.

Assim é de se decidir, quanto ao agravo no auto do processo, por não ter sido o mesmo reduzido a termo.

Como diz ODILON DE ANDRADE, o têrmo é essencial e completa a interposição do recurso ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", volume IX, nº 291). E a jurisprudência deste Tribunal tem sido uniforme no sentido de não se conhecer daquele recurso quando não foi cumprida a referida formalidade ("Rev. dos Tribunais", 144-644 e 172-723; "REVISTA FORENSE", 106-509).

Relativamente à apelação, razão não tem o recorrente, seja quando pleiteia a improcedência da ação, seja no tocante à concessão do prazo a que se refere o art. 19 da vigente lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950.

No que diz respeito ao despejo decretado contra o apelante, outro não podia ser o desfecho da ação, em face do acôrdo expressamente celebrado entre as partes e constante da termo da audiência de fls., devidamente homologado pela sentença recorrida.

E, quanto à concessão do prazo de que trata o art. 19 da atual lei nº 1.300, evidente é que a remissão que faz êsse dispositivo ao art. 360 do Cód. de Processo está a indicar que a prorrogação daquele prazo só é de ser concedida quando se cogitar de desocupação do prédio em virtude de ter sido julgada improcedente a ação renovatória de contrato de locação, o que não é, manifestamente a hipótese dos autos.

São Paulo, 14 de junho de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Prado Fraga*; *Pedro Chaves*.

\*

## **RESPONSABILIDADE CIVIL – CHEQUE - ENDOSSO FALSIFICADO**

**- Cabe ao Banco suportar as conseqüências do pagamento de cheque cujo endôssó foi falsificado, desde que êle se tenha havido com culpa.**

**- Procede com culpa o Banco que paga cheque depois de examinar e julgar autêntica a firma do endossante, quando não o era.**

Banco do Brasil, S. A. *versus* Borges, Morel & Cia. Ltda.

Ap. nº 54.124 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 54.124, de Santos, apelante o Banco do Brasil, S. A., apelados, Soares, Morel & Cia. Ltda.:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório de fls., negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada, por seus fundamentos, conformes ao direito e à prova.

Custas pelo apelante.

A responsabilidade do Banco, no caso, é patente, uma vez que pagou o cheque depois de examiná-lo e de julgar autêntica a firma do endossante, quando não o era, como se provou posteriormente. O cheque era nominativo e continha a firma falsificada do endossante. Cabia ao Banco tomar as cautelas usuais para a exame da firma, pois o visado pelo falsário era êle. A lei silencia a respeito, mas a doutrina e a jurisprudência têm assentado que o Banco que realiza o pagamento de um cheque com assinatura falsa é responsável pelas conseqüências do seu ato, salvo quando se verifica o dolo ou culpa do correntista beneficiário do cheque. O problema tem sido resolvido segundo o critério subjetivo da culpa, fixando-se a responsabilidade do Banco ou do beneficiário, segundo a culpa apurada de um ou de outro ou tocando ao primeiro suportar o prejuízo no caso de ausência de culpa de ambos. Esta é a lição de inúmeros julgados.

Ora, na espécie, decidiu a sentença que cabe ao Banco suportar as conseqüências do mau pagamento que realizou, visto coma se houve com culpa. Pretende o Banco que o autor também agiu com culpa, permitindo, pela sua negligência, que o falsificador se apropriasse do cheque e realizasse a falsificação.

É possível que o fato não tivesse se verificado se o autor agisse com tôdas as cautelas possíveis. Não se pode, porém acoimá-lo de negligente. O falsário teve oportunidades que não era dado ao autor prevenir ou evitar. E não tendo havido culpa da parte do autor, cabe ao Banco responder pelas conseqüências do pagamento indevido.

A sentença decidiu bem e merece confirmada.

São Paulo, 8 de junho de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente, com voto; *Justino Pinheiro*, relator; *Fernandes Martins*.

\*

## RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - PRAZO

- Embora a Lei de Luvas aluda ao prazo mínimo de cinco anos, a jurisprudência se tem manifestado no sentido de poder o locatário, que se viu obrigado, por força das circunstâncias, aliás geralmente conhecidas, a assinar um contrato, cujo prazo seja, intencionalmente ligeiramente inferior ao mínimo da lei, valer-se da ação competente, que é a renovatória de contrato.

Marcílio Barbosa *versus* José dos Santos Samorinha

Ap. n° 54.697 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS

### ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 4ª Câmara, vistos, relatados e discutidos os autos de apelação n° 54.697, da comarca de São Paulo, em que é apelante Marcílio Barbosa e apelado José dos Santos Samorinha, negar provimento ao recurso e confirmar, por seus fundamentos, a sentença recorrida, que, se harmoniza com o direito e a prova.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 11 de junho de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente e relator; *Macedo Vieira*; *Cunha Cintra*.

### SENTENÇA

*Omissis...*

Quanto ao prazo do contrato, que é, realmente, de quatro anos e 11 meses, sabe-se que, embora a Lei de Luvas, no art. 2º, letra *b*, aluda ao prazo mínimo de cinco anos, a jurisprudência se tem manifestado no sentido de poder o locatário. ano se viu obrigado, por força das circunstâncias, aliás geralmente conhecidas, a assinar um contrato, cujo prazo seja intencionalmente

ligeiramente inferior ao mínimo da lei, valer-se da ação competente, que é a renovatória da locação. De outro modo, para atender ao interesse do locador, ficaria burlada a lei e sem aplicação a regra do art. 30. Nessa conformidade, são rejeitadas as preliminares.

*Omissis ...*

São Paulo, 7 de março de 1951. - *Vicente Sabino Júnior.*

\*

### **PROVA - DOCUMENTO**

**- O que veda a lei processual é que sentencie o juiz o feito sem ouvir a parte sobre documento produzido depois da petição da inicial ou da defesa. É claro, entretanto que o documento, assim produzido deva influir decisivamente no julgamento da causa, servindo de elemento substancial ou complementar da prova.**

Hotel São Bento S. A. versus Floriano Scattolin

Ap. nº 54.184 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 54.184, da comarca de São Paulo, em que é apelante Hotel São Bento S. A. e apelado Floriano Scattolin:

Trata-se de ação de despeja proposta, por Floriano Scattolin contra a apelante Hotel São Bento S. A., a fim de obter a desocupação da subloja inicialmente descrita e locada à ré, de que o autor alega necessitar para seu uso comercial. Fundou o apelado a ação no art. 18, inciso II, do anterior dec.-lei nº 9.669, de 1946, esclarecendo que pretende instalar na dependência locada o seu laboratório fotográfico, atualmente mal instilado em prédio de aluguel.

Contestando, alegou a ré, em substância, ser insincero o pedido. Outro não seria o objetivo, do autor senão retomar a subloja a fim de transferi-la a seu irmão Leonardo Scattolin, estabelecido cone o "Foto Léo" próximo ao local, para que o mesmo aí instale o laboratório de seu estabelecimento. Aliás, o fato de encontrar-se o laboratório mal instalado em outro prédio não constituiria motivo bastante para o despejo.

Do despacho que indeferiu a vistoria requerida pela ré, interpôs esta o agravo no auto do processo de fls., reduzido a têrmo a fls. Feitas as provas por que protestaram as partes, inclusive uma inspeção ocular realizada pelo magistrado no imóvel foi, a final, proferida a sentença de fls. Por essa decisão, foi a ação julgada procedente, marcado o prazo de 30 dias para a desocupação e cominada ao autor a pena máxima do art. 18, VI, do citado dec.-lei nº 9.669.

Apelando, insiste a ré em que houve cerceamento do seu direito de defesa, impondo-se conseqüentemente o provimento do agravo no auto do processo de fls. Ainda preliminarmente, alega não ter sido cumprido o disposto no art. 223, parág. único, do Código de Processo, pois não foi ela ouvida sôbre os documentos de fls. oferecidos pelo autor após a contestação. No mérito, diz não se justificar a retoma da subloja por parte do autor, que não teria demonstrado necessitar da mesma para seu uso.

Quanto ao agravo no auto do processo, não merece o mesmo provimento, em que pêssem as brilhantes razões aduzidas pela recorrente. Abandonou esta a alegação, formulada na contestação, de que o objetivo do autor, com a retomada, pleiteada, seria transferir a subloja a seu irmão Leonardo Scattolin, estabelecido no local com o "Foto Léo". Aceitando, pois, em face do que ficou apurado que é o próprio autor o proprietária dêsse estabelecimento, e não o seu mencionado irmão, nada mais razoável e justo que pretenda êle o laboratório fotográfico para junto de seu estabelecimento. Se êsse laboratório se acha presentemente instalado em prédio de aluguel (fls.), dispensado estava o autor de fazer qualquer prova sôbre a alegada necessidade da subloja para aquêle fim, sendo, por outro lado, inútil qualquer vistoria para verificar achar-se a referida dependência bem ou mal instalada no prédio da rua São Bento, coisa, aliás, suscetível de demonstração pelo testemunho comum.

Sôbre a argüição de que não teve a recorrente vista dos autos para falar sôbre os documentos oferecidos pelo autor após a contestação, não pode a mesma acarretar qualquer nulidade do processo. O que veda o art. 223, parág. único, da lei processual é que sentencie o juiz o feito sem ouvir a parte sôbre o documento produzido depois da petição inicial ou da defesa. É claro, entretanto, que o documento assim produzido deva influir decisivamente no julgamento da causa, servindo de elemento substancial ou complementar da prova ("REVISTA FORENSE", vol. 120, pág. 505). E, se sôbre eles teve oportunidade de manifestar-se a parte e, se nada reclamou tempestivamente, deve a falta ser tida como sanada ("Rev. dos Tribunais", volume 158, pág. 218). Na espécie, portanto, de pouca significação foram os documentos exibidos, e, se sôbre os mesmos teve ocasião de pronunciar-se o apelante posteriormente, nada reclamando a respeito, não há que se cogitar de qualquer nulidade.

No mérito, o acêrto da decisão recorrida não pode ser pôsto em dúvida. Desarrazoada não é, como já ficou dito, a pretensão do apelado de transferir o seu laboratório, hoje instalado em outro local, em prédio alugado, para junto de seu estabelecimento. E, encontrando-se já ocupadas tôdas as dependências dêste, como assinala o juiz, ali não existindo laboratório, evidenciada se encontra a necessidade, que autoriza a retomada da subloja objeto da locação.

Isto pôsto:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado como parte integrante dêste, o relatório de fls., em negar provimento ao agravo no auto do processo e rejeitar a preliminar de nulidade do processo, por unanimidade de votos, e, por igual votação, em negar provimento à apelação, pagas as custas como de direito.

São Paulo. 14 de junho de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Prado Fraga*; *Pedro Chaves*.

\*

**GUARDA DE FILHO MENOR - MÁ CONDUTA**

**- Mantém-se a guarda de filho de tenra idade pela mãe, não obstante a má conduta desta, considerando que a criança, sôbre não poder prescindir dos cuidados e carinhos maternos, não é ainda passível, dado o seu pequeno desenvolvimento psíquico, de sofrer influências perniciosas.**

D. C. R. D. M. *versus* S. J. D. M.

Ap. nº 50.068 - Relator: DESEMBARGADOR VASCO CONCEIÇÃO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 50.068, da comarca de Jacareí, em que é apelante D.C.R.D.M., sendo apelado S. J. D. M.:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., dar provimento ao recurso, para o efeito de julgar improcedente a ação.

Custas pelo apelado.

Os litigantes tiveram o seu casamento dissolvido por via de desquite consensual, no qual ficou avençado que a filha única do casal permaneceria sob a guarda da genitora. Algum tempo após a homologação do desquite, veio o apelado, com fundamento no art. 327 do Cód. Civil, pleitear que se deferisse à avó paterna a guarda da criança. Para isso alegava êle que seria altamente prejudicial à formação moral da menor a companhia da mãe, que estava vivendo em mancebia e pouco antes tivera um filho dêsse ilícito conúbio. Além do mais, ante a irregularidade da vida da ex-espôsa, evidentemente que estava privado de visitar a filha, pois seria para êle uma vexação procurá-la onde viviam os concubinários.

O Dr. juiz de direito acolheu o pedido, tendo, porém, a Turma julgadora do recurso interposto pela vencida chegado à conclusão de que não era caso, pelo menos *si et in quantum* de se alterar o que foi estabelecido no desquite amigável, quanto à guarda da menor.

Assim foi decidido tendo-se em consideração que a menor, na idade em que se acha, sôbre não poder prescindir dos cuidados e carinhos maternos, não é ainda passível, dado o seu pequeno desenvolvimento psíquico, de sofrer as influências que o autor lhe diz perniciosas. Se a lei - Cód. Civil, art. 326, § 1º - assegura à mãe no desquite litigioso, quando ambos os cônjuges são culpados, a guarda das filhas, enquanto menores, e a dos filhos, até a idade de seis anos, é porque reconhece ou pressupõe na progenitora uma maior ou melhor capacidade para zelar da prole, pelo menos na infância. Acresce que a modificação do *statu quo* estabelecido pelo desquite, no caso dos autos, importaria, no deferimento da posse da menor à avó paterna, já avançada em anos e valetudinária, como consta dos autos, e, portanto, provàvelmente pouco apta para arcar com os incômodos, vigílias e inúmeros encargos que pesam sôbre os que têm a responsabilidade da criação dum menor. Finalmente, as dificuldades de ordem moral em que se encontra o recorrido para visitar a sua filha são fàcilmente removíveis, bastando para isso que provoque o juízo no sentido de regular por outra forma o direito de visitas.

Custas pelo apelado.

São Paulo, 31 de maio de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente; *Vasco Conceição*, relator; *Cunha Cintra*; *Pinto do Amaral*.

\*

## HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CARTA-RESSALVA

**- Em se tratando de honorários de advogado, ajustados por contrato e logo após alterado de maneira antagônica por carta-ressalva, subscrita pelo profissional, prevalece o avençado no último documento. Reconhece-se, em tal caso, ter havido simulação, apurando-se que só um contrato valeria para os interessados, destinando-se o outro, vazio de consentimento, à exibição de terceiros.**

Dr. Eurico Barbosa Lima *versus* Higino Ribeiro de Carvalho e outros

Ap. nº 51.159 - Relator: DESEMBARGADOR GARCIA DE ALMEIDA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 51.159, da comarca de Jacareí, em que é apelante o Dr. Eurico Barbosa Lima e apelado Higino Ribeiro de Carvalho e outros:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso, a fim de que subsista a decisão apelada.

Custas pela apelante.

Com a inicial, o recorrente, na verdade, apresenta um contrato de honorários, para a defesa de interêsses dos recorridos, em processo de desapropriação lhes intentado péla Fazenda do Estado. Ali se fixou, livremente entre interessados *sui juris*, e nada existia a impedir êsse ajuste, que a, retribuição do patrono seria fixada em 20% sôbre o valor da coisa expropriada, embora terminasse a pendência por via administrativa, transação amigável ou extrajudicial.

Mas a verdadeira intenção das partes não veio externada em semelhante documento. Surge uma carta dirigida pelo advogado aos clientes, na realidade uma ressalva (cf. CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. II, notas 5-6 ao art. 103), onde é fixada a obrigação dos últimos, que não permaneceram submetidos às gravosas condições anteriores. Sim, ao desembolso da importância a que fôsse a expropriante condenada a pagar aos expropriados, acrescida de mais Cr\$ 8.000,00.

Sustenta a apelante, no entanto, que o documento não tem eficácia. diante do contrato primitivo, que só por via de um distrato conseguiria alterar-se. Dessa forma, era de prevalecer a primeira combinação, a fim dá que engrossem os honorários, como almejado de início.

Sem alicerces, porém, a pretensão acima.

O contrato em tela, seguido logo da carta-ressalva, mostrou-se simulado, isto é, como nota VON TUHR, "*con la voluntad de que no tenga efectos*", não

pretendendo as partes "*más que crear la apariencia del negocio ....*" ("Derecho Civil", vol. II, tomo II, pág. 241).

A simulação não requer prova direta para convencer. Como já lembravam as velhas Ordenações: "...o engano sempre se faz encobertamente e, portanto, não se poderia provar por escritura pública" (Livro 3º, título 59, § 25).

Simples indícios ou circunstâncias, como enuncia o Cód. de Proc. Civil (art. 252), são suficientes para comprová-la.

Na espécie, subscritos dois documentos antagônicos, um logo após o outro (cf. AUBRY ET RAU, "Droit Civil Français", 1922, tomo XII, § 756 *bis*, pág. 249), apura-se que só um valeria para os interessados, destinando-se o restante, vazio de consentimento, na expressão dos CARRARA (*apud* SÁ PEREIRA, "Decisões e Julgado, 1926, pág. 314), à exibição a terceiros, com a defesa, na desapropriação intentada pela Fazenda.

Por um motivo, ou outro, assinada a avença em questão, assegurando-se a vontade real dos obrigados com a missiva, em separado, que em português se denomina ressalva, *contre-lettre* em francês, e *controdi chiarazione* em italiano (cf. SÁ PEREIRA, "Decisões e Julgados", 1926, pág. 319). A pretender-se impor, pois, a obrigação, garantida estaria a defesa daqueles que não desejaram responder, enfim, em semelhantes têrmos (cf. CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. II, nota 4 ao artigo 103). E sem cogitar-se da natureza da simulação, como observa BEVILÁQUA, sob pena de consagrar-se uma iniquidade como se fôsse direito" ("Código Civil", vol. 1º, 1931, pág. 347).

Despontando simulação inocente, a ação fundar-se-ia na própria figura, como permitido, a contrario pelo Cód. Civil (art. 104), conforme nota CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado", vol. I, nota 2 ao art. 103).

Vão despontando com essa qualidade, permitida a objeção com arrimo em vícios diversos, a gafar a vontade ou, como adverte SÁ PEREIRA, reportando-se à lição de FERRARA: ... de que se discute é o elemento psicológico da vontade que se esconde na mente dos contratantes e se não transfunde nem se incorpora ao documento" ("Decisões e Julgados", 1926, pág. 315).

Daí escrever BEVILÁQUA: "Devemos dar ação ao prejudicado, porque a outra parte... se prevaleceu da simulação para dar como real o que era apenas uma declaração fictícia" ("Código Civil", vol. 1º, 1931, pág. 347).

Aliás, discrepante não é a manifestação de CARVALHO SANTOS, com escoras no ensinamento de LAROMBIÈRE e AUBRY ET RAU ("Código Civil interpretado", vol. II, nota 2 ao art. 104).

Não se conceberia mesmo, em hipótese alguma, como pontificava DALLOZ, citado por SÁ PEREIRA, "que as partes que passaram um ato dessa natureza sejam obrigadas a executá-lo entre si, o que seria contrário ao princípio da nulidade absoluta dêesses atos, nem que a máxima *propriam turpitudinem allegans non est audiendus*, seja aplicável aos contratos simulados..." ("Obligations", nº 1.031).

Ainda não se cuidasse de simulação, sempre prevaleceria o papel derradeiro (fls.), como uma remição parcial do antigo débito. Não se tornaria forçosa a participação dos apelados no abrandamento das condições, assunto que sòmente os favorecia. Ao credor permitido, unilateralmente. despir-se de certas vantagens em prol dos devedores. E a lição de MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA: ... tôdas as obrigações podem ser objeto de remissão, uma vez que constem de título escrito - particular ou público - incluindo nestes as sentenças que fazem certos os direitos decorrentes de ato ilícito. Nos contratos bilaterais, do mesmo modo, um só dos contratantes pode remitir o débito deixando subsistir a contra-prestação, independentemente de anulação, rescisão na dissolução do contrato. "Pode ser parcial..." ("Doutrina e Prática das Obrigações", 1908, nº 409).

Sequer merece provimento o recurso quando insiste o apelante em não satisfazer as custas proporcionalmente ao vencido. Os réus, na ação, foram citados para pagar a quantia de Cr\$ 140.000,00. A final, viram-se condendos a desembolsar únicamente o importe de Cr\$ 23.073,24. Quer dizer, pretendeu o autor arrecadar a soma exata de Cr\$ 140.000,00, relativa a 20% sôbre Cr\$ 700.000,00, alcance do imóvel. Perseverou-se em recolher parcela certa, não se subordinando a arbitramento. Impugnou-o até, ao admiti-lo o magistrado, a

requerimento dos adversários. Assim, merecem as custas ser cobertas, em proporção, no feito contido na sentença.

De notar-se, a despeito de abater o autor o pedido, no requerimento de recurso de fls., tal redução não teve acolhida no mandado inicial, que manteve a cobrança de Cr\$ 140.000,00.

São Paulo, 14 de junho de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente; *Cantidiano Garcia de Almeida*, relator; *Cunha Cintra*; *Pinto do Amaral*.

\*

### **DESPEJO - INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO LEGAL - SUBLOCAÇÃO TOTAL PRÉDIO**

**- Nas questões atinentes à cessão e transferência de locação não é necessário que a prova seja plena e direta, bastando, como nos casos de simulação, a prova indireta, circunstancial ou indiciária.**

Olavo Ferreira Lima *versus* Dr. Luís de Toledo Lara

Embs. nº 51 021 - Rel.: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA

### **ACÓRDÃO**

Vistos. relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes da comarca da Capital, nº 51.021, em que é embargante Olavo Ferreira Lima e embargado Dr. Luís de Toledo Lara, adotado o relatório de fls.:

Acordam, em 3º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, rejeitar os embargos e confirmar o venerando acórdão embargado por seus fundamentos.

Custas pelo embargante.

A questão que deu lugar à presente ação, cifra-se em se saber se a sublocação das salas em aprêço foi parcial ou total. A sentença concluiu pela

improcedência da ação, por entendê-la parcial, quando o venerando acórdão embargado, por maioria de votos, reformou o julgado por entendê-la total, portanto, com infração legal. A razão de bem decidir está com o venerando acórdão embargado. Consoante as provas produzidas, o réu, ora embargante, transferiu seus escritórios da rua Barão de Paranapiacaba nº 25 para a rua Senador Feijó nº 149, onde se acha bem instalado. Pelo contrato de sublocação de fls. pretende que tal sublocação seja parcial, porque pela referido contrato reservou para si o direito de deixar na sala nº 1 os arquivos da Imobiliária Brasileira, e na sala nº 2 poder realizar reuniões de condôminos. Ora, se realmente o embargante transferiu seus escritórios para outro local, com melhores instalações, não pode pretender que se tenha como parcial a sublocação constante do contrato de fls. simplesmente porque na sala nº 1 deixou um pequeno armário com um arquivo morto, e com relação à sala nº 2 reservou o direito de ali realizar reuniões, que nunca foram realizadas. Admitir-se como sublocação parcial o caso em aprêço, pela simples ressalva constante do contrato, fácilimo seria burlar a lei quando a simulação resulta evidente, como uma inferência lógica dos fatos. Nessas condições, rejeitam os embargos, por maioria de votos, e confirmam o venerando acórdão embargado.

São Paulo, 18 de maio de 1951. - *Meireles dos Santos*, presidente; *Camargo Aranha*, relator; *Joaquim de Silos Cintra*, vencido; *Fernandes Martins*, vencido; *Vasco Conceição*.

Foi voto vencedor o do desembargador CARNEIRO DE LACERDA.

### **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**

#### **MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO**

- Mandado de segurança não é meio hábil para compelir prefeito municipal a efetuar vultoso fornecimento de eletricidade explorada pela Municipalidade, invocando o impetrante direitos contratuais, cujo reconhecimento não pode ser feito sem instrução e julgamento em ação adequada.

- Não impede o uso do mandado de segurança a possibilidade de recurso administrativo.

Agripino Bernardes Lara versus Prefeito municipal de Guapé:

Ap. nº 5.921 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 5.921, de Guapé, em que é apelante Agripino Bernardes Lara e apelado O Sr. prefeito municipal de Guapé:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento e condenar o apelante nas custas. O apelante não tem direito líquido e certo ao fornecimento municipal de eletricidade. Não é fora de dúvida que o Sr. prefeito, ao deliberar sôbre pedidos de novas ligações de corrente elétrica, esteja agindo como autoridade, como exige para cabimento da segurança o § 24 do art. 141 da Constituição federal, ou se diversamente atua como gerente de emprêsa, explorada esta embora pela Municipalidade. Por outro lado, não se provou que a usina suporte o consumo, relativamente vultoso, que o apelante dela quer sacar. Pelo contrário, vê-se nos autos que seria temerário conceder tão grande utilização, fora da capacidade e disponibilidade do aparelhamento e com que seria forçado o corte de corrente dada a antigos consumidores. Mesmo sem o impetrante ser atendido, já tem havido necessidade de suprimir iluminação pública, como declara o Revmo. vigário. Acresce que o declínio das águas nas estiagens, fazendo cair a capacidade da usina, torna duvidoso se o quinhão do Dr. Passos Maia deve sofrer proporcional corte.

Também duvidoso é se tal quinhão foi assegurado para uso pessoal ou é transmissível e devido para todo o sempre. Dúvidas também são suscitadas quanto à validade da doação e sua cláusula compensatória para o doador. Essa matéria não deve ser discutida no augusto âmbito do pedido de segurança, porque envolve questão de fato sôbre as quais não há prova e nem julgamento em ação adequada, além de que não fora curial pressupor a nulidade apenas da cláusula compensatória, sem alteração do benefício. De acôrdo com o parecer do Exmo. Sr. procurador geral, é certo que não impede o uso do requerimento

de segurança a possibilidade de recurso administrativo, conforme, aliás, este Tribunal já decidiu em Câmaras Cíveis e nesta 1ª Câmara. Mas é obstáculo à concessão a incerteza e iliquidez do direito alegado.

Belo Horizonte, 20 de abril de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*; *Lopes da Costa*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral do Estado.

## RELATÓRIO

Não há defeito no processo e preparo desta apelação nº 5.921, interposta por Agripino Bernardes Lara contra sentença final do MM. juiz de direito de Guapé, que denegou mandado de segurança pedido pelo apelante para ser compelido o prefeito municipal de Guapé a lhe fornecer energia elétrica necessária à movimentação de maquinismo instalado pelo requerente para beneficiamento de café. Vendo indeferido seu requerimento de força elétrica dirigido à Prefeitura, o apelante adquiriu contratualmente do r. Domiciano Augusto dos Passos Maia o direito a uma parte da energia elétrica que a Prefeitura se obrigou a lhe fornecer permanentemente, nas escrituras públicas pelas quais dito Dr. Passos Maia doou ao município uma queda d'água e terreno, para instalar e explorar energia destinada a uso público e particular. Verifica-se pelos autos, em meio à alegação e fatos em que transparece a paixão política local e carecem de alcance para o julgamento da espécie, que Guapé, no caso comum e geral da época, tem escassez de força elétrica instalada, porque o consumo e os pedidos cresceram com o progresso da cidade e a produção da usina geratriz declinou nas estiagens pela modificação de volume dos cursos d'água, além de ser imperiosa uma reforma das instalações existentes e do regime dos consumidores. O prefeito, como administrador dos serviços de fornecimento de eletricidade, por pertencerem ao município, exigiu a precariedade como condição para a ligação, pedida pelo apelante, destinada a consumo vultoso, relativamente à capacidade da usina e ao consumo já em vigor, de vez que o desequilíbrio de produção e consumo já tem levado a suprimir iluminação pública e fornecimento para máquinas de sorveteria. Com relação ao direito transmitido ao apelante pelo Dr. Passos Maia, o prefeito se recusa a reconhecê-lo, por ter pareceres de juristas opinando pela nulidade do contrato da doação feita por aquele transmitente ao município, e mais porque a

produção e consumo de eletricidade da usina se modificaram tanto, da época da doação para cá, que o ônus imposto à Prefeitura merece ser aliviado por força da cláusula *rebus sic stantibus*, além de que, ao ver do prefeito, a escritura de doação obriga a Municipalidade a fornecer certa quantidade de força elétrica ao doador pessoalmente e a seus sucessores, como tais se devendo entender os sucessores *causa mortis*, legais ou testamentários, e não os adquirentes do uso por atos entre vivos. A sentença tem por fundamento que falta ao impetrante direito certo e incontestável, em vista das dificuldades em que a Prefeitura se vê para novas ligações de consumo, não havendo o impetrante provado haver disponibilidade de energia; e também acolhe uma alegação da Prefeitura no sentido de que a segurança foi prematuramente pedida, antes que o requerente houvesse interposto recurso administrativo contra o ato do prefeito. Na apelação, o recorrente opõe a êste último argumento, como na instrução opusera, que o recurso administrativo não obstará o pedido de segurança, por não ter efeito suspensivo e porque constitucionalmente não impede a invocação do Poder Judiciário. Também insiste em que há folga de energia, uma vez que outras ligações foram dadas depois da recusa ao apelante, ao que a Prefeitura responde que se trata de pequenos consumos. Igualmente insiste em que é válida a cláusula da doação que concede ao Dr. Passos Maia o uso de certa quantidade de energia, mesmo porque ainda, não foi anulada por ação competente, assim como válida é a transmissão do Dr. Passos Maia ao impetrante, e pois tem êste direito a receber preferencial e gratuitamente a energia que pede. O Exmo. Sr. procurador geral aplaude o fundamento da sentença relativo à falta de direito certo e incontestável e discorda quanto à prematuridade do pedido. Opina pelo não provimento. O MM. juiz *a quo* mandou requisitar da Prefeitura certidão, no processo de apelação, a pedido do apelante. Sobre elas falou a apelada. Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

\*

**USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - INTIMAÇÃO - RECURSO -  
PRAZO**

**- O prazo para apelar conta-se a partir da intimação, se a sentença manda fazê-la, e a parte apelada não recorreu contra isso.**

**- Feita a intimação em carta enviada pelo correio, o prazo de recurso não começa no dia da expedição.**

**- A dispensa de boa-fé para o usucapião extraordinário não pode sobrepor-se à prova de precariedade ou de ser apenas direta a posse durante o trintênio.**

Maria do Carmo de Melo *versus* Alberto Martins Fontoura Borges e sua mulher

Ap. nº 6.239 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.239, de Conquista, em que é apelante Maria do Carmo de Melo e são apelados Alberto Martins Fontoura Borges e sua mulher:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conhecer da apelação, contra o voto do Exmo Sr. Des. LOPES DA COSTA e porque a própria sentença mandou que dela se fizesse intimação pessoal, o que prevalece em vista de contra ela não haverem os réus apelado. Em consequência, conta-se o prazo a partir da intimação. Feita esta em carta enviada pelo correio, o prazo de recurso não pode começar no dia da expedição, porque evidentemente o intimado, na cidade de destino não teve ciência do conteúdo da carta. E, sem discrepância de votos, negam provimento.

Custas pela apelada, respeitada a gratuidade de justiça em cujo gôzo ela se acha.

Não é nulo o processo por falta de citação da União Federal.

A exigência dessa formalidade está no art. 12 do dec.-lei nº 710, de 17 de setembro de 1938, que reorganizou a Diretoria do Domínio da União. Mas o preceito não declara nulas as ações de usucapião em que a citação seja omitida.

E sendo cautela instituída em benefício do patrimônio federal, o efeito da inobservância não pode ultrapassar a defesa dos interesses federais, a inocuidade, para a União, das decisões proferidas em processo para o qual ela não haja sido convocada. Na espécie, a nulidade está sendo postulada, não pelos representantes da União, da qual nenhum interesse está em jogo, mas por um particular, em interesse seu, e justamente por aquele que, se nulidade houvesse, fôra dela causador como parte autora do feito. Independentemente, pois, da indagação de estar ou não o dec.-lei n° 719 revogado pelo superveniente Cód. de Processo Civil, êle não serve aos objetivos do apelante para o caso presente.

*De meritis.* A apelante, sobrinha de João Ferreira Barbosa e dêle protegida, passou a morar, quando se casou, em 1914 (fôlhas 3), em terras do tio e protetor, onde construiu para habitação uma casinha. E com seu marido explorava a terra de parceria ou arrendamento, em contrato com o proprietário. Êste, porém, em 4 de agosto de 1945, vendeu o terreno aos apelados (fls. 55), que passaram a procurar tomar posse (fôlhas 215 v.).

Houve ação imissória contra uma irmã da apelante, colocada em igual situação jurídica e moradora em Casa próxima da ocupada pela apelante. Decaiu sob o fundamento de que já estava realizada imissão por atos próprios extrajudiciais.

Foi quando a apelante propôs a presente ação de usucapião, como tentativa para se forrar à ação *adipicenda possessionis*.

Desde logo se vê que, se usucapião houvesse, não estaria consumado apenas em favor da apelante, mas também de seu marido, cuja morte ocorreu há poucos anos e que não se sabe quais os sucessores que deixou, parecendo que existem filhos, em vista de constar nos autos uma referência a que criaram família.

Por outro lado, a posição jurídica da sobrinha, autora do presente feito, sempre foi em vida do tio a de posse direta, sem absorção da posse indireta do proprietário. Ora como permissionária da construção da casa de moradia, ora como parceira de agricultura, a autora sempre deveu obediência ao proprietário. O Cód. Civil exclui da proteção que dá à posse quem a exerce sob dependência

do proprietário. O Código também exclui os atos de mera permissão ou tolerância (artigos 487 a 497).

Tem-se pretendido colher efeitos exagerados da dispensa de boa-fé que o Código institui para usucapião extraordinário (artigo 550).

Em primeiro lugar devemos atender, na espécie, a que não está provado o decurso dos 30 anos exigidos pelo artigo. Êles se contam a partir do Código, isto é, 1º de janeiro de 1917. E a presente ação entrou em juízo em janeiro de 1946.

Em segundo lugar, a irmã da autora já estava sem posse da terra cultivável desde antes do início desta ação. Evidentemente a autora conhecia a situação, que exprimia repulsa de qualquer desejo de se apropriar do imóvel.

Em terceiro lugar, a autora não possuiu para si durante o tempo em que possuiu. O art. 550 concede usucapião a quem possui como seu, tranqüilamente, durante o trintênio.

É a posse *incontestada*, como adverte CLÓVIS (3º-85), posse *sem oposição*, diz o artigo. A dispensa de boa-fé não vai ao extremo de apagar as manifestações do proprietário. Pode relevar da mácula subjetiva o possuidor desleal ao proprietário, mas não dissipa os efeitos, que em relação ao possuidor são realidades objetivas, das manifestações do ânimo de possuidor indireto, concedente de posse meramente direta, partidas do proprietário.

São inequívocas as demonstrações de que a autora não possuía as terras como suas: exercia parceria agrícola, ela e o marido, com o tio proprietário (fls. 198 e 199); não pagava os impostos (fls. 10 e 11); não descreveu o imóvel no inventário do marido (fls. 76 v.).

Não pode agora, por ato unilateral, se arrogar posse completa.

Belo Horizonte, 1º de junho de 1950. - A. Vilas Boas, presidente com voto; Eduardo de Meneses Filho, relator; Lopes da Costa, vencido na preliminar: Entendo que o recurso foi intempestivo. A apelante foi intimada, para a audiência final de instrução e julgamento (fls. 206 v.).

Nessa audiência é que foi designado dia para leitura da sentença. Tem-se a para por intimada de todos os atos praticados na. audiência para a qual recebeu intimação.

A apelante, entretanto, ainda foi intimada por carta registrada a 6 de fevereiro.

Como já tenho várias vêzes decidido,, dessa data é que corre o prazo do recurso.

Em qualquer das hipóteses, a apelação veio fora de tempo.

Quanto ao mérito, neguei provimento. A apelante entrou para as terras em questão, por consentimento do tio, que a criara. A êle pagava arrendamento. Inverte agora o seu título de posse, pretendendo que êste tenha sido a título de domínio.

