JURISPRUDÊNCIA CIVIL E COMERCIAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO - PREPARO

- A consignação não é mais do que a executiva de cobrança ao avêsso e tôda discussão que, razoàvelmente, pode suscitar, deve estar circunscrita aos limites do "quantum" a pagar. Não se deve, porém, deixar de conhecer da matéria discutida pelas partes.

- O agravo no auto do processo não depende de preparo.

Herculano do Vale e sua mulher *versus* Cia. Mineira de Terrenos e Construções, S.A.

Rec. ext. n° 19.564 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.564, de Minas Gerais, recorrentes Herculano do Vale e sua mulher, recorrida Cia. Mineira de Terrenos e Construções, S. A.:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório *retro* e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para os fins do voto do relator.

Custas na forma da lei.

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O caso dos autos foi exposto ao egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais pelo Exmo. Sr. Des. COSTA E SILVA nestes têrmos:

"O venerando acórdão de fls. 93 proveu os dois agravos no auto do processo e a apelação para julgar os autores carecedores de ação proposta, contra o voto do

"Exmo. Sr. Des. NEWTON LUZ, que se declarou vencido. Opostos embargos declaratórios pela Cia. Mineira d Terrenos e Construções, S. A., foram desprezados pelo acórdão unânime de fls. 98 v. Publicada a súmula dêsse acórdão em 19 de setembro, Herculano do Vale e sua mulher, autores, ofereceram embargos de nulidade e infringentes do julgado, que foram protocolados em 28 do referido mês. Alegaram os autores-embargantes que nulo é o acórdão recorrido, porque conheceram os juízes do agravo no auto do processo, independentemente de preparo. E, quanto ao mérito, alegaram que não podem ser havidos como carecedores de ação, eis que tinham *legitimatio ad causam* para intentar a consignação em pagamento que a embargada, injustificadamente, recusara receber. Acrescentaram, ainda, que, dado que imprópria fôsse a ação, não seriam carecedores, nos têrmos do art. 276 do Cód. de Proc. Civil. Ao receber os embargos, transferiu o Exmo. Sr. desembargador relator à colenda Câmara a decisão da oportunidade do recurso. Veio a impugnação de fls. no outro dia, porque foi domingo o último do prazo. Houve oportuno preparo.

"À Secretaria, para a conclusão dos autos ao Exmo. Sr. desembargador revisor, cumprindo-se as determinações do Cód. de Proc. Civil.

"Em 30 de abril de 1951".

E aquêle Colégio Judiciário decidiu, em acórdão lavrado pelo Exmo. Sr. Des. AMÍLCAR DE CASTRO:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, em grau de embargos infringentes, da comarca de Belo Horizonte, entre partes Herculano do Vale e sua mulher, embargantes, e a Cia. Mineira de Terrenos e Construções, S. A., embargada:

"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 por considerarem irrecusáveis os fundamentos do acórdão embargado, principalmente a exposição de fls. 94. Mas ressalvam expressamente aos embargantes o direito de anularem pelas vias ordinárias a

Finalpag. 95

Rescisão do contrato e o cancelamento da averbação.

"E só depois de haverem conseguido isso, se conseguirem, é que poderá haver, ou não, consignação em pagamento.

"Custas pelos embargantes, na forma da lei.

"Belo Horizonte, 4 de junho de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Costa e Silva*, vencido, recebi os embargos, por não me parecer justa a recusa da ré, ante o que mostram os autos; *Newton Luz*, vencido, também".

Daí o presente recurso extraordinário pedido nos têrmos de fls. 117:

"Herculano do Vale e sua mulher, por seu advogado infra-assinado, nos autos da ação de consignação em pagamento que propuseram contra a Cia. Mineira de Terrenos e Construções, S. A., "Comiteco", ação que foi julgada procedente e reformada posteriomente pela egrégia 2ª Câmara dêsse colendo Tribunal, apelação nº 6.413, inconformados, *data venia*, com o acórdão que rejeitou os embargos de nulidade apresentados, vêm tempestivamente interpor recurso extraordinário para o egrégio Supremo Tribunal Federal com fundamento no art. *101, letras a e d*, da Constituição federal.

"De fato, ilustrado presidente, o venerando acórdão violou o disposto nos artigos 877, 878, 849 e 870 do Cód. de Proc. Civil, como fàcilmente se demonstrará.

"Quando interpusemos os embargos de fls., alegamos *preliminarmente* nulidade do acórdão recorrido, porque conhecera de agravo, sem ser preparado na superior instância, conforme preceituam os já citados arts. 849 a 870 do Cód. de Proc. Civil.

"Malgrado haver essa preliminar a ser apreciada, a ilustrada 2ª Câmara não se deu nem ao trabalho de apreciá-la violando abertamente os arts. 877 e 878 do Código de Proc. Civil, que disciplinam o julgamento dos recursos na superior instância, determinando que as preliminares sejam apreciadas antes do mérito do recurso. No caso em tela, a preliminar não foi nem sequer discutida.

Acresce, ainda, que o venerando acórdão, confirmando a apelação que julgou os atores carecedores de ação, divergiu da jurisprudência do mais alto tribunal do país, que, apreciando o rec. extraordinário nº 12.092, publicado no "Diário da Justiça" do dia 1-9-1949 e por nós oferecido a fls. dos autos, cassou um acórdão dessa mesma Câmara dêsse egrégio Tribunal, para julgar procedente uma ação de consignação em pagamento em caso perfeitamente idêntico ao dos autos.

"Em face do exposto, provado o cabimento do recurso extraordinário, ora interposto, pedem os requerentes que V. Exª determine o seu processamento de acordo com a lei.

"Belo Horizonte, 14 de agôsto de 1951. - *Gustavo de Azevedo Branco*".

Razões a fls. e fls. A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Contra a Cia. de Terrenos e Construções, S. A., propuseram Herculano do Vale e sua mulher ação de consignação em pagamento para que, recebida a quantia depositada, se restaure o contrato a que aludem os autos, a que a ré considerou rescindido por fôrça de cláusula contratual nula *pleno iure*, em face do dec. nº 3.079, art. 14 e seus parágrafos.

O douto Tribunal do Estado de Minas, considerando que "a ação de consignação em pagamento não é meio próprio para dirimir controvérsia entre as partes acêrca de suas relações de contrato", julgou os autores carecedores da ação.

O caso era de atraso de prestações em contrato de promessa de compra e venda de terrenos loteados.

O promitente-vendedor declarou rescindido o contrato e promoveu o cancelamento da averbação, em face de cláusula contratual que permitia a notificação por edital pelo oficial de Registro de Imóveis.

E nesta ação de consignação intenta o autor se declare a nulidade *pleno iure* da cláusula 8ª e seja restaurado o contrato, recebendo a ré as prestações em depósito.

Ora, considera o v. acórdão de fls.: "a ação de consignação em pagamento é simples meio liberatório e não comporta discussão sôbre a subsistência das relações de direito existente entre as partes".

E acrescenta o v. aresto:

"A ação de consignação em pagamento, já foi dito alhures, não é mais do que uma executiva de cobrança ao avêsso, e tôda discussão que, razoàvelmente, pode suscitar, deve estar circunscrita aos limites do *quantum* a pagar. No caso,

as partes discutem sôbre a vigência de uma cláusula do contrato e, mais, sôbre se êste subsiste ou não. O pleito extravaza além do leito em que deve correr a ação de consignação tendente só à exoneração de uma obrigação subsistente. Estende-se a matéria outra, qual a existência do contrato de que deflui a obrigação, da qual os autores pretendem libertar-se".

Êsses conceitos afinam com a doutrina geralmente exposta sôbre a ação de consignação.