## RELATÓRIO

Esta apelação nº 6.239 é manifestada por Maria do Carmo de Melo contra a sentença final do MM. juiz de direito de Conquista, que julgou improcedente ação de usucapião extraordinário movida pela apelante e contestada por Alberto Martins Fontoura Borges e sua mulher. Sôbre a oportunidade do recurso ocorre observar o seguinte: em audiência de instrução e julgamento, realizada em 25 de janeiro último, o MM. juiz designou o dia 4 de fevereiro seguinte para a leitura da sentença. Estava ausente o patrono da autora, ora apelante, não obstante haver sido convocado (fls. 206 v.). No dia, hora e lugar designados, foi a sentença lida, ausente, ainda nesse ato, o patrono da autora. Mas o MM. juiz, no final da sentença, mandou que, além da publicação na audiência, fôsem as partes intimadas (fôlhas 216 v.). Daí a dois dias, em 6 de fevereiro, o escrivão de Conquista expediu sob registro postal carta de intimação ao advogado da autora, o qual reside em Sacramento. E êste apelou 16 dias depois, em 22 de fevereiro. Os apelados impugnam, a tempestividade do recurso. A apelante obteve gratuidade de justiça para apelar. Por isso, não preparou. Na sentença, a espécie está bem descrita, e conclui-se que a autora não provou os requisitos de usucapião. A apelante alega preliminarmente a nulidade do feito por falta de

citação da União Federal, e *de meritis* sustenta estarem provados os requisitos para usucapião. Passo os autos ao Exmo. Sr. Des. LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 18 de abril de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

\*

## **DESPEJO - DEVOLUÇÃO DE PRÉDIO AO LOCATÁRIO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

**- Se o inquilino, perdendo a causa em primeira instância, desocupa o prédio para cumprir a sentença, independentemente de expedição de mandado de despejo, conserva o direito de reingresso, caso obtenha, vitória em segunda instância, pouco importando que contra o acórdão haja sido interposto recurso extraordinário.**

Arnalda de Sales Duarte *versus* Aldemar de Oliveira Santos

Ap. nº 6.273 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.273, de Juiz de Fora, Juízo Municipal, em que é apelante Arnalda de Sales Duarte e apelado Aldemar de Oliveira Santos:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento para conceder o reingresso. A sentença de primeira instância, que concedeu o despejo, contra a apelante, não mereceu suspensão por efeito de apelação. Por êsse motivo, a apelada lhe deu execução, entregando a casa, assim observando a obrigação decorrente do Cód. de Proc. Civil, art. 882, II. Uma vez reformada, que o foi, a sentença, por esta segunda instância, em provimento da apelação, assiste à ré assim vitoriosa o direito de voltar para a casa, porque a execução se tornou sem efeito com a cassação da sentença de despejo. Pouco importa que contra o acórdão reformador da sentença haja sido interposto recurso extraordinário, porque êste por sua vez não suspende a exequibilidade do acórdão.

Belo Horizonte, 22 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*; *A. Vilas Boas*.

## RELATÓRIO

Estão regulares a interposição e processo desta apelação n° 6.273, de Juiz de Fora, Juízo Municipal, manifestada sob gratuidade de justiça por Arnaldo de Sales Duarte contra sentença que lhe denegou mandado de desocupação por parte do locador e reingresso da apelante relativamente a uma casa urbana de moradia. O locador, Aldemar de Oliveira Santos, sendo promitente-comprador do prédio, moveu à apelante, mediante aviso com o prazo legal, uma ação de despejo alegando necessitar do imóvel para sua própria moradia. Foi vitorioso em primeira instância. Mas perdeu a causa nesta segunda instância, do que recorreu extraordinariamente. Com certidão do acórdão deste Tribunal, que lhe deu vitória, a ré, que, espontaneamente, acatara a sentença de despejo, de que recorrera, pediu o, já referido reingresso (fls. 30). A sentença apelada (fls. 38 v.) lho denegou, sob o fundamento de que não houvera execução forçada, de vez que o autor nem chegara a se munir do mandado de despejo, e, pois, a ré desocupara voluntariamente a casa, assim renunciando à locação. Vão os autos à revisão.

Belo Horizonte, 23 de maio de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

\*

## DESAPROPRIAÇÃO - VIAS DE FATO

- **O pagamento prévio da justa indenização é condição constitucional do exproprioamento, sem a qual este se descaracteriza e deixa de ser desapropriação.**
- **A via de fato, com desprezo das normas da lei de desapropriação, para o poder desapropriante apossar-se da coisa, é ato ilícito, e cabe indenização nos termos do direito comum.**

Efigênia Junqueira Edwards e outro *versus* Prefeitura Municipal de Belo Horizonte

Ap. nº 5.688 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 5.688, de Belo Horizonte, em que são apelante e reciprocamente apelados o Dr. juiz de direito da 1ª Vara Cível, *ex officio*, Efigênia Junqueira Edwards e outro e Prefeitura Municipal, etc.

Acordam, em 2ª, Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incorporado neste o relatório *retro*, negar provimento à apelação oficial e à voluntária da Prefeitura Municipal e dar provimento à apelação dos autores, contra o voto em parte do Exmo. Sr. desembargador relator, para reformar a sentença apelada e condenar a Prefeitura ré a pagar aos segundos apelantes a indenização de Cr\$ 40.000,00, juros de mora, a contar da decisão condenatória, honorários de advogado, na base de 10%, e custas na forma da lei. A Prefeitura Municipal de Belo Horizonte decretou a desapropriação do lote 20, da quadra 38, da Vila Nova Suíça, para prolongamento da avenida Amazonas, nesta capital, e, sem qualquer figura de juízo e pagamento de qualquer indenização dêle se apossou, incorporando-o ao leito da referida avenida e transformando-o na condição de coisa de uso comum. Os autores pleiteiam a indenização segundo o preço atual do lote e a Prefeitura, embora reconhecendo a obrigação de indenizar, se dispõe, porém, a fazê-lo de acôrdo com o preço do imóvel à data da desapropriação. O Dr. juiz de direito fixou o pagamento em Cr\$ 8.000,00 e apelou *ex officio*. As duas partes, irresignadas, também apelaram. O pedido da inicial, sem dúvida, tem íntegra procedência. A Prefeitura, decretada a desapropriação, em vez de proceder na conformidade da lei de desapropriação, intentando o procedimento judicial para a fixação da indenização que, por mandamento constitucional, devera ser prévia, usou, sem mais, a via de fato, apossando-se ilegalmente do lote. Entretanto, o prévio pagamento da justa indenização é condição constitucional do exproprioamento, sem a qual este se descaracteriza e deixa de ser desapropriação. O pagamento prévio é garantia constitucional do patrimônio privado quando forçado a sofrer desintegração de valores em atenção ao interêsse público. Por isso não se concebe pagamento

posterior da indenização em matéria de desapropriação, como, por igual, não se concebe em quase tôdas as legislações alienígenas (SEABRA FAGUNDES, "Da desapropriação no direito brasileiro", pág. 21; OLIVEIRA E CRUZ, "Desapropriação", pág. 109). A Prefeitura Municipal, usando da via de fato para o apossamento do lote, praticou, indubitavelmente, ato ilícito e a indenização não pode ser fixada na conformidade da lei de desapropriação, mas, sim, nos têrmos do direito comum. O ato ilegítimo da ré não importou em deslocamento do imóvel do patrimônio de seus donos. De resto, a própria Prefeitura isso mesmo reconhece, conservando o lançamento do lote em seus livros, no nome dos autores e dêstes recebendo os respectivos impostos. Tem-se decidido que, convertida a coisa de domínio privado em serviço público, não sendo mais possível voltar à posse dos proprietários, segundo princípio incontroverso de direito e de jurisprudência universal, o legítimo dono deve ser indenizado o mais completamente possível, fixando-se o valor da coisa na forma da lei (ac. do Supremo Tribunal Federal, *in* revista do mesmo nome, vol. 1º, pág. 581). Ora, provado está que os segundos apelantes fizeram quanto possível na esfera administrativa para a liquidação da indenização, não o conseguindo há mais tempo em face da obstinação da Prefeitura em pagar preço realmente irrisório. Pôsto o pedido em juízo, sendo certo que só agora, com o pagamento da indenização, será possível a transferência do lote, para o patrimônio público, justo e jurídico que a essa época se fixe a indenização conforme a comum e geral estimação do lote, que é de Cr\$ 40.000,00, como foi arbitrado pelo perito desempatador, pagando, pois, a Prefeitura êsse justo preço a título de indenização, com os juros da mora, a contar da sentença de condenação, como é de lei, honorários de 10%, assim fixados em face do montante da indenização, e custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 20 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator *ad hoc*; *Newton Luz*; *Costa e Silva*, vencido: Neguei provimento às apelações e, por seus fundamentos, manteve a decisão recorrida.

## RELATÓRIO

A fls. 70, foram expostas, em síntese fiel, a pretensão dos autores e a defesa da ré. O Dr. juiz de direito da 1ª Vara Cível da Capital julgou procedente a ação, para condenar a ré a devolver os impostos perdidos e pagar, como indenização da perda do lote, a quantia de Cr\$ 8.300,00, juros moratórios sôbre Cr\$

4.000,00, desde maio de 1941 até o trânsito em julgado desta, e, a partir daí, sobre Cr\$ 8.000,00. Ainda a condenou o MM. juiz ao pagamento dos honorários de advogado da parte contrária, à razão de 20% sobre o total da condenação, e das custas. Apelou de ofício o Dr. juiz *a quo*. No prazo da lei, apelaram as partes. Os autores, em parte, pelos motivos aduzidos nas alegações de fls. 73 e segs., e a ré pelas razões oferecidas de fls. 81 a 84, a que juntou a certidão de fls. 85. Foram recebidas as apelações em seus efeitos regulares. Aberta vista às partes em 31 de agosto, conforme o despacho publicado nesta data pelo órgão oficial, apenas contra-arrazoaram os primeiros apelantes.

Foram os autos remetidos e preparados em tempo. Assim, vistos e expostos, à conclusão do Exmo. Sr. desembargador revisor.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 1950. - *Costa e Silva*.

### ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 5.688, de Belo Horizonte, a que foram opostos embargos de declaração, sendo embargantes Efigênia Junqueira Edwards e outro e embargada a Prefeitura Municipal, etc.

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, atendido o relatório verbal do relator, receber em parte os embargos declaratórios para esclarecer o seguinte: *a)* que, quanto ao pedido de pagamento de despesas com impostos, houve de fato omissão. Mas esse pedido, atenta a própria motivação do acórdão embargado, não foi acolhido, pois os embargantes, apesar de incorporado o lote ao leito da avenida, continuaram proprietários dêle, como decidiu o acórdão, sendo, pois, responsáveis pelos tributos, que foram bem pagos; *b)* contradição do acórdão em relação a juros de mora não ocorreu, pois no caso se teve em vista o disposto no dec. nº 22.785, de 1933, aplicável à espécie, segundo o qual, quando a Fazenda Pública, condenada a pagar juros de mora, por êstes só responde da data da sentença condenatória, transitada em julgado; *c)* quanto aos honorários de advogado, sua redução a 10% se justifica, porque foram êles fixados com apoio no art. 64 do Cód. de Proc. Civil, que o juiz aplica *ex officio* ou deixa de aplicar, penalidade que se apresenta independentemente do pedido da parte.

Pelo exposto e aclarando bem o acórdão embargado decidem que o dispositivo dêste fica assim estatuído:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incorporado neste o relatório *retro*, negar provimento à apelação oficial e à voluntária da Prefeitura Municipal e dar provimento parcial à apelação dos autores, contra o voto em parte do Exmo. Sr. desembargador relator, para julgar procedente em parte a ação e condenar a Prefeitura ré a pagar aos segundos apelantes a indenização de Cr\$ 40.000,00, juros de mora, a contar da sentença condenatória transitada em julgado, honorários de advogado de 10% sôbre o *quantum* da indenização, e custas na forma da lei.

Custas, como de lei.

Belo Horizonte, 8 de maio de 1950. - *Amílcar de Castro*, presidente, *ad hoc*; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Costa e Silva*, vencido no acórdão declarado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, em grau de embargos infringentes, da comarca de Belo Horizonte, entre partes a Prefeitura de Belo Horizonte, embargante, e D. Efigênia Junqueira Edwards e outro, embargados:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, desprezar os embargos e manter o acórdão embargado por seus próprios fundamentos, que são conformes ao direito e à prova dos autos: o valor da desapropriação deve ser o da época do pagamento da indenização.

Custas pela embargante, na forma da lei.

Belo Horizonte, 26 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Austran Dourado*; *J. Benício*; *Newton Luz*; *Costa e Silva*, Vencido.

### RELATÓRIO

Ao acórdão de fls. 105 e 112, redigido pelo Exmo. Sr. desembargador J. BENÍCIO, e subscrito pelo Exmo. Sr. desembargador NEWTON LUZ, a 3ª Turma desta Câmara negou provimento à apelação de ofício e à apelação voluntária da Prefeitura, e contra o voto do Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA deu provimento à apelação dos expropriados para elevar o valor da indenização de Cr\$ 8.000,00 para Cr\$ 40.000,00. A esta elevação, em razão do voto vencido, opôs a Prefeitura embargos infringentes a fls. 114, os quais, depois de recebidos e regularmente preparados foram impugnados pelos embargos a fls. 121.

Vistos, e assim relatados, restituo êstes autos à Secretaria a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 12 de junho de 1950. - *Amílcar de Castro.*

\*

### **SERVIDÃO DE TRÂNSITO - DIVISÃO - EXTINÇÃO POR DESUSO**

**- Para constituir-se legalmente, em processo divisório, servidão de trânsito, há de o ônus constar das fôlhas de pagamento e fazer-se o respectivo registro.**

**- Julgada há mais de 10 anos ação de divisão, o direito à servidão fica extinto pelo desuso dela.**

Augusto Olímpio Ramos *versus* Joaquim Bernardes Pereira e sua mulher

Ap. nº 6.163 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

### **ACÓRDÃO**

Relatados os autos à 1ª Câmara Civil, apura-se e resolve-se o caso ut infra. No processo divisório do imóvel "Divisa", do qual participaram o réu apelado, Augusto Olímpio Ramos e José Alves da Silva sobrinho, antecessor dos autores apelantes, Joaquim Bernardes Pereira e sua mulher, consignou-se no auto, e não nas fôlhas de pagamento, que se instituía uma servidão de passagem. em favor

do sítio ora pertencente a êste, em detrimento do quinhão daquele. Pretendendo tornar operante o seu título, o casal Joaquim Bernardes requereu ao juiz de Gimirim que lhe assegure o trânsito por uma baixada do prédio vizinho, acusando ainda Augusto Olímpio de interceptação e destruição do caminho ali existente. Todavia, o magistrado recusou o pedido, com argumentos de fácil aceitação em face da prova coligida, a saber: *a)* não constando o ônus das fôlhas de pagamento, não se constituiu legalmente; *b)* ainda que fôsse criado por adjudicação (o que não se verifico), faltou o registro para lhe dar existência jurídica; *c)* não se trata de imóvel encravado, pois está ligado à estrada dá "Barra" por outra, que corta, em certo trecho, a propriedade dos réus; *d)* a abertura do caminho (que aliás nunca existiu), pelo local indicado, inutilizaria a única faixa de cultura do prédio serviente; *e)* a divisão foi julgada há mais de 10 anos e só agora entraram os autores a postular o suposto direito, que estaria extinto pelo desuso.

Pelo exposto, confirmar-se a sentença apelada, pelos seus jurídicos fundamentos.

Custas pelos vencidos.

Belo Horizonte, 30 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

## RELATÓRIO

1. Realizou-se em 1938 a divisão das terras do imóvel "Divisa", da qual participaram José Alves da Silva Sobrinho, antecessor dos autores (Joaquim Bernardes Pereira e sua mulher), e Augusto Olímpio Ramos, réu na presente confessória. Inseriu-se nos autos respectivos a seguinte declaração: "Ficam estipuladas as servidões de caminho até para carro, para o condômino José Alves da Silva Sobrinho, passando pelo quinhão do condômino Augusto Olímpio Ramos" (fls. 12 v.).

2. Em 1947, José Alves da Silva Sobrinho e sua mulher venderam o seu quinhão a Otávio Sebastião de Carvalho, com a seguinte declaração: "Pelos outorgantes-vendedores foi dito... que a estrada que vai ao terreno, que ora

transmitem, é a que passa pela baixada cortando as terras de Augusto Olímpio Ramos, e não a que passa pelas terras de Joaquim Pedro da Silva" (fls. 15).

3. Em 1948, com a mesma declaração, foi o quinhão transferido a Joaquim Bernardes Pereira (fls. 6).

4. O juiz julgou improcedente a ação, com os fundamentos adiante resumidos: *a)* não foi legalmente instituída a servidão, pois não ficou constando das folhas de pagamento (Cód. de Proc. Civil, art. 446, § 2º), e, assim, inexistente juridicamente (Cód. Civil, art. 130); *b)* abstração feita na preterição dessa formalidade substancial, verifica-se pelas provas, pericial e testemunhal, que nunca existiu o caminho da baixada, a que aludem as escrituras, local que os réus têm cultivado livremente, há mais de 10 anos; *c)* não há necessidade da abertura da estrada, porque os autores dispõem de outra que liga o seu sítio à estrada da "Barra", cortando, em pequeno trecho, a propriedade dos réus, e, além disso, a abertura da estrada viria prejudicar a única faixa cultivável da herdade serviente.

5. A apelação pelos vencidos se processou regularmente.

A revisão. - A. *Vilas Boas*.

\*

## **PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA - RELAÇÃO "EX-LOCATO" - REGISTRO**

**- Sem registro, a procuração em causa, própria não produz efeito em relação a terceiros, nem autoriza o procurador a exigir para o seu uso o prédio locado.**

João Rosa Botelho *versus* José Evaristo Chaves

Ap. nº 6.249 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de apelação nº 6.249, de Lavras, e relatado o caso, acorda prover o recurso, para negar o despejo. Os votos dos juízes vencedores serão lançados ao pé das respectivas assinaturas. Negam provimento ao agravo no auto do processo.

Custas pelo apelado João Rosa Botelho.

Em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 4 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator, vencedor, com o seguinte voto: João Rosa Botelho obteve, em Oliveira, uma procuração em causa própria de Nélvio Benedetti e espôsa, para vender ou ficar com um prédio, sito em Lavras, alugado a José Evaristo Chaves. Notificou o inquilino para lhe entregar o imóvel em 90 dias; mas, não, fêz registrar o título nem o ofereceu para conhecimento do notificado. Vencido êsse prazo, veio com o pedido de despejo, que foi acolhido. Foi interposto agravo contra o despacho saneador, do qual não se conhece porque versa matéria idêntica à da apelação. Todavia, a esta é dado provimento. Não tendo sido a procuração levada a registro algum, nenhum direito estabeleceu ela entre autor e réu. Este tinha toda razão para não se incomodar com o aviso de despedida recebido de quem não tinha e não tem *jus in re*. A relação *ex locato*, que permanece, é a nascida do contrato celebrado entre o ocupante da coisa e o proprietário dela, Benedetti. Só uma transferência por forma idônea poderia gerar a faculdade contida no art. 18, nº II, do dec.-lei nº 9.669, em favor de outrem. E no caso, como se disse, isso não se deu. Assim decidindo, condenam o apelado; carecedor da ação, nas custas; *Eduardo de Meneses Filho*; *Aprígio Ribeiro*, vencido, com o seguinte voto, lido no julgamento: Provejo em parte apenas para absolver o réu do pagamento de honorários, que se não justifica na espécie. A questão se reduz a decidir se o procurador em causa própria pode pedir o despejo da casa, objeto do contrato, arredado, como está, o fato da propriedade pela não transcrição do instrumento. Verifica-se dos autos que o procurador apelado assumiu o uso e gozo do imóvel, tanto assim que o réu passou a lhe pagar os aluguéis. Nessas condições, cabe-lhe habitar o prédio, já que outro não possui e não há posse sem possibilidade de desfrute. Solução contrária pode levar à indespejabilidade do locatário. A ação não caberia ao dono, que por ato adequado se despojara do uso da casa; negada ao procurador passado à qualidade de senhorio, o direito ficaria desamparado do titular, o que se não concebe nem tem ajuste à realidade das coisas.

## RELATÓRIO

1. Agravo no auto do processo, a fls. 23, contra o despacho que julgou saneado o feito.
2. Apelação contra a sentença que decretou o despejo, condenando o inquilino em honorários de advogado e custas.

A defesa consistiu nisso: não se estabeleceu a relação *ex locato*, porque a procuração em causa própria, não registrada, com que o autor - João Rosa Botelho - instruiu a inicial, nenhum direito dá ao mesmo sobre o imóvel reclamado. O agravo se funda na mesma alegação: o processo não podia reputar-se saneado, porque dita procuração não conferiu nenhum *jus in re* ao autor.

A revisão. - A. *Vidas Boas*.

\*

### **ACIDENTE DO TRABALHO - COMUNICAÇÃO DO EMPREGADOR - SEGURO**

- **Na ação de acidente do trabalho, declarando o empregador qual a entidade seguradora, contra esta correrá, o processo.**
- **A falta de comunicação do acidente autoriza, sem mais nada o procedimento judicial.**
- **O empregador deve sempre comunicar ao juiz a recusa do acidentado em submeter-se ao tratamento médico, que lhe tenha sido prescrito.**

Sociedade Cooperativa de Seguros de Acidentes de Trabalho *versus* Valdomiro Pereira da Silva

Ag. nº 3.616 - Rel.: DESEMBARGADOR LOPES DA COSTA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.616, de Antônio Dias, agravante a Sociedade Cooperativa de Seguros de Acidentes de Trabalho, agravado Valdomiro Pereira da Silva:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fôlhas para servir-lhe de parte expositiva, negar provimento ao recurso, pagas as custas pela agravante. A empregadora declarou em juízo, mesmo antes do ato de sua citação, que a agravante era a seguradora. Contra esta, pois, deveria correr, como correu, o processo (dec. nº 18.809, de 5 de junho de 1945, art. 10). E essa última, embora não citada, compareceu e defendeu-se. O procedimento judicial, se justifica pelo fato de não haver a empregadora feito no tempo devido a comunicação do acidente (citado decreto, art. 55, letra *a*). Quanto à alegação de que o acidentado se havia recusado ao tratamento - oferecido pela empregadora, esta ainda não comunicou tal fato ao juiz, como lhe impunha o art. 13 do dec.-lei nº 7.036, da 10 de novembro de 1944, revigorado pela lei nº 509-A, de 26 de dezembro de 1948 (art. 13, parág. único). De resto, êsse fato não foi provado. O atestado com que a agravante tentou fazê-lo, a fls. 46, nada vale, por sua grosseira contradição afirma-se ali, ao mesmo tempo, que o acidentado estava completamente curado e que teve alta, porque não atendeu a um chamado, que lhe fôra feito, para comparecer ao hospital.

Belo Horizonte, 3 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*; *Aprígio Ribeiro*.

## RELATÓRIO

Valdomiro Pereira da Silva, empregado da Companhia Aços Especiais de Itabira, acidentou-se em serviço, em 18 de agosto de 1949. A empregadora não fêz ao juiz a comunicação do acidente (fls. 41). E o promotor iniciou então a presente ação. Submetido o acidentado a exame médico (fls. 22), os peritos verificaram redução da capacidade funcional do membro inferior direito, declarando-a curável. Antes de ser intimada da citação, a empregadora oficiou ao juiz, informando que o acidentado estava segurado na Sociedade Cooperativa, de Seguros de Acidentes do Trabalho, da Federação das Indústrias

de Minas Gerais (fls. 25). Intimada, não compareceu. Fê-lo, porém, a seguradora, que se defendeu alegando que a ação tinha sido proposta contra a empregadora e que ela, assim, não era ré, que a ação foi proposta intempestivamente; que o acidentado não procurou a empregadora nem a seguradora para receber, a importância a que tinha direito; que o acidentado não quer submeter-se ao tratamento necessário, tendo abandonado o hospital onde estava sendo tratado. O juiz afinal condenou a seguradora a pagar a ao acidentado na forma do art. 19, parágrafo único, da Lei de Acidentes. A ré agravou de petição, a tempo. O agravo não teve preparo, por fôrça do art. 67, § 2º, e art. 23 do Regimento de Custas. Peço dia.

Belo Horizonte, 9 de junho de 1950. - *Lopes da Costa*.

\*

## **CORRETAGEM - AÇÃO DE COBRANÇA**

**- Corretor não pode ser tido como titular de ação de cobrança contra determinada pessoa, sem provar que efetuou serviço de corretagem por sua incumbência.**

Carlos Chaves *versus* Mário Reis e outros

Ap. nº 6.089 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.089, de Belo Horizonte, em que é apelante Carlos Chaves e são apelados Mário Reis e outros:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento.

Custas pelo apelante.

A sentença é confirmada, por unanimidade de votos, mas o Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES corrigiu os termos da conclusão, para declarar improcedente a ação. Realmente, o autor não conseguiu provar que sua atuação na venda do Hotel obedecesse a incumbência dada pelos réus.

Belo Horizonte, 27 de abril de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator: A conversa, que uma testemunha diz ter ouvido de onde estava, seria de uma senhora ré na causa. Mas é sem segurança a apreciação. Conhecer pela voz, só em havendo pleno conhecimento da pessoa ouvida, e isto não parecer acontecer no caso dos autos. Acresce que seria uma conversa única e em desacôrdo com as outras circunstâncias, constante da versão decorrente das outras provas, segundo as quais não foi o autor quem elevou o preço de Cr\$ 130.000,00, só para Cr\$ 140.000,00, pois a princípio foram pedidos Cr\$ 150.000,00, depois baixados para Cr\$ 140.000,00. Por outro lado, o comprador Sílvio Braga traz informações que fazem supor tenha sido êle quem chamou o autor para intermediário na operação. Sem provar que recebeu incumbência, dada pelos réus, não pode o autor ser tido por legitimado para cobrar; *Lincoln Prates*, pela improcedência da ação; *Lopes da Costa*.

## RELATÓRIO

Não encontro irregularidade a assinalar, no processo e preparo desta apelação, número 6.089, que Carlos Chaves manifesta contra a sentença final que decretou carência de, ação numa cobrança de corretagem por êle movida a Mário Reis e Marieta Reis de Araújo, casada com Mário Araújo Lima, relativamente à venda do Hotel Continental, feita. pelos réus a Sílvio Braga e Antônio Lopes de Sá. Com a contestação foi oferecida reconvenção, que a sentença igualmente julgou improcedente, e os reconvintes dela não recorreram. A decisão expõe as peças probatórias oferecidas e conclui que não há prova de prestação do serviço de corretagem por incumbência dos réus, pois o autor atuou, mas a chamado do comprador Silvio Braga. A sentença é do MM. juiz municipal da 2ª Vara Cível de Belo Horizonte, substituindo o de direito. Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES. - *Eduardo de Meneses Filho*.

## DESPEJO - USO PRÓPRIO

- **Improcede a ação de despejo, parar uso próprio, quando fica provada a desnecessidade de retomada do prédio com pretensão do locador a dar ao imóvel locado destinação diferente daquela a que está vinculado.**
- **A Lei do Inquilinato visa a estabilizar as locações, e só autorizaria despejo nos casos que prevê.**
- **VOTO VENCIDO: A expressão legal "pedir o locador o prédio para uso próprio" é ampla e amplamente deve ser interpretada, porque a Lei do Inquilinato é de exceção, restritiva do direito de propriedade, nada importando que o locador vise alterar a destinação do prédio.**

Dr. Joaquim dos Santos Siqueira *versus* Aurora Mendes Ribeiro

Ap. nº 6.095 (embs.) - Rel.: DESEMBARG. J. BENÍCIO

### ACÓRDÃO

Em assentada da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.095, de São Gotardo, em grau de embargos infringentes, sendo embargante o Dr. Joaquim dos Santos Siqueira e embargada Aurora Mendes Ribeiro:

Acordam os seus juízes, integrado neste o relatório *retro*, por maioria de votos, desprezar os embargos, pagas as custas, na forma da lei.

Na ação de despejo, como o demonstra a bem elaborada sentença de primeira instância, sôbre ficar provada a desnecessidade da retomada do prédio, porque o locador está bem instalado com seu consultório médico, em casa própria, de duas entradas autônomas, pretende dar ao imóvel que a embargada vem, há anos, ocupando com suas filhas na exploração de um hotel, destinação diferente da a que êle está vinculado, assim em contravenção ao art. 1.204 do Cód. Civil. A Lei do Inquilinato visa a estabilizar as locações, e só autoriza despejo em casos caracterizados, previstos em lei. Na espécie, evidentemente, não tem ressonância na esfera jurídica a pretensão do embargante.

Belo Horizonte, 26 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*, vencido, pois *data venia*, recebo os embargos para reformar o venerando acórdão e com êle a sentença de primeira instância. Não resulta provada, a meu ver, a insinceridade do pedido ou desnecessidade do prédio. O que antes ressalta é que o autor, com efeito, precisa do prédio para os fins que alega; *Autran Dourado*; *Costa e Silva*; *Amílcar de Castro*, vencido, sustentando integralmente o voto lançado a fls. 74.

## RELATÓRIO

O Dr. Joaquim dos Santos Siqueira, médico da cidade de São Gotardo, propôs ação de despejo do prédio ocupado, há anos, por D. Aurora Mendes Ribeiro e suas filhas, onde aquela explora um hotel. A retomada se funda em o locador precisar do prédio para instalação do seu consultório médico com cem laboratório de pesquisas clínicas e raios X. A sentença de primeira instância (fls. 53) julgou improcedente a ação só porque provada a desnecessidade da retomada, porque o autor está instalado com seu consultório profissional em ampla casa residencial, com duas entradas independentes, mas também porque o pedido visa alteração da destinação do prédio, assim em contravenção ao disposto no art. 1204 do Cód. Civil, aplicável subsidiariamente à espécie, *ex vi* do artigo 26 do dec.-lei nº 9.669. Em grau de apelação, por acórdão de que foi relator o Exmo. Sr. desembargador AUTRAN DOURADO (folhas 74) e contra o voto do Exmo. Sr. desembargador AMÍLCAR DE CASTRO, foi mantida a sentença por seus próprios fundamentos. A êsse acórdão, oportunamente, o autor apelante opôs os embargos infringentes de fls. 76. Preparado no prazo legal, não foram impugnados pela embargada. Vieram-me, em seguida, os autos a conclusão. Assim vistos e relatados, passo-os ao Exmo. Sr. desembargador NEWTON LUZ, revisor.

Belo Horizonte, 25 de, maio de 1950. – *J. Benício*.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação civil da comarca de São Gotardo, entre partes, Joaquim dos Santos Siqueira, apelante, e D. Aurora Mendes Ribeiro, apelada:

Acordam em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, por maioria de votos, negar provimento à apelação, mantendo, assim, a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos, que são conformes ao direito e à prova dos autos; pagas as custas pelo apelante.

Belo Horizonte, 27 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aufran Dourado*, revisor e relator para o acórdão; *Costa e Silva*; *Amílcar de Castro*, relator vencido: Dou provimento à apelação, para reformar a decisão recorrida e julgar procedente a ação. No meu entender, a expressão legal "pedir o locador o prédio *para uso próprio*" é ampla, e amplamente deve ser interpretada, porque a Lei do Inquilinato é lei de exceção, restritiva do direito de propriedade; e não importa alterar a destinação do prédio instalar consultório e laboratório onde existe hotel, a menos que se pretenda que, para pedir seu prédio, deva o apelante, que é médico, se transformar em hoteleiro, absurdo manifesto. E também a necessidade que tem o apelante de seu prédio está *quantum satis* provada. Na contestação, a ré nada articulou de positivo a respeito da desnecessidade, e, com base na prova testemunhal de fls. 46 a 50, não se pode afirmar que o autor não tenha necessidade de seu prédio para o fim mencionado na inicial. *Data venia*, a sentença apelada é manifestamente injusta em face do disposto no art. 18, § 6º, do dec.-lei nº 9.669, de 29 de agosto de 1946.

## RELATÓRIO

O Dr. Joaquim dos Santos Siqueira, médico, residente em prédio próprio, na cidade de São Gotardo, adquiriu por permuta outro prédio próximo daquele, para instalar seu consultório; com aparelho de raios X e laboratório de pesquisas clínicas; mas acontece que o prédio adquirido estava alugado pelo alienante a D. Aurora Mendes Ribeiro, que no mesmo vem explorando um hotel, e o adquirente notificou a hoteleira de que precisava do prédio para uso próprio, dando-lhe o prazo de 90 dias para desocupá-lo, e como isso não fizesse, moveu ação de despejo. A causa, contestada a fls. 18, foi regularmente processada, e afinal, pela sentença de fls. 53 a 55, o juiz houve por bem julgar a ação improcedente, não só por haver ficado demonstrada a desnecessidade de retomada do prédio, como porque, de acôrdo com o Cód. Civil, no vigor da

locação, o locador não pode mudar a destinação do prédio. Dessa decisão, o autor apelou tempestivamente, e a apelação, recebida em ambos os efeitos, não foi arazoada pela apelada. No prazo legal, foram os autos remetidos à Secretaria do Tribunal, e na Tesouraria foi a apelação regularmente preparada. Vistos, e assim relatados, restituo êstes autos à Secretaria, a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 1950. - *Amílcar de Castro*.

\*

### **DESPEJO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CUSTAS**

**- Embora se julgue procedente a ação de despejo, a parte autora deve suportar a condenação em custas proporcionais aos honorários de advogado que, pedidos na inicial, lhe foram negados na sentença.**

José Ernesto Komel *versus* Policena Magalhães Ferreira

Ap. nº 6.199 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.199, de Belo Horizonte, Juízo Municipal da 4ª Vara Cível, em que é apelante José Ernesto Komel e apelada Policena Magalhães Ferreira:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento, em parte, para condenar a apelada em custas proporcionais aos honorários de advogado, que pediu na inicial e lhe foram denegados. A retomada procede porque a casa vai ser demolida para edificação, em seu lugar, de outra com capacidade de utilização evidentemente maior, como se vê pelo projeto de fls. 4 e Seguintes, que traz o carimbo, autenticado, de aprovação da Prefeitura. Não se pode obrigar a apelada a executar metade apenas do projeto, como quer o apelante, e deixar livre a parte do terreno onde está a casa atual por êle ocupada. Seria isso reduzir a menores proporções e

aumento de capacidade de utilização projetado, - assim infringindo-se os fins da lei, que são amparar o aumento do número de tetos habitáveis.

Custas em proporção.

Belo Horizonte, 15 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*; *A. Vilas Boas*.

## RELATÓRIO

Sem vício, o processo e preparo desta apelação nº 6.199, de Belo Horizonte, Juízo Municipal da 4ª Vara Cível, interposta por José Ernesto Komel contra, sentença final; que julgou procedente ação de despejo movida ao apelante por Policena de Magalhães Ferreira. O recurso foi recebido em seu efeito. Funda-se a decisão em que está bem provado por vistoria procedida na causa que a autora apelada quer o prédio de que é locatário o apelante, onde há uma casa antiga, para edificar em seu lugar uma casa de maior capacidade de utilização. Entende o réu que a ação improcede em vista da habitabilidade da casa atual e de poder a autora edificar na parte do respectivo terreno que está modificada e tem frente de 10m,00 para rua central desta cidade. A autora pediu na inicial Honorários de advogado. A sentença não alude a êles. E condena o réu nas custas por inteiro. Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 31 de março de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

\*

## DIVISÃO - TÍTULOS DE PROPRIEDADE

**- O direito à divisão de terras é condicionado ao direito de domínio, e por isso mesmo a lei exige que o promoveste ajunte à inicial os títulos de propriedade.**

**- Carece de ação o autor que pleiteie o reconhecimento de um direito, cuja existência depende da de outro que se não provou existir.**

Jerônimo Mendes *versus* Sérgio Evangelista de Paiva e outros

Ap. nº 6.027 – Relator: DESEMBARGADOR LOPES DA COSTA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.027, de Brasília, apelante Jerônimo Mendes, apelados Sérgio Evangelista de Paiva e outros:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1º Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., para servir-se de parte expositiva, negar, por unanimidade, provimento ao recurso, declarando, porém, que o autor apelante carece da ação e não, como o faz a sentença, que o processo é nulo.

Custas pelo apelante.

Até a sentença final o apelante, promoveste da divisão, não apresentou o título de domínio que condicionava o seu direito de pedir a partilha do imóvel. Fê-lo agora, entretanto, nas razões da apelação, sem prova de fôrça maior, que não se entenderia, nem sendo caso de prova forçada pela apresentação de prova contrária, os dois casos únicos em que a lei permite a subministração de prova documental após a inicial e a defesa (Cód. de Proc. Civil, art. 223). Mesmo, porém, que tal prova a estas alturas se admitisse, seguindo a praxe que se vai firmando, aliás em oposição ao texto expresso da lei, o despertar tardio do recorrente não remediaria a situação por êle mesmo criada e por longo tempo mantida. O direito à divisão é condicionado ao direito de domínio. Por isso mesmo é que a lei exige que o promovente ajunte à inicial os títulos de propriedade (Cód. de Proc. Civil, art. 422). Como os promovidos poderiam contestar êsse direito, se o promovente não exhibe o título que lhe prova a origem? E em razões de apelação não é mais possível aquela exibição, que, sem que o processo se transformasse num retrocesso, não mais poderia abrir caminho a uma contestação.

O promovente apelante não provou, pois, o domínio sôbre as terras cuja divisão pretende. É justamente o caso talvez mais típico de carência de ação aquêle em que o direito pleiteado, sôbre o qual o juiz é chamado a resolver, depende da existência de outro direito, que se examina *incidenter tantum*. Fica aberto ao

recorrente o caminho para novo juízo, onde deverá entrar mais bem aparelhado, pois que aí vem espontâneamente, como autor, e não, como réu, forçado, tendo assim o tempo que quiser para preparar os seus meios de ataque.