Assim, diz JAIR LINS:

"A ação de consignação em pagamento é uma ação executiva inversa. Assim como há ação de mandato direta e inversa; para ajustar pessoalmente as relações entre mandante e mandatário, a lei dotou as

Finalpag. 96

partes, prêsas por obrigação de dar, líquida e certa, de duas ações: uma ativa, tendente a obter a coisa prometida, que é a executiva, quando se trata de obrigação pecuniária, e outra passiva, tendo por objeto o compelir o credor a receber a coisa prometida, e esta é a consignação. Daí, esta restrição do direito de defesa: só se admite uma ação ou outra - a executiva ou de consignação quando tem por objeto ou pedido ou oferecimento de prestação líquida e certa. Se a obrigação não é dessa natureza, a lei só faculta ao credor a execução depois de acertamento judicial da pretensão litigiosa por sentença exeqüível e, do mesmo tempo, só depois é que é facultada ao devedor a consignação judicial" (*in* MACHADO GUIMARÃES, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, pág. 316).

No mesmo sentido, erudito parecer de MENDES PIMENTEL, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 75, pág. 377.

E o escólio de CARVALHO SANTOS ao art. 974, *in* "Código Civil Interpretado", volume XIII, pág. 19.

Não dissona a lição de d.d. alienígenas, como LAURENT:

"*Tant que la dette n'est pas liquide, le débiteur ne peut pas faire d'offres réelles"* ("Droit Civil Français", vol. 18, nº 155, página 183).

Nem a jurisprudência, como se pode verificar nos respectivos repositórios, ainda nos recentes, como em ALEXANDRE DE PAULA, "Processo Civil à Luz da Jurisprudência", 1950, vol. 5º, suplemento 1, págs. 412 e seguintes).

Também os comentaristas do Cód. de Proc. Civil vigente conspiram na mesma idéia.

Assim, AMORIM LIMA ("Código de Processo Civil Brasileiro", págs. 135 e segs.). Assim, MACHADO GUIMARÃES, *verbis*:

"O instituto da consignação em pagamento tem, em nosso direito, por finalidade precípua a de substituir o próprio pagamento. E por isto reconhecer é que o Cód. Civil, em seu art. 974, condiciona o pagamento por consignação aos mesmos requisitos a que está sujeito o pagamento. Uma das primeiras conseqüências a se tirar daí é a de que a dívida para poder ser consignada deve ser certa e líquida (nossos os grifos), pois onde não há certeza e liquidez não há exigibilidade e, pois, pagamento. A ação de consignação em pagamento, por sua própria natureza, pressupõe a certeza do *quantum* a ser pago. Nem tampouco é a consignação admissível com o fito de "antecipar e desviar da ação, em processo próprio, a decisão de dúvidas e divergências ocorrentes entre as partes acêrca de seus respectivos direitos".

Incurial, pois, rejeitar ao v. aresto a coima de ofensor da letra da lei ao propósito da questão aludida. Incide, porém, o reproche do recorrente na violação dos arts. 877 e 878, 849 e 870 do Cód. de Proc. Civil. E êle se apresenta nestes têrmos:

"Quando interpusemos os embargos de fls., alegáramos, *preliminarmente*, nulidade do acórdão recorrido, porque conhecera de agravo, sem ser preparado na superior instância, conforme preceituam os arts. 847 e 870 do Cód. de Proc. Civil.

"Malgrado haver essa preliminar a ser apreciada, a ilustrada 2ª Câmara não se deu ao trabalho de apreciá-la, violando abertamente os arts. 877 e 878 do Cód. de Proc. Civil, que disciplinam o julgamento dos recursos na superior instância, determinando que as preliminares sejam apreciadas antes do mérito do recurso. No caso, a preliminar não foi sequer discutida".

Como se vê, não versa o apêlo, no particular de que se trata da relação jurídica postulada e resolvida nos autos, senão de irregularidades ou nulidades que tornaram invaledio o julgamento caso que, falando pela via ordinária, não rende ensejo a recurso extraordinário.

Rezam os arts. 877 e 878, respectivamente:

"Qualquer questão preliminar ou prejudicial, suscitada no julgamento, será julgada antes do mérito, dêste não se conhecendo se incompatível com a decisão da preliminar ou da prejudicial".

"Rejeitada a preliminar ou a prejudicial, ou se com elas não fôr incompatível a apreciação do mérito, seguir-se-á a discussão e julgamento da matéria principal".

O ilustre Tribunal de Minas, porém, não enunciou afirmativa contrária e nem julgou com eversão da ordem determinada, abrangedora, na advertência de PONTES DE MIRANDA ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, pág. 436), de tôdas as questões prévias processuais e prejudiciais, partes do mérito.

Não decidiu o contrário, expressa ou tàcitamente. A argüição do recorrente reduz a não haver o ilustre Tribunal se manifestado quanto ao preparo discutido, o que, evidentemente, não infringe a letra dos artigos citados, 877 e 878, do Cód. de Proc. Civil.

De resto, se o Tribunal foi ao mérito, é que transpôs a questão do preparo, resolvida, assim, tácita ou virtualmente. Êsse raciocínio se impôs ao mesmo recorrente, tanto que alega, do mesmo passo, violação dos artigos 849 e 870 do mesmo Cód. de Proc. Civil, que versam preparo de recurso.

Dispõe o primeiro:

"O agravo que, no juízo recorrido, não fôr preparado dentro das 24 heras seguintes à entrega da contraminuta do agravado e, na superior instância, dentro de cinco dias, será havido como renunciado e deserto pelo só vencimento do prazo".

Finalpag. 97

Preceitua o segundo:

"Os processos remetidos ao Tribunal serão registrados no protocolo no mesmo dia do recebimento, ou no dia útil imediato, correndo da data do registro o prazo para o respectivo preparo".

Não é, entretanto, vulnerar a letra da lei considerar excluído o agravo no auto do processo, dada a sua mesma índole, do âmbito do art. 849. É que não se trata de recurso autônomo, mas dependente, no seu andamento, do recurso de apelação que se venha interpor da sentença definitiva (v. SEABRA FAGUNDES, "Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil", n° 370, pág. 365). Cita o recorrente, em seu prol, a opinião de JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO. Êste mesmo, entretanto, lembra, em sentido contrário, as opiniões de SEABRA FAGUNDES, PONTES DE MIRANDA e CARVALHO SANTOS (ag. no auto do processo, 75 e 76).

De resto, segundo a recorrida, existe dispositivo expresso do Regimento Interno do egrégio Tribunal de Minas que declara não sujeitos a pagamento prévio os agravos no auto do processo.

Assim, a meu ver, *data venia*, descabe o recurso com fundamento na letra *a* do dispositivo constitucional.

Incontendível, entretanto, é o seu cabimento em face da divergência jurisprudencial exemplificada com o acórdão da egrégia 1ª Turma do Supremo Tribunal, no recurso extraordinário nº 12.092 e de que foi relator o eminente Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.

Tratava-se de ação de consignação em pagamento. Debateu-se sôbre a constituição em mora do compromissário-comprador e a aplicação do art, 14, § 3°, do dec. n° 3.079, de 1938. A justiça mineira concluiu pela carência de ação.

Apesar, entretanto, de se tratar de consignação em pagamento, versou o venerando aresto da 1ª Turma a questão da eficácia da intimação para a constituição em mora do comprador e a ausência de culpa do devedor derivada das sucessivas tolerâncias do credor.

A ação não foi, assim, considerada própria para a solução de questões que diziam para a certeza da dívida.

De resto, o eminente Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, no julgamento do rec. extr. nº 12.555, viu sufragada sua tese de que "a ação de consignação em pagamento, como ação especial que hoje tem âmbito mais largo, pode constituir meio idôneo para resolver casos complexos, pois, tomando o rito ordinário, possibilita integral defesa" (*in* "REVISTA FORENSE", volume 122, pág. 422; *apud* A. PAULA, liv. cit., vol. cit., pág. 412).

Caso é, pois, de conhecer do recurso.

Quanto ao mérito. Verdadeiro é o asserto do v. aresto recorrido de não constituir a ação de consignação em pagamento meio, próprio para dirimir controvérsia entre as partes acêrca de suas relações de contrato. Ela se esforça em jurisprudência copiosa e doutrina sólida e deriva da própria natureza do *remedium iuris* de que se trata.

Dá-se, porém, que, no caso, essa impropriedade, que não deve em princípio inutilizar o processo (art. 276 do Cód. de Processo Civil), deixou de impedir o debate de tôda a matéria argüida pelo autor e pelo réu que, aliás, ao propósito da justiça de sua recusa (Cód. Civil, art. 731, I, e Cód. de Proc. Civil, art. 316, nº II), pode aludir a causa da obrigação, argüindo o que entender, como se estivesse a contestar a ação de forma ordinária.

Na hipótese, com a consignação, argüiu o autor a nulidade *pleno iure* da cláusula em que se esforçou o réu para promover o cancelamento da averbação e o mais que consta da inicial. E a causa foi batida e debatida em todos êsses pontos, o que, apesar da impropriedade argüida e existente, leva ao remate de poder ser julgada, como pretende o recorrente.

Em face das circunstâncias expostas, dou provimento para que, independentemente da carência de ação, julgue o ilustre Tribunal de Minas a causa, como de direito.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e deram-lhe provimento nos têrmos do voto do relator. Decisão unânime.

Ausentes, não tomaram parte na votação os Srs. ministros AFRÂNIO COSTA e ROCHA LAGOA.

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

*

COMPENSAÇÃO - MORATÓRIA

- Compensam-se as dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

- Não há, pois, como acrescentar a êsses requisitos da compensação a exigibilidade das dívidas. Seria proceder contra a letra da lei.

- Assim, a moratória, que torna não exigível a dívida vencida, não impede a compensação.

Banco do Estado de São Paulo *versus* Maria Infange

Rec. ext. n° 9.715 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n° 9.715, sendo recorrente

Finalpag. 98

Banco do Estado de São Paulo e recorrida Maria Infange:

Acordam, em 2ª Turma, os ministros do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso, por maioria de votos, e dar-lhe provimento, unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas antecedentes.

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: No acórdão recorrido (fls. 127), assim ficou exposta a espécie dos autos:

"A apelante propôs esta ação para cobrar do apelado a importância de....."Cr$ 87.952,21 acrescida de juros e honorários de advogado, importância esta proveniente de:

"*a)* Cr$ 71.172,70, que dera ao réu em pagamento da metade das despesas de custeio de seu imóvel agrícola Campo Alegre, hipotecado a êle e penhorado em executivo hipotecário; o crédito por essas despesas de custeio foi reajustado com quitação plena, pelo que o réu, por êle, só teria de receber as apólices emitidas em virtude do julgamento da Câmara de Reajustamento Econômico;

"*b)* Cr$ 25.289,61, saldo a seu favor num contrato de financiamento feito com o réu;

"*c)* Cr$ 1.500,00 que no mesmo contrato " de financiamento o réu lhe debitou a título de indenização parcial negada pela Câmara de Reajustamento Econômico.

"Diz ainda a autora que está pleiteando os favores do dec.-lei nº 1.888, de 15 de dezembro de 1939, de sorte que não pode abrir mão das importâncias que o réu retém indevidamente, pois elas, integrantes do seu patrimônio, se destinam à solução do seu passivo, na conformidade dêsse decreto-lei.

"O réu contestou a ação, levantando a preliminar de falta de interêsse econômico da autora para demandá-lo, sendo, por isso, parte ilegítima, pois está em estado de notória e comprovada ruína econômica, em insolvência civil; pelo dec.-lei nº 1.888, de 15 de dezembro de 1939, e demais sôbre o reajustamento econômico, os credores do agricultor ficaram sujeitos a um concurso creditório *sui generis* com muitos pontos de contato com o instituto falimentar, e assim não pode a autora pleitear em juízo sôbre matéria do concurso a ser instaurado perante a Câmara de Reajustamento, mesmo porque não tem interêsse econômico, pois, qualquer que seja o desfecho da ação, nenhum proveito ou benefício lhe advirá, pois só os demais credores terão vantagens, não interessando à autora que uns credores realizem prejuízos maiores do que os outros.

"*De meritis*, disse que, sendo credor da autora por quantia maior que a das três parcelas que ela pede, levou-as, bem como outras que com elas perfazem a soma de Cr$ 115.573,21 a seu crédito, operando a compensação *ex vi lege*.

"A legitimidade da parte foi repelida no despacho saneador, tendo o réu interposto agravo no auto do processo.

" Nos memoriais que apresentaram por ocasião da audiência de instrução e julgamento, a autora impugna o direito do réu de compensar as dívidas e o réu o defende.

"O juiz de primeira instância deu razão ao réu, reconhecendo-lhe êste direito, pelo que julgou improcedente a ação.

"Apelou a autora".

A 1ª Câmara Cível do então Tribunal de Apelação de São Paulo negou provimento ao agravo no auto do processo e reformou a sentença apelada, julgando procedente a ação. Entendeu ela que, para haver compensação, é mister que ambas as dívidas sejam exigíveis. Empregando o Cód. Civil, em seu art. 1.010, a expressão dívidas vencidas, quis dizer dívidas exigíveis. A dívida da autora não era exigível, porque sujeita à moratória estabelecida por leis especiais, a qual não constitui têrmo gracioso, mas têrmo de direito, resultante de disposição legislativa e impeditivo de compensação. Esta encontra ainda outro obstáculo legal na proibição contida no art. 1.024 do Cód. Civil. Se permitida fôra a compensação, o ativo da devedora ficaria diminuído, com prejuízo dos demais credores.

Inconformado, manifestou o réu recurso extraordinário, com fundamento no artigo 101, alínea III, letras *a* e *d*, da Constituição, apontando como violadas as leis do reajustamento econômico, que estabeleceram a competência privativa da respectiva Câmara, para conhecer e julgar irrecorrìvelmente quaisquer pedidos relativos a créditos ou débitos a serem apurados no concurso compulsório de credores, em conseqüência do pedido de reajuste, formulado pela autora, ora recorrida, e indicando ainda como feridos os arts. 1.009 e 1.010 do Cód. Civil, por isso que tais dispositivos não consideram requisito para compensação a exigibilidade da dívida.

Sustentou a recorrente que, caso seja reconhecida a competência da justiça comum, cumpre ser declarada a ocorrência de compensação legal entre o crédito dêle recorrente, no valor de Cr$ 566.693,00, e o da recorrida, no valor de Cr$ 115.573,00. Alega o recorrente que essa compensação legal se verificara na data da decisão da Câmara de Reajustamento Econômico, proferida em 3 de setembro de 1937, a qual reconheceu em favor da recorrida o saldo de um contrato particular

Finalpag. 99

de financiamento de 5 de maio de 1934. Conclui o recorrente argumentando não existir, em face do art. 1.010 do Cód. Civil, o quarto requisito da exigibilidade, mas, ainda que existisse, estaria satisfeito ao tempo em que se efetivou a compensação legal alegada entre as dívidas recíprocas da autora-recorrida e do Banco recorrente.

Quanto à letra *d*, foi alegado que a decisão recorrida pronunciou-se contràriamente ao acórdão dêste egrégio Supremo Tribunal de 30 de dezembro de 1940, publicado em "O Direito", vol. 8, pág. 292, que declarou não proibir o dec.-lei nº 150, de 15 de dezembro de 1937, ao credor o exercício dos direitos

decorrentes da exigibilidade da obrigação vencida, mas tão-somente o de executar a dívida. Teria ainda contrariado, acrescenta o recorrente, o acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo, publicado na "Rev. dos Tribunais", vol. 136, pág. 715, o qual decidiu não ser a exigibilidade requisito para a compensação, bastando para tanto que a dívida seja líquida, certa e vencida.