Belo Horizonte, 27 de abril de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*; *Aprígio Ribeiro*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

## RELATÓRIO

Jerônimo Mendes, de Brasília, propôs ação de demarcação e divisão, cumuladas, da Fazenda das Almas. A inicial juntou apenas certidão de registro de uma escritura de compra e venda. Alguns dos promovidos contestaram, alegando falta de domínio do promovente. O juiz julgou saneado o processo. Na instrução não se fêz prova alguma. A sentença final julgou "nula a ação" e condenou o promovente nas custas (fls. 44). A fls. 50 encontra-se uma certidão em que o certidão, depois de haver escrito que da sentença, a 28 de outubro de 1949, intimara o procurador do promovente, riscou parte das palavras que isso traduziam, ressaltando o que fizera, mas sem datar a ressalva. E depois, a 9 de novembro (fls. 50 v.), certifica novamente a intimação. O Dr. advogado dos promovidos diz que êsse ato foi malicioso, fruto de um conchavo entra o funcionário o procurador do promovente. Da sentença foi interposta apelação, a 16 de novembro, como se lê na certidão de fls. 51 v., onde a data da juntada está em algarismos apenas, e grosseiramente emendada. A petição não tem despacho (fls. 52). A fls. 61 o escrivão certifica que a recebeu naquela, data que a juntada, refere. Merece atenção a promoção de fls. 76, do Ministério Público. Há na causa interessados menores. Vista ao Dr. procurador geral.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 1950. - *Lopes da Costa*.

\*

**AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - AUSÊNCIA DE  
ADVOGADO E AGRIMENSOR**

**- Não enseja absolvição de instância o não comparecimento do advogado do autor e do agrimensor à audiência para exame e conferência de títulos, na ação de divisão.**

Sebastião Antônio dos Santos versus Gregório Fernandes da Silva

Ag. nº 3.583 - Relator: DESEMBARGADOR NEWTON LUZ

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de petição nº 3.583, da comarca de Brasília, em que é agravante Sebastião Antônio dos Santos, sendo agravado Gregório Fernandes da Silva:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça dar provimento ao agravo, incorporando neste o relatório. para cassar a decisão que absolveu da instância o promovente da divisão. A audiência a que se refere o art. 266 do Cód. de Proc. Civil é a de instrução e julgamento. A que alude o artigo 428 pode ser realizada sem a presença dos advogados das partes e do próprio agrimensor, uma vez que esteja nos autos o relatório com o respectivo parecer.

Custas pelo agravado.

Belo Horizonte, 29 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Newton Luz*, relator; *Amílcar de Castro*; *Autran Dourado*.

### RELATÓRIO

Trata-se de uma ação de divisão de terras. Na audiência para exame e conferência de títulos e determinação do ponto de partida, nos termos do parág. único do art. 428 do Cód. de Proc. Civil, o Dr. advogado do promovido, requereu e o Dr. juiz de direito absolveu da instância os promovidos, nos termos do art. 266, I, do mesmo Código, por não haver comparecido à audiência o Dr. advogado do promovente. E impôs a um dos peritos, que deixou igualmente de comparecer, a multa de Cr\$ 200,00. Com fundamento no art. 846, ainda do mencionado, Código, agravou de petição o promovente da

divisão, processando-se devidamente o recurso, inclusive a remessa dos autos, que se fêz no prazo, e o preparo do recurso nesta instância.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 26 de maio de 1950. - *Newton Luz.*

\*

### **DESPEJO - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- **Não se justifica despejo por falta de pagamento de tôda a despesa de impôsto a que o locatário se tenha obrigado contratualmente, se a quantia reputada em débito é insignificante e o locador não prova que tenha diligenciado para recebê-la, apresentando comprovantes.**
- **Pedido de juros moratórios da diferença de impostos não pode ser cumulado com ação de despejo, cujo rito é especial.**
- **Honorários de advogado não devem ser incluídos na condenação do locador, que decai em ação de despejo e de consignação em pagamento de aluguéis.**

Jesus Cortizo Fortes *versus* Dr. Jair Correia da Silva Loureiro

Ap. n° 6.189 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados êstes autos de apelação n° 6.189, de Belo Horizonte, em que é apelante Jesus Cortizo Fortes e apelado o Dr. Jair Correia da Silva Loureiro:

Acordam em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dar em parte provimento para cancelar as duas condenações em honorários de advogado.

Custas em proporção.

A consignação entrou em juízo antes do despejo. Logo, não havia a mora quanto ao mês de aluguel apontado na inicial do despejo. Também não havia quanto à diferença, aliás insignificante, entre o débito real de impostos a serem indenizados pelo inquilino mensalmente e o que a êsse título êle de fato pagou ao locador. A atitude reiterada do locador recebendo os aluguéis sem tal diferença podia ser interpretada como dispensa de cobrança de tão exígua quantia.

Acresce que, conforme assinala a sentença, o locador não provou que tivesse diligenciado para receber, *quérable* que é a dívida, e apresentasse recibo com discriminação dos impostos e acompanhado dos respectivos comprovantes, como exigem os artigos 13 e 15 do dec.-lei nº 9.669, de 1946. Fôra incrível que o locatário incorresse conscientemente em mora de pagamento de mínima diferença mensal de impostos, pondo a perder voluntariamente seus muitíssimos mais valiosos direitos à locação. É significativo que o locador tenha tornado necessária outra consignação e tenha então levantado a quantia sem o acréscimo aqui cobrado. O pedido de juros moratórios da diferença de impostos não podia ser acumulado com a ação de despejo de rito especial, além de também improceder por improcedente ser a própria cobrança de diferença. Descabem as duas condenações em honorários de advogado, porque não há nos autos a hipótese do art. 64 do Cód. de Proc. Civil.

Belo Horizonte, 1º de maio de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente, com voto; *Eduardo de Meneses Filho*, relator. Acrescento que não encontro no confronto de talões atuais e antigos tôda, e, aliás, já de si pequena diferença alegada de despesas de impostos; *A. Vilas Boas; Lopes da Costa*.

## RELATÓRIO

Estão regulares o processo e preparo desta apelação nº 6.189, de Belo Horizonte, Juizado Municipal da 2ª Vara Cível, recebida em ambos os efeitos, interposta por Jesus Cortizo Fortes contra sentença final que julgou improcedente ação de despejo por êle movida ao Dr. Jair Correia da Silva Loureiro, condenou o autor nas custas e honorários de advogado, e também

simultaneamente decidiu afinal julgando procedente e condenando o vencido em custas e honorários de advogado numa consignação de aluguéis, conexas com a primeira e cujos autos foram a esta apensados, movida ao apelante pela apelado. O apensamento da consignação ao despejo, contra o que nenhuma das partes reclama, foi ordenado pelo MM. juiz municipal da 1ª Vara Cível da Capital, a quem a consignação coubera, fê-lo na suposição de que o despejo fôra distribuído em primeiro lugar, quando o contrário se deu, pois a distribuição da consignação é de 31 de maio e a do despejo de 13 de junho de 1949. Na ação de despejo, para a qual o seu autor pediu o rito que lhe é especial e não ordinário, a inicial abrange o despejo e, além dêle, juros da mora correspondentes a uma pequena diferença entre a quantia no passado paga para impostos mensalmente e a que o locador desembolsa a êsse título nos cofres municipais, além de custas e honorários de advogado. Como fundamento para o despejo, argüi-se falta de satisfação de um mês de aluguel e mais aquela diferença de impostos. A sentença denega o despejo, por serem os aluguéis dívida *quérable*, não estando provada a mora quanto ao mês dado por em débito, e também não o estando quanto à diferença de indenização mensal de impostos, em vista de não haver prova de que o locador apresentasse recibo ao locatário, com os necessários comprovantes e discriminação, como exigem os arts. 13 e 15 do dec.-lei nº 9.669, de 1946, além de que, se débito houvesse, já estaria prescrito, em sua maior parte, bienalmente, por importar em mensalidade inferior de Cr\$ 100.00. A consignação foi julgada procedente, porque o locador não podia ter recusado os aluguéis baseados em falta de pagamento da diferença de impostos, uma vez que não provou ter apresentado recibo discriminativo e comprovado. Foi pago um preparo na segunda instância.

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 28 de março de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

\*

### **OPOSIÇÃO - INTERESSE DE AGIR**

**A oposição é legítima quando o oponente mostra que a sentença a proferir-se na causa vai constituir elemento de perturbação ao seu direito.**

Apelante: Alexandre Galdino de Lima

Ap. nº 6.020 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

### ACÓRDÃO

Relatados e discutidos os autos, em 1ª Câmara Civil. Resolve-se considerar legítima a intervenção do apelante Alexandre Galdino de Lima na causa e, em consequência, reformar a sentença recorrida que, com desconhecimento do seu direito, julgou procedente a ação de rescisão de contrato. movida por José Ribeiro de Carvalho a Marcelino Bcari, José Geraldo de Moura e Severo Paci Boari.

Custas e honorários de advogado, arbitrados em 20% sôbre o valor da demanda, pelo vencido (Cód. de Proc. Civil, art. 64).

Em 4-5-45, José Ribeiro de Carvalho, proprietário da Fazenda do Bananal, declarou vender a Marcelino, José Geraldo e Severo (êste, genro seu) os matos da gleba da Serra. E, em 19-9-45, fêz venda aos mesmos e a Átila Goulart de diversos capões da Serra, e os adquirentes, com o seu assentimento, transferiram o negócio a Alexandre Galdino, que meteu mãos à obra de exploração. O juiz disse que os dois contratos não se identificam. Mas, como distinguir um do outro, se têm um objeto único: a extração de madeiras do lugar mencionado? O direito do oponente líquido e positivo: não foi contestado e tem par si o registro. O seu interêsse de agir é manifesto: o decreto de rescisão do primeiro ajuste, reduzido à ineficácia pelo segundo, não é *res inter alios*, de que possa fazer caso omissis; é mais um elemento de perturbação nas suas relações com o dono do prédio, que inexplicavelmente está buscando ocasião de evadir-se do pactuado.

Belo Horizonte, 30 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

### RELATÓRIO

José Ribeiro de Carvalho firmou com Marcelino Boari, Severo Paci Boari e José Geraldo de Moura, em 4-5-45, um contrato de venda dos matos que existiam no lugar denominado Serra, da Fazenda de Bananal: preço de Cr\$ 10.000,00; entrada, com a metade no ato e a outra prestação em 1-5-48. Em 28-5-48, José Ribeiro de Carvalho requereu a rescisão do contrato com ressarcimento do dano, porque os compradores não pagaram, a 1-5-48, os Cr\$ 5.000,00 restantes. Mas, logo depois de corrido o prazo para contestação, um terceiro, Alexandre Galdino de Lima, entrou com artigos de oposição, dizendo que, cessionário dos compradores com o expresse assentimento do vendedor, estava rigorosamente em dia com o contrato rescindido. E imputa a ação proposta a um conluio entre os primitivos contraentes, sendo um dos réus (Severo) genro do autor. O oponente ofereceu o instrumento de venda de diversos capões no lugar Serra, da Fazenda do Bananal, aos mesmos réus e a Átila Goulart, datado de 14-11-45, com um termo de transferência datado de 11-9-46, ambos com a assinatura de José Ribeiro de Carvalho. Juntou ainda um recibo provando que foram feitas as prestações ajustadas de 46 a 48. Respondeu o autor que o contrato, cuja rescisão postulava, não é este, de novembro de 45, mas o de maio, no qual não figura o nome de Átila Goulart. Trata-se de ajustes diversos, tendo por objetos coisas diferentes. As três testemunhas que depuseram percute o juiz *a quo* afirmam que, após a cessão de direitos, os primitivos adquirentes não prosseguiram mais no corte de matos, sendo a exploração feita apenas pelo oponente. Este vem sendo embaraçado pelo fazendeiro, que cria dificuldades ao trânsito de caminhões mandados para a retirada de madeira, e tem posto fogo nas suas invernadas, sem o necessário cuidado para preservar os capões vendidos. A sentença foi favorável ao autor. O juiz conclui pela existência de dois contratos. O oponente não tem o mínimo interesse na validade ou invalidade do contrato de 4 de maio. Não tomando conhecimento da oposição, ou não lhe conferindo eficácia alguma, o juiz julgou procedente a ação. A revisão, com a informação de que só o oponente apelou.

Belo Horizonte, fevereiro de 1950. - *A. Vilas Boas.*

\*

**RECURSO - PROMOTOR DE JUSTIÇA**

**- Promotor de justiça pode recorrer de sentença prolatada em processo em que a sua intervenção é obrigatória, sob pena de nulidade.**

- VOTO VENCIDO: *O direito de recorrer só compete ao órgão do Ministério Público quando expresso em lei.*

Apelado: Espólio de José Firmino do Amaral

Ap. nº 6.244 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, vindos da comarca de Conselheiro Lafayette, apelante Dr. promotor de justiça e apelado espólio de José Firmino do Amaral, etc.:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado como integrante dêste o relatório retro, conhecer da apelação contra o voto do desembargador vogal, uma vez que foi oportunamente interposta por pessoa legítima, qual o órgão do Ministério Público, em processo no qual sua intervenção é obrigatória, sob pena de nulidade. O caso em aprêço ilustra bem o acêrto da tese sufragada pelos juízes em maioria, pois que, não fôsse lícito ao Ministério Público recorrer da sentença homologatória da partilha, passaria sem corretivo a solução detrimetosa aos interêsses de incapazes e infringente ao direito, tornando-se inócua, sem préstimo, aquela intervenção, que a lei quer efetiva e prestimosa. Conhecendo, pois, da apelação, dão-lhe provimento, nos têrmos e para os fins do parecer do Exmo. Sr. Dr. procurador geral a fls. 45, pagas as custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 22 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Amílcar de Castro*, vencido: Na preliminar, não tomo conhecimento da apelação do promotor de justiça, porque, como expresso está o *art. 814 do Código de Proc. Civil*, o direito de recorrer só compete ao órgão do Ministério Público quando expresso em lei, e nenhuma lei autoriza expressamente o órgão do Ministério Público interpor o recurso que interpôs e de a Turma tomar conhecimento.

A fundamentação do acórdão *supra* poderá servir ao legislador que haja de alterar o disposto no referido art. 814, não aos desembargadores que devam observá-lo.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

## RELATÓRIO

Na comarca de Conselheiro Lafayette, processou-se o arrolamento dos bens do finado José Firmino do Amaral, que deixou herdeiros ausentes em lugar incerto, e modestos bens, um pequeno sítio, animais, objetos de uso doméstico. Faz-se a partilha entre os interessados, aquinhoando-se a cada um com parte igual em cada bem do espólio: no sítio, no cavalo, na égua, no tacho de cobre, etc. Essa partilha foi homologada por sentença, e desta oportunamente apelou o Dr. promotor de justiça, cuja intervenção no processo era obrigatória, *ex vi* do art. 80 do Cód. de Proc. Civil, pleiteando se proceda a partilha em termos outros. O recurso processou-se regularmente e os autos vieram à Secretaria do Tribunal, onde foram distribuídos sem dependência de preparo, como de lei. Aqui foi ouvido o Exmo. Sr. Dr. procurador geral, que opinou pelo provimento. Assim relatados, passo-os ao Exmo. Sr. revisor.

Belo Horizonte, 26 de abril de 1950. - *J. Benício*.

\*

## ACIDENTE DO TRABALHO - CONCAUSA

**- Em tema de infortunistica, é hoje pacífico que as concausas, qualquer que seja a sua natureza, não constituem razão de isenção de responsabilidade do empregador, porque é difícil, senso impossível, afirmar-se que o acidente constitui causa única da incapacidade ou morte.**

Emprêsa Caolim Ltda. *versus* Antônio Rodrigues Costa

Ag. nº 3.183 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição, agravante Empresa Caolim Ltda. e agravado Antônio Rodrigues Costa, etc.

Acordam em, 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, negar provimento ao agravo e confirmar a sentença agravada, pagas as custas pela agravante, na forma da lei. O acidente do trabalho ficou *quantum satis* provado. O operário alega que, ao serviço da empregadora, sentiu fortes dores no braço direito, verificando-se, em seguida, um deslocamento e queda do ombro respectivo. Esta alegação não ficou sem eco no processo. A testemunha Dr. Otto, engenheiro sondador de caolim da empresa agravante, refere que ouviu do acidentado, bem como de outros operários, que a lesão de que aquêle se queixou se verificara quando em serviço da agravante. A testemunha Joaquim Mariano esclarece que, na ocasião, trabalhava na empresa e que viu o acidentado levantar-se do solo e outro operário lhe puxando o braço como a tentar recolocá-lo no lugar; e que, depois disso, o acidentado parou de trabalhar, indo ao médico. Os médicos peritos não excluem a hipótese de haver a lesão do agravado decorrido de algum esforço ou traumatismo de que fôsse vítima. Afirmam mesmo que a lues de que é portador, por si só, não causaria a anomalia de que hoje padece, mas favorece terreno para que ela surja ou se manifeste, se o paciente sofre algum acidente. Em tema de infortúnica, é hoje pacífico que as concausas, qualquer que seja a sua natureza, não constituem razão de isenção de responsabilidade do empregador. Porque é difícil, senão impossível, afirmar que o acidente constitui causa única da incapacidade ou morte. Como muito bem doutrina BARTOLOTO, a lesão, mesmo que se apresente como *exitus* de uma predisposição do organismo, ou, ainda, do estado patológico do operário, por êle próprio ignorada, deve ser considerada como infortúnio indenizável, desde que o trabalho a êle confiado requeira esforço muscular e, em seguida a êsse esforço, se verifique o fenômeno mórbido. Mais não seria preciso para que se definisse a responsabilidade da empregadora agravante. O *quantum* exato devido ao agravado é um pouco mais do que o calculado pela sentença. O equívoco está em que o Dr. juiz encontrou o salário-dia dividindo o salário mensal por 30 dias, quando deveria sê-lo por 25, como está escrito no art. 38 da Lei de Acidentes. Mas não há como corrigir o êrro em recurso da empresa, sobretudo quando o *quantum* fixado pela sentença está rigorosamente de acôrdo com o pedido do acidentado.

Belo Horizonte, 17 de abril de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Amílcar de Castro*.

## RELATÓRIO

O operário Antônio Rodrigues da Costa, alegando que, seis meses antes, mais ou menos, em serviço da Empresa Caolim Ltda., da cidade de Bicas, ao torcer um cano, sentiu o seu braço direito deslocado, resultando-lhe uma incapacidade parcial e permanente, propôs ação de acidente contra a mesma empresa. O acidentado foi submetido a exame pericial, e os dois peritos afirmaram que o mesmo apresentava lesão consistente de queda do ombro direito, oriundo de lues antiga. Posteriormente, esclarecendo o seu laudo, o perito Dr. Rolph declarou (fls. 33) que o paciente é portador de lues antiga, mas a lesão é resultante de fenômeno acidente sobre o mesmo, podendo a lues ter criado terreno sobre o qual se manifestou o fenômeno acidente. O perito Dr. Bastos (fls. 53) explicou que o acidentado não pode estar em serviços que exijam esforço e movimentos da região escapulo-humeral direita, acrescentando que a sífilis, por si, não provoca anomalias como a do acidentado, mas pode constituir terreno para que se manifestem nos casos de acidentes ou traumatismos. A empregadora defendeu-se, negando terminantemente a causalidade entre a lesão e o trabalho do operário. Foram ouvidas duas testemunhas do empregado e três da empregadora. O Dr. juiz julgou provado o acidente, este como concausa da lesão. é condenou, à vista dos dados de fato do autor, de acordo com prévio arbitramento médico, pois que a lesão não estava prevista na tabela oficial, a empresa a pagar ao acidentado a indenização de Cr\$ 897,75. Desta sentença agravaram de petição, oportunamente, primeiro a Empresa Caolim Ltda. para que seja julgada improcedente a ação de acidente; e, depois, o acidentado para que se emende o cálculo da sentença que, segundo alegou, não estava certo. Nenhuma das partes contraminutou o recurso da outra, e o Dr. juiz afinal manteve a sentença quanto ao agravo da empresa, mas modificou-a quanto ao do empregado para fixar o *quantum* da indenização em Cr\$ 1.599,60. Desta nova decisão não teve ciência a empregadora, 1,8 agravante, e os autos vieram regularmente à Secretaria do Tribunal, onde foi feito o preparo no prazo legal. Assim relatados, peço dia.

Belo Horizonte, 19 de outubro de 1949. - *J. Benício*.

\*

## VENDA DE COISA A DUAS PESSOAS - DEVOLUÇÃO DE PREÇO

**- Se a mesma coisa é vendida a duas pessoas diferentes, aquela que a recebe fica sendo a sua proprietária, enquanto que a outra apenas tem direito a pedir a devolução do preço, com perdas e danos.**

Luís Serva *versus* Antônio Rossi

Ap. nº 5.786 - Rel. – DESEMBARGADOR LINCOLN PRATES

### ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de apelação nº 5.786, de Ponte Nova, em que é apelante Luís Serva e apelado Antônio Rossi:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, contra o voto do Exmo. Sr. Des. MENESES FILHO e agregado a êste o relatório de fls., em negar provimento à apelação, confirmando assim a sentença pelos seus próprios fundamentos, acordes com o direito e a prova.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lincoln Prates*, relator; *Lopes da Costa*; *Eduardo de Meneses Filho*, vencido, com o seguinte voto, lido na assentada do julgamento; Nenhuma documentação o apelado apresenta para prova do seu domínio sôbre a geladeira. Traz apenas testemunhas que afirmam saber ter êle comprado do litisconsorte João Ribeiro da Silva o bar onde está a geladeira. Além disso oferece certidões de transferência de lançamentos fiscais, que nada referem sôbre a cousa aqui disputada.

Diversamente, o apelante comparece munido de documentação emanada do próprio litisconsorte referido, de quem o apelado diz ter comprado. No nosso direito não impera a regra *en fait de meubles possession vaut titre*, tão discutida no direito francês. O Cód. Comercial, que, no título VIII, sôbre compra e venda, trata sòmente das operações sôbre móveis, como declara logo na 2ª

alínea do art. 191, tem expressões que significam inequívocamente o pensamento de que a posse é legítima quando titulada. É assim que no final do art. 214 proíbe estipulação de que o comprador assuma o risco de ser a coisa de propriedade de terceiro. E no art. 215 impõe ao vencedor o ônus da evicção em juízo. São preceitos que pressupõem não ter valor a posse cuja legitimidade não se possa demonstrar. Os comercialistas assinalam que também os Códigos Penais, qualificando de estelionato a venda de coisa alheia como própria, subentendem que o *verus dominus* pode disputá-la de terceiro que a possua (Cód. Penal de 1890, art. 338, 2º; Cód. Penal de 1940, art. 171, I). SEBASTIÃO DE SOUSA, na sua obra "Da Compra e Venda", à pág. 259, adverte: "Não basta a entrega da coisa móvel para que se transfira o domínio, porque tal entrega pode ter outra finalidade, como um comodato, uma locação, um penhor, etc. É preciso, pois, que a entrega se faça com a intenção de transferir o domínio. Esta é que é a tradição na compra e venda". Ora, na espécie, o litisconsorte João Ribeiro da Silva era locatário, CUNHA GONÇALVES, na sua obra "Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro", disserta (pág. 97): "Deve notar-se, porém, que a validade da venda de coisa alheia é encarada, somente, quanto às relações entre o vendedor e o comprador. Em relação ao terceiro que é o verdadeiro dono da coisa vendida, o contrato não é válido, nem nulo; é apenas, inexistente, visto ser *res inter alios acta*. O verdadeiro dono conserva intato o seu direito de propriedade; êle pode dispor da sua coisa como melhor entender, mesmo que saiba ter sido ela negociada entre terceiros, recusando vendê-la em absoluto ou vendendo-a de preferência a um diverso comprador. Por isso, mesmo que as coisas alheias estivessem em poder de quem as vendeu como suas - o que é fácil em relação a mercadorias vendidas por conhecimentos ou guias de transporte à ordem ou ao portador - o verdadeiro dono poderá reivindicá-las, enquanto o seu direito não seja prescrito, e salva a boa-fé do comprador, nos termos da lei geral (1). A nota (1) invoca em abono da assertiva PIPIA e o *D., de contrah. empt. et vend.*, que reza: "*Non autem ea venditio excludit jus veri domini cum ab emptore rem vindicare licet, nisi usucapta sit*". No mesmo sentido é o erudito voto de OROZIMBO NONATO, in "REVISTA FORENSE", 93-73. No tópico citado a fls. 51, CUNHA GONÇALVES (página 322) alude ao vendedor que retenha a coisa pelo *constituto possessório*, caso em que, se a vender segunda vez e a entregar ao segundo comprador, prevalecerá a segunda venda, porque a tradição real prevalece contra a puramente contratual. Mas a espécie não é de *constituto* e sim de locação, a qual foi contratada hábilmente por meio de

correspondência epistolar, como permite o artigo 127 do Cód. Comercial. O apelado não pode ser considerado em estado de boa-fé, não só porque não tem documentação da compra, como porque informa, até, que propositalmente a geladeira não foi incluída no valor do bar declarado para efeitos tributários, explicando que assim procedeu para evitar impôsto. De qualquer modo, é isso a prova de que a geladeira não foi incluída entre as coisas componentes do bar. Conforme acentua o relatório, o contrato de venda e locação, celebrado epistolarmente, foi registrado em Pouso Alto em fevereiro de 1948, antes, portanto, da compra feita pelo apelado. Como quer que seja, êle emana da mesma pessoa de quem o apelado diz ter comprado, e, pois, a legitimidade da operação supera pela precedência a outra que o apelado invoca, oriunda da mesma fonte de aquisição de domínio derivado.

Julgo, portanto, procedente a ação e por isso confirmo a reintegração liminar da posse.

## RELATÓRIO

Esta apelação, regularmente processada, preparada e recebida em ambos os efeitos, é interposta por Luís Serva contra a sentença final do MM. juiz de direito de Ponte Nova, que julgou o apelante carecedor de ação de reintegração de posse movida contra Antônio Rossi e para a qual foi também citado como litisconsorte João Ribeiro da Silva, por iniciativa do MM. juiz *a quo*. A posse disputada tem por objeto uma geladeira para bar. Vindo para Urucânia, o litisconsorte João Ribeiro da Silva trouxe a geladeira e a utilizava em bar que montou no lugar, em fim de 1947, e que vendeu ao apelado em junho de 1948. Em fins desse ano de 1948, o apelante mandou de São Lourenço um emissário reclamar a geladeira, alegando que lhe pertencia por havê-la comprado do litisconsorte João Ribeiro da Silva, em cujas mãos a deixara a título de locação, conforme instrumentos, particular e epistolar, lavrados em São Lourenço em fim de novembro de 1947, registrada em Pouso Alto em fevereiro de 1948 e em Ponte Nova em novembro do mesmo ano. Para prova de que comprara o bar de João Ribeiro da Silva, o apelado Antônio Rossi oferece testemunhas e certidão das transferências de lançamentos nas coletorias de impostos. Diz que a compra foi feita por balanço, que não abrangeu a geladeira, para poupar impostos, embora o preço a compreendesse e fôsse pago. A sentença vê na espécie a hipótese de uma venda feita de uma coisa só e por inteiro a duas diferentes

peçoas, caso em que, decide, tem validade a venda acompanhada de tradição real, que sobrepuja a que se efetuou com tradição simbólica. Assim sendo, prevalece a compra feita pelo réu ora apelado e, em consequência, o apelante, não sendo dono, não têm ação possessória contra quem é dono, isto é, contra o réu. Segundo a documentação trazida pelo autor ora apelante, o litisconsorte vendeu a geladeira ao autor por Cr\$ 20.000,00, e conservou-a em seu poder como locatário, por um ano, a Cr\$ 100,00 por mês. O litisconsorte não acudiu ao chamamento para a causa. Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 3 de novembro de 1949 - *Eduardo de Meneses Filho*.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 5.786, de Ponte Nova, sendo embargante Luís Serva e embargado Antônio Rossi, resolve a 1ª Câmara Civil, por maioria de votos, desprezar os embargos de fls., para manter, por seus fundamentos, o acórdão recorrido.

Custas pelo recorrente.

Belo Horizonte, 1º de junho de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente *ad hoc* e relator; *Aprígio Ribeiro*; *Lopes da Costa*; *J. Benício*; *Eduardo de Meneses Filho*, vencido, porque persisto no voto que desenvolvi no acórdão embargado.

### RELATÓRIO

Ao acórdão de fls., resultante dos votos concordes dos Exmos. Srs. desembargadores LINCOLN PRATES e LOPES DA COSTA, sendo vencido o Exmo. Sr., Des. MENESES FILHO, foram opostos os embargos de fls. O caso se prende ao domínio de uma geladeira. Os embargos sofreram impugnação. A revisão. - *A. Vilas Boas*.

\*

**CITAÇÃO – "CIENTE" NO MANDADO - APELAÇÃO EM CAUSA DE ALÇADA - REVELIA**

**- A falta do "ciente" no mandado não constitui nulidade de citação, pois aquela declaração não é formalidade sacramental.**

**- Não se conhece de apelação em causa de alçada, embora se alegue nulidade da citação inicial, se o réu deixou correr o feito à revelia.**

Silvino Ferreira da Silva *versus* Almerindo Alves de Brito Faria e sua mulher

Ap. nº 6.127 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.127, de Grão Mogol, em que é apelante Silvino Ferreira da Silva e são apelados Almerindo Alves de Brito Faria e sua mulher:

Acordam em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não conhecer da apelação por estar a causa na alçada do juízo *a quo* (Cód. de Proc. Civil, art. 839).

Custas pelo apelante, respeitada a gratuidade da Justiça em cujo gôzo êle se acha.

Na inicial foi declarado o valor de Cr\$ 2.000,00.

O réu deixou o feito correr à revelia. Ao apelar, não demonstra que o valor seja superior ao que estava prevalecendo. Alega nulidade da citação, por não haver sido lançado o "ciente" e nem a certidão do oficial informar qual a razão de não existir no mandado tal nota de ciente. Mas, pela procuração de fls. 47, se vê que o citado é analfabeto. E aquela declaração não é formalidade sacramental.

Belo Horizonte, 4 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator. Acrescento que ao apelar o réu não demonstrou que o valor da causa seja superior ao que estava prevalecendo; *Lopes da Costa*.

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

## RELATÓRIO

A esta ordinária de fôrça velha, processada em Grão Mogol, os autores, Dr. Almerindo Alves de Brito Faria e sua mulher, deram o valor de Cr\$ 2.000,00 (fls. 3 v.).

O réu, Silvino Ferreira da Silva, a deixou correr à revelia. Sendo afinal condenado, obteve gratuidade de justiça e apelou 9 dias depois de publicada a sentença em audiência (fia. 44 e 51), contestando na apelação o valor da causa, sem, contudo, indicar o valor que lhe parece certo e nem ministrar elemento probatório.

Na inicial os autores alegam propriedade, isto é, de nove décimos do imóvel e posse antiga turbada nos últimos tempos pelo réu, o qual se diz condômino das terras.

Também foram ouvidas testemunhas, que afirmam haver o réu há mais anos cultivado áreas do imóvel com o consentimento do autor e depois contra a vontade do autor.

Na apelação, o réu se esforça por encontrar nulidades processuais.

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 7 de março de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho.*

\*

### **FUNDAÇÃO DA CASA POPULAR - CÁLCULO SÔBRE O VALOR DA COTA HEREDITÁRIA**

**- A majoração de 1% imposta como fonte de receita da Fundação da Casa Popular, calcula-se sôbre o valor da cota hereditária, igual ou superior a Cr\$ 100.000,00, ainda que só constituída de móveis e títulos.**

(Omitidos os nomes das partes)

Ag. nº 3.538 - Rel.: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

## ACÓRDÃO

Relatados e discutidos os autos, em 1ª Câmara Civil, dá-se provimento ao recurso.

Custas pelo recorrido.

O art. 1º do dec.-lei nº 2.116, de 1947, assim redigido:

"O impôsto de transmissão de propriedade *causa mortis* e o de propriedades imobiliárias *inter vivos* ficam majorados de 1% quando os bens transferidos forem de valor igual ou superior a Cr\$ 100.000,00".

À letra, a pretensão da Fazenda de cobrar mais 1% de impôsto sôbre as cotas hereditárias de Cr\$ 100.000,00, ou mais, é razoável, ainda que constituídas só de móveis e títulos. E tôda interpretação contrária conduziria, quase sempre, à impossibilidade de fazer, *opportuno tempore*, a liquidação. Basta que se formule a hipótese em que se inventariem imóveis, ações de banco e dinheiro, para serem compartilhados entre um meeiro e herdeiros. Como tirar a percentagem da "F. C. P.", se não se sabe a quem tocarão os imóveis em partilha? Logo, não se pode fazer abstração do dispositivo que reputa imóvel o direito à sucessão à aberta (Cód. Civil, art. 44, nº III), de acôrdo com o qual se regulará o acréscimo, que recairá sôbre cada parte igual ou excedente a Cr\$ 100.000,00.

Belo Horizonte, 11 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator.

Em tempo: A Turma julgadora julgou-se competente para conhecer do agravo, sendo vencido o Exmo. Sr. Des. APRÍGIO RIBEIRO. Data *supra*. - *A. Vilas Boas*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Aprígio Ribeiro*, vencido, preliminarmente: A competência para conhecer do recurso é do Tribunal Federal, visto como o interêsse da União é mais que principal ou direto; é exclusivo, visto como o tributo arrecadado não se incorpora ao patrimônio do

Estado e sim se recolhe aos cofres de entidade autárquica da União, de quem aquele se constituiu, por assim dizer, agente financeiro.

## RELATÓRIO

Agravo da Fazenda Estadual contra decisão homologatória de liquidação em que a taxa destinada à Fundação da Casa Popular (1%) foi calculada, não sobre o valor dos bens transmitidos *causa mortis*, mas sobre o valor dos imóveis apenas. Tudo se processou devidamente. Peço dia. - A. Vilas Boas.

\*

## PRAZO - AGRAVO

**- O prazo para interposição de agravo conta-se do despacho que causa o gravame, e não da decisão que o confirma em virtude de reclamação da parte.**

Fazenda Pública Estadual *versus* José André de Paula

Ag. nº 3.605 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.605, de Mariana, sendo agravante a Fazenda Pública Estadual e agravado José André de Paula, etc.:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, não conhecer do agravo por ser serôdia sua interposição, pagas as custas na forma da lei.

A Fazenda agravante teve ciência do primeiro despacho que deferiu o pedido de isenção de imposto de transmissão de propriedade *causa mortis*, pelo menos em 12 de abril, data em que lhe foi aberta a vista para dizer sobre a liquidação organizada em conformidade com o mesmo despacho. Em vez de interpor agravo dêsse despacho, formulou reclamação, que foi indeferida por despacho

de 9 de maio seguinte, do qual foi intimado a 15 imediato, manifestando a Fazenda o seu agravo a 17. Nesta data, já era findo o prazo legal duplicado de que goza a Fazenda, porque, consoante fria jurisprudência, o quinquídio para a interposição do agravo conta-se do despacho que causa o gravame, e não do que o confirma em virtude de reclamação da parte. A Fazenda só resta aguardar o julgamento da liquidação, do qual poderá, querendo, interpor igual recurso.

Belo Horizonte, 26 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Amílcar de Castro*.

## RELATÓRIO

Na comarca de Mariana, José André de Paula, dizendo-se herdeiro único de sua mãe Francisca Patrocínia de Paula, falecida em 1922, requereu o arrolamento dos bens deixados, constituídos de um alqueire de terra em comum com terceiros, e cujas confrontações e divisas descreveu, e a que deu o valor de Cr\$ 2.000,00. E, com o apoio no art. 2º, I, da lei nº 17, requereu, por igual, a isenção de impostos de transmissão *causa mortis*, juntando atestado da autoridade policial, segundo o qual a requerente vive exclusivamente do seu serviço de lavoura, não tendo renda estranha alguma. A Fazenda Estadual concordou com a descrição e valor do imóvel, mas reclamou o pagamento do impôsto territorial a partir de 1944 e multas, no montante de Cr\$ 219.40. O Dr. juiz mandou levantar o cálculo, mas com a exclusão do impôsto de transmissão *causa mortis*, à vista do atestado já referido. Feito o cálculo na forma ordenada, o coletor estadual, com vista dos autos em 12 de abril, pediu reforma do despacho que isentava do pagamento do impôsto causa mortis, despacho de 25 de março, do qual não fôra intimado, alegando que a abertura da sucessão se operou em 1922, na vigência do dec. nº 1.798, de 11 de março de 1905, que era aplicável ao caso, e não a lei nº 17, já citada. O Dr. juiz manteve o despacho anterior por decisão de 9 de maio, da qual o coletor foi intimado a 15 seguinte. E, no dia 24, imediato, manifestou agravo de petição com fundamento no art. 846 do Cód. de Proc. Civil, e, contraminutado, sustentado o despacho agravado pelo juiz, os autos vieram em tempo à Secretaria, onde se operou a distribuição sem dependência do preparo, como é de lei.

Assim, vistos e relatados, ponho em mesa para o julgamento.

Belo horizonte, 19 de junho de 1950. – *J. Benício*.

\*

## **DESAPROPRIAÇÃO - JUROS DE APÓLICES - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- **O depósito de apólices ao portador, para que o expropriante tome prontamente posse do imóvel enquanto a ação prossegue para fixação do preço, acarreta ao expropriado o direito de levantá-las com os respectivos "coupons" de juros, caso a decisão final fixe no valor dêle o preço da coisa desapropriada.**
- **Os juros das apólices compensam a perda dos frutos, resultante da transmissão antecipada da posse ao expropriante.**
- **Os honorários de advogado, em que o expropriante seja condenado, se computam sôbre os títulos e seus juros.**

Estado de Minas Gerais *versus* Pedro Miguel e sua mulher

Ap. nº 5.815 (embs.) - Rel.: DESEMBARG. VILAS BOAS

### **ACÓRDÃO**

Relatados e discutidos os autos, sendo embargantes e embargados os litigantes, Estado de Minas Gerais e Pedro Miguel e sua mulher:

Acordam rejeitar ambos os recursos, para manter o venerando acórdão recorrido.

Custas em proporção.

Belo Horizonte, 22 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lopes da Costa*; *Autran Dourado*.

## RELATÓRIO

I. O Estado de Minas Gerais desapropriou terrenos e benfeitorias pertencentes a Pedro Miguel e sua mulher, para ampliação do aeroporto da Pampulha. A decisão do caso está na conclusão do acórdão da 2ª Câmara Civil, *verbis*: "... para fixar a indenização no valor dos depósitos, isto é, nos Cr\$ 254.915,00, que os apelantes já levantaram, em virtude de acórdão,... e nas apólices, que poderão ser levantadas, qualquer que seja a sua cotação atual, sem obrigação ao expropriante de mais dar, *salvo honorários* de advogado, a cujo pagamento a Turma o condena, *na base de 20% sobre a diferença entre a quantia oferecida e o preço fixado da indenização*" (fls. 20 v.).

II. Devo esclarecer que aos ex-proprietários foram oferecidos inicialmente, Cr\$ 24.396,00 e que foram depositados, em garantia de acréscimos acaso resultantes do provimento do seu recurso, Cr\$ 500.000,00 em apólices.

III. Trata-se, no momento, da avaliação pecuniária dos honorários devidos pelo Estado.

1. A sentença, que o venerando acórdão embargado confirmou contra o voto do eminente desembargador LINCOLN PRATES, homologou a seguinte liquidação: "20% de honorários sobre Cr\$ 730.519,00, 146.103,80; custas a pagar, Cr\$ 4.428,00: idem pagas,... Cr\$ 537,80. Total, Cr\$ 151.069,60

Êsse cálculo se baseou no despacho de fls. 50, no qual foi assim interpretado o acórdão exequendo: indenização fixada em Cr\$ 254.915,00 (em dinheiro, Cr\$ 254.915,00, e em apólices, Cr\$ 500.000,00); deduzida dêsse total a importância de Cr\$ 24.396,00, valor da oferta inicial, restam Cr\$ 730.519,00, sobre os quais incidem os 20% dos honorários.

2. O venerando acórdão embargado, contra, o voto do Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES, tomando conhecimento das anelações das partes, deu provimento a ambas: *a)* à do Estado, para que os honorários se calculem sobre o valor de cotação das apólices no dia do seu levantamento; *b)* à dos expropriados, para que os honorários também se contêm sobre os juros rendidos pelos títulos depositados, virtualmente incluídos pelo aresto exequendo na indenização como acessórios.

3. Ambos os litigantes embargaram o venerando acórdão. Os embargos se processaram regularmente.

4. A revisão. - A. *Vilas Boas*.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 5.815, de Belo Horizonte, em que é primeiro apelante o Estado de Minas Gerais, são segundos apelantes Pedro Miguel (ou Minghelli) e sua mulher e são apelados, reciprocamente, os mesmos:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES, que nega provimento a ambas as apelações, dar provimento em parte à primeira apelação, a do Estado, e dar provimento *in totum* à segunda apelação, a dos expropriados.

Não provêem à apelação do Estado, quanto aos juros das apólices. São devidos ao expropriado porque estão incorporados nos títulos, ao portador que êstes são, como declaradamente consta no termo de acôrdo em virtude do qual as apólices foram depositadas. O acórdão de fls. 20 autorizou irrestritamente o levantamento dêsses títulos. Dêle se inferem as razões pelas quais os juros devam caber ao expropriado. Uma é que os títulos foram admitidos pelo valor que tivessem, e é sabido que a cotação anda afastada do valor nominal. Logo, a percepção dos juros minora o rebate dado pela cotação. Outra é que o dinheiro depositado passou logo ao tempo da celebração do acordo para o poder dos expropriados, que puderam assim fazê-lo frutificar em substituição da coisa desapropriada, então entregue ao Estado. Diversamente, as apólices ficaram em depósito.

Fixando a indenização no valor dos depósitos, o acórdão não declarou infrutífera qualquer parte dêle pelo tempo que o julgamento da causa, consumiu nesta instância, onde ela já estava quando da celebração do acordo. Ora, autorizando, o pagamento dos juros, virtualmente o aresto os inclui na indenização como acessórios. Logo, também sôbre êles são computáveis os

honorários, como de costume aliás. Dão por isso provimento à segunda apelação dos expropriados.

Dão, em parte, provimento à primeira apelação, a do Estado expropriante, e à que têm por interposta *ex officio*, para que os honorários de advogado se calculem sobre o valor de cotação das apólices no dia do seu levantamento.

O acórdão exequendo não manda considerar no cálculo e valor nominal. Guarda silêncio sobre isso. Logo, o valor a prevalecer é o real e esse o exprime a cotação. O que o acórdão declara é simplesmente que a indenização é levada ao valor dos depósitos: Cr\$ 254.915,00, já depositados, e as 500 apólices". Não diz qual o valor a prevalecer para as apólices. Logo, deixou que se atendesse ao comum, de cotarão. Não importa que, no acôrdo pelo qual elas foram dadas a depósito em garantia, se dissesse que eram admitidas pelo valor nominal. Quando ulteriormente a decisão da s, anelação majorou o *quantum* fixado pela sentença, nenhuma referência fêz a valor nominal, cingindo-se a aludir aos títulos, e o valor dos títulos públicos é dado pela cotação.

As regras sobre depósito não podem ser aplicadas ao acaso. Regem relações do depositante com o depositário. Na espécie, é depositário um banco e não o expropriante nem o expropriado.

Custas proporção.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*; *Lopes da Costa*.

## RELATÓRIO

Estas apelações nº 5.815, regularmente processadas, são interpostas pelas duas partes contra sentença do MM. juiz de direito da 3ª Vara Civil da Capital, que homologou conta de liquidação em processo de execução por mandado executivo dêste Tribunal em desapropriação movida pelo Estado de Minas Gerais contra Pedro Miguel (ou Minghelli) e sua mulher relativamente a terrenos destinados a ampliações do aeroporto da Pampulha.

Os expropriados são promoventes da execução e pagaram em urdem o preparo dêste recurso.

Iniciando a ação expropriatória, o Estado oferecera pelos bens Cr\$ 24.396,00.

A sentença de primeira instância fixou o valor em Cr\$ 254.915,00.

Para entrar sem tardança na posse da coisa, o Estado fez com o expropriado um acôrdo, em virtude do qual o expropriado levantou desde logo àquele valor atribuído pela sentença, isto é, Cr\$ 254.915,00, e o Estado depositou em um banco 500 apólices de sua emissão, ao portador, do valor nominal de Cr\$ 1.000,00 cada uma à disposição do juízo", pelo valor nominal delas "para garantir o pagamento de qualquer quantia a que os expropriados venham a ter direito em virtude de decisão judicial" (fls. 17 v., *in fine*).

Êste Tribunal, mais tarde, proveu apelação do expropriado contra a fixação do preço nos Cr\$ 254.915,00; só "para fixar a indenização no valor dos depósitos, isto é, nos Cr\$ 254.915,00, que os apelantes já levantaram, em virtude do acôrdo, como ficou dito atrás, e nas apólices, que poderão ser levantadas, qualquer que seja a sua cotação atual, sem obrigação ao expropriante de mais dar, salvo honorários de advogado, a cujo pagamento a Turma o condena, na base de 20% sôbre a diferença entre a quantia oferecida e o preço fixado da indenização.

"Custas na forma da lei".

Para cumprimento do mandado executivo relativo a êsse acórdão, foi feita conta pelo contador do juízo, a qual somou aos... Cr\$ 254.915,00 o valor nominal das apólices, o que deu Cr\$ 754.915,00, de que deduziu os Cr\$ 24.396,00, oferta inicial do expropriante, resultando Cr\$ 730.519,00 sôbre os quais calculou 20% para os honorários de advogado.

A sentença homologou.

Apela em primeiro lugar o expropriante. Quer que da quantia fixada para honorários de advogado se descontem Cr\$ 102.165,00 correspondentes aos juros das 500 apólices, ele vez que, levantando-as, o expropriado também

recebeu os *coupons* de juros nelas incorporados, relativos ao tempo que decorreu entre o depósito e o levantamento. Quer também que os honorários de advogado sejam pagos em dinheiro apenas quanto aos Cr\$ 254.915,00, levantados em dinheiro por ocasião do acôrdo, e que na parte correspondente às 500 apólices sejam pagos tampem em apólices, representada, portanto, por 100 apólices iguais àquelas. A segunda apelação é do expropriado. Reclama que os honorários do advogado sejam computados também sôbre os juros das apólices, aqueles Cr\$ 102.165,00. Não foi interposta apelação *ex officio*.

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 19 de novembro de 1949. - *Eduardo de Meneses Filho*.

\*

## **LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO - FATO NOVO**

**- Para fazer-se a liquidação de sentença por arbitramento é indispensável que não haja necessidade de provar fato novo, que deva servir de base à dita liquidação.**

**- Entende-se por fato novo aquele que não foi apreciado na ação.**

José Bernardes da Costa versus Dr. Manuel Hermeto Júnior

Ap. nº 5.948 - Relator: DESEMBARGADOR LINCOLN PRATES

## **ACÓRDÃO**

Vistos êstes autos de apelação nº 5.948, de Piu-í, em que é 1º apelante José Bernardes da Costa; 2º apelante o Dr. Manuel Hermeto Júnior e apelados os mesmos:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incluindo neste o relatório de fls., em dar provimento à apelação do 1º apelante, para anular o processo e mandar que a liquidação se faça por artigos, prejudicado, assim, o recurso do exequente. Preceitua o art. 909 do Cód. de Proc. Civil que se faça a

liquidação por arbitramento "quando, para fixar o valor da sentença, não houver necessidade de provar fato novo". Esse artigo, porém, deve ser entrosado ao artigo 913 do mesmo Código, que o completa, de sorte que, para fazer-se a liquidação por arbitramento é indispensável que não haja necessidade de provar fato novo *que deva servir de base a dita liquidação*. Entende-se por fato novo, conforme dispunham os antigos Códigos de Processo Civil do Distrito Federal e de São Paulo, aquele que não foi apreciado na ação. Ora, na espécie em apreço, os fatos alegados na petição de fls. 136, referentes à divisão de Esmeril e Fundão, não só não foram argüidos e provados na causa principal, como também constituem a base indispensável para a fixação dos honorários pretendidos pelo exequente. Logo, a liquidação só se podia fazer por artigos, em processo ordinário, em que ao executado fôsse permitido defender-se das alegações do exequente. Assim, desentranhando-se a contestação do executado e adotando-se, no caso, o processo de arbitramento, cerceou-se inegavelmente a defesa daquele.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lincoln Pratos*, relator; *Lopes da Costa*; *Aprígio Ribeiro*.

## RELATÓRIO

1. Apelações processadas regularmente e com preparos oportunos.
2. Manuel Hermeto Júnior promoveu, como advogado de José Bernardes da Costa e sua mulher, a divisão da fazenda Esmeril e Fundão, dando-lhe os seus constituintes, como pagamento de honorários, uma têtça parte do quinhão que lhes coube e recebendo, em retôrno, a importância de Cr\$ 1.000,00. Posteriormente, José Bernardes da Costa e sua mulher propuseram ação contra o Dr. Manuel Hermeto Júnior e sua mulher, para anular aquela alienação. Foram vitoriosos, mas o acórdão de fls. 124, que ultimou a demanda, assim determinou:

"E para que se cumpra o disposto no artigo 158 do Cód. Civil mandam se restituam as partes ao estado *ante quo*, conforme se apurar na execução da sentença, ficando os autores obrigados a pagar ao réu varão os seus serviços de advogado na divisão do Fundão e Esmeril, que ora se torna inteiramente em seu benefício, tendo em vista as dificuldades da ação, valor da causa e vulto dos

trabalhos executados, os costumes locais e a sua competência profissional, não obstante o lapso de tempo decorrido, já que apenas se altera e modifica a moeda do pagamento já, efetuado, que o fôra em terras e o será em dinheiro".

3. Para executar êsse acórdão, veio o Dr. Manuel Hermeto com a petição de fôlhas 136, em que pede a citação de José Bernardes da Costa e sua mulher "para virem responder aos termos da presente execução, para que sejam fixados os honorários do exequente, na forma da lei e por fôrça do acórdão exequendo (art. 1.218 do Cód. Civil), de acôrdo com o art. 906 do Cód. de Proc. Civil. indicando, desde já, para arbitrador o advogado Dr. Aníbal César Maia"... Citados os réus, vieram com sua contestação, que o juiz, a requerimento do exequente, mandou desentranhar, por incabível e extemporânea em liquidação de sentença, cujo rito se regula pelos arts. 906 a 917 do Cód. de Proc. Civil.

Contra êsse despacho agravaram os executados no auto do processo, alegando cerceamento de defesa e invocando o art. 851, número II, do Cód. de Proc. Civil (fls. 280).

4. Prosseguindo o feito, fêz-se o arbitramento, dando os peritos o valor de Cr\$ 50.000,00 aos serviços profissionais do exequente. A sentença de fls. 307, porém, os fixou em Cr\$ 83.000,00, porque êste, conforme o laudo pericial, é o valor das terras dadas pelos executados em pagamento ao exequente.

5. Apelou o executado pleiteando, preliminarmente, a anulação do processo, e, *de meritis*, a redução dos honorários a Cr\$ 20.000,00; e o exequente, para pedir a elevação do honorários.

Ao Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA.

Belo Horizonte, 7 de fevereiro de 1950. - *Lincoln Prates*.

\*

**POSSE PARTICULAR DE BENS PÚBLICOS - COISAS DE USO  
COMUM**

**- Nos bens públicos de uso comum, não pode haver posse particular. Estão êles fora do comércio e, pois, sem potência passiva de apropriação.**

**- Se o particular não pode ter posse sôbre coisas públicas de uso comum, não pode usar para elas de ações possessórias, pois não pode pretender uma posse impossível.**

Raimundo Alves de Moura e sua mulher *versus* Manuel Gonçalves Coelho e sua mulher

Ap. nº 6.221 - Relator: DESEMBARGADOR LOPES DA COSTA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.221, de Itapecerica, apelantes: Raimundo Alves de Moura, e sua mulher, apelados Manuel Gonçalves Coelho e sua mulher:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, negar, provimento ao recurso, pagas as custas pelos apelantes.

Requisito da sentença favorável é a prova da existência do direito pleiteado: na espécie, a posse, que possessória é a ação.

Não havendo posse, não há que indagar se o caso é de turbação ou de esbulho, pela simples razão de que não se defende uma coisa inexistente.

Ora, o açude e o canal construídos pelos apelantes o foram em solo de uma estrada pública.

Nos bens públicos de uso comum não pode haver posse particular. Estão êles fora do comércio e, pois, sem potência passiva de apropriação. Assim já era no direito romano:

"Deixamos de possuir o terreno que o mar ou rio invadiu" ("*desinere nos possidere eum locam quem flumen aut mare occupaverit*" - Digesto, 41, 2, fr. 3,

§ 17); "não se pode possuir o lugar sagrado ou religioso" ("*locum sacrum aut religiosum, non possumus possidere*" - Digesto, 41, 2, fr. 30, § 1º).

E nosso direito o repete (Cód. Civil, artigo 69):

"São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis".

Entre as primeiras estão justamente os bens públicos de uso comum (CLÓVIS, comentário ao art. 96, obs. 2). Sobre êsses bens o particular somente pode ter a posse que lhe seja permitida em concessão do Poder Público, sem prejuízo do uso comum como, por exemplo, a concessão de uma banca de venda de jornais. Será uma cessão de posse *jus possessionis* e não *jus possidendi* (STOLF, "Il nuovo Codice civile commentato", vol. III, ao art. 1.145).

Se o particular não pode ter posse sobre coisas públicas de uso comum, não pode usar para elas de ações possessórias, pois não pode pretender uma posse impossível.

Alguns ensinam que essa regra apenas se aplica às relações entre o particular e a administração pública; não, porém, entre particulares. Assim BAUDRY-LACANTINÉRIE-TISSIER: "Recordemos enfim - escrevem eles - que a imprescritibilidade do domínio público não pode ser invocada em particulares entre si, quer sob o ponto de vista da prescrição aquisitiva, quer sob o ponto de vista das ações possessórias. Em defesa de seus interesses privados não se podem prevalecer da imprescritibilidade do domínio público" ("Traité", vol. 25, § 156), CUNHA GONÇALVES, repetindo essas palavras, acrescenta que o detentor de uma coisa pública não pode ser impunemente desapossado por um usurpador que não tem melhor direito do que o outro ("Tratado", vol. III, pág. 525).

Observa, entretanto, WODON: "Essa teoria deve ser repelida. Devendo, para que a ação possa vingar, estar no comércio o objeto da possessória, tal condição falha da mesma maneira, quer o litígio se desdobre entre particulares, quer se desenvolva entre o particular e a administração pública. Quando se alega que a coisa litigiosa pertence ao domínio público, não se alega direito de terceiro".

Repetiremos cora a lei romaria que os particulares, uns em frente dos outros, não usam das coisas públicas, fora do comércio, de *juris propriis*, mas apenas promiscuamente *non possident, sed promiscue utuntur* ("De la possession", nº 382).

Todavia, razões de conveniência podem legitimar o detentor de um bem público de uso comum para a ação de esbulho. Ambos estão na mesma condição de usurpadores. Seria sancionar o emprêgo da fôrça negar ao esbulho a restituição. É o argumento, como vimos, de CUNHA GONÇALVES.

Não assim, porém, sucede com a manutenção. Aqui, o turbador pretense fica em posição superior. Defende com o seu direito o uso cívico de todos os demais. Defende a administração. Não seria razoável conceder ao detentor, que fechasse uma estrada pública, ação de manutenção contra quem por ela passasse. Por isso, o novo Cód. Civil italiano, declarando no art. 1.145 que a posse de coisas fora do comércio não produz efeito algum, ao particular contra o particular, relativamente a elas, concede apenas ação de esbulho, mas não a de manutenção.

Belo Horizonte, 25 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*; *Aprígio Ribeiro*.

## RELATÓRIO

Fernando Alves de Moura e sua mulher possuem umas terras em Itapeçerica. Seu antecessor, depondo a fls. 18, informa ter feito, mais de 40 anos passados, um açude ali, abrangendo terras de uma vizinha, Rosa de tal, e canalizou a água para movimentar um moinho, de que os sucessores continuaram a utilizar-se. Êstes, porém, mais tarde, dois anos antes do fato de que ora se queixam (fls. 96), resolveram aumentar a roda do maquinismo, para seu maior rendimento. E acima da antiga reprêsa, uma outra fizeram a meio da estrada pública, que foi por essa obra alegada em parte (test. de fôlhas 17-18, vistoria de fls. 76).

Queixaram-se agora de que uns vizinhos, João José Teixeira, Antônio José Teixeira e Manuel Gonçalves Coelho, arrombaram a rego que levava a represa nova, fazendo parar o moinho e, pois, a moagem de cana para o fabrico de rapaduras, que os autores faziam. Propuseram então contra êles ação de

esbulho, pedindo reintegração liminar, que não obtiveram, cominação de multa para o caso de novo esbulho ou turbação e perdas e danes.

Um dos réus, João Teixeira, que o pai (fls. 52) diz ter 20 anos, intimando por edital, permaneceu revel. Não lhe foi dado curador à lide; no processo foi ouvido o Dr. promotor de justiça. Os outros contestaram (fls. 23 e 52).

Em perícia (fls. 76) apurou-se que na estrada pública tinham sido feitos uma represa e um rêgo. Que, em consequência, a estrada ficara inundada.

O réu Antônio, em depoimento, a fls. 100, confessou que êle e um filho, João, o réu citado por edital, foram os arrombadores do canal, porque a nova represa alagava a estrada, e os terrenos próximos, inutilizando-os para o plantio.

As testemunhas não se referem ao réu Manuel como co-autor da turbação.

O Dr. juiz, na sentença de fls., declarando não ter havido esbulho, pois os autores continuavam a utilizar-se de tôda a mesma água, e que além disso sua posse era de mera tolerância dos réus, julgou-os carecedores da ação, condenando-os em honorários do advogado contrário, por haverem intencionalmente alterado a verdade, pois na inicial disseram terem apenas cavado um novo rêgo, o que repetiram em depoimento pessoal, quando entretanto, a perícia verificou que êles haviam feito uma reprêsa.

Os vencidos apelaram a tempo. O processo do recurso correu regularmente. Preparo oportuno.

Belo Horizonte, 29 de abril de 1950. - *Lopes da Costa*.

\*

## **HONORÁRIOS DE ADVOGADO - INVENTÁRIO - DIVIDENDOS - MONTE TRIBUTÁVEL**

**- Os honorários de advogados contratados regularmente são deduzíveis do monte, para se encontrar o monte tributável, porque constituem encargo obrigatório do processo de inventário e partilha.**

**- Ao valor das ações de sociedades anônimas, incluídas no monte pela cotação, não devem ser adicionados dividendos posteriormente distribuídos, embora relativos a exercício financeiro comercial, anterior à abertura da sucessão.**

Fazenda Pública Estadual *versus* Espólio de Brasiliana Gonçalves Baeta

Ag. nº 3.540 - Rel.: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de agravo de instrumento nº 3.540, de Belo Horizonte, em que é agravante a Fazenda Pública Estadual e agravado o espólio de Brasiliana Gonçalves Baeta:

Acordam em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais negar provimento.

Custas pela agravante.

Os honorários de advogado são deduzíveis do monte, para se encontrar o monte tributável, porque constituem encargo obrigatório do processo de inventário e partilha, dada a proibição que o art. 22 do Regulamento da Ordem dos Advogados contém no sentido de não comparecer o leigo pessoalmente para procurar em juízo (dec. nº 22.478, de 1933, e leis posteriores). Relativamente aos dividendos de ações de sociedades anônimas, os quais correspondem ao exercício, encerrado pouco antes da abertura da sucessão, presume-se que seu valor já esteja atendido, porque os títulos foram admitidos pela cotação, que de ordinário oscila para mais nas proximidades da distribuição dos dividendos, precisamente porque as transmissões de ações se entendem feitas *coupon attaché*, como fala COPPER ROYER ("Traité Théorique et Pratique des Sociétés Anonymes", tomo 2º, pág. 167), quando anteriores àquela distribuição, e *coupon détaché* somente quando posteriores, pouco importando o exercício anual ou periódico de comércio os lucros correspondentes.

Belo Horizonte, 15 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*; *A. Vilas Boas*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

## RELATÓRIO

Não encontro o que observar quanto ao processo dêste agravo de instrumento número 3.540, de Belo Horizonte, manifestado pela Fazenda Pública Estadual contra sentença que julgou o cálculo da taxa de herança, na sucessão *causa mortis* de Brasiliana Gonçalves Baeta. Insurge-se a agravante contra a dedução no monte tributável, aliás, no valor do espólio, para cálculo do monte tributável, do valor de honorários de advogado contratado regularmente pela inventariante para o inventário e partilha e prestação de contas de curatela exercida pela inventariada e respectiva regularização. E quer, além disso, que se incluam no valor admitido para ações inventariadas, de sociedades anônimas, os dividendos que correspondentemente a elas foram posteriormente distribuídos, relativos ao tempo anterior à abertura da sucessão, poucos dias depois de encerrado um exercício anual de comércio das companhias emitentes das ações. O Exmo. Sr. procurador geral é pela desprovemento. Em mesa.

Belo Horizonte, 10 de junho de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

\*

## DEMARCAÇÃO - DESPACHO SANEADOR - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ PRORROGAÇÃO DE JURISDIÇÃO

- A demarcatória não tem como finalidade dirimir dúvidas subjetivas a respeito das divisas ou dimensões de terreno, senão cravar ou aviventar marcos divisórios. Improcede, pois, com relação a terrenos com divisas certas conhecidas e materiais. A expressão "divisas", neste particular, pode ser entendida como "lindes" traçadas no instrumento de compra e não como "cercas" materiais.

- A carência de ação não pode ser decretada no saneador e sim reservada à decisão final, quando depender de prova.

**- Prorroga-se a jurisdição do juiz substituto até a decisão do feito a cuja instrução presidiu, mesmo que o substituído venha a reassumir, antes, a função.**

Manuel Anacleto Chaves *versus* Francisco Fernandez Garcia e sua mulher

Ap. n° 7.009 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que são apelantes Manuel Anacleto Chaves, Francisco Fernandez Garcia e sua mulher e apelados os mesmos:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer de ambos os recursos e lhes negar provimento, pagas as custas em proporção, denegado, preliminarmente, o agravo no auto do processo, porque, na inicial, o autor fala em divisas e as divisas, aí, poderiam ser enunciadas como as lindes traçadas no instrumento de compra, e não como cêrcas materiais e a carência de ação é matéria que devia ser, mesmo, reservada à decisão final, por depender de prova. A sentença não é nula, como pretende o primeiro apelante, pelo fato de haver sido proferida pelo juiz substituto, quando o titular da Vara já a êsse tempo estava em exercício, eis que o prolator foi quem presidiu à instrução e, por consequência, teve a sua jurisdição prorrogada. E, sendo legal, é outrossim, acertada a decisão, porque, como se verifica dos autos, o autor adquiriu terrenos com divisas certas, conhecidas e materiais, o que, aliás, nem êle mesmo nega. Ora, á, demarcatória tem por objetivo cravar marcos divisórios, ou aviventá-los. A dúvida do autor é subjetiva. Sustenta não acompanhar o tapume o desenho da escritura, mas, nesse caso, a ação de que usou é, evidentemente, imprópria, porque a sua intenção sòmente pode ser satisfeita pleiteando maior gleba, do que o vendedor, efetivamente, lhe proporcionou, ou se insurgindo contra usurpação de vizinhos, e nenhuma dessas alternativas pode ser resolvida, judicialmente com o emprêgo da lide de que lançou mão. Não vale dizer que propôs demarcatória com queixa de esbulho, já que êsse pedido é de natureza derivada e falece quando sucumbe o principal. No que toca ao recurso dos segundos apelantes, o desprovêm porque o autor não agiu com

temeridade, procurando solucionar a sua dúvida e a eleição inadequada do processo é êrro escusável.

Belo Horizonte, 9 de agosto de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *L. Prates*.

## RELATÓRIO

Trata-se de demarcatória proposta na 4ª Vara Cível da Capital contra Francisco Fernandez Garcia e Pascoal Izeni por Manuel Anacleto Chaves. Os réus contestaram alegando ser incabível a ação, de vez que não há confusão de limites relativa ao lote em litúgio, mas divisas certas, antigas e conhecidas, extremado-o dos vizinhos. Como o juiz declarasse o processo saneado, agravaram os réus nos autos. O juiz julgou o autor carecedor de ação, e, tanto êle como Francisco Fernandez Garcia, apelaram: êste pleiteando honorários. Recursos em têrmos, autos à revisão.

Belo Horizonte, 20 de junho de 1951. - *Aprígio Ribeiro*.

## SENTENÇA CONFIRMADA

1. É fácil verificar-se que não há na esfera da legislação em vigor, suporte para a demarcação que se pretende levar a efeito.

Está na lei processual, art. 415, que a ação de demarcação compete ao proprietário ou condômino de um prédio, contra os possuidores do prédio Confinante, para a fixação de rumos novos ou aviventação dos existentes; e o Cód. Civil concede a ação ao proprietário, sòmente para a aviventação de rumos apagados e para a renovação de marcos destruídos (art. 569). Os dois dispositivos são equivalentes, em substância, e êste é o princípio tradicional. Assim dispunha a legislação anterior: dec. estadual nº 662, que promulgou o regulamento para as ações de divisão e demarcação de terras, de 24 de novembro de 1893, substituído pelo dec. nº 2.012, de 21 de abril de 1907, ambos com inspiração na sistemática do dec. federal nº 720, de 5 de setembro de 1890, que consubstanciou as leis esparsas de antes da República. Já então se havia estabelecido que o autor e os confrontantes se deviam louvar em

agrimensor e arbitradores para "que demarquem os antigos limites ou os constituam de novo" (artigo 67).

Daí verificar-se que a ação demarcatória só é possível quando não existirem sinais limitativos do terreno ou quando, embora existindo, estiverem apagados. Na espécie, resulta provado que existem tapumes entre os imóveis em questão, representados por cêrca e muro. A prova é coerente nessa afirmativa, e o próprio autor não o negou, dizendo, ao contrário, que quando adquiriu o seu imóvel, em 1947, havia uma cêrca de arame separando-o dos terrenos dos réus; e que essa cêrca ainda existe, dividindo-os (fls. 120). Não há confusão de limites, achando-se os rumos materializados no solo, e há muito tempo respeitados.

Ora, a *actio finium regundorum* não tem como finalidade dirimir dúvidas subjetivas a respeito de divisas (OLIVEIRA LIMA, "Divisões, Demarcações, Tapumes", pág. 22). O seu objetivo precípua é o de suprimir a *confusio finium*, que existia desde muito, ou desde todo o comêço, porque desde muito deixaram de existir, ou nunca existiram marcos ou porque foram recentemente destruídos; não se pede para assinar marco onde os há; nem se determina onde estão determinados, nem se põem onde já estão postos (PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. III, tomo I, pág. 402). Quer nos parecer que o que houve foi uma superposição de lotes ocasionada pela primitiva divisão, de tal sorte que foi reduzida a dimensão do lote do autor, ou nunca teve êle a dimensão que consta da escritura. Por isso a questão deve ser examinada, não em relação às divisas, que estão bem exteriorizadas; mas em função das dimensões, e nesse caso o remédio jurídico será outro. Sendo a linha certa e visível, não havendo nenhuma confusão quanto aos rumos, é inadequada a ação demarcatória ante a invasão ou ameaça do confrontante. Outra seria mais viável, assim uma possessória, uma reivindicatória, ou mesmo uma ação *quanti minoris* (CORREIA TELES, *apud* RODRIGO OTÁVIO, "Divisão e Demarcação de Terras Particulares", 3ª ed., 1913, págs. 45 e segs.; FRAGA, "Teoria e Prática da Divisão e Demarcação de Terras", 4ª ed., 1936, págs. 223 e segs.; CÂMARA LEAL, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", 1940, volume V, pág. 320; "Rev. dos Tribunais", vol. 168, pág. 275).

2. Por fim, e relativamente à questão processual, não procede o argumento do autor, segundo o qual não é mais possível conhecer-se da matéria ora examinada, que já teria sido objeto de solução no despacho saneador. Êsse despacho, proferido pelo titular da Vara, entrosa-se com um outro, anterior, também do mesmo juiz. Desacolhendo, no primeiro, o pedido de absolvição de instância, entendeu o magistrado, apenas, que não se tratava de petição inepta. Afirmou então que o momento não era oportuno para um pronunciamento sôbre matéria sujeita a prova de fatos. E, depois, como que completando o primeiro despacho, proferiu outro, em que declarou saneador, o processo, simplesmente. Permaneceu, assim, com a sua primitiva intenção de só apreciar a questão de direito material depois de completar-se a prova. Êsse complemento só veio com a audiência, no curso da qual foram ouvidos os peritos, o autor, em depoimento pessoal, e três testemunhas. Essa a compreensão mais razoável dos dois despachos, já que a expressão "Nada a sanear", só por si, não poderia deliberar sôbre *a legitimatio ad causam*. O seu alcance é limitado à legitimação processual: representação das partes, nulidades, irregularidades - em suma, resolve que o processo está *purificado*, mas apenas relativamente aos pressupostos necessários ao exercício da ação. É a capacidade processual, que não se confunde com a qualidade para agir, que é, um requisito intermediário, pressuposto da sentença de mérito. Para se considerar o despacho saneador extensivo a *legitimatio ad causam*, equivalente a essa *qualidade*, será preciso que o juiz se pronuncie expressamente sôbre o assunto. De tal sorte que a nossa manifestação agora, sôbre tais condições, não equivale a um pronunciamento sôbre matéria preclusa em primeira instância (LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil vol. III, pág. 92, ed. Konfino, 1947; ALBERTO DOS REIS, "Breve Estudo...", Coimbra editôra, 1933; HUGO ALSINA, "Tratado Comp. Argentina de Editôres, 1941, págs. 220 a 227; LIEBMAN, em notas a CHIOVENDA, "Instituições", vol. I, págs. 522-524).

Em face de tais fundamentos, decido pela carência da ação proposta, pagas as custas pelo autor.

Publique-se em audiência, hoje, às 13,30 horas.

Belo Horizonte, 18 de abril de 1951. - *João Procópio de Carvalho*, juiz de direito substituto da 4ª Vara Cível.

## **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

### **APELAÇÃO - INALIENABILIDADE - INCOMUNICABILIDADE**

- Cabe apelação da decisão que, no inventário, antes do julgamento da partilha, resolve questão que tem influência sobre o monte-mor e a partilha.**
- A cláusula testamentária que impõe a inalienabilidade à legítima dos filhos importa na incomunicabilidade dos bens gravados.**
- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR LOUREIRO LIMA: A proibição de alienar é proibição de dispor por um ato de vontade declarado e, assim, não compreende a incomunicabilidade, pois o regime da comunhão de bens independe de pacto algum.**

Leonídia Maciel Moreira Osório *versus* Alfredo Moreira Osório e outros

Ap. nº 7.158 - Relator: DESEMBARGADOR DÉCIO PELEGRINI

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos:

Acordam, em 3ª Câmara Cível, rejeitada a preliminar de se não conhecer do recurso, dar provimento, por maioria, à, apelação, entre partes, apelante D. Leonídia Maciel Moreira Osório e apelados Alfredo Moreira Osório e outros, para mandar excluir do inventário, a que se está procedendo por falecimento do Dr. Manuel Luís Osório, os bens que constituíram a legítima materna da apelante, gravados em testamento com a cláusula de inalienabilidade.

A apelante manifestou certa dúvida, sobre o cabimento da apelação, interposta da decisão que, no aludido inventário, decidiu a questão suscitada. E os apelados, em suas razões, argüiram a preliminar do não cabimento do recurso, só admissível da sentença final, homologatória da partilha.

Via de regra, a decisão final, no inventário, e portanto, apelável, é, de fato, a homologatória da partilha. No caso, porém, há particularidades a considerar. Antes da partilha, foi julgada importante questão de direito, qual seja a de saber se a cláusula de inalienabilidade importa na incomunicabilidade dos bens gravados. A questão podia e devia ser resolvida, como foi, no inventário. A decisão proferida tem, porém, efeito decisivo, por isso influencia sobre o monte-mor e a partilha. Mais cômodo e mais econômico será, por isso, resolver a questão em definitivo, antes do pagamento do imposto de transmissão e da partilha. Solução contrária sujeitaria os interessados às delongas e despesas de possíveis reformas da partilha e pedido de restituição de impostos pagos a mais.