A recorrida, em suas contra-razões, sustenta ser incabível, no presente recurso, a apreciação da argüida incompetência da Justiça comum para conhecer da matéria desta causa, porquanto, suscitada no momento processual próprio, por via de exceção, foi repelida, agravando-se o Banco, mas o Tribunal *ad quem* confirmou a decisão agravada. Contra êsse acórdão, prossegue a recorrida, é que deverá ter sido manifestado recurso extraordinário, nunca contra o acórdão recorrido que se não pronunciou sôbre incompetência, pela simples razão de haver ficado o assunto encerrado muitos meses antes.

Quanto à argüida violação dos arts. 1.009 e 1.010 do Cód. Civil, alega a recorrida ser ainda incabível o apelo, porque o acórdão se limitou a interpretar aquêles dispositivos como melhor lhe pareceu, o que não enseja manifestação de recurso extraordinário.

No que diz respeito à divergência jurisprudencial, sustenta a recorrida que o acórdão deste egrégio Tribunal, apontado pelo recorrente, versou espécie diversa, isto é, inadimplemento de contrato de compromisso de compra e venda, pelo que não pode ser invocado para confronto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator?: Tenho por incabível o recurso quanto à alegada incompetência da justiça comum para apreciação da espécie. Levantada a respectiva exceção a fls. 25, foi impugnada e rejeitada, sendo interposto dessa decisão agravo de instrumento, não provido pelo acórdão de que se encontra certidão a fôlhas 61, o qual resolveu soberanamente a controvérsia, que não pode ser renovada. Era sentença de caráter definitivo, suscetível, pois, de apêlo extraordinário, não manifestado.

Incabível é, por igual, o recurso quanto à argüida divergência de interpretação da lei federal invocada. Apontou o recorrente o aresto dêste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o dec.-lei n° 150, de 15 de dezembro de 1937, não veda ao credor o exercício dos direitos decorrentes da exigibilidade da obrigação vencida. Mas êsse acórdão apreciou hipótese diferente, isto é,

inadimplemento de cláusulas de contrato de promessa de compra e venda do imóvel, tendo decidido ser possível a ação do promitente-vendedor contra o prometido-comprador, que fôra inadimplente e argüida sua qualidade de lavrador para não ser demandado. Decidiu o Tribunal que o exercício da demanda era lícito, sendo impossível tão-sòmente a *execução* judicial da dívida.

Quanto ao outro acórdão, apontado como divergente, não pode servir de confronto com a decisão recorrida, por ter sido proferida pelo mesmo Tribunal.

Com relação à letra *a*, tenho como caracterizada a argüida violação dos arts. 1.009 e 1.010 do Cód. Civil. Preceituam êsses dispositivos que, se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde compensarem, efetuando-se a compensação entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, Decidiu o acórdão recorrido que na expressão *vencidas*, está subentendida a condição de ser *exigível*, exigibilidade que o crédito do recorrente teria perdido pela superveniência das leis de reajustamento econômico, que suspenderam as execuções contra os devedores rurais.

Mas, no caso em apreço, operou-se a compensação a 3 de setembro de 1937, data da decisão da Câmara de Reajustamento Econômico reconhecendo em favor da recorrida o saldo de Cr$ 115.573,00. Assim, ao contrário do que decidiu o acórdão recorrido, a dívida da autora, ora recorrida, para com o réu, ora recorrente, era exigível no momento em que se consumou a compensação, por isso que só meses após, isto é, a 15 de dezembro de 1937, é que foi publicado o dec.-lei número 150, suspendendo as ações e execuções contra os agricultores.

Conheço, assim, do recurso tão-sòmente pelo fundamento da letra *a* e dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, não conheço do recurso. Entendo que não houve violação da lei; houve interpretação que não importa violação, porque aos tribunais é livre dar à lei a interpretação que entenderem, desde que a não infrinjam. Houve, porém, interpretação divergente entre os acórdãos apontados, mas, sendo ambos do Tribunal de Justiça de São Paulo, não tem cabida o recurso extraordinário.

Vencido na preliminar, estou de acôrdo, no mérito, com o Sr. ministro relator.

Finalpag. 100

Também acho que para a compensação é exigido, apenas, que a dívida esteja vencida; uma vez vencida, torna-se exigível. Dou, portanto, provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, acho que a decisão interlocutória, incidente sôbre competência, deve ser impugnada pelo recurso extraordinário, depois de haver sido proferida a sentença definitiva sôbre o mérito da causa. Assim, para mim, seria oportuna a impugnação ora oposta à decisão que rejeitou a alegada exceção de incompetência *ratione materiae*, da Justiça comum, pois que o caso pendia de julgamento da Câmara de Reajustamento Econômico.

Embora assim entenda, não aceito, entretanto, a alegada incompetência. A Câmara de Reajustamento Econômico não é uma instância judiciária, é instância administrativa: não há como se estabelecer um conflito de jurisdição ou de competências.

No caso, caracterizar-se-ia, a meu ver, a falta de interêsse para que a autora pudesse demandar o Banco pelo pagamento daquilo que ela considerava um excesso indevido, mas esta falta de interêsse foi rejeitada pelo juiz, a pretexto de que não cabia a exceção de incompetência.

Nestas condições, não conheço do primeiro argumento.

Quanto, entretanto, à segunda argüição, dela conheço, não pelo invocado dissídio de arestos, que não me parece ocorrer, na espécie, porque o aresto exemplar é do próprio Tribunal de São Paulo. O caso seria, portanto, não para recurso extraordinário, mas para recurso de revista; a decisão que se dá como exemplar é a do Tribunal de São Paulo, que se encontra na "Rev. dos Tribunais", vol. 136, pág. 715, fascículo de abril de 1942, onde, por unanimidade, a 3ª Câmara, expressamente, julgou que a exigibilidade não é requisito para a compensação. Portanto, as Câmaras do Tribunal de São Paulo é que colidiram a respeito do requisito da exigibilidade; não houve, por conseguinte, o alegado dissídio de decisões, a alegada divergência de arestos.

Embora não ocorra o fundamento do artigo 101, inciso III, letra *d*, parece-me que, no caso, se verifica a ofensa da letra da lei, a ofensa do art. 1.010, do Cód.

Civil, que requer, para que se verifique, *ipso iure*, a compensação, apenas, que a dívida seja de coisas fungíveis, seja líquida e vencida.

A dívida vencida é sempre exigível. E a suspensão da exigibilidade, por moratória adotada por lei superveniente, não pode impedir a compensação, porque nem a própria falência, nem o próprio regime falimentar, impedem a compensação. É princípio consagrado em tôdas as leis falimentares o de que se verifica a compensação das dívidas vencidas até a data da falência. A moratória não suspende, portanto, a compensação, que se verifica ainda apesar da moratória. A falta de exigibilidade, neste caso, não impede a compensação.

Assim, não me parece que o Tribunal de Justiça de São Paulo, divergindo, aliás, no caso, de decisão de sua 3ª Câmara, haja dado à lei o entendimento correspondente à sua letra expressa, porque o art. 1.010 diz:

"A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis".

Ora, acrescentar-se a esta disposição legal o requisito da exigibilidade é infringir-se a sua letra, porque tôda dívida vencida é exigível. Dai estabelecer a própria Lei de Falências que a dívida vencida antes da falência é compensável.

Por conseguinte, não havia como a moratória pudesse impedir a compensação, mesmo que se aceitasse o requisito da exigibilidade. No caso, aliás, nem êsse requisito se pode aceitar, porque isto infringiria a letra da lei.

Assim, pelo fundamento da ofensa, da letra da lei, isto é, de ofensa do disposto no art. 1.010 do Cód. Civil, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, acompanho o voto do Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES. Conheço do recurso, não pelo fundamento da letra *d*, mas pelo da letra *a*, e, no mérito, dou-lhe também provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O eminente Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, no seu brilhante voto, enuncia a tese que as decisões sôbre competência, ainda no curso do processo, são recorríveis com a sentença final. Somente depois da última decisão do feito, aquela que desata a

controvérsia e põe têrmo ao feito todo, é que se pode recorrer extraordinàriamente.