Quanto ao mérito, discute-se, na apelação, se a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens constitutivos da legítima, em testamento, importa na incomunicabilidade dos mesmos. No testamento de D. Flora Mercedes Antunes Maciel Moreira, mãe da apelante, há a seguinte cláusula: "Determino, também, que os bens designados não poderão ser alienados sob pretexto algum, mesmo na parte que constituir a legítima pròpriamente dita, durante a vida de meus ditos herdeiros. Teria essa cláusula tornado incomunicáveis os bens da legítima da ora apelante, embora casada, pelo regime comum da comunhão, com o *de cujus*? A questão é controvertida na doutrina e na Jurisprudência. A maioria da Câmara inclinou-se, no entanto, pela resposta afirmativa, por entender que a inalienabilidade é o gênero, de que a incomunicabilidade é uma das espécies. Com efeito, a comunicação dos bens importa na alienação de metade dêles. Haja vista o inventário por morte de outro cônjuge, em que, na hipótese de comunicação, metade dos bens inalienáveis sai do domínio de quem os recebeu como tais. Mais impressionante é o exemplo quando o outro cônjuge morre sem filhos, mas deixando ascendentes. A metade dos bens inalienáveis passará para o domínio de pessoa estranha ao testador. Por isso, a maioria dos julgados inclusive do egrégio Supremo Tribunal Federal, como se vê, entre outras, das decisões citadas pela apelante, entende que a cláusula de inalienabilidade, imposta no testamento, importa na de incomunicabilidade, dos bens gravados.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 16 de agosto de 1951. - *Loureiro Lima*, presidente, vencido no mérito. Neguei provimento para confirmar a sentença apelada por seus

jurídicos fundamentos. É incontroversível que a inalienabilidade implica indisponibilidade e até mesmo, quando é ela objetiva, põe a coisa fora de comércio. Rigorosamente falando, pode-se dizer que a inalienabilidade objetiva é simples decorrência da in comerciabilidade. Destarte, em tema de inalienabilidade, propriamente dita, é ela sempre uma manifestação da vontade, e não da lei; é pura e simplesmente negocial e implica, em última análise, proibição de alienar, tornando a coisa inseparável de seu titular (cf.-se ENNECCERUS, "Tratado de Derecho Civil", vol. I, parte II, § 135; FERRARA, "Trattato di Diritto Civile", vol. I, n° 162).

Assim, proibição de alienar é proibição de dispor, mas para alienar mister se faz um ato de vontade declarado, e, em se tratando de imóvel, ainda é necessária a atuação notarial. Os que afirmam que a cláusula de inalienabilidade implica incomunicabilidade, parece esquecerem disso, com tomarem a última expressão em sentido lato, e não no estreito referente a matrimônio exclusivamente. Este, sob seu segundo aspecto puramente econômico, pode decorrer, exclusivamente, da lei, e é isto o que acontece entre nós quando o regime seja o da comunhão universal, sem necessidade de pacto algum. Ora, por êste regime. a teor do art. 263 do Cód. Civil, só os bens clausulados de incomunicabilidade é que se excluem da comunhão, os simplesmente inalienáveis, por fôrça da índole e do escopo dêsse regime, entram para êle pelo só querer da lei, e não por ato de vontade de seu titular, ou pelo uso do direito de disponibilidade que lhe é peculiar, mas que no caso lhe é vedado pela cláusula proibitiva. Destarte, de fato, o proibido de alienar não aliena; a lei é que dá destinação à coisa da qual não pode êle dispor. Nosso Cód. Civil não o diz expressamente, mas o alemão em seu art. 1.438, para não deixar dúvida, declara que "cada um dos objetos se torna comum sem necessidade de uma transmissão por ato jurídico". Isso é uma conseqüência do regime da comunhão universal, e porque é uma conseqüência, a lei facultou ao testador clausular a legítima ou só de inalienabilidade, ou só de incomunicabilidade, ou então de ambas as coisas ao mesmo tempo, sem que uma implique a outra, em se tratando de matrimônio, pois se há só cláusula de inalienabilidade, isso perdurará enquanto exista o matrimônio, sem ofensa à vontade do testador. O histórico do instituto entre nós é bem claro. Quando foi da lei FELICIANO PENA, êste senador, em discurso de sustentação do projeto, assim se manifestou: "Assim, Sr. presidente, apesar de ter consignado do projeto tal dispositivo, não lhe desconheço os perigos (referia-se à administrado

da mulher), e para os conjurar eu aconselharia como mais prudente, que, mesmo neste caso, o testador determinasse a conversão dos bens em apólices e a inalienabilidade destas na vigência do matrimônio" (SÁ E ALBUQUERQUE, "Testamento e Sucessões", pág. 58). É que nunca estêve no pensamento do legislador que a cláusula de inalienabilidade implicasse incomunicabilidade, pois seu escopo foi antes proteger a família do que pròpriamente o indivíduo ou herdeiro legítimo: *Décio Pelegrini*, relator para o acórdão; *Darci Pinto*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

\*

### CONDOMÍNIO - IMISSÃO DE POSSE - COMPOSSESSÃO

**- O adquirente de parte de imóvel em condomínio é carente da ação de imissão, de posse, cabendo-lhe a de divisão, a fim de pôr têrmo ao condomínio.**

**- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR ALVES DAIELO: Tendo o condômino direito de ingressar na compossessão, cabe-lhe a proteção possessória adequada, se os demais condôminos já localizados não o acolhem, a fim de assegurar-se o exercício dos direitos compatíveis com a indivisão.**

João Assis Viegas e outros *versus* Elpídio Evangelista Tavares e sua mulher

Ap. nº 7.066 - Relator: DESEMBARGADOR ERASTO CORREIA

### ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso para confirmar a sentença de fls. 99 a 103, por seus próprios e jurídicos fundamentos, frisando, porém, que não se trata, na espécie, de julgar improcedente a ação, mas os autores carecedores desta.

Custas como de direito.

Pôrto Alegre, 18 de julho de 1951. - *Erasto Correia*, presidente e relator; *João Clímaco de Melo Filho*; *Maurílio Alves Daielo*, vencido. As terras em lide, fazendo parte de um todo com a área de cêrca de 700 bracas, individuadas e determinadas, como decorre do depoimento do réu e da perícia, inclusive o mapa de fls. 68, pertenciam à firma social Juan Antunes Filho, que, dissolvida em 1932, tocaram aos seus sócios. Foi o seu liquidante e administrador o Sr. Edwin Saraiva, que, em 1942, por intermédio do seu procurador, autorizou ao réu a tomar posse, *em nome dêle*, da área que lhe coubera em partilha (fls. 10 v.).

Tratava-se de posse precária, ainda que houvesse o ajuste de compromisso de compra e venda, sendo certo que não se cogitara de *posse direta*, comumente transferida, quando há, realmente, o citado contrato e não o simples *pacto de contrahendo*, como na espécie.

Em 1944, o réu adquiriu as demais partes dos condôminos na citada área, salvo aquela pertencente a Edwin, passando a ocupar todo o imóvel. Mas, em 1947 Edwin resolveu vender a sua parte, inclusive as benfeitorias ali existentes, denunciando assim o local certo da sua posse e que, anteriormente, cedera ao réu a título precário. Não resta dúvida, assim, de que na área alienada ao autor foram incluídos expressamente rancho e benfeitorias (fls. 6 e 9 v.), e que se acham localizados no imóvel, como se vê do *croquis* da perícia de fls. 68.

A prova é abundante de que esse rancho e benfeitorias, devidamente cercados, são antigos e passaram à posse de Edwin Saraiva, não tendo havido prova alguma no sentido de que os demais condôminos o desautorizassem, antes o confirmaram; quando venderam as suas partes ao réu, não mencionaram os referidos rancho e benfeitorias (fls. 13) e foram excluídos à vista do documento de fls. 9, do próprio réu Elpídio Evangelista Tavares.

É verdade que testemunhas aludem que algumas dessas benfeitorias foram construídas por antigos arrendatários, por exemplo, Taberengue mas, se o fôssem, a proprietária dessas terras, a antiga sociedade de Juan Antunes & Filho, as teria adquirido, com ou sem indenização, matéria que não interessa à presente demanda. Eram, pois, de propriedade da referida firma e por sua

dissolução e liquidação foram transmitidas aos respectivos sócios, e, assim sendo, poderiam fazer parte do quinhão de Edwin, posse essa a que se arrogou sem objeção dos demais e transferiu a título precário, em 1942, ao réu. É de ressaltar que, se o réu tivesse tido posse anterior no local, de 1926 a 1930, seria, como êle próprio afirma, na qualidade de arrendatário, e, findo o contrato, igualmente, cessara a sua *posse direta*. De modo que persiste, até o momento, a posse a título precário, que lhe fôra transferida por Edwin.

É verdade que, em 1944, adquirindo as demais partes da citada área, ficara em condomínio com Edwin, mas, em relação a êsse a sua posse conservou a natureza inicial, a não ser que a alterasse, manifestando propósito de excluir Edwin daquele local. Entretanto, isso não aconteceu, pois, ao adquirir as partes dos demais condôminos excluindo as benfeitorias e o rancho, considerou-as como pertencentes a Edwin; e, além disso, tendo êste vendido a sua parte em 1947, o réu protestou em juízo, dizendo que iria usar dos meios legais para assegurar os seus direitos, reconhecendo, indubitavelmente, a sua situação de precarista, no local, por fôrça da autorização que Edwin lhe concedera. De tal arte, constatou-se a situação de uma pessoa ser, simultaneamente, possuidora em nome próprio (condômino) e precarista, como a doutrina admite (ver MARTIN WOLFF, no "Tratado de Enneccerus", "Derecho das cosas", vol. I, pág. 49).

Essa é a situação de fato, a respeito da qual se terá de indagar e resolver qual a ação que compete ao autor, adquirente de parte certa do imóvel, para entrar na sua posse.

A sentença aludiu, no que foi confirmada pela ilustrada maioria desta egrégia Câmara, que a ação adequada é a de divisão e a respeito dúvida não há, mas, dada a sua natureza, pondo termo ao condomínio, cumpre verificar se não caberão outras ações, na indiviso, em defesa dos direitos dos condôminos, em face dos termos incisivos do art. 623, I, do Cód. Civil, combinado com os arts. 488, 499, 634 e 635 do mesmo Código.

No direito anterior admitiu-se a *pertis vindicatio*, como ressaltaram LAFAYETTE e LACERDA DE ALMEIDA, de acordo com os ensinamentos oriundos do direito romano. Entretanto, na vigência do Cód. Civil a doutrina e a jurisprudência rejeitam a ação de reivindicação pròpriamente dita, a não ser sob

a roupagem da *possessória* e de acordo com o art. 488 do Cód. Civil, como decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal (vêde "Repertório de Jurisprudência", de ALCKMIM, nº 1.323).

Nas fontes romanas e seguindo o fragmento de PAULO, o condômino que não tivesse parte na comosse poderia usar da reivindicatória para consegui-la, podendo, ainda, cumulá-la com a de divisão, para ser extremada a sua parte. Essa orientação, abrigada, em parte, no direito anterior, é anda admitida no direito tedesco e no italiano, como nos informa A. BUTERA, no seu clássico "La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale", pág. 89, o qual cita vários autores e julgados.

Entendia-se que, quando o condômino aliene, parte certa, de que fôsse possuidor, os outros não teriam contra êle ação de reivindicação, só lhe restando a ação de divisão. Ao condômino caberia, entretanto, a ação de reivindicação da posse, em relação a dita parte (vêde A. BUTERA, ob. cit., págs. 89-90).

Essa ação é a denominada *partis vindicatio*, a que aludiu o fragmento de PAULO e que o Supremo Tribunal Federal considerou incluída no dispositivo do art. 488 do Cód. Civil (vêde "Repertório", nº 1.323, citado).

Nesse ponto, é mister fazer uma distinção, como bem assinalou a egrégia 3ª Câmara Cível, em acórdão relatado pelo desembargador LOUREIRO LIMA, no sentido de que a compossessão, ou posse em comum, pressupõe o estado de fato, em que diversas pessoas possuem em comum uma mesma coisa indivisa, comosse regulada e defendida pelo art. 488 do Cód. Civil: enquanto que na posse exclusiva do condômino, em parte certa e individuada, não há comosse e o condômino tem as ações possessórias comuns para defende-la. Na primeira hipótese, o compossuidor terá ação para ser integrado na comosse ou ser mantenido no gozo comum de coisa de acôrdo com a sua destinação (vêde acórdão na "REVISTA FORENSE", vol. 122, pág. 208).

Por outro nado, não resta dúvida, igualmente, que o condômino com posse exclusiva pode transferi-la ("Repertório", citado, nº 1.423), ainda que o contrato seja condicional, mas o adquirente, a título de sucessor singular, terá os mesmos direitos que o alienante (BUTERA, ob. cit., pág. 90). Assim, a ação

possessória de que o condômino, antes do seu ato de alienação, poderia usar contra os demais condôminos, se considera transferida, igualmente, máxime se no contrato se estipula *clausula constituti*.

Por essa cláusula, o alienante se transforma em possuidor *alieno nomine*, ou precarista, se não houver título determinado, e o adquirente o substitui em relação àquele; que, em nome do primeiro, detém o imóvel. E esclarecem os anotadores de M. WOLFF: "Se o alienante carece de posse por outro "possuí-la ou detê-la, o que é transmissível ou transmitido serão as ações reivindicatórias ou interditais" (vêde "Derecho das cosas", ob. cit., págs. 398-401, e notas de BRÁS PEREZ GONZALEZ e JOSÉ ALGUER).

A ação de reivindicação será para o caso da perda de posse e as ações possessórias quando, ao menos, o alienante tiver a posse direta e transmiti-la.

É de notar que quando o alienante tiver *posse mediata* e a imediata estiver com um detentor ou precarista, a transferência da posse pela *clausula constituti* equivale a *breai manu*, como assinalam os escritores tedescos condensados na obra de ENNECCERUS (vêde WOLFF, ob. cit., vol. 396, § 66 e nota 17). Mas, dir-se-á que não tendo o adquirente entrado na posse real e somente nos direitos transferidos, não poderia usar das ações de manutenção ou de reintegração de posse. Nesse caso, lhe restaria a ele imissão de posse ou a de administração do condomínio para o seu uso e gozo, de acôrdo com o art. 635 do Cód. Civil.

No que tange à ação de imissão de posse, incluída entre as ações possessórias e que os autores denominam de reivindicatória possessória, de acôrdo com o nosso sistema, cujas fontes vão se haurir no direito romano, poderá obrigar ao adquirente, que se tornou condômino de parte certa, no imóvel à vista do art. 381, inciso I, do Código de Proc. Civil e atuando contra o condômino alienante ou terceiro, que em seu nome detiver o imóvel (vêde acórdão do Tribunal de Minas, in TITO FULGÊNCIO, "Da posse e das ações possessórias", pág. 478).

A doutrina mais autorizada, como vimos, admite que, na posse ou com posse no condomínio, o titular se apresenta sob aspecto múltiplo, possuindo em nome próprio, no de terceiro ou como representante ou mediador possessório; mas a com posse só se constituirá entre possuidores do mesmo grau. Assim, o réu e Edwin, e, após, o seu sucessor singular, eram possuidores no mesmo grau, na

situação de condôminos, jamais havendo compossessão na parte em que o primeiro é simples mediador da posse e representante de Edwin (vêde WOLFF, ob. cit., pág. 53).

Ora, na espécie, o autor adquiriu parte certa do condomínio, cuja validade não se pode pôr em dúvida; e se a dita parte certa estava ocupada pelo réu a título precário e em nome do alienante, conseqüentemente contra um ou outro é cabível a ação referida.

Não se enumerem os acórdãos referidos e constantes da "Justiça", vol. 24, pág. 290, e vol. 26, pág. 93, é os citados pela sentença, como contraditores da tese que vem sendo sustentada, porque nesses casos não se fizera alienação de bens certos e determinados e, além disso, nem havia *composse*, isto é, posse de coisa indivisa no *mesmo grau* e daí a carência de ação para o adquirente, mediante ação de imissão de posse, tomar, parte ideal no condomínio.

A doutrina e a jurisprudência têm aceitado que o condômino poderá ingressar na compossessão, sem que os demais condômino nos possam usar de qualquer ação contra êle e isso se concebe quando há boa vontade de todos êles ou no condomínio haja lugar â vago e não ocupado por aqueles. Na hipótese, porém; em que o condômino já localizado não acolhe o seu parceiro, tal como no caso vertente, êsse só poderia fazê-lo pelos meios violentos ou pelas ações adequadas. E se o art. 623, inciso I, do Código Civil dá ao condômino o direito de usar, livremente, da coisa, conforme o seu destino, e sôbre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, certamente deverá lhe outorgar a ação para assegurá-lo, *ex vi*; do art. 75 do Cód. Civil, e não será, certamente, a ação de divisão porque esta, irrecusavelmente põe fim ao condomínio e antes disso o condômino, de acôrdo com o Código, tem os seus direitos assegurados (vêde acórdão do Tribunal de São Paulo, "Rev. dos Tribunais"; vol. 127, pág. 521).

Nestas condições, o art. 823, inciso I, em referência, deve ser ajustado aos artigos 488, 499, 634 e 635 do Cód. Civil.

Afinal, comprovada a posse exclusiva de Edwin, que pôde ser individuada, perfeitamente, no local, como ressalta do *croquis* de fls., 68, e se dita posse exclusiva fôra ocupada, a título precário, pelo réu, a conseqüência iniludível é que, legalmente transferida ao adquirente, êste poderá nela imitir-se pela ação

de imissão de posse. Caberia, ainda, a de reintegração de posse, ou, em última análise, o reconhecimento em seu favor, e diante do que foi aduzido, do direito de usar e gozar do condomínio, juntamente com o réu, como já se tem admitido e de acôrdo com a opinião autorizada de DEMOLOMBE, AUBRY et RAU, GLUCK, LACERDA DE ALMEIDA e LAFAYETTE, como decidiu o egrégio Tribunal de São Paulo, considerada a espécie como ação inominada, seguindo a forma ordinária e cujo objetivo é dar cumprimento ao citado art. 623, inciso I, combinado com o art. 75 do Código Civil (vêde "Rev. dos Tribunais", vol. 127, pág. 530).

A não ser dessa maneira, desprotegeríamos o condômino, - possuidor ou compossuidor - que se sentiria incitado a usar da violência para obter aquilo que a lei não lhe recusa.

A ação de divisão, com que se lhe acena, cortaria o nó górdio das dúvidas, que o condomínio acarreta, mas não resolveria, no estado de indivisão, a justa e equânime situação dos condôminos, que a lei civil procura proteger, principalmente na situação particular do autor, cujos fatos não deixam a menor dúvida.

Dava, assim, provimento à apelação interposta para reformar a sentença, que lhe negou os direitos reclamados.

\*

### **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – DESPEJO - PERDAS E DANOS**

**- A substituição do assistente judiciário do autor, à revelia dêste, em virtude de renúncia do assistente anterior, não acarreta a nulidade do processo.**

**- Conquanto admissível a coação moral, decorrente da iminência do despejo só são indenizáveis os prejuízos sofridos pelo inquilino se provado que o locador, promovendo a ação, agiu dolosamente.**

**- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR NEI WIEDEMANN: Responde pelas conseqüências da sua insinceridade o locador que,**

**burlando a lei, pede para uso próprio a totalidade do prédio locado e, após, aluga parte dêle a terceiro, por considerá-la inadequada ou desnecessária ao uso visado.**

Germano Cúri & Irmão *versus* Juvenal Brito

Ap. nº 7.017 - Relator: DESEMBARGADOR MARTINS BATISTA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, interposta pela firma Germano Cúri & Irmão, de Pelotas, da sentença de fls. 83, que julgou procedente a ação de indenização de perdas e danos, contra ela promovida pelo apelado Juvenal Brito:

Acorda a 1ª Câmara Cível, neste integrado o relatório de fls. 125 e contra, o voto do Sr. desembargador NEI WIEDEMANN, prover à apelação para, reformando aquela sentença, julgar a ação improcedente, desprezada por unanimidade de votos a preliminar de nulidade parcial do processado.

A esta argüição deu causa n fato de ter sido substituído o assistente judiciário do autor, à revelia dêste, a requerimento do assistente anterior, que renunciou o encargo. Conquanto caiba, efetivamente, á própria parte a escolha do profissional a ser incumbido de sua defesa gratuita, a nomeação feita sem a observância desse princípio legal não afeta de qualquer maneira à parte adversa, não lhe ensejando, assim, o direito de argüir essa infração como causa de nulidade do processo. O prejudicado, quando realmente houvesse, seria o beneficiário da gratuidade da justiça, no caso, o autor, apelado, a quem caberia formular aquela argüição. Mas, na espécie dos autos, nem mesmo a êste a aludida infração à lei prejudicou, pois teve a defesa de sua intenção plenamente assegurada pelo assistente nomeado, tanto assim que logrou o acolhimento da sentença, e, nesta instância, do voto de um dos membros da Câmara.

*De meritis:* O autor teria experimentado as perdas e danos; cuja indenização reclama da firma ré, por ter sido coagido por esta, mediante pedido insincero, para uso próprio, do prédio em que há 19 anos exercia o seu comércio de farmácia, vendo-se, ante a ação de despejo dolosamente proposta, na

contingência de liquidar apressadamente e com vultoso prejuízo o seu negócio, diante da impossibilidade de encontrar outro prédio adequado àquele gênero de comércio, eis que, premido pelas circunstâncias e receoso dos malefícios morais de um despejo, fôra constrangido a aceitar uma proposta que, maliciosamente, lhe fôra imposta pela locadora.

Conquanto admissível à invocada coação moral, decorrente da iminência do despejo que se torrara real, pois a ação não fôra contestada, para que os prejuízos sofridos pelo autor fôssem indenizáveis pela ré, mister seria que esta, promovendo aquela ação, tivesse agido dolosamente, valendo-se do motivo legal do uso próprio, insinceramente, visando dar ao prédio destino diverso do alegado, ou seja, locando-o a outrem.

Esta hipótese, porém, no entender da maioria da Câmara, não se verificou. A firma locadora reclamou o prédio de sua propriedade para nêle localizar o seu escritório e o depósito de mercadorias, por deficiência de espaço na propriedade ocupada pela "Casa das Sêdas", estabelecimento comercial de sua propriedade. E êsse foi o destino que lhe deu, utilizando a parte térrea do prédio, anteriormente ocupada pela farmácia do autor. É verdade que a parte superior da casa, que o autor destinava aos consultórios médicos, foi locada a terceiro. Isso, porém, não caracteriza a insinceridade do pedido do prédio para uso próprio, uma vez que se lhe deu o destino invocado, sendo locada a parte do mesmo, inadequada àquele uso, ou desnecessária por excedente. Não se configurou, enfim, um ato ilícito da firma ré, para que seja responsável pelos prejuízos sofridos pelo autor. Houve, sim, o exercício regular de um direito reconhecido, o da retomada do prédio locado, para seu uso próprio.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 4 de setembro de 1951. - *Homero Martins Batista*, presidente e relator; *Décio Pelegrini*; *Nei Wiedemann*, vencido: Retomando o prédio com fundamento no nº II, pr., do art. 18 do dec.-lei número 9.669, de 29 de agosto de 1946, a firma locadora utilizou a parte térrea do mesmo prédio e locou a terceiros a parte superior dêle, que o inquilino afastado (farmacêutico) destinava a consultórios médicos. Essa locação foi feita por mil cruzeiros mensais, cêrca de três meses após a efetiva entrega do prédio por aquêle inquilino. Ante êsses fatos, incontroversos, tanto que aceitos pelo acórdão,

neguei provimento à apelação. A asserção nuclear da sentença apelada permanece invulnerada: a firma locadora "burlou, efetivamente (a lei), pedindo a totalidade do prédio para seu próprio uso - o que a lei lhe permitia - e, após, em contradição consigo mesma e em infração à mesma lei, cedendo parte dêle a terceiro, a título oneroso" (fls. 91). Das justificativas tentadas o acórdão acolheu aquela de serem as peças locadas inadequadas para o uso visado pela firma locadora, ou desnecessárias por excedentes. Mas o balanço, entre a vantagem de usar "o prédio" e o desfalque nos aluguéis dêle, há de ser passo obviamente precedente à deliberação de efetivar despejo "para uso próprio". Se a firma locadora assim procedeu, e achou conveniente o resultado, cumpre-lhe suportar as conseqüências previstas; se não verificou qual seria a situação superveniente, e deparou com prejuízo econômico, *sibi imputot*. Mas não é possível que o locador crie a possibilidade de auferir rendas pela locação do prédio que fêz desocupar "para uso próprio". Conseqüentemente, considerei comprovada a insinceridade do pedido de despejo formulado pela firma locadora, e reconheci a procedência da ação intentada pelo inquilino desalojado.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

\*

## **COMUNHÃO DE BENS - ANULAÇÃO DE CASAMENTO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

**- O patrimônio do casal, enquanto perdurar o matrimônio nesse regime, é comum e responde pelas dívidas contraídas pelo marido e correspondentes a promissórias emitidas em pagamento de honorários contratados para a defesa do emitente na ação de anulação do casamento.**

Herta Elisabeth Neugebauer Endter *versus* Válter Rêgo de Miranda

Ap. nº 6.798 - Relator: DESEMBARGADOR BALTASAR BARBOSA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, de Pôrto Alegre, entre partes, apelante Herta Elisabeth Neugebauer Endter e apelado Válter Rêgo de Miranda, fazendo parte integrante dêste o relatório de fls. 66 e 67.

O advogado Dr. Válter Rêgo de Miranda propôs ação executiva contra Magnos Endter para haver a importância de Cr\$ 55.300,00, representada por quatro notas promissórias.

Feita a penhora num imóvel, contestou a ação a mulher do devedor, alegando que a dívida ajuizada provém de serviços profissionais prestados pelo autor ao réu, na ação, de anulação de casamento por êste proposta contra a contestante. E como as promissórias foram emitidas quando o casal já estava litigando, isso permite admitir a hipótese de haverem sido elas emitidas para desfalcar o patrimônio da apelante. Alega, mais que o imóvel penhorado lhe pertence e que bens do marido é que deviam ser objeto da penhora. Finalmente afirma que só chegando a têrmo a ação é que o advogado tem direito aos honorários e que a má-fé do réu ressalta do fato de não ter contestado a ação.

O Dr. juiz de direito da 3ª Vara Cível julgou a ação procedente, tendo a ré apelado.

A sentença merece confirmada.

A apelante podia discutir a origem da obrigação representada pelas promissórias, pois, como ré na ação, podia apresentar defesa de caráter pessoal, como a alegação da simulação da dívida para prejudicar o seu patrimônio.

Referindo-se ao direito pessoal do réu contra o autor, nessas ações, diz PAULO DE LACERDA: "A característica desta classe de defesas está precisamente nisto, que a alegação apresenta um cunho todo pessoal entre as partes, estranho ao direito cambiário e fundamentado no direito civil ou comercial. O intuito da lei é resguardar, na medida do possível, os interesses do réu. Ela afasta a perspectiva das sentenças baseadas unicamente no rigor cambiário quando, agitando-se a questão entre as próprias partes pessoalmente interessadas e recìprocamente comprometidas, êsse mesmo rigor perde a sua razão máxima de ser, o crédito que a cambial deve inspirar a bem da sua circulação, e, pois, aos terceiros" ("A cambial no direito brasileiro", 4ª edição nº 430, págs. 432 e 433).

Tanto a "falta de causa" como a má-fé podem ser alegadas e provadas pela ré, pois as promissórias foram assinadas pelo seu marido e o patrimônio comum é responsável pelo pagamento.

A falta de causa nas relações pessoais, entre o autor e o réu, bem como o dolo, a má-fé, podem ser alegados em defesa, na lição de CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado de Direito Comercial", vol. V, 2ª parte, 2ª ed., pág. 432).

Mas a ré apenas aventou a hipótese de ter havido intenção da parte do seu marido e do autor, de prejudicá-la. Não apresentou prova alguma a respeito disso.

A causa daqueles títulos foram os honorários contratados para a defesa do emitente, na ação de anulação de casamento. O patrimônio do casal, enquanto perdurar o matrimônio, é comum pois a ré é casada pelo regime da comunhão. Os bens do casal, por conseguinte, respondem pelas dívidas contraídas pelo marido. Se fôr dissolvida a comunhão, pela anulação do casamento (artigo 267, nº II, do Cód. Civil), ao ser efetuada a divisão do ativo e passivo (art. 268 do cód. Civil), haverá oportunidade para a apelante discutir se a quantia correspondente aos honorários do advogado do marido deve ser descontada da parte que a êle couber.

Não pode exigir a apelante que os honorários só sejam pagos após julgada a ação, pois isso depende do contrato feito entre o seu marido e o advogando.

Acordam, em 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, negar provimento à apelação, para confirmar a sentença apelada.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 12 de julho de 1951. - *Loureiro Lima*, presidente; *Baltasar Barbosa*, relator; *Décio Pelegrini*.

RELATÓRIO

O advogado Dr. Válter Rêgo de Miranda propôs ação executiva contra Magnas Endter, de quem se diz credor de Cr\$ 55.300,00, importância essa representada por quatro notas promissórias.

Feita a penhora num imóvel, contestou a ação a mulher do devedor, dizendo, preliminarmente, ser nula a ação por ferir o dec.-lei nº 4.166, de 11 de março de 1942, visto ser o devedor de nacionalidade alemã. No mérito, alegou que a dívida ajuizada provém de serviços profissionais prestados pelo autor ao réu, na ação de anulação de casamento por êste proposta contra a contestante. E como as promissórias foram emitidas quando o casal já estava litigando, isso permite admitir a hipótese de haverem sido elas aceitas para desfalcar o patrimônio da contestante. Alega, ainda, que a penhora é nula, porque recaiu sobre imóvel da contestante, quando o seu marido possui patrimônio próprio. Diz, também, que a dívida provindo de serviços profissionais prestados pelo autor ao réu, na mencionada ação de anulação de casamento, deve ser paga pelo patrimônio do réu e não com bens particulares da contestante. Por outro lado, o autor não pode cobrar honorários, ainda, por não ter chegado a termo a ação que lhe dá direito aos honorários. Afirma que a má-fé do réu ressalta da circunstância de não ter contestado a ação.

No despacho saneador, o juiz repeliu a preliminar levantada na contestação. Realizada a audiência de instrução, foi proferida sentença julgando a ação procedente, dizendo o juiz que as promissórias operaram novação na dívida pelos honorários, e que a investigação sobre a causa da constituição dos títulos ajuizados, contraria a natureza jurídica da cambial, que é título formal e autônomo e, quando se admitisse essa pesquisa, a ação ainda seria julgada procedente, pois não foi feita prova alguma da alegada intenção de desfalcar o patrimônio da contestante.

Inconformada, a ré apelou, dando as razões do seu apelo. A parte vencedora defendeu a sentença recorrida.

À revisão do Exmo. Sr. Des. LOUREIRO LIMA.

Pôrto Alegre, 4 de abril de 1951. - *Baltasar G. Barbosa.*

## TAXA DE DEFESA DA PRODUÇÃO - INCIDÊNCIA SÔBRE O ÁLCOOL – "QUORUM" PARA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

**- É inconstitucional a lei que não reúne o "quorum" legal para declará-la constitucional, como, por exemplo, a taxa de defesa da produção.**

Sociedade de Álcool de Aguardente Ltda. e outro *versus* Estado do Rio Grande do Sul

Ag. nº 3.558 - Relator: DESEMBARGADOR ALVES DAIELO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, etc.:

Acordam, em Tribunal Pleno, deixar de declarar a inconstitucionalidade das leis números 684 e 158, respectivamente, de 6-9-36 e 11-9-37, suscitada pela egrégia 3ª Câmara Cível, por não ter sido obtido o quorum legal, nos termos do art. 200 da Constituição federal.

Custas na fôrma da lei.

Pôrto Alegre, 13 de janeiro de 1950. - *Hugo Candal*, presidente: Votei pela constitucionalidade da lei nº 684, de 6 de setembro de 1936, na qual se baseia o Estado ao propor o presente executivo fiscal. Essa lei nada tem de inconstitucional, pois criou um tributo de caráter geral, sob a denominação de taxa de defesa da produção, incidindo sôbre todo o álcool consumido no Estado. Não se pretende considerar essa lei ofensiva do art. 19, inciso IV, da Constituição federal de 1934. então vigente, sômente porque a lei posteriormente promulgada sob nº 158, de 1937, mandou restituir ao produtor riograndense Cr\$ 1,00 da taxa cobrada (e que era de Cr\$ 1,20), por litro, a título de prêmio.

Com efeito, o art. 19. inciso IV, da aludida Constituição assim dispunha:

"É defeso aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - Estabelecer diferença tributária, em razão de procedência, entre bens de qualquer natureza".

Esse artigo deve ser entendido de acordo com o art. 17 que no inciso IX, proibia às mesmas entidades de direito público cobrar sob qualquer denominação, impostos, etc., que no território nacional gravem ou perturbem a livre circulação de bens, etc.

Ora. o Estado, criando a taxa de defesa da produção, o faz em caráter geral, fazendo-a incidir sobre todo o álcool, quer o produzido neste Estado, quer o produzido em outros Estados da União. O que ninguém lhe pode contestar é o direito, senão o dever, de incentivar a produção do álcool no seu território, oferecendo prêmios aos respectivos produtores. O pagamento desses prêmios, consistente na devolução da parte da taxa mesmo recolhida aos cofres estaduais, não tira o caráter de proteção à indústria do álcool, da mesma forma que se verificasse por meio de pagamento em dinheiro, sem relação alguma com a importância recolhida como taxa de defesa da produção.

E, se assim é, mal se compreende que essa forma de proteção e auxílio ao produtor possa acarretar a inconstitucionalidade da lei que instituiu aquela taxa; *Maurílio Alves Daielo*, relator, pelos motivos declarados em sessão e do seguinte voto: O Estado do Rio Grande do Sul intentou, em 1938, o presente executivo fiscal contra a sociedade de Álcool e Aguardente Ltda. a fim de cobrar a importância de Cr\$ 333.666,50, relativa à taxa de defesa de produção, à razão de 1\$200, hoje Cr\$ 1,20, por litro de álcool retirado do depósito oficial e procedente de Estado do norte.

O processo seguiu os seus trâmites e de logo foi argüida a inconstitucionalidade da referida taxa, criada pela lei nº 684, de 6-9-36, na sua complementação, qual seja, a lei nº 158, de setembro de 1937, dando direito ao produtor sul-riograndense de reembolso de Cr\$ 1,00 a título de prêmio, diferença essa de tributação, acrescentam que fere o art. 17, nº 9, e art. 19, nº 4, da Constituição federal de 1934 e art. 12, inciso XIII, da Constituição estadual de 1935.

E afirmavam que, realmente, no que tange aos produtores do norte, a mercadoria logo após a sua chegada era recolhida ao depósito oficial e a sua retirada se fazia mediante o pagamento da taxa a que aludia a lei nº 684; ao passo que o produtor sul-riograndense, no ato de pagar a mesma taxa, recebia a título de prêmio e na conformidade da lei nº 158, a devolução de Cr\$ 1,00, o que em última análise correspondia ao pagamento da taxa de Cr\$ 2,20 por litro, pois que o restante de Cr\$ 1,00 redistribuía-se aos citados produtores. Daí a inconstitucionalidade da lei nº 158, ferindo os artigos já assinalados, como acentuaram os pareceres de ALFREDO BERNARDES DA SILVA e CLÓVIS e BEVILÁQUA.

E, após incidentes que não dizem respeito à matéria em estudo, decidira o juiz pela inconstitucionalidade da lei nº 158, não reconhecendo a da lei nº 684, em que se baseara a inscrição da dívida fiscal, entretanto os r produtores sul-riograndenses só pagaram em realidade Cr\$ 0,20 por litro, igual tributação deveria sofrer a ré, por equidade. Tendo havido apelação, inclinou-se a 3ª Câmara Cível pela inconstitucionalidade do tributo no seu *quantum*, apreciadas em conjunto as leis ns. 684 e 158, contra o voto do desembargador LOUREIRO LIMA. A lei nº 684, citada, que estabeleceu a taxa denominada dê defesa da produção, dada a sua generalidade não sofreu e nem se argüiu contra ela a eiva de inconstitucionalidade. O mesmo não acontece em relação à lei nº 158, elaborada em complementação da primeira e que fôra vetada e afinal promulgada pelo presidente da Assembléia, em 11 de setembro de 1937.

Apesar do que expressou a douto voto vencido, como anteriormente já o havia feito o inesquecível jurista MAURÍCIO CARDOSO, de que o sistema de prêmios, como um incentivo ao produtor, não estabelecia diferenciação na produção e na tributação, adoto sem menor dúvida a opinião dos insignes juristas invocados, pois que, em verdade, de, uma desigualdade de tributação, da criação de uma barreira aos produtores de outro Estado e a reimplantação da tributação do mercado, inter-estadual, sob disfarce de um prêmio ao produtor sul-riograndense. É corto que os economistas recomendam êsse sistema de prêmios como um incentivo ao produtor, mas que não importe, dado o seu feitio particularista, como na espécie, de uma infração aos dispositivos já invocados,. que para ilustração da matéria passo a ler.

De modo que a solução propugnada é de que inconstitucional é a lei nº 158; não é entretanto, a lei nº 684; mas entendo que escapa à competência deste Tribunal decidir pela, inconstitucionalidade do tributo relativamente ao seu quanto, como pretende a egrégia 3ª Câmara, de tal forma que, apreciadas as duas leis, fique reduzida a taxa, exclusivamente, a Cr\$ 0,20, como entendeu, aliás, por equidade e assim por um princípio de sistemática ou de interpretação, o juiz de primeira instância.

Afinal, entendo que, se inconstitucional é a lei que criou o prêmio a que alude a lei nº 158, é, porém, constitucional e tributação da taxa na sua generalidade da lei nº 884 e competirá à egrégia 3ª Câmara resolver sob o *quantum*, sue deve prevalecer; *Erasto Correia; Cândido C. de Paiva; Coriolano Albuquerque; Samuel Silva; Homero Martins Batista; Loureiro Lima; Solon Soares; Celso Afonso Pereira*, votei pela inconstitucionalidade, de conformidade com o acórdão da 3ª Câmara Cível, de 4 de agosto de 1949, que nesse sentido se orientou; *Décio Pelegrini*, vencido: Votei pela inconstitucionalidade, pelos fundamentos do acórdão da 3ª Câmara, de que fui relator.

Fui presente. - *Abdon de Melo*.

## **JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA**

### **JUSTIÇA GRATUITA - FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

- Concede-se o benefício da Justiça gratuita ao funcionário público que, embora sem encargos de família, tem vencimentos líquidos que orçam por dois mil cruzeiros mensais.

Adair Leinhardt Coimbra **versus** Adalberto Santos Coimbra

Ag. nº 3.965 - Relator: DESEMBARGADOR DÉCIO PELEGRINI - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 31 de maio de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.102)

## **SUB-ROGAÇÃO DE BENS - NEGÓCIO MAIS VANTAJOSO**

- Só em caso de necessidade manifesta deve ser autorizada a sub-rogação de bens não a legitimando o motivo de negócio mais vantajoso e de maior renda, podendo o pedido, em tal caso ser indeferido liminarmente.

Agravante: Julieta Jorgens Ribeiro

Ag. nº 3.974 - Relator: DESEMBARGADOR LOUREIRO LIMA - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 7 de junho de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.103)

\*

## **INVENTÁRIO - REPRESENTAÇÃO LEGAL DA HERANÇA**

- Ainda que caiba a representação legal da herança ao inventariante não dativo, ela também se considera representada por todos os herdeiros, inclusive meeiro, se houver, os quais poderão intentar ações de domínio ou de passe contra terceiros, na qualidade de interessados diretos.

Preciosa Venturini Della Mea e outros **versus** Cia. de Seguros Pôrto Alegre

Ag. nº 4.029 - Relator: DESEMBARGADOR ALVES DAIELO - Ac. unânime da 2ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 18 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.104)

\*

## **DOENÇA PROFISSIONAL - RESPONSABILIDADE DO SEGURADOR - SEGURADORES SUCESSIVOS**

- Responde pela indenização por doença profissional não os seguradores sucessivos mas tão-sòmente o segurador cujo contrato de seguro de acidente do trabalho esteja em vigor no momento da verificação da incapacidade.

Cia. Nacional de Seguros Ipiranga **versus** A Meridional Cia. de Seguros e Acidentes do Trabalho

Ag. nº 3.910 - Relator: DESEMBARGADOR NEIWIEDEMANN - Ac. da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Just. do Rio Grande do Sul, em 3 de julho de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.105)

\*

### **ACIDENTE DO TRABALHO – PRESCRIÇÃO**

- O inquérito policial, bem como o pedido de providências feito pelo curador de acidentes no caso de morte, para intentar a respectiva ação, interrompem a sua prescrição.

Belmira Antunes Tavares **versus** A "Protetora" Companhia de Seguros contra Acidentes do Trabalho e outra

Ag. nº 3.999 - Relator: DESEMBARGADOR ALVES DAIELO - Ac. da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 14 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.106)

\*

### **EMBARGOS DO EXECUTADO - AGRAVO DE PETIÇÃO**

- A decisão que rejeita **in limine** os embargos do executado é suscetível de agravo de petição.

- No vigente sistema processual civil não tem cabimento a rejeição liminar dos embargos do executado, os quais, entretanto, poderão não ser admitidos, se oferecidos fora do prazo ou antes de seguro o juízo.

João Facro e sua mulher **versus** Adail Rodrigues

Ag. nº 4.001 – Relator: DESEMBARGADOR HOMERO BATISTA - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 31 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.107)

\*

### **TRANSPORTE - PRESCRIÇÃO - EXTRAVIO DE CARGA**

- A prescrição especial não pode ser ampliada por analogia e, assim, a ação de indenização de extravio de carga, que não se confunde com a ação por entrega de carga, não prescreve em um ano.

Eugênio Veuzon **versus** Gilberto Mário Amoedo e outro

Ag. nº 4.014 - Relator: DESEMBARGADOR DÉCIO PELEGRINI - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 28 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.108)

\*

### **HONORÁRIOS DE ADVOGADO – QUITAÇÃO FISCAL**

- Não é exigível a prova de quitação do imposto de indústrias e profissões para a propositura da ação ordinária de cobrança de honorários advocatícios.

Heid Aesse **versus** Weimann & Cia. Ltda.

Ag. nº 4.020 - Relator: DESEMBARGADOR ERASTO CORREIA - Ac. unânime da 2ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 11 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.109)

\*

### **ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - JUSTO IMPEDIMENTO**

- Admite-se, a despeito da exigência da lei processual de prova até a abertura da audiência, a justificação posterior imediata, quando impossível nos termos estabelecidos do justo impedimento do patrono do autor.

Barbosa & Dibe **versus** Leopoldo Escouto

Ag. nº 4.021 - Relator: DESEMBARGADOS DÉCIO PELEGRINI - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande de Sul, em 5 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.110)

\*

### **ACIDENTE DO TRABALHO - RECUSA A INTERVENÇÃO CIRÚRGICA**

- A despeito da recusa do acidentado à intervenção cirúrgica indicada responde o obrigado pelas conseqüências do acidente do trabalho, se não promoveu o necessário exame pericial por junta médica.

Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas  
**versus** Júlio Gomes Quevedo

Ag. nº 4.036 - Relator: DESEMBARGADOR LOUREIRO LIMA - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 9 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.111)

\*

### **SEQÜESTRO - AGRAVO DE INSTRUMENTO**

- Cabe agravo de instrumento da decisão que não ordena o levantamento do seqüestro preventivo.

- Não se levanta o seqüestro preventivo se a ação principal entrou em juízo no prazo de 30 dias, mesmo que não se tenha feito a citação do réu, nesse prazo, por embaraço do juízo.

Luís Antônio de Melo **versus** Hugo Nicolau Gehlen

Ag. nº 4.038 - Relator: DESEMBARGADOR DÉCIO PELEGRINI - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 20 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.112)

\*

### **ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - JUSTO IMPEDIMENTO**

- Admite-se a justificação posterior da ausência do procurador do autor à audiência de instrução e julgamento para relevar-se a absolvição de instância.

Ana Maria Lentz e outro **versus** Turiano Alves Vieira

Ag. nº 4.051 - Relator: DESEMBARGADOR ERASTO CORREIA - Ac. da 2ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 29 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.113)

\*

### **APURAÇÃO DE HAVERES - INCOMPETÊNCIA**

- O Juízo Privativo de Família e Sucessões é incompetente para processar a ação de apuração
- de haveres do sócio falecido, eis que se trata de relação jurídica comercial.

Espólio de Carlos Soares Bento e outra **versus** Azevedo, Bento & Cia.

Ag. nº 4.057 - Relator: DESEMBARGADOR NEI WIEDEMANN - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 21 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.114)

\*

### **FUNCIONÁRIO PÚBLICO - NOMEAÇÃO - POSSE**

- Não tem direito líquido e certo de ser empossado o funcionário nomeado interinamente para cargo que não esteja vago.
- O ato de nomeação, apesar de emanado de autoridade superior, pode ser examinado pela autoridade competente para dar a posse.

Impetrante: José Antônio Flores da Cunha Sobrinho

Mand. de seg. nº 99 - Relator: DESEMBARGADOR LOURENÇO MÁRIO PRUNES - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 25 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.115)

\*

## **FUNCIONÁRIO PÚBLICO - INAMOVIBILIDADE**

- Funcionário público eleito vereador é inamovível enquanto durar o mandato.

Impetrante: Roberto Landell de Moura

Mand. de seg. nº 100 - Relator: DESEMBARGADOR DARCI PINTO - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.116)

\*

## **JUSTIFICAÇÃO LIMINAR DE POSSE - VINCULAÇÃO DO JUIZ**

- O juiz que preside a justificação preliminar da posse não fica vinculado ao julgamento do ação.

Suscitante: Juiz de direito de Santo Ângelo

Conf. de jur. nº 124 – Relator: DESEMBARGADOR DARCI PINTO - Acórdão unânime das Câmaras Cíveis Reunidas do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 14 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.117)

\*

## **VENDA DE ASCENDENTE DESCENDENTE - INCAPAZ**

- É impossível a venda de ascendente a descendente se há um incapaz entre os demais descendentes.

- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR LOUREIRO LIMA: O representante especial do incapaz nomeado para o ato, pode suprir-lhe a

incapacidade para dar ou negar o consentimento à venda de ascendente a descendente.

Ministério Público **versus** Rosalina Libera Bosi, menor impúbere representada por sua mãe, Carolina Bosi

Ag. nº 4.006 -- Relator: DESEMBARGADOR DARCI PINTO - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 13 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.118)

\*

### **ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO SEGURO**

- A seguradora que descarta de seus compromissos e deixa de liquidar o acidente do trabalho dentro de 60 dias, responde pela indenização, acrescida de 25%, sem prejuízo do juro da mora.

- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR ALVES DAIELO: O dispositivo da Lei de Acidentes do Trabalho que estabelece multa pela não liquidação da indenização se refere à ação ou omissão do empregador e sendo sanção de ordem pessoal, não pode ser motivo de seguro.

O Ministério Público **versus** "Brasil", Cia. de Seguros Gerais

Ag. nº 4.040 - Relator: DESEMBARGADOR ERASTO CORREIA - Ac. da 2ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 22 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.119)

\*

### **PRESTAÇÃO DE CONTAS - RECURSO**

- Da decisão que, na primeira fase da ação de prestação de contas, julga o réu obrigado a prestá-las, cabe apelação.

José Ferreira Viegas **versus** Maria Augusta Fernandes Varela e outros

Ag. nº 4.044 - Relator: DESEMBARGADOR DARCI PINTO - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio. Grande do Sul, em 13 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.120)

\*

### **AGRAVO DE PETIÇÃO - IMPROPRIEDADE DE AÇÃO - INCOMPETÊNCIA DE FORO**

- Da decisão que julga improcedente a exceção de incompetência do fôro e procedente a alegação de impropriedade da ação executiva, anulando o processo da penhora em diante, não cabe agravo de petição interposto pelo réu.

Bento Faria Correia **versus** Edgar Coutreiros & Cia. Ltda.

Ag. nº 4.070 - Relator: DESEMBARGADOR NEI WIEDEMANN - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. da Rio Grande do Sul, em 11 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.121)

**Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**

### **PROMESSA DE COMPRA E VENDA - CONDIÇÃO RESOLUTIVA EXPRESSA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE**

- A condição resolutiva expressa, uma vez verificada, opera de pleno direito, sem que seja preciso recorrer à Justiça. Dispensa-se, mesmo, notificação judicial para que se de a rescisão do contrato pelo não cumprimento de condição resolutiva nêle expressa.

**- Não cumprido o contrato de promessa de compra e venda, verifica-se o esbulho desde o momento em que o promitente-comprador se nega a restituir a coisa prometida, cabendo a reintegração de posse.**

Dr. Henrique Duvivier Goulart e sua mulher *versus* Marta Riemann

Ag. nº 2.667 - Relator: DESEMBARGADOR SOUTO MAYOR

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.667, da comarca de Vassouras, em que são agravantes o Dr. Henrique Duvivier Goulart e sua mulher, D. Gilda da Cunha Freire Goulart, e agravada D. Marta Riemann:

O caso dos autos assim se resume: O casal Dr. Henrique Duvivier Goulart, tendo procedido ao loteamento da propriedade denominada "Fazenda São Roque", situada em Ipiranga, 1º Distrito de Vassouras, reservou para si uma área de três alqueires, na qual se acha localizada a sede da mencionada Fazenda, composta de uma casa grande de outras casas menores, algumas destinadas a colonos, outras a moinhos de fubá e arroz, de um alambique e de um grande pomar com muitas árvores frutíferas de várias espécies.

Por contrato particular imperfeito, datado de 2 de junho de 1948, prometeu o casal vender essa área, com tudo o mais nela existente, e já referido, à senhora Marta Riemann, pelo preço total de Cr\$ 500.000.00. Pagável em diversas parcelas, na forma então ajustada. Ficou convencionado que, a 7 de julho seguinte, seria assinado instrumento devidamente formalizado; mas, de logo, os promitentes-vendedores deram a posse direta do imóvel à promitente-compradora, que na Fazenda se instalou.

Entre as obrigações estipuladas, ficou assentado que a promitente-compradora instalaria imediatamente, na casa da Fazenda, um hotel; que não poderia derrubar prédios, inatos, bambus, nem tampouco vender ou desmanchar o moinho e mais maquinismos e objetos indicados no instrumento.

Convencionou-se ainda, de modo expresso, que a falta de pagamento de qualquer prestação do preço, bem como de qualquer das cláusulas outras do contrato, daria lugar à imediata e plena rescisão da venda prometida, ficando o casal promitente-vendedor desde logo "*autorizado a reaver a propriedade pelos meios hábeis*" de que pudesse lançar mão (fls. 24).

Sucedeu, porém, que a promitente-compradora, tendo pago, inicialmente, a quantia de Cr\$ 10.000,00, e entrado na posse do imóvel prometido, não atendeu à obrigação de vir assinar o contrato definitivo, nem cumpriu qualquer das demais cláusulas estipuladas.

Por isso, foi judicialmente notificada, em ordem a ficar constituída em mora. Não acudiu, todavia, a êsse chamamento judicial.

Foi então que, passados quase dois anos, esgotados os meios suasórios, e considerando rescindido, de pleno direito, o contrato de promessa de compra e venda, ajuizou o casal, contra Marta Riemann, ação de reintegração de posse.

A êsse tempo, já houvera sido instaurado contra a ré e seu companheiro, Antônio Borges Caldeira, inquérito policial, pelo motivo de ter sido por êles incendiado o bambuzal da Fazenda, bem como de terem ambos vendido a terceiros peças arrancadas à casa da mesma.

Citada, acorreu Marta Riemann a juízo, mas para alegar, tão-sòmente, a impropriedade da ação proposta, reservando-se para falar sòbre o mérito do pedido quando convocada para a ação adequada.

Indo os autos ao juiz, indeferiu êste a inicial pondo têrmo ao feito sem lhe decidir do mérito. Fundamentando tal despacho, aduziu o seu ilustre prolator que o petitório era inconcludente, eis que a sua exposição envolvia matéria adstrita à ação de rescisão de contrato e, no entanto, o autor concluía por um restitutivo de posse, com a expedição de mandado liminar de reintegração. Considerou, ademais disso, que o negócio entre as partes estava apoiado num compromisso de compra e venda, do qual resultara ter entrado a ré na posse do bem prometido à venda, posse que, a seu ver, não padecia então de qualquer dos vícios do artigo 497 do Cód. Civil, capazes de, a tornarem injusta. E, arrimado a um acórdão do Tribunal de São Paulo ("*Rev. dos Tribunais*", vol.

XV, pág. 137), considerou não poder requerer manutenção de posse quem perdeu a posse por ato próprio.

Veio daí o presente agravo, em cuja minuta o agravante, expendendo minudente e exaustiva argumentação, busca mostrar a procedência do seu pedido e postula a reforma do despacho recorrido, para o efeito de deferir-se a inicial em todos os seus termos.

O agravo foi contraminutado e o MM. Dr. juiz *a quo* manteve a sua decisão.

Isto pôsto, e tudo bem visto e examinado:

É o íntegro prolator da, decisão recorrida um brilhante cultor das letras jurídicas e magistrado digno do maior acatamento.

No caso vertente dos autos, todavia, fôrça é reconhecer que a razão não sufraga os fundamentos do seu despacho.

Trata-se, na espécie, de um contrato particular imperfeito, mas já agora reconhecido e, parcialmente, cumprido pelas partes.

Nêle se inseriram cláusulas que importam em condições resolutivas expressas, cuja eficácia não se pode desconhecer, nem negar.

E a condição resolutiva expressa, como o demonstrou, de modo irretorquível, o agravante, - uma vez verificada, opera de pleno direito *ipso jure*, sem que seja preciso recorrer à Justiça.

Alega-se, com os mais irrecusáveis fundamentos, que diversas cláusulas do contrato deixaram de ser cumpridas pela agravada.

Uma dessas cláusulas, a referente à forma dos pagamentos do preço ajustado, é patente e indiscutível que foi postergada. A notificação judicial com que se instruiu o petitório dissipa quaisquer dúvidas a respeito.

Ora, segundo ficou expressamente convencionado, o não cumprimento de qualquer das condições estipuladas acarretaria irremediavelmente, a rescisão do contrato.

Está aí, nitidamente configurada, uma condição resolutive expressa.

O pagamento não foi feito segundo o ajustado.

Nem precisaria, a rigor, o agravante, de outra causa para denunciar o contrato e tê-lo como rescindido.

Sem embargo, ainda recorreu à Justiça, por via da notificação que fêz. E aí estava tudo quanto, para maior segurança do seu procedimento, teria a fazer.

Com a notificação, constituiu, judicialmente, a devedora em mora. E, com isso, armou-se de sobejo para contra ela investir lícitamente, em juízo. De sobejo, repita-se porque nem dessa notificação precisaria o agravante para ficar a cavaleiro sobre a parte *ex adversa*. E que ao caso ajusta-se como luva a lição autorizada de LOMONACO: *"La o condizione risolutiva espressa nei contratti opera di diritto, senza bisogno che l'autorità giudiziaria pronunzi la risoluzione della convenzione. Come osservava a tal riguardo il Supremo Collegio di Torino, è principio certo, che la disposizione dell'articolo 1.165, come il suo tenore letteralmente suona, no è applicabile che al caso della condizione risolutiva tacita; onde la condizione risolutiva espressa opera ipso jure, senza bisogno nè di costituzione in mora, nè di sentenza; non essendo in potere del giudice di derogare, nemmeno per ragioni di equità, alla legge che le parti s'imposero volontariamente"* ("Istituzioni di Diritto Civile Italiano", 2ª ediz., Nápoli, 1895, vol. V, página 115).

De seu turno, ensina o grande GIORGI: *"La condizione risolutiva verificata estingue tosto ed ipso jure il contratto, insieme con le obbligazioni che ne devirano. Ma tale estinzione produce i suoi effetti ex tunc, ovvero ex nunc? Per regola, bisogna rispondere, retroagisce ed è una vera risoluzione; altre volte, per encezione, non retroagisce, e diviene una semplice dissoluzione"* ("Teoria delle Obbligazione", Firenze, 1925, 7ª ediz., volume IV, pág. 460, nº 371).

E logo adiante, à pág. 461, exemplificando: *"Se la cosa consegnata era un corpo certo e determinato, il debitore (per esempio il venditore) non avrà mais cessato di esserne proprietario, e potrà rivendicare la cosa medesima"*.

Vai mais longe ainda o preclaro PACIFICI-MAZZONI, quando professa: *"La condizione risolutiva, verificandosi, produce i suoi effetti di diritto e senza bisogno di sentenza che pronunzi la risoluzione. Nulla rileva che la condizione sia causale, potestiva e mista, nè che sia espressa o tacita"* ("Istituzione di Diritto Civile Italiano", 5ª ediz., Firenze, 1920, vol. IV, Parte Speciale, pág. 403).

Dessa doutrina não se apartou o direito pátrio. É ver, por exemplo, o ensinamento de CLÓVIS BEVILÁQUA: *"O Código Civil brasileiro não deu à cláusula resolutiva tácita, que se pressupõe em todo contrato sinalagmático, o efeito legal de operar ipso jure, mas, de acôrdo com a tradição do direito pátrio, reconhece-lhe a existência, e permite que a parte a faça valer em juízo, segundo se vê do art. 119, parág. único. Se, porém, as partes tornarem expressa no contrato a condição resolutiva, ela operará por si, independentemente de interpelação judiciária"* ("Código Civil Comentado", vol. IV, pág. 259, 4).

Aliás, já ao comentar o parág. único do art. 119, professara o Mestre egrégio: *"Contém êste dispositivo um manifesto elemento de segurança para as relações jurídicas. A resolutória tácita, que se subentende nos contratos sinalagmáticos, deve ser posta em relêvo pela intervenção do Poder Judiciários para que se não possa alegar surprêsa. A resolutória expressa está no conhecimento do interessado, consta do título, em que se funda o seu direito, nenhuma dúvida pode suscitar. Dispensa a intervenção do Poder Judiciário, e opera por si de pleno direito"* (ob. cit., vol. I, pág. 403).

Daí não destoa CARVALHO SANTOS, outro emérito comentador da nossa lei civil: *"Resolução de pleno direito. É a que se opera ipso jure, apenas por fôrça da lei, sem intervenção dos tribunais e dispensada qualquer ação. Não é necessária a intervenção do juiz para pronunciar a resolução do contrato, não lhe sendo lícito até mesmo considerá-lo como não extinto, ainda quando isso consultasse o interêsse comum das partes"* ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. III, 2ª ed., pág. 71, nº 7).

Abordoa-se o comentador ilustre à opinião de ESPÍNOLA ("Manual de Direito Civil", pág. 415).

E a jurisprudência dos tribunais, como ficou convincentemente demonstrado na minuta, dá vigor ao ponto de vista sustentado pelos agravantes.

Na espécie em tela, várias condições resolutivas *expressas* ficaram consignadas no contrato. E várias delas deixaram de ser observadas. Logo, o contrato está rescindido *ipso jure*, sem necessidade de interpelação ou sentença judicial.

Mas, quando tal se fizesse de mister a verdade é que a notificação judicial feita pelos agravantes constituiu a parte *ex adversa* em mora.

Conseqüentemente, cabe, no caso, a ação possessória postulada.

E cabe porque, se é certo que a agravada recebeu a posse, não há discutir que essa posse foi a direta, que se tornou precária pelo inadimplemento das condições estipuladas. Aquela posse não poderia garantir a agravada senão precariamente, como decidiu o Tribunal de São Paulo, aplicando a melhor doutrina (acórdão de 10-2-934, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 93, pág. 383).

Não cumprido o contrato, verifica-se o esbulho desde o momento em que o promitente-comprador se nega a devolver, a restituir a coisa prometida.

Fica o promitente-vendedor, então, com o direito de reaver a posse direta, e o remédio adequado é a ação de reintegração de posse.

A recusa da restituição caracteriza o esbulho, como entendem LAFAYETTE e RIBAS, citados pelos agravantes (fls. 81).

Assim já decidiu também o mesmo colendo Tribunal de Justiça de São Paulo: "*O esbulho, nos contratos de compromisso de compra e venda em que a coisa, desde logo, é entregue ao adquirente, começa no momento em que é infringido o contrato, negando-se o possuidor direto a receber a escritura definitiva, a pagar o restante do preço, bem como a restituir o imóvel recebido condicionalmente*" ("Rev. dos Tribunais", vol. 79, pág. 539).

No caso vertente dos autos, a agravada não pode negar que está em falta. Cabe, pois, a reintegração, independentemente de prévia rescisão do contrato ("Rev. dos Tribunais", vol. 165, pág. 761).

Na inicial, os agravantes tinham de ser lógicos. Narraram os fatos; sustentaram a rescisão do contrato *pleno jure*; e apelaram para o remédio que se lhes figurou legal e adequado, e, realmente, adequado e legal: a restituição do imóvel prometido vender.

Não foram, pois, inconcludentes, como pareceu ao digníssimo Dr. juiz *a quo*.

Antes, é de reconhecer-se que enveredaram pela trilha certa e que o direito lhes ampara o procedimento.

É por êstes fundamentos que, atendendo ainda ao mais constante dos autos e princípios jurídico-legais reguladores da espécie *sub judice*:

Acordam, por maioria de votos, os juízes da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça, em dar provimento o agravo, para o efeito de determinar que o MM. juiz, recebendo a inicial, processe a ação de reintegração conforme fôr de direito, deferindo, ou não, o mandado *initio litis* nela requerido, após justificado, quanto baste, o alegado.

Custas pela agravada, na forma da lei.

Niterói, 19 de janeiro de 1951. - *Luís Paiva*, presidente; *G. A. Souto Mayor*, relator; *Tobias Dantas*; *Portela Santos*, vencido.

### **Tribunal de Justiça do Paraná**

#### **SEGURO DE VIDA - FILHO ADULTERINO**

**- É válida a cláusula pela qual o pai ilegítimo instituiu o filho adúltero beneficiário do seguro.**

Paulo Henrique Daun *versus* Maria de Melo Daun e suas filhas

Ap. nº 4.961 - Relator: DESEMBARGADOR ERNÂNI CARTAXO

### ACÓRDÃO

Vistos os autos de apelação cível nº 4.961, de Curitiba, em que é apelante Paulo Henrique Daun e apeladas Maria, de Melo Daun e suas filhas:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Cível, por maioria de votos, em dar provimento à apelação, para, reformando a sentença recorrida, declarar válida a cláusula que instituiu o menor Paulo Henrique Daun beneficiário do seguro de vida feito pelo seu pai.

O beneficiário da apólice de seguro de vida de Cr\$ 50.000,00, instituído por Soter Henrique Daun, é, provadamente, filho adúlterino dêste. Trata-se do menor Paulo Henrique Daun, nascido, na constância do casamento do segurado, de união mantida com Gertrudes Grüning.

Por essa razão a sentença julgou nula a cláusula que instituiu o filho adúlterino beneficiário do seguro.

Tem resoluto abono na doutrina dos civilistas a opinião dos que afirmam a capacidade do espúrio para receber o benefício instituído pelo pai ilegítimo. E esta é, sem dúvida, a lição que melhor assenta na lei civil, em face das disposições informativas do instituto obrigacional do seguro, desde que afastada da sua interpretação a preocupação de subordinar as suas regras a princípios legais, que, sendo estranhas ao instituto e ao seu sistema jurídico, são invocadas, entretanto, como refôrço dos louváveis propósitos em que todos comungam de assegurar ao casamento, à sua legitimidade e durabilidade um regime de garantias, capaz de isolar a família dos processos de dissolução, que a ameaçam.

Mas sôbre os pressupostos elogiáveis dessa interpretação deve prevalecer o império da lei, e esta na lição da nossa melhor doutrina jurisprudencial, resguarda os direitos do adúlterino, uma vez que não o inclui entre os incapazes de serem instituídos beneficiários do seguro.

com efeito, da lei, que "não se pode instituir beneficiário pessoa que fôr legalmente inibida de receber a doação do segurado" (Cód. Civil, art. 1.474).

Que pessoas são essas?

Em primeiro lugar, são os cônjuges, quando o regime dos bens é o de separação obrigatória (Cód. Civil, art. 312), e tal ocorre nos casamentos contraídos com infração dos impedimentos dirimentes relativos (ns. XI e XII) e dos impedimentos proibitivos (ns. XIII, a XVI) do art. 182, parág. único, do Código Civil.

E, em seguida, o cúmplice do cônjuge do adúltero (idem, art. 1.777), ou seja, tratando-se de adúltero varão, a sua concubina.

São estas as restrições da lei, em matéria de seguro e não outras, a que o intérprete entenda alongar o regime de exceção, tanto mais que as regras restritivas do direito comum, em matéria de capacidade, não se aplicam por extensão. *Odiosa restringenda...*

Já advertia CLÓVIS BEVILÁQUA, com a suma sabedoria do seu engenho, ao prevenir os pruridos dos argumentadores que, por analogia, pretendessem perturbar a pureza do sistema legal adotado:

"Não se consideram excluídos do benefício do seguro os que não podem receber herança ou legado nos têrmos do art. 1.595, porque esta cominação é restrita à matéria de testamento" ("Código Civil", obs. ao art. 1.474).

E assim é, com efeito, o que torna despicienda, na hipótese dos autos, a reiteração da disputa existente sôbre a capacidade sucessória do filho concubinatório, legatário do pai ilegítimo, capacidade essa que é negada sob o argumento de que, sendo nulas as disposições em favor da concubina do testador casado, ainda que a beneficiem por interposta pessoa, reputam-se os filhos, por presunção *juris et de jure*, pessoas interpostas (art. 1.474).

Registre-se, a propósito, que a melhor opinião, mesmo em face do direito sucessório, já outorga ao herdeiro espúrio, considerado no testamento do pai,

uma capacidade, que tente a se afirmar jurisprudencialmente incontestável, e disso nos dá prova o asserto do eminente ministro FILADELFO AZEVEDO:

"... prefiro dizer que os filhos adulterinos, ainda que não reconhecidos, têm plena capacidade testamentária passiva, respeitada apenas a legítima de herança necessária.

"Os textos do Cód. Civil máxime depois da evolução jurisprudencial e legislativa, que culminou no dec.-lei nº 4.737, de 1942, não se podem manter rígidos ou oferecer soluções ridículas - como o de só se admitir o benefício testamentário dos filhos adulterinos, em caso de premoriência de mãe, ou a de se restringir o benefício... na hipótese de ser o concubino solteiro e a amante casada..." ("Um Triênio de Judicatura", vol. IV, nº 520).

Outros ilustres ministros do Supremo Tribunal participam dessa opinião, e entre êles BARROS BARRETO, CASTRO NUNES, ANÍBAL FREIRE, RIBEIRO DA COSTA e vários julgadores da mais alta Côrte de Justiça sancionaram tal entendimento, favorável à capacidade sucessória do concubinato, favorecido por disposições de última vontade do seu pai ("Arq. Judiciário", 70/229; "REVISTA FORENSE", 96/296).

Mas, no caso dos autos, a tese simplifica-se, ao se fazer alheia aos discutidos efeitos do art. 1.720, ainda que haja decisões que estranhavelmente entendam transferir para o capítulo dos contratos de seguro os casos de incapacidade testamentária passiva, para fulminar de nulidade o benefício instituído em favor do filho adulterino do segurado, violentando essa forma a letra da lei, que é expressa em restringir a incapacidade do benefício do seguro aos casos de incapacidade do beneficiário da doação (art. 1.474) ("Arquivo Judiciário", 61/60) enquanto outras decisões, é verdade, vão ao extremo de admitir o benefício do seguro instituído em favor da própria concubina pelo marido separado de há muito da espôsa ("Direito", 35/253).

Válida é, e não pode deixar de ser, a cláusula que instituiu o menor Paulo Henrique Daun beneficiário do seguro feito por seu pai.

Curitiba, 25 de novembro de 1950. - *Manuel Lacerda Pinto*, presidente; *Ernâni Guarita Cartaxo*, relator; *Isaías Beviláqua*, ressalvei aos interessados o direito

de reaver dos beneficiários as importâncias correspondentes aos prêmios pagos; *Eduardo Xavier da Veiga*, vencido, com o voto, dactilografado e por mim rubricado, de fls. 120 *usque* 122:

1. No contra-razoado do recurso, as apeladas provocaram a preliminar de se não conhecer da apelação, porquanto, regrado o § 2º do art. 56 do Cód. de Proc. Civil que "as custas devidas até a audiência, ou relativas a atos nela praticados, serão pagas pelo interessado antes da interposição de recurso ou da execução da sentença", o apelante pagou as custas acima referidas somente 37 dias após a interposição da apelação.

Não acolhi semelhante preliminar; por isso que o diploma adjetivo civil vigente não comina, no § 2º do art. 56, cujo texto ficou especificado neste voto, nenhuma sanção para a hipótese de não ser efetuado o pagamento das custas, vencidas até a sentença final, antes da interposição do recurso.

Impossível e ilícito, de conseqüência, ao julgador aplicar sanção ignorada na lei, máxime no caso vertente, no qual a sanção surgida foi drástica, no impedimento do uso do fundamental direito processual de recorrer da sentença de primeira instância para reexame pela instância superior.

É esta a jurisprudência vencedora dos tribunais do nosso país.

Acresce que, no caso *sub judice*, na verdade, as custas aludidas foram satisfeitas anteriormente à subida dos autos para este Tribunal de Justiça, consoante as próprias apeladas, levantadoras da preliminar, o confessam.

Rejeitei essa preliminar.

2. *No mérito*:

Estudei, analisei juridicamente, examinei cuidadosamente, meticulosamente, demoradamente, todo o assunto desta ação de consignação em pagamento, e, em absoluto, não pude convencer-me de que mereça reformada a, para mim, brilhante sentença de primeira instância, redigida pelo Sr. Dr. juiz de direito da 1ª Vara Cível, de Curitiba.

A sobredita decisão está de fls. 84 *usque* 88 dêste processo, e à sua leitura atenta remeto aos estudiosos do direito e quem perlustrar êste voto.

Tenho para mim como verdade haver a sentença apelada esposado e adotado *a melhor doutrina*, em que pêsse às opiniões contrárias manifestadas ou ainda por aparecer.

Na realidade jurídica civil, o estatuto básico, o Cód. Civil, no art. 1.474, manda, dispondo relativamente ao seguro de vida, que: "*Não se pode instituir beneficiário pessoa que fôr legalmente inibida de receber a doação do segurado*". E entre as pessoas assim impedidas inclui o art. 1.177 do aludido Código o cúmplice do cônjuge adúltero: O cúmplice do cônjuge adúltero não pode receber doação do adúltero: e, de conseguinte, não pode ser instituído beneficiário do cônjuge adúltero, em seguro de vida, feito por êste.

Não pairam dúvida nem hesitação na minha mente pesquisadora do direito, de que o seguro de vida de que cogitam êstes autos foi instituído, com a clara, evidente e óbvia finalidade de beneficiar Gertrudes Grüning, concubina, teúda e manteúda, do segurado Soter Henrique Daun: servindo de interposta pessoa, no episódio, o filho menor adúltero - recorrente Paulo Henrique Daun.

Isto ficou, a meu ver, plenamente provado neste processo e sobejamente demonstrado na decisão recorrida, por mim lida, na assentada do julgamento, aos eminentes colegas da 2ª Câmara Cível.

Aliás, as próprias cláusulas e condições do seguro de vida em causa impõem êste veredicto.

Na falta do beneficiário Paulo Henrique Daun, filho adúltero; o benefício do seguro de vida passaria a Gertrudes Grüning, Grüning, cúmplice do segurado cônjuge adúltero.

E esta cúmplice, exercendo o pátrio poder sôbre a menor recorrente, filho adúltero, Paulo Henrique Daun, teria - *ex vi* do art. 385 do Cód. Civil, a administração dos bens do seu mencionado filho adúltero, *com o usufruto dêsses bens*, expressamente concedido, como inerente ao pátrio poder, pelo art.

389 do invocado diploma substantivo civil - assim beneficiada, de todo modo, a cúmplice do adultério, pela interposta pessoa do recorrente.

Incontestavelmente, em sã e pura doutrina aplicada ao caso em foco, a finalidade do seguro de vida em estudo, nos aspectos que acabei de dissecar à luz do Cód. Civil na falta do filho adúltero, transferir-se o benefício à cúmplice do cônjuge adúltero e ter esta cúmplice a administração e o *usufruto* dos bens do filho adúltero apelante - a finalidade do seguro de vida em exame - disse eu, acima - nestes aspectos foi e é a de *beneficiar a cúmplice do adultério, o que a lei pátria terminantemente impede e proíbe*.

Acresce que a viúva e as filhas do cônjuge adúltero são as pessoas que, em juízo, postulam a anulação da *cláusula* do seguro de vida *legalmente eivada de impossibilidade* pessoas estas capacitadas para êste desiderato.

Por tudo quanto, pormenorizadamente, expus neste voto, *neguei provimento à apelação*, para confirmar a sentença apelada, pelos seus exatos fundamentos e conclusão.

Ciente, - *Manuel Linhares de Lacerda*, procurador geral.

## RELATÓRIO

1. A "São Paulo" Companhia de Seguros de Vida ingressou em juízo, apoiando-se no art. 318 do Cód. de Proc. Civil, com uma ação de consignação em pagamento, expondo o seguinte:

Em 6 de novembro de 1941, a autora emitiu sôbre a vida de Soter Henrique Daun uma apólice de seguro no valor de Cr\$...50.000,00, sob nº 44, devendo o pagamento do benefício ser feito à ordem do segurado.