Data vênia, dissinto de S. Exª e com respeito manifesto a minha dissidência), para entender, aliás com MATOS PEIXOTO, PEDRO LESSA e outros, que sentença definitiva, ainda que sôbre o incidente de competência, possibilita o recurso extraordinário.

Sem dúvida que, como esclareceu o ilustre advogado, a matéria pode ser alegada em qualquer tempo e instância; mas, em havendo coisa julgada, não pode mais ser alegada.

Com a devida vênia, também não conheceria do recurso, de acôrdo com o voto do Sr. ministro relator, quanto à letra *d*.

Restando, pois, o fundamento da letra *a*, parece-me que não houve ofensa da letra

Finalpag. 101

da lei. O Tribunal entendeu que, no caso, não era exigível a dívida, porque houve moratória e saber se a moratória, que torna a dívida não exigível, permite a compensação é questão de direito que permite controvérsias. É a interpretação num ou noutro sentido não pode ser havida como ofensiva de texto de lei.

Adiro, porém, à doutrina do Sr. ministro relator, HAHNEMANN GUIMARÃES e EDGAR COSTA. Conhecido o recurso, acho que se lhe deve dar provimento. A compensação se dá *ope legis*.

Nestas condições, vencido na preliminar, no mérito também dou provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros AFRÂNIO COSTA e presidente, e deram-lhe provimento, unânimemente.

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.

*

TERRAS DEVOLUTAS - PRESCRIÇÃO

- O bem do Estado é inintegrável no patrimônio do particular, pela prescrição aquisitiva, ou usucapião. O poder do particular, sôbre terras públicas, não é posse, mas detenção.

- A lei imperial n° 601, de 1850, já proibia a aquisição de terras devolutas, por outro título que não fôsse da compra e venda, exceção de terras situadas nos limites do Império, em uma zona de dez léguas, e que podiam ser objeto de doação.

Osvaldo Rudge e outros *versus* Fazenda do Estado de São Paulo

Rec. ext. nº 7.241 (Embs.) - Rel. MINIS. OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos no recurso extraordinário n° 7.241, de São Paulo, embargantes Osvaldo Rudge e outros, embargada a Fazenda do Estado:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório de fls. e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, rejeitar os embargos, pagas as custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 16 de novembro de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Orozimbo Nonato*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Trata-se de ação discriminatória movida pelo Estado de São Paulo e em que prevaleceram, no acórdão de fls., algumas das contestações apresentadas, o que levou o Estado manifestar recurso extraordinário, na base das letras *a* e *d*. A Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. PEDRO VERGARA, com a concordância do Dr. LUÍS GALLOTTI e o visto do Exmo. Sr. Dr. GABRIEL PASSOS, assim se pronunciou:

"*Primeiro fundamento*: Dão-se, no recurso, como violados pelo Tribunal *a quo* as leis que garantiam ao Estado o direito sôbre os bens do seu domínio:

"*a)* o art. 37, *a* e *b*, da Constituição federal; *b)* o art. 183 da mesma Constituição; *c)* os arts. 63, 64 e 83 da Constituição de 1891; *d)* o art. 187 da Constituição de 1934, e o art. 18 da mesma Constituição; *e)* os arts. 64 a 67 do Cód. Civil e a lei nº 60, de 1850; *f)* o dec. federal nº 22.785, de 31 de maio de 1933 e o dec. federal nº 19.924, de 27 de abril de 1931.

"*Segundo fundamento*: Cita o recorrente vários acórdãos dos tribunais locais contra a prescritibilidade dos bens públicos (fls.).

"Somos de parecer que o caso é de recurso extraordinário e que o ora interposto merece acolhida e provimento.

"A tese do Tribunal *a quo* se cifra nisto:

"As terras públicas que constituem bens patrimoniais do Estado podem ser adquiridas por usucapião; é isso que tem admitido jurisprudência quase pacífica (fls.).

"A doutrina do acórdão recorrido é, *data venia*, errônea e contrária a uma tradição jurídica imemorial, que vem desde as raízes portuguêsas do nosso direito. As terras devolutas, entre nós, correspondem, em Portugal, aos terrenos baldios. Êsses últimos surgiram, na ordem econômica e na ordem jurídica, por imperativos da própria sobrevivência do Estado. É bem conhecido, na história da formação dos países ocidentais, o progressivo despovoamento do solo e a conseqüente miséria econômica do povo que, de um lado, fugia ao regime feudal - de si egoístico e tirânico - e, do outro lado, sob o terror das guerras contínuas e devastadoras, abandonava a agricultura, deixando a terra em poisio, sem lavra, sem semeadura, sem trabalho. Mas, os réus encontravam no povo o melhor aliado contra a nobreza e o clero, constituídos, aquela e êste, de latifundiários e terratenentes. Em verdade, fôra por meio da terra, repartida em dádivas e concessões, que os reis lograram consolidar e prestigiar o feudalismo; havia de ser, depois, também por meio da terra, que os reis lograriam fornecer o poder da burguesia, para combater o regime

feudal. Os servos da gleba, que fugiam ao domínio dos terratenentes, se agrupavam nas terras neutras do rei, e aí viviam do comércio e das mil atividades privadas. Mas, tal situação criava o grave problema da miséria e da fome, para grandes massas de indivíduos que não trabalhavam. Como ubrear essa dificuldade? Desde os reis neogóticos, se recorrera a estas soluções felizes de combater a pobreza: vastas regiões de terras *vagas*, em *poisio*, eram dadas à

comunidade e entregues ao uso coletivo; eram, então, lavradas e plantadas e o produto recolhido aos depósitos das vilas, para ser distribuído pelos vizinhos, segundo suas necessidades.

"O povo jamais adquiriu o domínio dessas terras comuns, que eram inalienáveis e imprescritíveis, por mais que certos autores se esforçassem em provar o contrário (v. ORLANDO MARÇAL, "Os baldios" (páginas 61 e seguintes). Entre nós, o conceito de terrenos baldios adquiriu sentido mais amplo; passou a compreender, de um lado, as terras destinadas à fundação de vilas e povoados e, de outro, as terras chamadas devolutas, de que faziam parte aquelas.

"Em qualquer dos dois casos, o princípio que vigora é o mesmo da imprescritibilidade. Pertencendo as terras devolutas à nação, e não às províncias e aos municípios, era só o govêrno central que podia aliená-las, de acôrdo com as conveniências do povoamento. Há vários decretos e leis orçamentárias do Império, em que se fazem doações às províncias para o exclusivo fim de colonização, o que valia dizer: do povoamento, da agricultura. A mais importante dessas leis de meios, versante sôbre terras, é a de 24 de novembro de 1888 (número 3.397), em cujo art. 31,§ 3°, se declara que "são concedidos a cada província do Império, no mesmo ou diverso lugar de seu território, 360.000 hectares de terras devolutas, *para serem aplicadas à colonização ou vendidos a particulares em lotes*, etc.".Com o advento da República, as terras devolutas passaram para o patrimônio dos Estados (Constituição de 1891, art. 64). Mas, a maneira de serem alienadas essas terras não mudou; quer sob o domínio do poder central, quer sob o domínio dos Estados, elas podiam ser alienadas na forma por que a lei o estabelecesse; ou por meio de colonização ou por meio de venda a particulares; nunca foi pedido o seu domínio por *abandono* e pela conseqüente posse ad *usucapionem* dos particulares. A lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, não deixa a menor dúvida a respeito; o seu art. 1º era expresso: ficaram proibidas quaisquer aquisições de terras devolutas "*por outro título que não fôsse o de compra*".