Posteriormente, em 7 de novembro de 1946, o segurado, em documento arquivado na sede da Companhia autora, determinou ser pago o benefício decorrente da apólice ao menor Paulo Henrique Daun e, na falta dêste, a Gertrudes Grüning.

Faleceu o segurado, em 30 de março de 1948.

Mas aconteceu que, judicialmente, a autora foi notificada para abster-se de pagar ao menor Paulo Henrique Daun e, na sua falta, à, sua mãe Gertrudes Grüning o benefício da apólice, porquanto - alegaram as requerentes da notificação, Maria de Melo e suas filhas - o beneficiário Paulo Henrique Daun é filho adúltero do segurado.

Por isso, desejando a autora pagar o benefício do seguro a quem de direito, diante da dúvida relativamente a quem deva receber o referido benefício, acrescido de lucros e descontada a importância de empréstimo realizado, em vida, pelo segurado, depositou em juízo a quantia líquida de Cr\$ 46.372 00, pedindo a citação do beneficiário Paulo Henrique Daun e sua mãe Gertrudes Grüning, além de Maria de Melo Daun, Eder Versiani dos Anjos e seu marido Carlos Silveira Versiani dos Anjos, Ielter de Melo Daun e Doris de Melo Daun, para ciência do depósito e para justificarem, no prazo da lei, seus direitos - ficando a autora, em qualquer hipótese, desobrigada da responsabilidade decorrente da respectiva apólice, mediante oportuna quitação.

## 2. Maria de Melo Daun e suas filhas contestaram a ação de depósito.

Alegaram ser a primeira contestante, Maria de Melo Daun, viúva de Soter Henrique Daun, em casamento pelo regime de comunhão universal de bens, existindo as três filhas legítimas já indicadas neste relatório, uma delas menor, relativamente incapaz.

Prosseguiram asseverando que Soter Henrique Daun abandonou, voluntariamente e sem justo motivo, o lar conjugal, passando a viver, em concubinato, com Gertrudes Grüning, proporcionando-lhe abundante existência numa chácara que lhe fez escriturar por interposta pessoa, enriquecendo a concubina com doações dissimuladas, em flagrante prejuízo da esposa legal e das três filhas legítimas do casal, que são as contestantes, rés, de consequência, nesta ação de depósito.

Soter Henrique Daun, em 10 de junho de 1943, registrou o nascimento de Paulo Henrique Daun, como filho natural dele, Soter Henrique Daun, e de Gertrudes Grüning, solteiros, quando já era casado com a primeira ré, provando, assim, adultério e concubinato, acumpliciado com Gertrudes Grüning, demonstrando

dolo e intenção de lesar os direitos patrimoniais das rés, pretendendo dar ao filho adulterino o direito de herdar, de suceder, direito que o filho adulterino não tem, sendo vedado, pelo art. 358 do Código Civil, o reconhecimento do filho adulterino feito o registro do filho adulterino, Soter Henrique Daun o instituiu beneficiário do seguro de vida em causa e na falta desse beneficiário, em favor da concubina Gertrudes Grüning.

Casados a primeira ré e Soter Henrique Daun no regime de comunhão universal de bens, nulas se tornam as liberalidades instituídas, pelo falecido Soter Henrique Daun, em favor do filho adulterino e da concubina por ilícitas semelhantes liberalidades.

Invocam as rés os arts. 1.474, 1.177, 1.171, 358 e 383 do Cód. Civil.

Não concorrendo à sucessão os filhos adulterinos, visto estarem excluídos da vocação hereditária, não podem receber do pai, legalmente impedido de reconhecê-los, qualquer doação que importe em adiantamento da legítima.

E pertencendo à mãe o pátrio poder sobre o filho adulterino, por adultério do pai, claro que os benefícios instituídos em favor desse filho resultam em favor e benefício ela própria mãe e concubina do segurado, ocorrendo, deste modo, fraude à lei e lesão dos direitos da viúva meeira e das três filhas legítimas do casal.

Argumentam as rés, trazendo à balha acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a nulidade da instituição de filho adulterino como beneficiário de seguro, por subsistir a presunção legal de ser o filho adulterino interposta pessoa entre o segurado e sua concubina.

Concluem as rés afirmando ser evidente e indiscutível a nulidade da cláusula da apólice de seguro que institui beneficiário o filho adulterino Paulo Henrique Daun e, uma vez pronunciada a nulidade daquela cláusula, com fundamento nos incisos II e V do art. 145 do diploma substantivo civil e parágrafo único do art. 146 do mesmo estatuto. a aludida cláusula deve ser considerada inexistente, não escrita, como se não houvesse indicação da nomeação do beneficiário do seguro, aplicando-se, por conseguinte, no caso, o disposto no art. 1.473 do Cód. Civil, segunda parte, combinado com o art. 1<sup>a</sup> da dec.-lei nº 5.384, de 8 de abril

de 1943, pagando-se os benefícios do seguro *metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado*, que são as rés contestantes: tanto mais quanto os bens deixados por Soter Henrique Daun são insuficientes para pagamento das declarações de crédito apresentadas no Juízo do inventário respectivo e cujo montante se aproxima de Cr\$ 1.000.000,00, além das ações movidas contra o espólio.

Esta a longa matéria da contestação, no que tange diretamente ao caso vertente.

3. A ré Gertrudes Grüning, por ela e na qualidade de tutora do menor Paulo Henrique Daun, também contestou a ação de consignação em pagamento iniciada pela "São Paulo" Companhia. Nacional de Seguros de Vida.

Quanto ao mérito, articulou não serem anuláveis, nem poderem ser atingidos pelas disposições dos arts. 145, incisos II e V, e 146 do Cód. Civil, os contratos de seguro instituído por Sotero Henrique Daun a favor do menor Paulo Henrique Daun, porquanto se não revestem dos característicos dos atos previstos em tais artigos - bem como não são aplicáveis ao caso *sub judice* os dispositivos desse diploma civil, referente às *doações*, de vez que não se trata de coação alguma, nem da pauta testamentária.

O seguro de vida, tal como o educacional, é ato personalíssimo, procede de livre vontade, não afeta interesses de herdeiros, nem dêle é devedor o espólio - mas, sim, a companhia que o assumiu.

Finalizando, a ré Gertrudes Grüning entende dever julgar-se improcedentes as alegações das outras rés, isto a fim de ser levantado o depósito pela ré Gertrudes Grüning, improcedente a ação, com as condenações de direito, inclusive honorários de advogado e custas.

4. Sustentou o Sr. Dr. juiz de direito da 1ª Vara Cível, desta comarca, julgando procedente a ação de consignação em pagamento para, na forma do art. 973 do Código de Proc. Civil, julgar extinta a obrigação da "São Paulo" Companhia Nacional de Seguros de Vida e efetuado o pagamento.

Reconheceu e decretou a nulidade da cláusula que instituiu beneficiário do seguro o menor Paulo Henrique Daun e, na sua, falta, Gertrudes Grüning,

concubina do segurado, devendo ser dada por inexistente ou não escrita essa cláusula, e mandou que, na forma dos arts. 1.473, segunda parte, do Cód. Civil e art. 1º do dec.-lei nº 5.384, de 8 de abril de 1943, seja entregue, mediante termo, a importância consignada, de Cr\$ 46.372,00, metade à ré Maria de Melo Daun, ou a Maria Rosa Fabrício de Melo Daun, na qualidade de viúva do segurado Soter Henrique Daun, e a outra metade, em partes iguais, às filhas legítimas do referido segurado, Eder, casada com Carlos Silveira Versiano dos Anjos, Ielter e Doris, solteiras, representadas e assistidas por sua mãe Maria de Melo Daun, se ainda forem menores.

Condenou nas custas os réus Gertrudes Grüning e menor Paulo Henrique Daun.

5. Êste réu apelou da decisão de primeira instância.

Aludiu a um agravo de Instrumento remetido à douta 1ª Câmara dêste Tribunal de Justiça, recurso aquêle argüindo a nulidade dêste processo, por falta de observância da norma do art. 318 do estatuto adjetivo civil.

*De meritis*, reiterou o tema da respectiva contestação.

Contra-arrazoaram as rés viúva e filhas do segurado falecido Soter Henrique Daun.

Subiram os autos à segunda instância.

6. Nesta, a Procuradoria Geral do Estado ponderou o acêrto da sentença recorrida, jurídica, e merecendo confirmada.

Opinou pela negativa de provimento à apelação.

7. Encaminhe-se o processo ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

Curitiba, 25 de outubro de 1950. - *Eduarda Xavier da Veiga*.

**Tribunal de Justiça de Santa Catarina**

## ACÇÃO RESCISÓRIA - FALÊNCIA

**- Cabe ação rescisória para anular sentença que, denegando pedido de concordata preventiva, declara aberta a falência do devedor. Todavia, é de julgar a ação improcedente se a sentença rescindenda não violou literal disposição de lei. A interpretação errônea, mas não absurda de dispositivo legal, não dá margem à ação rescisória.**

**- É a ilegalidade da decisão e não dos motivos e enunciados dela que dá lugar à nulidade e, conseqüentemente, à ação rescisória por violação de direito expresso. Assim, se por outros fundamentos jurídicos, com apoio na prova dos autos, chega-se à mesma soluço, não há porque rescindir-se o julgado.**

Autores: Empresa Industrial Agrícola Palmital Ltda. e outros

Ac. resc. nº 22 - Rel.: DESEMBARGADOR FLÁVIO TAVARES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de ação rescisória nº 22, da comarca de Joinvile, em que são autores a Empresa Industrial Agrícola Palmital Ltda. e Durval Wolf e ré a massa falida da referida Empresa Industrial Agrícola Palmital Ltda.:

A presente ação rescisória, proposta com fundamento no inciso I, letra c, do art. 798 do Cód. de Proc. Civil e Comercial, visa anular a sentença que decretou a falência da Empresa Industrial Agrícola Palmital Limitada.

A falida, sociedade mercantil por cotas de responsabilidade limitada, com sede na cidade de Joinvile, representada por seu sócio-gerente, Durval Wolf, havia ingressado em juízo com um pedido de concordata preventiva, com fundamento no art. 156 do decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. O Dr. juiz de direito, tendo em vista que não fôra observado o disposto no art. 179, inciso II, da referida lei, segundo o qual "o pedido de concordata de sociedade depende do consentimento da unanimidade dos sócios, nas sociedades de capital e indústria e por cotas de responsabilidade limitada", indeferiu o pedido

e, de imediato, decretou a falência da requerente, na conformidade do que estatui o art. 161, assim redigido:

"Se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, ou não vier devidamente instruído, o juiz declarará, dentro de 24 horas, aberta a falência".

A sentença passou em julgado e o processo prosseguiu nos seus ulteriores termos. Alegam os autores, na inicial, que o julgado foi proferido contra literal disposição de lei, de vez que o art. 179, que exige a prévia anuência de todos os sócios para o pedido de concordata, e em que se baseou o Dr. juiz de direito, não se aplica à concordata preventiva, mas unicamente à *concordata suspensiva*, sob cuja epígrafe se acha no texto legal. Por outro lado, teria havido flagrante violação: do art. 157, inciso IV, da referida lei, segundo o qual "são representados no processo da concordata *preventiva* as dentais sociedades, pelo sócio que tiver qualidade para obrigar a sociedade"; do art. 13 do dec.-lei n° 3.708, de 10 de Janeiro de 1919, que estabelece que:

"O uso da firma cabe aos sócios-gerentes; se, porém, fôr omissa o contrato, todos os sócios dela poderão fazer uso";

e do art. 86 do Cód. de Proc. Civil, que reza:

"As pessoas jurídicas serão representadas em juízo pelos administradores ou por aquêles a quem os estatutos conferirem poderes de representação".

No caso, o pedido de concordata preventiva fôra formulado e assinado, em nome da firma, por Durval Wolf, que, pelo contrato social, era sócio com dois terços do capital, exercia a gerência e a administração da sociedade, com poderes de representa-la em juízo.

Chegam os autores, assim, à conclusão de que a sentença, negando êsse direito ao requerente, para decretar a falência da sociedade que êle legitimamente representava, é nula de pleno direito, devendo como tal ser declarada pela presente ação rescisória.

A inicial foi instruída com diversos documentos, entre os quais, as certidões da sentença rescindenda e do contrato social.

Posteriormente, os autores entraram com um requerimento, pedindo fôsse sustada a venda dos bens da massa, já anunciada por editais, até a decisão final da rescisória, sendo a pretensão rejeitada *in limine*, face à sua manifesta improcedência, pelo despacho de fls. 23.

Dentro do prazo marcado pelo relator, representada pelo síndico, contestou a ação, alegando, preliminarmente, baseado em um acórdão do Supremo Tribunal Federal, não ser cabível, no caso, a ação rescisória, em virtude de não terem os autores esgotado todos os recursos ordinários próprios da decisão. No mérito, apreciando a questão sob os mais variados aspectos, depois de longo e erudito estudo, sustenta: *a)* que a sentença rescindenda não feriu nenhuma das disposições legais invocadas pelos autores; *b)* que embora o artigo de lei, que serviu de fundamento à decisão, se encontre na seção que regula a concordata suspensiva, trata-se de um dispositivo de caráter genérico, aplicável também à concordata preventiva; *c)* que, mesmo que se admita como verdadeiro o ponto de vista contrário, ainda assim a decisão não daria lugar à ação rescisória, porque a interpretação errônea, mas não absurda, da lei, não constitui por si só literal violação do seu texto; *d)* que, além disso, o êrro de interpretação estaria no fundamento, no motivo da decisão, e o que caracteriza a nulidade é a ilegalidade da decisão e não dos motivos e enunciados dela; no caso, o Dr. juiz de direito dispunha de outros motivos para indeferir a concordata, e decretar a falência, e, assim, a parte decisória da sentença, em qualquer hipótese, estaria certa, devendo, por conseguinte, ser mantido o julgado rescindendo.

A contestação foi instruída com farta, documentação extraída dos autos da falência, para demonstrar o estado de insolvência da sociedade, e, principalmente, para comprovar que a mesma não preenchia os requisitos necessários ao pedido de concordata preventiva, quando o formulou.

Proferido o despacho saneador, e não dependendo o julgamento da produção de outras provas, seguiu-se o prazo para as razões finais, do qual se utilizou apenas a ré para reiterar os argumentos anteriormente expendidos.

A seguir, o Dr. subprocurador geral do Estado emitiu seu parecer, opinando pela improcedência da ação.

Isto pôsto:

Considerando que constitui ponto pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que a sentença declaratória da falência não representa um ato de jurisdição voluntária, mas sim de natureza evidentemente contenciosa, sendo, por conseguinte, suscetível de anulação por meio de ação rescisória. Nesse sentido se manifestam CARVALHO DE MENDONÇA, CARVALHO SANTOS, MIRANDA VALVERDE, PAULO DE LACERDA e outros, sendo a regra aceita em grande número de julgados dos nossos tribunais ("REVISTA FORENSE", volumes 23, pág. 340; 38, pág. 532, e 40, página 290; "Rev. dos Tribunais", vol. 153, página 260, etc.).

Considerando que não procede também a preliminar de não caber a rescisória, senão depois de esgotados pelo interessado todos os recursos ordinários da decisão. O que se exige é que a sentença tenha passado em julgado. O acórdão do Supremo Tribunal, citado na contestação, efetivamente, adotou tese idêntica à sustentada pela ré. Trata-se, contudo, de uma decisão isolada, que não mereceu acolhimento dos doutrinadores. Criticando êsse acórdão, assim se manifestou ODILON DE ANDRADE: "Não tem fundamento legal essa asserção. A rescisória cabe mesmo que o interessado não tenha usado de nenhum recurso. O que se exige é tão-sòmente que a sentença tenha transitado em julgado". São da mesma opinião CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), JORGE AMERICANO, PONTES DE MIRANDA e CARVALHO SANTOS, e tem-se orientado no mesmo sentido a maioria, dos julgados dos nossos tribunais, inclusive o nosso, que invariavelmente tem conhecido de rescisória de sentença de primeira instância;

Considerando, quanto ao mérito, que, embora possa haver dúvida sôbre a exatidão do julgado rescindendo, que Considerou aplicável à concordata preventiva um dispositivo legal que, face à sua colocação no texto, sob rubrica especial, pode ser interpretado como restrito ao caso de pedido de concordata suspensiva, e mesmo que prevalecesse esta última interpretação, ainda assim não teria a sentença literal disposição de lei, mas apenas adotado, entre duas correntes de opinião, ambas baseadas em argumentos mais ou menos procedentes, a que, ao julgador, pareceu mais acertada;

Considerando que, decidindo, em face do art. 179, que o *pedido* de concordata preventiva depende do consentimento da unanimidade dos sócios, nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, o Dr. juiz de direito não negou o princípio estabelecido no inciso IV do art. 157, segundo o qual "*são representadas* nos processos de concordata *preventiva* as sociedades pelo sócio que tiver qualidade para obrigar a sociedade";

Considerando que não existe antinomia entre as duas citadas disposições da Lei de Falências, e ambas podem ser aplicadas na concordata preventiva, sem que o reconhecimento de uma implique na negação da outra. Assim, de acordo com o art. 179, para pedir concordata, deve a sociedade contar com a anuência de todos os sócios, e, na conformidade do art. 157, para representá-la no processo da concordata, basta o sócio que tiver qualidade para obrigar a sociedade;

Considerando que, com mais forte razão, é de ser rejeitada a alegação de ter a sentença violado flagrantemente o disposto no artigo 13 do dec.-lei nº 3.708, segundo o qual "o uso da firma cabe aos sócios gerentes", e no art. 86 do Cód. de Processo, que se refere à representação das pessoas jurídicas em juízo, regras essas, de caráter geral, sujeitas a exceções em casos especiais, mas que, no caso, não sofreram a menor restrição;

Considerando que, em apoio do ponto de vista adotado na sentença, há a opinião de VALDEMAR FERREIRA, que, no capítulo dedicado à *concordata preventiva*, admite que "o pedido de concordata *depende do consentimento de todos os sócios*" ("Instituições de Direito Comercial", 2ª ed., vol. 4º, página 388);

Considerando que não resta dúvida que "o título ajuda a deduzir os motivos e o objeto da norma; presta, em alguns casos, relevante serviço à exegese; auxilia muito a memória, é fácil de reter; porém, oferece um critério inseguro; o argumento a *rubrica* é de ordem subsidiária; *vale menos do que outros elementos de hermenêutica*, os quais se aplicam diretamente ao texto em sua íntegra" (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 1ª ed., pág. 283);

Considerando que são máximas de exegese "que o juiz não deve decidir tendo em mira apenas uma parte da lei, cumprindo-lhe examinar a norma em

conjunto", e que "deve-se procurar encarar duas expressões de direito como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente; de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra" (ob. cit., págs. 133 e 142);

Considerando, assim, que o Dr. juiz de direito, na menos favorável das hipóteses, generalizando o disposto no art. 179, especial à concordata *suspensiva*, a prevalecer a epígrafe, e genérico se esta fôr abstraída, não deu à lei uma interpretação absurda; assim,

Considerando que, segundo jurisprudência dominante, "a errônea interpretação de uma lei não é violação de sua literal disposição, se chega por argumentos mais ou menos procedentes" (Tribunal de Justiça de São Paulo, "Rev. dos Tribunais", vol. 146, pág. 254), ou, em outras palavras, "se de duas interpretações correntes, baseadas em argumentos mais ou menos procedentes, a decisão judicial adota uma, não se pode dizer que houve violação de direito expresso, embora a outra interpretação seja certa e jurídica" (*idem, idem*, vol. 173, pág. 454), e ainda, "para que possa ter lugar a ação rescisória é preciso que seja ofendido o direito em tese, e que a decisão tenha contraditado formalmente o preceito de lei, impugnando-o. E para isso é preciso que êsse preceito seja claro e não deduzido de argumentos mais ou menos procedentes. A interpretação errônea, mas não absurda, da lei, não dá margem à ação rescisória" (*idem, idem*, vol. 95, pág. 592);

Considerando, por outro lado, o que caracteriza a nulidade, objeto de rescisória, é a ilegalidade da decisão, e não dos seus fundamentos. A êsse respeito, assim decidiu o Supremo Tribunal: "A ação rescisória só atinge as decisões contra literal disposição de lei, *sendo a ilegalidade da decisão e não dos motivos e enunciados dela*, que dá lugar à nulidade, e, conseqüentemente, à ação rescisória por violação de direito expresso" (ac. de 27 de junho de 1946, in "Brasil-Acórdãos", nova série, parte 1ª, pág. 44);

Considerando que, além do motivo que serviu de fundamento ao julgador para indeferir o pedido de concordata e decretar a falência, outros havia que conduziam ao mesmo resultado, à mesma decisão. De fato, a autora, de forma alguma, estava em condições de pleitear a concordata, e não instruiu o pedido como devia, conforme demonstrou a ré, com farta documentação; assim é que

não podia impetrar o benefício, nos termos do art. 140, inciso II, porque não pagou no vencimento diversos títulos, e não requereu a falência dentro de 30 dias, como determina o art. 8º da Lei de Falências; ora,

Considerando que, conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, "a falta de pagamento de título vencido há mais de 30 dias, sem relevante razão de direito, embora não tenha protesto, *obsta ao deferimento da concordata preventiva e impõe a decretação da falência da requerente*" ("REVISTA FORENSE", vol. 115, pág. 492);

Considerando, além disso, que a autora, ao formular o pedido, deixou de cumprir, integralmente, e pela forma nelas regulada, as prescrições contidas nos arts. 159, inciso IV, 160 e 158, inciso IV, todos da Lei de Falências;

Considerando que qualquer uma dessas omissões, por si só, justificava o indeferimento do pedido de concordata e a conseqüente decretação da falência da requerente, seguido o disposto no art. 161;

Considerando, ainda, que o processo falimentar serviu para demonstrar, à evidência, o completo estado de insolvência em que se encontrava a autora;

Considerando, finalmente, o exposto e o mais que dos autos consta:

Acordam, em Tribunal de justiça, por unanimidade de votos, e na conformidade do parecer do Exmo. Sr. Dr. subprocurador geral do Estado, julgar a ação improcedente e condenar os autores nas custas.

Florianópolis, 22 de março de 1950. - *Urbano Sales*, presidente; *Flávio Tavares*, relator; *Osmundo Nóbrega*; *Nélson Guimarães*; *Alves Pedrosa*; *Guilherme Abry*; *Edgar Pedreira*; *Ferreira Bastos*.

Estêve presente ao julgamento o Dr. MÍLTON LEITE DA COSTA, procurador geral do Estado.

**Tribunal de Justiça do Ceará**

## ADVOGADO - INSCRIÇÃO NA ORDEM

**- São nulos os atos praticados por procurador judicial, ainda que advogado, desde que não inscrito na respectiva Ordem.**

Felipe Pereira dos Santos, sua mulher e outros *versus* Joaquim Ferreira dos Santos e outros

Ag. nº 2.227-A - Rel.: DESEMBARGADOR BOANERGES DO AMARAL

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.227-A, de Granja, nos quais figuram, como agravantes, Felipe Pereira dos Santos, sua mulher e outros, e, como agravados, Joaquim Ferreira dos Santos e outros:

Na presente ação de nulidade de venda simulada, cumulada com ratificação de ato nulo e com cancelamento de transcrições e restituições de frutos, intentada no Juízo de Granja, estão os autores à sombra da Justiça gratuita, o que ensejara a nomeação de um assistente judiciário, ou seja, a nomeação do cidadão Manuel Florêncio Filho.

Mas os réus se insurgiram contra essa nomeação, sob a alegação de que a mesma inquinara de nulidade o feito, por ter recaído em pessoa inabilitada para procurar perante a Justiça.

Na verdade, trata-se, no caso em exame, de um cidadão que, sobre não ser advogado, não tem carta de provisionado, nem é, sequer, solicitador.

Ilegal, por sem dúvida, foi a sua nomeação.

E, ainda que não houvesse advogados em Granja, não poderia êle patrocinar os direitos dos pobres, eis que à sua nomeação se contrapõe, peremptariamente, o art. 103 do Cód. de Proc. Civil.

Com efeito, assim preceitua o art. 108:

"O ingresso das partes em juízo requer, além da capacidade legal, a outorga de mandato escrito a advogado legalmente habilitado".

E, à sua vez, assim dispõe o art. 1.324 do Cód. Civil brasileiro:

"O mandato judicial pode ser conferido por instrumento público ou particular devidamente autenticado, à pessoa que possa procurar em juízo".

Para poder, porém, procurar em juízo, não basta ser bacharel ou doutor em direito, é de mister, ainda, a habilitação exigida pela lei.

Essa habilitação, como é óbvio, não repousa, simplesmente, no diploma de bacharel, de doutor em direito, ou na provisão do advogado; ela é promovida, sempre, perante a Ordem dos Advogados.

Nem todo bacharel em direito é advogado, e vice-versa.

A habilitação, a que se refere o Cód. Nacional de Processo, só se estabelece pela inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Dessarte, todos os que se acharem legalmente habilitados, sem as incompatibilidades ou proibições dos arts. 1.299 e 1.325 do Cód. Civil, bem como dos arts. 10, 11 e 22, do dec. federal nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, podem procurar em juízo.

Aliás, determina o art. 22 do dec. federal nº 22.478, de 1933, que, salvo quanto ao *habeas corpus*, o exercício das funções de advogado, provisionado, ou solicitador em qualquer juízo - contencioso ou administrativo, cível ou criminal -, será permitido, somente, aos inscritos no quadro da Ordem.

É evidente, pois, que a nomeação de Manuel Florêncio Filho não pode convaler.

Proveitosa, sobre o assunto, é a lição de PLÁCIDO E SILVA:

"A falta de capacidade processual, atribuída à parte que ingressa em Juízo, bem assim a falta de habilitação legal do advogado, a quem se outorga o mandato

escrito, têm como consequência, atribuir à mesma qualidade de parte ilegítima, pelo que, na forma da lei processual, pode ser impedida de agir, ou pode ser determinada a inadmissão dela em juízo. E exame, aliás, que deve ser procedido pelo juiz, mediante indicação da parte adversa ou sem ela, quando tem que pronunciar o despacho saneador, a fim de que impeça a continuação do processo ou mande sanear a falta, conforme as circunstâncias" ("Comentários ao Código do Processo Civil", vol. 1º, 3ª ed., pág. 201, nº 263).

E o art. 24 do Regulamento da Ordem dos Advogados fulmina de nulidade os atos forenses praticados pelas pessoas não regularmente inscritas na Ordem, sem prejuízo das sanções civis ou penais em que estas incorrerem.

Não há negar que se trincam de nulidade *pleno jure* os atos praticados por pessoas que se não acham inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil.

Tranqüila e remansosa, nesse sentido, é a jurisprudência dos tribunais judiciários.

A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, no acórdão de 14 de setembro de 1943, relatado pelo Des. FREDERICO ROBERTO, assim decidiu:

"O ingresso em juízo somente se permite ao advogado legalmente habilitado, isto é, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Tem-se admitido a ratificação do processo quando se trata de advogado não inscrito na Ordem. É insuprível, porém, a nulidade, quando se trata de requerente leigo. Só se admite o ingresso da parte pessoalmente quando esta fôr advogado legalmente habilitado, quando não existir advogado no lugar, ou no caso de recusa ou impedimento dos que houver" ("Rev. dos Tribunais", vol. 152, pág. 141).

Idêntico foi o julgamento da Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Mato Grosso, no aresto de 12 de fevereiro de 1940, prolatado pelo Des. JOSÉ DE MESQUITA:

"Somente os profissionais inscritos na "Ordem dos Advogados podem requerer em juízo, sendo nulos *ab initio* os processos cuja inicial esteja assinada por pessoa não habilitada legalmente" ("Rev. dos Tribunais", vol. 148, pág. 730).

Não diversifica o Tribunal de Apelação de Sergipe, como se verifica do acórdão de 4 de dezembro de 1942, do qual foi relator o Des. HUNALD CARDOSO, assim ementado:

"É nulo o processo de desquite amigável "quando as partes postulam sem o patrocínio de procurador judicial regularmente inscrito na ordem" ("Jurisprudência de 1942", pág. 213).

E outra não foi, nesse particular, a decisão do pretório Excelso, através do acórdão da sua 1ª Turma, de 14 de abril de 1947, redigido pelo ministro ANÍBAL FREIRE, no recurso extraordinário nº 10.532:

É nulo *ab inibo* o processo promovido em juízo por quem não é advogado regularmente habilitado, não podendo os atos praticados ser sanados ou ratificados" ("Arquivo Judiciário", vol. 82, pág. 187).

Acresce que, no caso em tela, não havia falta de advogado na comarca de Granja.

O promotor de justiça da comarca, que também, advogado, legalmente inscrito na Ordem, achava-se em Granja, na época em que se iniciara a ação.

Inexistindo, porém, advogado no lugar, ou sendo impedidos os que houver, a lei faculta à parte advogar em causa própria.

Nessa hipótese, dirigirá a parte uma petição ao juiz, requerendo a necessária autorização para, de acôrdo com o § 1º do artigo 108 do "Código Unitário", promover, pessoalmente, a sua defesa.

Essa doutrina, aliás, é acolhida, sem discrepância, pela jurisprudência dos tribunais do país.

Calha transcrever, aqui, a ementa de acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 7 de junho de 1943, da lavra do ministro FILADELFO AZEVEDO:

"Ante a prova do impedimento dos advogados da comarca, pode a parte apresentar-se pessoalmente em juízo e praticar em causa própria todos os atos que, em princípio, são privativos de advogado" ("REVISTA FORENSE", 1944, vol. XCVII, pág. 375).

Por êsses motivos:

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em Câmara Civil, pelos juízes de sua Turma julgadora, por votação unânime, conhecer do agravo e lhe negar provimento, confirmando, assim, a decisão recorrida.

Custas *ex lege*.

Fortaleza, 7 de junho de 1951. - *Pires de Carvalho*, presidente; *Boanerges do Amaral*, relator; *Daniel Lopes*; *Péricles Ribeiro*.

Fui presente. - *Oswaldo de Aguiar*.

\*

### **RECLAMAÇÃO - MANDATO JUDICIAL REVOGAÇÃO TÁCITA - EMANCIPAÇÃO**

- Apesar de não ser um recurso previsto em lei, a jurisprudência tem admitido a reclamação, mas em falta de um recurso específico, para corrigir uma injustiça ou êrro judiciário.
- A reclamação não tem fôrça de fazer sobrestar a marcha de um processo de emancipação, porque não existe lei que lhe atribua um tal efeito.
- A revogação de poderes de mandato só produz efeitos seja expressa ou tácita, depois de notificada judicialmente ao procurador destituído, sendo, pois, válidos todos os atos praticados antes dessa intimação.
- Nenhuma lei existe condicionando o processo de emancipação ao julgamento de prestação de contas de inventariante a de ex-procurador, em que o emancipando é interessado, sob o fundamento de que êle não se

**acha em condições de reger sua, pessoa o bens. Cabe ao juiz, em tal caso, antes de conceder a emancipação, proceder com indispensável cautela, exigindo da menor prova completa de sua capacidade.**

Reclamantes: Drs. Virgílio Augusto de Moraes Filho e outro

Recl. nº 1.744 - Rel.: DESEMBARGADOR PIRES DE CARVALHO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de reclamação, sob o nº 1.744, procedentes do termo de Fortaleza, em que são reclamantes os Drs. Virgílio Augusto de Moraes Filho e Ademar do Nascimento Fernandes Távora, advogados nos auditórios do Estado, e reclamado o Dr. juiz de direito da 2ª Vara Cível, etc.

A Câmara Civil, ao conhecer da reclamação resolveu, por maioria de votos, em acórdão de 10 de outubro de 1946, converter o julgamento em diligência, para mandar que o juiz informe o estado em que se encontram as ações de prestação de contas, em que é interessada a menor Valberta Fernandes Ferreira, determinadas pelo acórdão dêste Tribunal, de 23 de março de 1945.

Nessa ocasião, o relator suscitou uma preliminar de não se conhecer da reclamação, por. serem os reclamantes partes ilegítimas, e, como tais, já não poderem requerer em nome da menor, vez que havia cessado o mandato, com a expedição de nova procuração a outros advogados.

Esta preliminar, que não mereceu aceitação, deixou agora de ser renovada, porque se verifica, da informação do juiz, que os reclamantes só foram notificados de sua destituição quatro dias depois de ingressarem com a presente reclamação.

O Cód. Civil, em seu art. 1.316, dispõe que cessa o mandato pela revogação, que pode ser expressa ou tácita.

No caso dos autos, houve uma revogação tácita, que ocorre quando o mandante constitui novo procurador para o mesmo negócio.

Entretanto, expressa ou tácita, a revogação deve ser notificada ao mandatário, porque, como refere CLÓVIS BEVILÁQUA, é doutrina corrente, professada pelos Códigos, que os terceiros que contratarem com o mandatário, ignorando, sem culpa, a cessação tácita do mandato, têm ação contra o mandante e seus herdeiros; salvo a êstes ação regressiva contra o mandatário, se o mesmo tinha razão de saber que já fôra destituído ("Direito das Obrigações", § 123).

Esta notificação foi aceita pela jurisprudência, como medida indispensável, para que cesse o ofício do mandatário, e assim já dispunha o art. 706, § 1º, do reg. nº 737, de 1850, e, por último, o art. 1.319 do Cód. Civil.

Veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ("Rev. de Direito", vol. 7, pág. 588).

É de tal importância o caso, que a revogação de poderes, secundo um outro acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, somente produz efeitos depois de intimada judicialmente ao procurador destituído, sendo, pois, válidos todos os atos praticados antes dessa intimação ("São Paulo Judiciário", volume 23, pág. 68).

Ora, se a revogação só foi notificada judicialmente no dia 18, como diz o juiz em sua informação, é claro que na data da reclamação, quatro dias antes, os reclamantes ainda eram procuradores da menor e, nessa qualidade, podiam defender os direitos desta.

Daí por que o relator modificou seu voto anterior, para não insistir na preliminar, por êle suscitada, de ilegitimidade dos requerentes.

No mérito, tudo quanto visam os reclamantes é sustar a marcha do processo de emancipação da menor, até que sejam ultimadas as prestações de contas dos Drs. Raimundo Girão e Josias Correia Barbosa, aquêle como inventariante e êste como ex-procurador.

Receiam os reclamantes que a menor, sem possuir as necessárias condições para reger sua pessoa e bens, venha a aceitar essas prestações de contas, dando

imediatamente quitação aos dois interessados, com grave lesão aos seus interesses.

As duas alegações não procedem absolutamente, quer a que diz respeito a sobrestar a marcha do processo de emancipação, quer a que se refere à falta de qualidade da emancipada, para reger sua pessoa e bens.

Quanto à primeira, embora a estranheza que produz o procedimento dos reclamantes agindo contra os desejos de sua constituinte, é bem de ver que nenhuma lei existe, condicionando o processo de uma emancipação a essas prestações de contas, aliás uma delas definitivamente julgada, sem qualquer recurso dêsse julgamento, como informa o juiz.

Quanto à segunda, cabe ao juiz proceder com a indispensável cautela, exigindo da requerente uma prova completa de sua capacidade, nos termos do art. 9º, parág. único, nº I, Parte Geral, do Cód. Civil, e art. 621 do Cód. de Processo.

Nada induz a acreditar que o juiz deixe de bem cumprir o seu dever, em assunto de tamanha relevância, com o zelo e o escrúpulo que a lei impõe em casos tais.

Por estas considerações:

Acordam os juízes da Câmara Civil do Tribunal de Justiça, em julgamento pleno e por maioria de votos, indeferir a presente reclamação, por falta de fundamento justo.

Custas de lei, se procedentes.

Fortaleza, 28 de abril de 1947. - *Leite de Albuquerque*, presidente; *Pires de Carvalho*, relator; *Péricles Ribeiro*; *Boanerges Facó*; *Olívio Câmara*, vencido no mérito. Deferi a reclamação, para adotar, quanto à emancipação da menor Valberta, a sugestão do parecer do Dr. procurador geral do Estado, fls., e, quanto às prestações de contas, já estando julgadas as do inventariante Dr. Raimundo Girão, como informou o Dr. juiz de direito da 2ª Vara da comarca desta Capital, para mandar que o Dr. curador geral providenciasse sôbre o andamento das exigidas ao ex-procurador de D. Valquíria Fernandes Ferreira,

Dr. Josias Correia, se, porventura, o processo respectivo não estivesse ultimado.

Fui presente. - *Oswaldo de Aguiar.*

### **Tribunal de Justiça de Alagoas**

#### **ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - EXECUTIVO FISCAL - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - AUSÊNCIA DO ADVOGADO DA AUTORA**

**- Mesmo em executivos fiscais o não comparecimento do procurador do autor à audiência de instrução e julgamento dá lugar à absolvição da instância.**

Recorridos: João Nogueira & Cia.