"Essa mesma passava a reger as aquisições posteriores à data da lei; mas, as disposições seguintes tinham caráter nitidamente retroativo, abrangiam tôdas as posses e ocupações anteriores: o legislador reconhecia direito adquirido sôbre terras públicas, nos casos que a lei taxativamente, especificava. E ao que resultava da sua definição de terras devolutas, a lei só atribuía essa característica:

"*a)* às que não se achassem aplicadas nalgum uso público, nacional, provincial ou municipal;

"*b)* não estivessem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem fôssem havidas por ser mais e outras concessões do govêrno;

"*c)* não se achassem dadas em sesmarias e outras concessões e caídas em comisso, mas que fôssem revalidadas;

"*d)* não ocupadas por posses fundadas em título legal, mas que fôssem legitimadas. Assim, o legislador, em relação às ocupações e posses que precederam a lei, reconhecia ter situações capazes de produzir direitos adquiridos sôbre terras devolutas:

"1) quando fôssem obtidas por título legítimo (compra, doação);

"2) quando dadas por sesmarias e outras concessões;

"3) quando, sendo ocupadas, fôssem legitimadas.

"A partir, porém, da data da lei, *só por compra* podiam ser as terras devolutas adquiridas (art. 1º). Para maior fôrça dessa disposição, estabelecia o art. 2° da lei número 601, de 1850, que os usurpadores das terras públicas, "os que se apossassem de terras devolutas", a partir de então, *seriam despejados com perda das benfeitorias*. Ficava, pois, estabelecido que o nosso direito, quer antes da lei nº 601, quer a partir dessa lei, não admitia a aquisição de terras devolutas por *usucapião*, sem títulos legítimos; em nenhum caso, nem mesmo se havia ocupação primária ou sucessiva, se reconhecia qualquer direito ao ocupante, dado que a posse *não fôsse legitimada*. Êsse regime não sofreu alteração alguma na República, antes foi sempre reafirmado por novas disposições legais. O Cód. Civil colocou, realmente, as terras devolutas *fora do comércio* e clausulou-as de inalienabilidade. Diz, de fato, o art. 69 daquele Código, que "são coisas fora do comércio as *insuscetíveis* de apropriação e as *legalmente inalienáveis*" (Cód. Civil, art. 67, segundo o qual os bens públicos, aí compreendidos os bens dominiais, e, portanto, as terras devolutas.

"Só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar nos casos e forma que a lei prescrever". Portanto, é fora de dúvida que as terras devolutas, por serem inalienáveis e por estarem, conseqüentemente, fora do comércio, não podem ser objeto de usucapião, isto é, não podem ser alienadas pela inércia dos poderes que representam o Estado. A doutrina do Cód. Civil sofreu, por

vezes, interpretação contrária ao seu espírito, tanto por parte de alguns juristas, como por certos julgados dos nossos tribunais. Mas, o dec.-lei nº 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2º, dissipou, definitivamente, as dúvidas que essas opiniões e essa jurisprudência, suscitaram. Segundo esse texto, "os bens públicos, seja qual fôr a sua natureza, não são sujeitos a usucapião".

"Trata-se de norma interpretativa da legislação anterior, e que, portanto, nada inovou sôbre a matéria. O nosso parecer é, pois, no sentido de que se dê provimento ao recurso da Fazenda do Estado, para o efeito de reformar-se o acórdão de fôlhas 3.257, e, por via de conseqüência, a sentença de fls. 2.983".

Foi o caso decidido na egrégia 1ª Turma. O relator, o preclaro Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, proferiu o seguinte voto:

"Conheço do recurso, mas lhe nego provimento. Tôda controvérsia reside no seguinte: pode ocorrer o usucapião quanto às terras devolutas? Entende a Fazenda do Estado de São Paulo que não. Mas, segundo tenho decidido, quer quando juiz ainda na 1ª instância, quer em votos neste Supremo Tribunal, e ainda recentemente, os bens públicos patrimoniais podiam ser usucapidos. Deixaram de ser em 31. E o próprio interventor de São Paulo, não há muito, subscreveu o parecer da comissão de juristas, que nomeou, a fim de dizer a respeito. É dêsse parecer a seguinte passagem:

"A usucapibilidade dos bens públicos patrimoniais, antes do dec. nº 22.785, de 31 de maio de 1933, era, em que pese à opinião em contrário do exímio CLÓVIS BEVILÁQUA, uma tese inconfundível na doutrina e sistema do direito público (fôlhas 3.395).

"Sendo assim, só teriam de ser apreciados os elementos de prova, quanto ao decurso do prazo. E, segundo êsses elementos, o prazo se esgotou, quer atendendo ao registro parcial, quer o desprezando. Assim, vê-se, quanto a Beraldo Marcondes Alexin, que a sua posse, vindo de 95, contaria tempo superior a 70 anos. E se houve contagem mais próxima, ou seja da procuração em causa própria outorgada em 1891, houve, ainda, o decurso de 40 anos.

"Nem se poderia alegar falta de boa-fé, por ser enfiteuta o alienante, pois aquele instrumento silenciara a respeito. Não há, assim, senão confirmar o acórdão recorrido".

Dissentiu o revisor, o eminente Sr. ministro BARROS BARRETO, *verbis*:

"Tive ocasião de me pronunciar, certa vez, pela prescritibilidade aquisitiva dos bens dominiais, consumada antes da vigência do dec. n° 22.785, de 31 de maio de 1933.

"Posteriormente, porém, reconsiderei o meu voto, adotando o entendimento de que, por fôrça dêsse decreto e dos de números 10.924, de 27 de abril de 1931, e 710, de 17 de setembro de 1938, as terras públicas que constituem bens patrimoniais do Estado, não podem ser usucapidas. Ditos diplomas, interpretativos dos arts. 66 e 67 do Cód. Civil e, portanto, sem criar direito novo, vieram dissipar as dúvidas suscitadas pela doutrina e por várias decisões. Isto pôsto, conhecendo do recurso, pelo fundamento da letra *d* do preceito constitucional invocado, dou-lhe provimento, de acôrdo com o douto parecer da Procuradoria Geral da República".

O eminente Sr. ministro FILADELFO AZEVEDO acompanhou o relator; mas, os eminentes Srs. ministros CASTRO NUNES e ANÍBAL FREIRE votaram de acôrdo com o revisor. E de acôrdo com a maioria dos votos, tomou-se o acórdão de fls. 3.465 (*ler*). É contra êsse acórdão que se levanta os embargos de fls. (*ler 6° vol*.). A Fazenda de São Paulo impugnou (*ler fls. 3.493*). E o Exmo. Sr. Dr. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, DD. procurador-geral da República (*ler fls. 3.505*) ofereceu o seguinte parecer:

"Devem ser rejeitados os embargos de fls. e mantido o venerando acórdão embargado pelos seus fundamentos. A tese jurídica que aqui se debate, envolve, necessàriamente, a apreciação da aplicação de texto expresso de lei federal, sôbre a aquisição dos bens públicos (terras devolutas), por usucapião, tendo a decisão definitiva do Tribunal de São Paulo declarado, contra texto de lei federal, serem as mesmas usucapíveis".

"Invoca-se, ainda, jurisprudência divergente sôbre a tese jurídica, o que é indiscutível. O caso é, portanto, de recurso extraordinário (art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição de 1937). E conhecendo do recurso, por unanimidade, bem decidiu esta instância superior.

"*De meritis*: Antes, como depois do Código Civil, a aquisição das terras devoluta obedeceu a um regime peculiar. Bens do domínio do Estado, não seria lícito atribuir-lhes o mesmo regime dos bens particulares (v. PLANIOL, "Traité de Droit Civil". nº 3.067; DUCORQ, "Droit Adm.", II, fls. 126; M. DIEZ, "Domínio Público", "págs. 217 e seguintes).

Entre nós, é torrencial a legislação, quase que uniforme, desde que a lei de 1850. nº 601, de 18 de setembro, estabeleceu as bases dêsse regime, e isto em

benefício do próprio direito de propriedade cuja estabilidade e garantia está no título mesmo de domínio.

"Discutiu-se sempre, é verdade, sôbre a possibilidade de aquisição, por usucapião, dos bens públicos - divergiram os mestres - mas, a tendência legislativa foi sempre no sentido de proibir (arts. 67 e 69 do Código Civil e dec. nº 22.785, de 31 de maio de 1933).