Rec. *ex officio* nº 3.866 - Relator: DESEMB. MEROVEU MENDONÇA

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso cível nº 3.866, de São Miguel dos Campos, em que é recorrente o Juízo e recorridos João Nogueira & Cia.:

Acorda a Turma julgadora negar provimento pelos fundamentos da sentença recorrida.

Maceió, 3 de abril de 1951. - *Augusto Galvão*, presidente; *Meroveu Mendonça*, relator; *Carlos de Gusmão*; *Mário Guimarães*.

#### **SENTENÇA**

Vistos, etc.:

A Prefeitura Municipal de São Miguel dos Campos, dizendo-se credora da fábrica "Vera Cruz", estabelecimento industrial, pertencente à firma João Nogueira & Cia., da importância de Cr\$ 19.800,00, propôs, contra a aludida firma, a presente ação executiva fiscal. Juntou os documentos de fie. Citada, a ré deu bens à penhora, como se verifica do auto de penhora e depósito a fls. A ré apresentou embargos a fls. e juntou os documentos de fls. Êste Juízo determinou que se abrisse vista dos autos, pelo prazo de 10 dias, de conformidade com o art. 18 do decreto-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938, ao advogado da Fazenda Municipal, para impugnar a defesa e indicar ou requerer provas. A impugnação se encontra a fls. Nos termos do inciso 3º do art. 19 do dec.-lei nº 960, citado, determinei que se requeresse do Exmo. Sr. prefeito do município, de acôrdo com o que me foi pedido pela outorgante; a remessa a êste Juízo, dentro do prazo que fixei em 20 dias, de cópia autenticada das tabelas explicativas relativas à cobrança do impôsto de licença no exercício de 1948. A resposta do Sr. prefeito se encontra a fls.

Vindo-me os autos conclusos, proferi o despacho saneador e designei esta data para ter lugar a audiência de instrução e julgamento da presente causa.

Isto pôsto.

Aberta a audiência por êste Juízo, deixou de a ela comparecer, sem causa justificada, o procurador da autora. O advogado da ré, com fundamento no inciso I do art. 266 do Cód. de Proc. Civil, combinado com o art. 76 do dec.-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938, requereu fôsse sua constituinte absolvida de instância.

Com efeito, o dec.-lei nº 960 não resolveu expressamente a situação que é a dos autos, neste momento.

No entretanto, o art. 76 do citado decreto-lei deixa claro que aquilo que não estiver resolvido pelo dec.-lei nº 960 terá solução pelo que estabelecer o Cód. de Proc. Civil.

É o que se compreende destas palavras:

"As Justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre, enquanto não fôr promulgado o Cód. de Proc. Civil, aplicarão, subsidiariamente, no processo e julgamento das causas a que se refere esta lei, a legislação, local vigente".

Ora, em hipótese igual à dos autos (ação executiva comum) o Cód. de Proc. Civil manda que se absolva o réu de instância, e o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 14.898, decidiu que a decretação da absolvição de instância, por fôrça de ausência do advogado do autor à audiência de instrução e julgamento, independe de qualquer formalidade. Essa decisão, que foi unânime, está publicada na "REVISTA FORENSE", vol. 131, págs. 379-381.

Além disso, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, não pode o juiz eximir-se de proferir despacho ou sentença, porque, como ensinava CLÓVIS, no silêncio da lei funciona como revelador do direito latente, porque tôdas as relações entre indivíduos se enquadram na ordem jurídica e devem ser disciplinadas por uma norma de direito.

Nos termos do art. 205 do Cód. de Processo Civil, condeno a autora a pagar de honorários de advogado da ré a importância de Cr\$ 1.980,00 e as custas do processo.

Com êstes fundamentos, absolvo a ré de instância e recorro desta decisão para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado.

São Miguel dos Campos, 2 de março de 1951. - *Antônio César de Moura Castro.*

## **PRIMEIRA INSTÂNCIA**

**JUÍZO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

**ORDEM DOS ADVOGADOS – EXCLUSÃO DO QUADRO POR FALTA  
DE EXERCÍCIO - MANDADO DE SEGURANÇA**

**- O advogado não está obrigado a provar o efetivo exercício da advocacia, para poder exercer o direito de voto nas eleições da Ordem respectiva.**

Impetrante: Rui Barbosa Neto

## SENTENÇA

Vistos, etc.:

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Dr. Rui Barbosa Neto, advogado inscrito (prova a fls. 5) na Seção do Distrito Federal, da Ordem dos Advogados do Brasil, apontando êste organismo como coator, pelo fato de o haver excluído da lista de votantes (provas a fls. 11), sob o fundamento de haver dúvidas sôbre o efetivo exercício da profissão por parte do requerente, não obstante haver o impetrante pedido melhores esclarecimentos ao Dr. Hariberto Miranda Jordão, 1º secretário, e que lhe enviara uma notificação pouco diplomática (produzida a fls. 9), com rasuras até e não ressalvadas, sendo que nesse pedido de maiores esclarecimentos o impetrante usara da faculdade de também alegar que tinha dúvidas quanto ao efetivo exercício da advocacia por parte do aludido 1º secretário da Seção, eis que nunca o vira efetivamente advogando. Êsse último fato, embora fôsse um direito do impetrante retribuir *dúvidas* que pendiam sôbre sua pessoa, lhe ocasionou outro vexame, abusivamente, sem justa causa, contra si foi instaurado um processo disciplinar, por considerar-se que o impetrante, advogado inscrito, manifestando dúvidas sôbre o efetivo exercício da profissão, do aludido 1º secretário, manifestara "profundo desprezo para com o Conselho". Contra ambas as coações pede o presente mandado de segurança, havendo eu liminarmente deferido a ordem (fls. 2).

Solicitadas informações, prestou-as o ilustrado presidente do Conselho suplicado, contestando o pedido. Na parte útil, sustenta-se ao articulado do impetrante simplista, não discutindo a tese, mas sômente o seu caso pessoal, tratando-se de impetrante açodado. No entanto, não cabe mandado de segurança, já que o juiz aprecia o ato administrativo sob o aspecto da legalidade, excluído o exame do seu merecimento, no remédio processual invocado pelo impetrante. E o procedimento em causa se ajusta ao que autorizam a lei e o regulamento, nada havendo a censurar. Respeito ao processo

disciplinar, não pode o juízo rever o que decidir a autoridade administrativa. Com mais razão isso se dá quando o órgão disciplinar fôr o da classe dos advogados, porquanto... "É bem claro que, embaraçada a ação disciplinar da Ordem mediante a revisão substancial de suas sanções, prejudicado estará o motivo fundamental de sua criação e se lhe tirará a finalidade essencial, com a subversão do sistema jurídico que nos rege". E a douta contestação rematou por acentuar haver justa causa para processo disciplinar, tanto mais que... pretendeu desmoralizar o Conselho... "chegando a se referir mesmo à pessoa do ilustrado e digno conselheiro 1º secretário, arrogando-se qualidade para, em represália, levantar dúvida quanto à sua qualidade notória de advogado militante, que é, e dos mais operosos, reputados e ilustres do nosso quadro, tendo mesmo, não há muito, defendido, em memorável pleito, os interesses de tôda a classe, circunstância que o impetrante não pode ignorar por mais que esteja alheio aos assuntos e interesses da profissão".

O provector Dr. MÁRIO ACIOLI, 6º procurador da República, elaborou o seguinte parecer:

"Dr. Rui Barbosa Neto alega na inicial dêste mandado de segurança que, embora quite com a colaboração devida à Ordem dos Advogados no Distrito Federal, foi surpreendido com uma notificação assinada pelo seu digno 1º secretário, no sentido de provar que está no efetivo exercício da profissão de advogado.

"Alega, ainda,, que pediu ao Conselho esclarecesse a circular, no ponto referente às dúvidas de que o impetrante esteja no efetivo exercício, mas que não foi atendido.

"Daí a ameaça de ser o seu nome excluído do quadro dos inscritos, com direito a votar na eleição do Conselho.

"Por este motivo, o presente mandado concedido, liminarmente por V. Ex.<sup>a</sup>.

"Não interessa à questão os termos usados pelo requerente na carta endereçada ao digno 1º secretário, que, na verdade, é mais um aspecto de ordem interna, termos que foram considerados indisciplinares, mas se deve atender o direito de

ação e as prerrogativas que tem o advogado na defesa alheia, com mais razão na sua própria:

"Mas, como dissemos, não interessa ao pedido de segurança o processo disciplinar, nem o que se tenha agitado administrativamente em tórno da questão, interessa, sim, saber-se se o advogado militante está obrigado a provar a terceiros o pleno exercício de suas funções liberais.

"As informações remetidas a Juízo pelo ilustrado Conselho da Ordem se apóiam nos seguintes dispositivos do seu Regulamento:

"Art. 76. Ao Conselho compete:

"6) Rever anualmente os quadros da Ordem, fazendo as necessárias alterações;

".....

"14) Organizar e modificar a seu Regimento Interno, em que determinará a ordem das matrículas, respeitando o critério estabelecido no parág. único do art. 64, forma da convocação, normas dos trabalhos e *quorum*, da assembléia geral, do Conselho e da Diretoria, atribuições dos membros desta, datas das reuniões da assembléia geral, do pagamento das contribuições, forma e comprovação do exercício da advocacia para os efeitos dêste Regulamento, e, em geral, tudo o mais que convier para a regularidade dos serviços da Ordem e para a boa aplicação do presente Regulamento".

"A alínea acima consta sòmente em parte, nas informações prestadas; transcrevêmo-la na íntegra, para melhor esclarecer.

"Art. 61. Não poderão votar os que não estiverem efetivamente exercendo a advocacia".

"Do Regimento Interno da ordem dos Advogados do Brasil, aprovado pelo Conselho Federal em 6 de abril de 1938, as informações se reportam aos seguintes dispositivos:

"§ 2º Os advogados cujos nomes não forem excluídos, serão convidados a comprovar o exercício efetivo da advocacia, dentro do prazo de 15 dias.

"§ 3º A comprovação do exercício efetivo da advocacia (art. 76, nº 14, do Regulamento) far-se-á pela apresentação de certidões judiciais de feitos em andamento, trabalhos forenses avulsos ou apresentação de autos que os contenham, ou prova de outros trabalhos de advocacia realizados na mesma época ou pròximamente".

"Como se vê, o Regimento Interno transfere para o advogado o ônus da prova, quando a mesma lhe cabe por princípio, como dispõe o referido art. 37, do qual as informações transcreveram sòmente os parágrafos acima citados.

"Anualmente, no mês de setembro, o presidente (arts. 57 a 81 do Regulamento) submeterá à deliberação do Conselho a relação dos advogados sobre cujo exercício efetivo da advocacia haja dúvidas, de acòrdo com as informações colhidas pela Secretaria ou impugnações apresentadas por qualquer membro do Conselho ou da Seção ou terceiros legitimamente interessados"

"A exclusão do advogado do quadro com direito a votar, pelo citado artigo, depende de um processo baseado em informações colhidas pela Secretaria, impugnações feitas pelos membros do Conselho ou de terceiros interessados.

"O Regulamento aplicado é de 1933 e o Regimento Interno de 1938. Aquêle foi baixado com o dec. nº 22.478, do referido ano, e o Regimento Interno aprovado pelo Conselho Federal 5 anos depois.

"Hoje, possivelmente, em face do que dispõe a Constituição federal no art. 141, § 14, não seria mais possível restrição do direito pleno da atividade do advogado.

"Provar que está exercendo efetivamente sua difícil missão, mediante apresentação de autos ou apresentação de certidões dos cartórios, seria humilhante para o advogado.

"A situação do advogado sem constituinte, seria bem triste. Êle nunca poderia votar para a constituição do Conselho de uma instituição de sua classe, sofreria,

assim, uma verdadeira *capitis diminutio* de seus direitos, muito embora legalmente diplomado e com a sua contribuição paga para exercer livremente a profissão; e quanto basta.

"Provar a efetividade *motu proprio* é demais. A Secretaria do Conselho tem esse encargo, conforme dispõe o art. 37 do seu Regimento, o que não deixa de ser um absurdo devassar a vida do profissional, quando nenhuma outra profissão está obrigada a semelhante ônus.

"O advogado pela nobreza de sua missão na sociedade, não pode sofrer essa diminuição, em consequência de fatores independentes de sua vontade. Acresce notar que a situação se torna pública pela divulgação que se faz no "Diário da Justiça", onde só figuram os nomes daqueles que estão puros e, por este motivo, podem votar na assembléia geral.

"É, na verdade, um castigo que se impõe ao profissional que apesar de seus esforços não consegue constituintes.

"O pedido, porém, não se ajusta ao caso; porque não foram esgotados os recursos administrativos, como determina o art. 320, nº II, do Cód. de Proc. Civil, uma vez que o impetrante, de acordo com o § 5º do art. 37 do Regimento Interno, podia ter recorrido para o Conselho Regional ou, ainda, para o Conselho Federal".

Isto pôsto:

## I

Não acolho a preliminar do parecer do provector Dr. 6º procurador, porque qualquer recurso administrativo, no caso de proximidade de eleição, seria improfícuo, tratando-se de exercício de direito de voto. Aliás, não há recurso administrativo específico para a rara medida, tomada pela primeira vez, pelo ilustre Conselho local. Por outro lado, o § 24 do art. 141 da Constituição não põe essa limitação à impetração, permitindo até o uso do remédio frente a uma simples ameaça.

No mérito, estou de acôrdo com o parecer do ilustre representante do Ministério Público federal, no sentido de haver coação. a ensejar o deferimento da segurança.

Cabia à Secretaria colhêr informações, e não se comprovou que o houvesse feito, não constando qualquer providência nesse sentido. Também não consta que qualquer membro do ilustre Conselho ou advogado inscrito haja suscitado dúvida a respeito. A dúvida não pode surgir por si mesmo e muito menos anônimamente. Não consta (apesar de requisitados pelo Juízo *todos* os processos referentes ao impetrante, *ut* fls. 2, qual a investigação feita pela Secretaria e muito menos que qualquer pessoa, com idoneidade para o fim visado, houvesse formalizado dúvida a respeito do impetrante.

Por outro lado, não vejo como se possa insistir sôbre a não freqüência do impetrante ao fôro, como faz o digno relator do processo disciplinar (fls. 12 do apenso), com uma vivacidade de estilo desprimorosa para o impetrante. O impetrante, com a inicial, ofereceu certidão de escrivão e também do secretário do egrégio Tribunal de Justiça, comprovando que está patrocinando os interêsses forenses de vários clientes. Após essa prova não há como contestar-se o efetivo exercício da nobre profissão por parte do impetrante; deixar de reconhecê-lo (reconhecê-lo seria tornar prejudicado o pedido) é insistir numa "dúvida" sem qualquer razão de ser, o que mais reforça a conclusão da procedência do pedido, para afastar um excesso de poder em relação ao postulante.

## II

Quanto ao processo disciplinar em apenso, considero-o sem justa causa e, portanto, o anulo. Esperar por uma decisão final seria o mesmo que deixar de conceder *habeas corpus* em processo sem justa causa, só para esperar a sentença condenatória. Seria o mesmo, pois, que negar ao mandado de segurança a possibilidade de ser remédio preventivo, quando êste remédio bem o pode ser, como está na letra do § 24 do art. 141 da Constituição federal.

A tese da defesa, sôbre a não possibilidade de ser o mérito disciplinar apreciado pelo Juízo, além de poder sofrer temperamentos, não tem adequação à espécie. Não se trata de investigar grau de pena aplicada, sua bondade ou maldade. Mas

sim de decidir se o fato narrado cabe ou não no elenco das infrações. E sobre isso já decidi em mandado de segurança, num das primeiros que concedi há anos atrás contra o diretor de certa autarquia, obtendo confirmação do egrégio Tribunal Federal de Recursos (rec. de mandado de segurança número 19).

A não ser assim, jamais, a não ser por raridade, o mandado de segurança tutelar o paciente contra certos excessos de poder, que, muitas vês, se apresentam com vestes de questão meramente disciplinar, como aquêlo caso citado por ROLLAND (pág. 348, ed. 1947 de "Droit Administratif") de aplicação de pena por questão meramente pessoal.

Também não posso aderir ao argumento da douta contestação, no sentido de que a abstenção judiciária mais se deva sentir em se tratando de processo administrativo instaurado pela ilustre Ordem dos Advogados. Justamente o contrário é que deve ser, sendo o caso da Ordem um dos que têm regra própria, em sentido contrário ao da tese da defesa. É a lição de GÉRARD DE VICHÉ (págs. 54 e 55 de "La sanction professionnelle", Paris, 1948): "*... Il serait cependant exagéré de conclure à l'autonomie complète des Ordres des avocats. Ils sont en effet intégrés dans l'administration de la Justice. Ce sont des autorités publiques chargées de rendre la justice en matière de discipline des avocats. Les organes judiciaires exercent sur eux un pouvoir hiérarchique de surveillance et de contrôle qui en font nettement des servires publics*".

No caso dos autos, o impetrante recebeu um *memorandum* (ver fls. 9) com rasuras. Estava escrito "pena de exclusão dos quadros da Ordem". Foi riscado isso e substituído por sob as penas da lei".

Isto revela que o próprio signatário do *memorandum*, ao redigi-lo, não estava seguro do que era pertinente, tanto assim que mencionara uma sanção inidônea, não obstante ser o 1º secretário do Colégio suplicado. Nada demais, em conseqüência, que o impetrante pedisse esclarecimentos, que por si não ofendem quem quer que seja: os embargos de declaração não se consideram ofensivos e todos os dias são usados no fôro, sem que pela sua dedução se instaure processos disciplinares.

Cumpre ressaltar que no pedido de esclarecimentos não há qualquer termo ofensivo, objetivamente incorreto. E o simples fato de haver o impetrante

manifestado dúvida a respeito do ilustre 1º secretário, não pode ser considerado como infração disciplinar. Pode ter sido incômodo, e mesmo deselegante, porque a apresentação de dúvida não tem a elegância da acusação formal e frontal. Mas o impetrante também não fôra poupado dessa deselegância.

E não vejo artigo de lei ou de regulamento que dê ao digno 1º secretário o privilégio de ficar isento de dúvidas, que qualquer inscrito pode apresentar, como se vê do texto positivo citado pelo provecto Dr. 6º procurador (fls. 33). O que cabia ao digno 1º secretário era dar o bom exemplo ao impetrante, apresentando as certidões de processos em que vem funcionando, o que lhe seria muito fácil, por se tratar de advogado militante, dos mais operosos, como se diz na contestação (fls. 23).

Se assim se tivesse feito, talvez não chegasse a público o lamentável incidente, que as suscetibilidades exaltadas alimentaram, ao invés de compor, como seria de desejar.

### III

Pelo exposto e ponderado, julgo procedente o pedido e defiro a segurança, anulando o processo disciplinar. por falta de justa causa e excesso de poder, e confirmando a medida liminar quanto à reinclusão na lista dos votantes. Oficie-se para os fins do art. 337 do Cód. de Proc. Civil.

Custas da lei. P. R.

Distrito Federal, 26 de dezembro de 1950. - *Alcino Pinto Falcão*.

JUÍZO DE DIREITO DE LAJES, ESTADO DE SANTA CATARINA

**CASSAÇÃO DE MANDATO - VEREADOR - MANDADO DE  
SEGURANÇA**

**- É nula a resolução de cassação de mandato legislativo, quando tomada sem "quorum" legal.**

**- A incompatibilidade de vereador se apura em relação à pessoa de direito público em que exerce as suas funções.**

Impetrante: Dr. Armando Ramos de Carvalho

## SENTENÇA

Vistos, etc.:

O Dr. Armando Ramos de Carvalho, médico, residente nesta cidade, eleito e empossado vereador da Câmara Municipal de Lajes, impetrou êste mandado de segurança contra a referida Câmara, alegando, em síntese, o seguinte:

Estava no exercício do seu mandato quando foi encaminhada à Câmara uma consulta, a fim de saber se incorria êle na sanção do art. 28 da Lei Orgânica dos Municípios, por ter aceito cargo demissível *ad nutum* qual seja o de médico puericultor do Centro de Saúde;

O parecer da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça opinou afirmativamente, no sentido de estar o impetrante incompatibilizado com as nobres funções de representante do povo, por ocupar cargo público de demissão *ad nutum*;

Submetido o parecer à discussão, foi êle votado, alcançando o seguinte resultado: pelo parecer, 6 votos, contra 4 votos, ficando assim o mesmo rejeitado, por não obter dois terços dos votos dos membros da Casa, na conformidade do art. 29 da Lei Orgânica dos Municípios;

Rejeitado o projeto, como o foi, não poderia ser renovado na mesma sessão anual, conforme dispõe o art. 107 do Regimento Interno;

Transgredindo o mesmo Regimento, em 16 de maio, uma semana após à rejeição, dá entrada em plenário novo projeto, constituindo uma ilegalidade contra direito líquido e certo do impetrante; pois, não poderia mais voltar à discussão a apreciação da Câmara *matéria vencida*;

A justificação para o projeto de resolução, que declarou extinto o mandato do impetrante (doc. 6), fundou-se no art. 48. ns. I e II, letra *b*, da Constituição federal e letra *d* da lei federal nº 211, de 7 de janeiro de 1948, que nada mais fêz do que citar os §§ 1º e 2º da art. 48 da Constituição federal, nenhuma alusão fazendo aos itens I e II do mesmo artigo, que só se aplicam a deputados e senadores. O dispositivo aplicável seria o art. 28, ns. I e II, da Lei Orgânica, atendendo ao § 2º do mesmo artigo, que põe a questão em seus devidos termos, uma vez que:

"As proibições dêste artigo valerão para os vereadores, quando a pessoa de direito público fôr o Município a que êle pertencer".

Tal análise, pertinente ao mérito, não objetiva o presente peão, que focaliza a ilegalidade de, inoportunamente, com prejuízo do impetrante em seu direito, haver voltado à discussão matéria vencida. Tratando-se de cassação de mandato, omissa o Regimento Interno, o caso teria sua solução condicionada à maioria da Câmara, com base na Lei Orgânica (art. 144 da Regimento Interno). E, diz a Lei Orgânica (artigo 29):

"Nos casos do artigo antecedente e seus parágrafos (art. 28), deliberará a Câmara Municipal pelo voto de dois terços de seus membros".

Assim, pede seja deferido o pedido, a fim de que o impetrante possa voltar ao exercício do mandato outorgado pela soberania popular, tendo como irrita a resolução numero 43, de 18 de maio de 1951.

A Câmara Municipal, no decêndio legal, contestou a inicial, alegando, em resumo, o seguinte:

Não se trata, na espécie, de cassação de mandato, e, sim, de declaração de extinção de mandato, cujos casos são taxativos (artigo 48, nº I, letras *a* e *b*, nº II, letras *a*, *b*, *c* e *d*, §§ 1º e 2º da Constituição federal, regulados pela, lei nº 211, de 7 de janeiro de 1943. Sòmente importa cassação a infringência do art. 48, nº II, § 2º, da Constituição federal, quando se faz necessário o voto de dois terços;

A perda do mandato do impetrante, foi declarada pela resolução nº 43, de 18 de maio de 1951, com fundamento no art. 48, nº II, letra *b*, da Lei Magna, por ter êle ocupado cargo público demissível *ad nutum* (médico puericultor do Centro de Saúde);

Confundiu o impetrante parecer com projeto, coisas distintas; parecer - assunto ou matéria de consulta; projeto - redação provisória ou proposta escrita de lei, a ser submetida à apreciação de uma assembléia;

O parecer, baseado na consulta feita à Casa, não importou em *matéria vencida*, pois não necessitava de aprovação da Câmara (art. 69, § 2º, do Regimento Interno), versando a consulta sôbre o art. 28, nº II, da Lei Orgânica;

A resolução nº 43 foi baseada na lei nº 211, que regulamentou o art. 48 da Constituição federal, prevendo os casos de extinção de mandatos dos membros dos corpos legislativos da União, dos Estados, Distrito Federal, Territórios e dos Municípios, e caso idêntico foi verificado em São Paulo ("REVISTA FORENSE", vol. 132, pág. 151);

Não se fazia necessário os dois terços para a aprovação da resolução nº 43, como insiste o impetrante, invocando o art. 29 da Lei Orgânica, que assim exige. A lei número 211 é que regulamentou o assunto, só exigindo dois terços o art. 48, nº II, § 2º, da Constituição federal;

A lei nº 211 é perfeitamente constitucional, não tendo atingido as autonomias locais, por isso que os Estados e os Municípios devem respeitar os princípios da União;

Improcedente, assim, o mandado requerido, por ter sido perfeitamente legal o ato da Câmara.

É o relatório.

Bem examinada a hipótese, passo a decidir:

*Cassação de mandato.*

Não assiste razão à Câmara Municipal, quando afirma não se tratar de cassação de mandato. E que esta é uma modalidade da "perda do mandato". De um modo geral, são expressões sinônimas, considerando a lei nº 211, que regulamentou a matéria, a perda do mandato - a terminação do prazo, morte, a renúncia, a perda de direitos políticos, as hipóteses previstas no art. 48 da Constituição federal e a cassação do respectivo partido, no caso do art. 141, § 13, da Constituição federal (TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", pás. 379).

### *Renovação de projeto.*

Alega o impetrante que, rejeitado o projeto ou parecer, que concluiu pela sua incompatibilidade, para exercer o cargo de vereador, por ter aceito cargo público demissível *ad nutum*, não poderia ser mais renovada a matéria na mesma sessão anual, em virtude de ser *assunto vencido*, como dispõe o artigo 107 do Regimento Interno.

Focaliza o impetrante que dando entrada em plenário novo projeto para declarar a perda do mandato, consumou-se a arbitrariedade, a coação ilegal contra direito líquido e certo, quando nada mais poderia voltar a ser discutido e apreciado, por ser *matéria vencida*.

Releva acentuar que, objetivando o impetrante o seu pedido nessa primeira forma de deliberar da Câmara, pôsto que o mérito terá a sua análise em outra ocasião, não pede a nulidade da referida deliberação, senão a outra, que faz parte da resolução nº 43, de 18 de maio de 1948, que declarou extinto o seu mandato.

É que o impetrante parece tomar a hipótese de ser votada matéria vencida, como de simples irregularidade, violação de forma regimental, que ao Poder Judiciário não é dado apreciar, salvo tratando-se de vício de inconstitucionalidade manifesta.

"Os regimentos das casas legislativas são leis internas que só têm como objetivo regular os serviços respectivos no tocante a cada uma delas; desde que da transgressão daqueles não resulta violação de preceito ou garantia constitucional, não há como pôr em dúvida a fôrça obrigatória das leis em cujo

processo de elaboração se tenham verificado as transgressões" (ANFILÓFIO DE CARVALHO, "O Direito", vol. 88, página 378).

"A argüição de nulidade da lei por vícios em sua discussão ou votação escapa à competência do Poder Judiciário" (acórdão do Supremo Tribunal Federal, "Rev. de Direito", vol. 55, pág. 325).

"A regra firmada pela doutrina corrente, como mostrou RUI BARBOSA, é que tôda a contravenção material das formas constitucionais, autênticamente provada no processo de elaboração legislativa, vicia e nulifica o ato do legislador; não assim, porém, a simples violação de formas regimentais "Rev. de Direito", vol. 68, página 342).

"No caso julgado pelo acórdão de 9 de dezembro de 1914, acentua o Des. MEROVEU MENDONÇA, do ilustre Tribunal de Alagoas, in "REVISTA FORENSE", volume 126, pág. 216, argüiu-se a invalidade de uma lei Porque a Câmara dos Deputados discutiu e votou o projeto em um só dia, quando o Regimento Interno exigia duas discussões e votações com o intervalo mínimo de dois dias. Mas o Supremo Tribunal repeliu a nulidade, dizendo: "As lacunas ou anomalias na execução dos regimentos internos, organizados pelo Congresso Nacional, não podem ser argüidas contra a aplicação de uma lei quando não importem na violação de preceitos de Constituição" ("Rev. de Direito", vol. 39, pág. 300).

Percorreu, assim, a inicial caminho impróprio trazendo a juízo matéria de economia interna da elaboração legislativa da Câmara Municipal, mas, vê-se, entretanto, que a invocação do direito aplicável é diferente. Em face dos arts. 4º e 154 do Código de Proc. Civil, o juiz fica vinculado ao pedido da parte e não pode fugir à alegação dos fatos. Mas assim não ocorre em relação à matéria de direito, como diz o juiz ALCINO PINTO FALCÃO, pois aí o postulado apropriado é outro: *jura novit curia*, que o reputado STEIN (*apud* WILLIAN DUNAND, pág. 32 de "Du role respectif du juge et des parties dans alegation des faits", Génève, 1940, diz "que exprime um conceito dos mais pacíficos do direito processual, qual o de que as exposições de direito das partes não adstringem ao julgador, podendo êste desprezá-las para aplicar o direito correto".

Na hipótese, como já foi dito, visa também a inicial anular a resolução nº 43, de 18 de maio de 1951, concluindo por pedir a volta do impetrante ao exercício do mandato, tendo como írrita a referida resolução nº 43.

A própria violação do Regimento Interno não é evidente, pois que não se tratava de projeto, mas simples parecer emitido pela Comissão de Constituição e Justiça, sobre consulta de perda de mandato de vereador, parecer êsse, elucidativo, que não necessitava de aprovação da Câmara (artigo 69, § 2º, do Regimento Interno). Aliás, rejeitado, como foi, favoreceu ao impetrante. O que não pode ser renovado na mesma sessão anual, segundo o Regimento Interno (art. 107), é o projeto rejeitado ou não sancionado. Projeto que fôsse, como entende o impetrante, não se transformou em resolução, para que não pudesse ser renovado.

*Perda do mandato. Deliberação tomada sem a observância dos dois terços, preceituada pela Lei Orgânica dos Municípios.*

A resolução nº 43 de 18 de maio de 1951, que declarou extinto o mandato do impetrante, como do seu colega Rubens Nazareno Neves, em justificação preliminar, baseou-se no art. 48, ns. I e II, letra *b*, da Constituição federal e no art. 1º, letra *d*, da lei nº 211, de 7 de janeiro de 1948.

É que o impetrante, vereador já empossado, aceitara cargo demissível *ad nutum*, qual seja o de médico puericultor do Centro de Saúde, nomeado pelo govêrno do Estado.

Realmente, os casos de perda de mandato dos membros das câmaras legislativas federais, estaduais e municipais, estão regulados pela lei nº 211, de 7 de janeiro de 1948, cuja constitucionalidade já foi proclamada unânimemente pela egrégio Supremo Tribunal Federal.

O projeto, como diz TEMISTÓCLES CAVALCANTI, sofreu forte impugnação sob o seu aspecto constitucional. Uns entendiam que a matéria deveria ser objeto de uma lei federal, extensiva a todos os mandatos; entendiam outros que a matéria envolvia a própria soberania dos cargos legislativos e o exercício do mandato de seus respectivos membros e que, portanto, uma lei geral transcendia da órbita legislativa do poder federal. Para a solução imediata

da representação eleita por um partido, cujo mandato foi cassado e que dispunha de representantes em numerosas assembleias estaduais e municipais, foi a lei nº 211 votada sob o império de razões políticas, sem dúvida relevantes, mas que contornaram o problema constitucional. Certa ou errada, está ela em vigor e já teve aplicação ("A Constituição Federal Comentada", pág. 56).

Manda a referida lei que, na hipótese em que foi declarado extinto o mandato do impetrante (letra *d*), a declaração se faça nos termos de cada Corpo Legislativo (art. 3º). É a forma, o expediente declaratório do ato que, nos termos do Regimento Interno da Câmara Municipal de Lajes (art. 144), é baseado na Lei Orgânica dos Municípios.

A Lei Orgânica prevê o caso do vereador, desde a posse, não poder aceitar cargo público demissível *ad nutum* (art. 28, nº II, letra *b*), cuja infração importa perda do cargo decretada pela Câmara Municipal, mediante provocação de seu presidente, de qualquer vereador ou representação documentada de pai tido político ou do procurador geral do Estado, assegurada a mais ampla defesa, deliberando a Câmara pelo voto de dois terços de seus membros (art. 28, § 1º, e art. 29), indo mais longe quando diz no artigo 28, § 2º, que a proibição de aceitar cargo demissível *ad nutum*, desde a posse, só valerá para o vereador, quando a pessoa de direito público fôr o Município a que êle pertencer.

É uma afirmação que faz a Lei Orgânica dos Municípios, decretada pela Assembleia Estadual, e que em nada contraria a Constituição federal ou a lei nº 211.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 216, excetua os vereadores e os professôres, quando manda afastar do cargo o servidor público civil, ao ser investido de cargo eletivo.

É que, no dizer do ilustre desembargador SAMUEL SILVA: "Cumprê acentuar a natureza e o alcance das funções de vereador em face dos demais representantes do Poder Legislativo em nosso país.

"A União é pessoa de direito público externo, goza de soberania, o Estado é pessoa de direito público interno, goza de autonomia política e participa, da forma ação da vontade e da consciência nacional; os Municípios não são

política, mas administrativamente autônomos. Sua autonomia se entende mais com a liberdade pública, com o direito social, do que com a estrutura nacional, com o direito político, conforme adverte CASTRO NUNES ("REVISTA FORENSE", vol. 128, pág. 164).

"As Câmaras Municipais, se legislam, o fazem apenas materialmente, porque materialmente se consideram "leis" tôdas as deliberações tomadas por disposição geral e que tenham fôrça coativa, mas daí não se infere constituam as Câmaras Municipais poder legislativo, exercido na União pelo Congresso e nos Estados pelas respectivas Assembléias" (CASTRO NUNES).

É o mesmo ministro CASTRO NUNES quem afirma no seu clássico "Do Estado Federado e sua Organização Municipal" (página 127), citando ampla doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira - a autonomia dos Municípios é bem diferente da dos Estados: êstes últimos gozam de autonomia política, que envolve o direito de votarem as próprias Cartas; quanto aos Municípios, só se atribui a autonomia administrativa e, por isso, ou cada Estado lhes reconhece a faculdade em concreto de possuírem as próprias Cartas, ou, então, decreta Lei Orgânica, para todos, expediente preferido na vida republicana brasileira.

Não se pode, pois, negar que a legislatura estadual - uma vez que não o proíbe a Constituição federal, nem a estadual ficou inteiramente livre para baixar lei orgânica, não reproduzindo na mesma exigências ou franquias estatuídas na Constituição federal e lei nº 211, para o caso de perda de mandato.

É, pois, de se aplicar no caso do impetrante a Lei orgânica, que nem sequer foi mencionada na justificação da resolução número 43, de 18 de maio de 1951.

Assim, o mandado de segurança é imperativo defluente de texto expresso de lei. O artigo da Lei Orgânica manda que a deliberação seja tomada pelo voto de dois terços dos seus membros, o que não se observou na espécie.

Acresce, ainda, que o § 2º do art. 28 da mesma Lei Orgânica limita a incompatibilidade para o vereador quando a pessoa de direito público fôr o Município a que êle pertencer. Quer dizer: os prefeitos não poderão ocupar cargo público demissível *ad nutum*, quer se trate de cargo do próprio Município, noutra, estadual ou na administração federal.

Já os vereadores, por fôrça do disposto no § 2º do art. 28, só não poderão aceitar no próprio Município: e as incompatibilidades são de direito estrito.

É o que preceitua a lei, que encontra uma justificativa, enquanto cargo de prefeito é sempre remunerado, o do vereador pode ser ou não (art. 34 e parág. único), e, por isso, uma vez que o legislador estadual preferiu dispor para todos os Municípios, achou de bom alvitre não impedir que o vereador - em outra entidade de direito público que não a em que exerce a função - venha a exercer cargo não estável, já que não seria justo deixar de dar uma remuneração mensal fixa e condigna e ao mesmo tempo impedir que o vereador obtivesse em outra fonte meios de exercer função lucrativa.

Pelos fundamentos expostos, declaro nula a resolução nº 43, de 18 de maio de 1951, da Câmara Municipal de Lajes, e, em conseqüência, concedo a segurança impetrada, a fim de que o requerente possa voltar ao exercício do seu mandato.

Quanto ao pagamento de atrasados, é matéria que escapa à índole do mandado de segurança, já que o rito dêste não se ajusta ao que pede o requerente. Também, mandado de segurança não é ação de indenização, nem comporta liquidação, pelo que nêle não se arbitram honorários, como é de jurisprudência.

Expecta-se mandado e officie-se, na forma do art. 325 do Cód. de Proc. Civil.

Custas pela impetrada. P. e I.

Lajes, 13 de agosto de 1951. - *Ivo Guilhon Pereira de Melo*, juiz de direito.