"Mas, não era necessária a proibição, porquanto se nos meios de aquisição não

Finalpag. 104

se enquadrava o usucapião, como admiti-lo em relação a uma categoria de bens cuja aquisição foi disciplinada por leis especiais? E essas leis, em sua generalidade, só admitem a aquisição de terras devolutas:

"*a)* por compra doação ou qualquer outro título legítimo;

"*b)* por concessão de sesmarias ou modalidades outras previstas em lei especial;

"*c)* quando, adquiridas por outra forma, fôssem legitimadas.

"Fora daí, não há outros meios de adquirir admitidos em lei. As divergências doutrinárias pressupõem uma concepção individualista e privatística da propriedade pública, condenada pelas idéias, há muito sustentadas, quanto à natureza da propriedade pública (v. BIELSA, "Der. Adm.", II, pág. 163; R. BONNARD, "Précis de Droit Adm.", 466).

"Por isso é que OTTO MAYER já observava que a matéria relativa aos bens públicos e seus privilégios deveria ser retirada do direito civil e se regular pelo direito público ("Droit Adm. All.", III, pág. 106). Ponto de vista sustentado por FREILAND ao elaborar a parte dos bens do Cód. Civil francês (PLANIOL, "Traité de Droit Civil", número 3.067) e por CLÓVIS BEVILÁQUA ao elaborar o projeto do nosso Cód. Civil ("Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados", 1907, vol. I, pág. 25).

"Por isso também que, sòmente em suas linhas gerais, traçou o Cód. Civil o regime dos bens públicos.

"Não há, pois, como aplicar-se, antes do Cód. Civil, princípios de direito privado, sem bases legislativas expressas quanto aos bens públicos, quando

nossa legislação já regulava a forma e a maneira de aquisição dos bens públicos.

"São considerações em aditamento ao muito que já se disse nestes autos, mormente no parecer de fls. 3.452.

"Nada justifica a reforma do acórdão embargado, que deve ser confirmado por seus jurídicos fundamentos".

Ao Exmo. Sr. ministro revisor. - *Orozimbo Nonato*.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): A questão dos autos, na egrégia 1ª Turma, abalizou-se em ser ou não o bem dominical suscetível de usucapião.

Desde quando tive a honra de ocupar uma das cadeiras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que me pronuncio no sentido de ser o bem do Estado inintegrável no patrimônio do particular pela prescrição aquisitiva, em face do Cód. Civil.

O poder do particular sôbre terras Públicas, pôsto se desvele como relação possessória, não é posse. É detenção.

Falta-lhe, para que se exalce à categoria de posse, o elemento - *n* da conhecida fórmula de JHERING. Não lhe falecem, é certo, os elementos do *corpus* e da *affectio tenendi*. Mas, desprovido daquele elemento negativo - *n*, a relação se degrada a mera detenção. Sem dúvida que a *detentio* é, como já se disse, instituto residual. E um dos pontos altos da doutrina de JHERING está em negar, em linha de princípio, diferença ontológica entre posse e detenção.

Em princípio, tôda relação exterior possessória é posse. Razões, porém, há de outra natureza, pelas quais, em casos restritos, nega a lei a essa relação a categoria de posse. É a proibição legal, cuja inexistência constitui o elemento - *n*, a que se fêz alusão. Os bens fora do comércio, os imprescritíveis, não podem ser *possuídos*. A relação possessória. no caso, degrada-se à detenção e não origina interditos ou usucapião.

BAZENET: "...*certains immeubles... ne peuvent être possedés, parce qu'ils sont placés pour le loi hors du commerce et declarés imprescriptibles*.

Tels sont les immeubles faisant partie du domaine public... Ces biens, sauf des resèrves... ne sont pas susceptibles d'une possession utile" ("Les Actions Possessoires", nº 19, *in fine*).

E o mesmo asserto se encontra em RAVIART: "...*lorsqu'il s'agit d'une chose hors du commerce, imprescriptible par sa nature, lorsque l'objet litigieux ne saurait entrer dans le domaine privé et être l'objet d'une possession utile aux yeux de la loi, aucune des parties ne peut en être présumée propriétaire; on ne conçoit pas dês lors qu'il soit susceptible d'une possession efficace...".*

Vêde, ainda, RODRIGUES JÚNIOR, "A Posse", n° 27.

Em tais casos, não se configura a posse *ad interdicta* nem, muito menos (pois que a proteção possessória, como demonstrou CORNIL, é efeito constante, específico do instituto) *ad interdicta*.

Retruca-se que os bens dominicais não são, na real verdade, bens *extra commercium.* O contrário afirma JOÃO LUÍS ALVES, em escólio ao art. 67.

E como já tive oportunidade de realçar em outros votos, a imprescritibilidade não se aliança a qualquer espécie de *inalienabilidade*. Está, porém, relacionada com a *inalienabilidade essencial* dos bens *públicos*, inclusive dos dominicais. Com sua inalienabilidade *específica*.

De tôda justeza, a observação, que mais de uma vez tenho tirado a lume, de REINALDO PORCHAT (*in* "Rev. de Direito", vol. 49, pág. 228): "...uma vez que está errada essa inconveniente inalienabilidade dos bens patrimoniais, nos mesmos têrmos em que existe a dos bens públicos, a conseqüência é que, consoante a letra do Código, são êles hoje também imprescritíveis, não por causa de sua inalienabilidade, pois os bens inalienáveis em muitos casos são sujeitos ao usacapião (ALMEIDA OLIVEIRA, "Prescrição", ed. 1816, pág. 253), mas porque a inalienabilidade com que foram gravados não pode

Finalpag. 105

deixar de ter por fundamento senão motivos de ordem pública, e tais bens, por serem legalmente inalienáveis, ficaram fora do comércio (art. 69), não podendo por isso, ser objeto de usucapião" (J. OLEGÁRIO MACHADO, "Cód. Arg.", § 1.702, nota ao art. 3.950).

A tese tem sido objeto das mais vivas disceptações e sei que julgados áureos e doutores de muita suposição tomam de rumo diferente e afirmam, com os

venerandos votos vencidos da egrégia 1ª Turma, serem usucapíveis os bens dominicais do Estado. Mas, os argumentos em que se esforçam, pôsto consideráveis, não ornam com a lei, com os dispositivos do Cód. Civil, o que, como observei em outro voto, levou CLÓVIS BEVILÁQUA a dizer, preferindo a verdade ao amável convívio de PLATÃO: "Respeito muito as prestigiosas autoridades invocadas. Maior respeito, porém, devo ao imperativo legal que, muito claramente, expressa o art. 67 do Cód. Civil:

"Os bens de que trata o artigo anterior (são os de uso comum, os de uso especial e os dominicais) só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

"Sem formal desobediência a êsse preceito de lei, não pode admitir-se que os bens públicos mencionados no art. 66 do Cód. Civil, que é o *antecedente* ao 67 transcrito, possam perder as suas qualidades de públicos e inalienáveis pela demorada posse sôbre êles exercida por particulares.

"Se a lei os declara, por conceito, *inalienáveis* (a *inalienabilidade* que lhes é peculiar); se a lei preceitua que a inalienabilidade lhes é qualidade essencial, que sòmente se perde nos casos e pela forma que a lei prescrever, como é que hão de sair do domínio público para o particular sem que essa transferência se opere por determinação da lei que, especialmente, regule a matéria da transferência ou alienação?

"Por outro lado, se a lei reúne as três categorias de bens públicos no art. 67 do Código Civil e a tôdas atribui a inalienabilidade, é arbítrio de que o intérprete deve fugir, destacar uma delas para submetê-la ao regime dos bens particulares" (*in* "Rev. dos Tribunais", 71-14).

CASTILHO CABRAL. que desenvolveu ao propósito do assunto brilhante estudo, enfileira "na corrente da maioria, dos que sustentam a prescritibilidade das terras devolutas, os maiores nomes dos juristas pátrios, entre os quais, RUI BARBOSA, AZEVEDO MARQUES, SPENCER VAMPRÉ, JOSÉ AUGUSTO CÉSAR., EDUARDO SPÍNOLA, VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, LACERDA DE ALMEIDA, ALFREDO BERNARDES, LAUDO DE CAMARGO F. WHITAKER, JÚLIO DE FARIA, POLICARPO DE AZEVEDO, AQUILES RIBEIRO, ADRIANO DE OLIVEIRA, GARCIA ADJUTO, MÁRIO GUIMARÃES, ARMANDO FAIRBANKS, MÁRIO DE ASSIS MOURA..." ("Terras Devolutas e Prescrição", pág. 92).

Outros nomes, aliás, e de muito prestígio e suposição, podiam ser lembrados como integradores da corrente dos que sustentam a prescritibilidade das terras devolutas.

Tenho, entretanto, como disse, que a doutrina contrária, "a pior doutrina", da referência de AZEVEDO MARQUES, encontra fundamento inconvelível nos preceitos do Cód. Civil.

Para adversá-los, o que se alega é ume suposta antinomia dos textos legais, juntamente com certas razões de ordem histórica e sociológicas, muito interessantes, mas endereçadas erradamente ao juiz, quando deviam se dirigir ao legislador.

Procura-se, ao propósito do assunto, argumentar contra o caráter interpretativo conseqüente retroatividade do dec. federal nº 22.785, de 31 de maio de 1933, em que

está proclamado desenganadamente:

"Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião".

O mesmo princípio marcava o art. 1º do dec. federal nº 19.924, de 27 de abril de 1931.

Se o Cód. Civil já não encerrasse, como entendo, *data venia*, o princípio da imprescritibilidade das terras devolutas, tenho que os citados decretos não podiam retroagir, sob cor de interpretativos.

Lex prospeit, nos respicit. Os "consideranda" dos decretos não são poderosos a dar-lhes caráter interpretativo para o efeito de se lhes admitir a retroprojeção.

Aliás, como observa FERRARA, nem todo o esclarecimento trazido pelo legislador pode considerar "lei interpretativa" para efeito da retroatividade. Asserta o famoso professor italiano que "*non ogni illustrazione d'un'altra legge é da considerarsi come interpretazione autentica, potendo il legislatore voler solo toglier dubbi per il futuro, senza pretendere che la nuova legge si consideri come contenuto d'una legge passata*" ("Dir. Civile", pág. 208, *in fine*).

De resto, a doutrina da retroatividade da lei interpretativa encontra adversários poderosos e, ao cabo de contas, ostentando simples aparência, tem que se

reduzir a limites tão estreitos que quase a torna inútil e vazia (vêde CARLOS MAXIMILIANO, "Direito Intertemporal", pág. 58, n° 41).

Como observei, entretanto, a imprescritibilidade das terras devolutas já fôra afirmada no Cód. Civil. A sua simples reafirmação em leis posteriores não origina qualquer problema de direito intertemporal.

E, assim, tomado o debate nas linhas em que se desdobrou na egrégia 1ª Turma, a conclusão a que chego é a de rejeitar os embargos.

Finalpag. 106

Mas, segundo os embargantes, há particularidades momentosas na causa, e, mais, o julgamento as deixou em oblívio.

Nos embargos, de fls. 3.469 e 3.483, realça-se que o interventor de São Paulo, êle próprio, aprovou parecer da Comissão de Juristas, concluindo pela prescritibilidade dos bens públicos. E proclama que o Estado pode renunciar (as terras são suas) a êsse preceito de direito substantivo e tornar suas terras prescritíveis.

Mas, a meu ver, não só aquela aprovação do parecer deixa de configurar renúncia, como também esta se tomaria com outras cautelas, que não foram, no caso dos autos, observadas. Não bastará a aprovação do parecer, pelo interventor, para valer como renúncia do Estado às suas terras.

Por outro lado, a lei imperial nº 601, de 1850, já proibia a aquisição de terras devolutas por outro título que não fôsse da compra e venda. Excetuavam-se as terras situadas nos limites do Império, em uma zona de dez léguas, e que podiam ser objeto de doação. Mas, segundo alguns autores, êste preceito vedativo apenas teve em vista a questão da doação, não curando, pois, especialmente da prescrição.

Realmente, se tivermos em atenção, talvez, a *mens legislatoris*, a conclusão está correta; mas, se nos ativermos não à *mens legislatoris* mas à *mens legis*, o argumento trazido pelo Estado de São Paulo, no caso, também é ponderoso, embora não aceito, pelo menos geralmente, sabido que LAFAYETTE, LACERDA DE ALMEIDA e outros grandes jurisconsultos entendiam que os bens dominicais podiam prescrever pelo espaço de 40 anos.

No caso, diz-se que êste espaço foi coberto, porque apareceram títulos com registro paroquial. Mas êsse registro não produziu prova cabal de propriedade.

Rejeito os embargos.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (revisor): Sr. presidente, o eminente Sr. ministro relator acaba de proferir um voto que constitui notável lição de direito, esclarecendo a matéria em todos os seus detalhes, em todos os pontos que foram objeto de debate e de exame pelas partes. Como revisor, antes de ler o meu voto, peço licença para aderir, inteiramente, às ditas considerações expendidas por S. Exª.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): É uma honra para o meu modesto voto a adesão de V. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sempre me manifestei no sentido de que são insuscetíveis de usucapião as terras públicas que constituem bens patrimoniais do Estado.

Filiei-me à corrente dos que entendem ser essa a nossa tradição jurídica, ou seja, a tese de imprescritibilidade absoluta, no tocante àqueles bens.

O caso em debate foi longamente estudado, com brilho e erudição, nesta fase final do processo, remontando-se à lei n° 601, de 1850, em que ficaram estabelecidas as bases do regime que permaneceu ininterruptamente no país; por êsse regime, somente se tornou viável a aquisição de terras devolutas pelos meios devidamente previstos ou admitido em lei, não podendo a posse, por si mesma, gerar ou constituir título de domínio para o particular.

O Cód. Civil, iniludìvelmente, manteve tal estado de coisas, à vista de seus arts. 65 a 67 e 69, dos quais deflui, como princípio fundamental, a inalienabilidade dos bens dominicais, achando-se, êles, em razão disso, fora de comércio e a cavaleiro de apropriação, a não ser nas condições definidas pelo legislador.

Posteriormente, surgiram leis que, com o escopo de aclarar em definitivo o assunto, diante de dissídio formado em doutrina e jurisprudência, deram ao mesmo o sentido preconizado no acórdão embargado, isto é, deixou expressa a proibição de prescrição aquisitiva na espécie em aprêço.

Haja vista o dec. nº 22.785, de 1933, em cujo art. 2º assim dispõe:

"Os bens públicos, seja qual fôr a sua natureza, não são sujeitos a usucapião".

Foi isso a reafirmação do pensamento que já vinha triunfando, por fôrça da única interpretação consentânea com tôdas as normas legais a que fiz menção.

Rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, *data venia* dos eminentes juízes que acabam de dar seu voto, já me pronunciei, na 1ª Turma, pela prescritibilidade aquisitiva dos bens dominicais, consumada até a vigência do dec. n° 22.785, de 31 de maio de 1933. Mantenho meu voto, recebendo os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, contra voto do Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI. Deixaram de comparecer, por se acharem em gôzo de licença, os Exmos. Srs. ministros GOULART DE OLIVEIRA e JOSÉ LINHARES substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros MACEDO LUDOLF e ÁBNER DE VASCONCELOS.

Finalpag. 107

FALÊNCIA - AÇÕES E EXECUÇÕES - SUSPENSÃO - FRAUDE DE CREDORES - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- As ações e execuções individuais dos credores, sôbre direitos e interêsses, relativos à massa falida, ficarão suspensas, desde que declarada a falência, até o seu encerramento.

- Os atos do devedor, prejudiciais aos credores, poderão ser revogados, provando-se fraude de ambos os contraentes. Trata-se de atos anuláveis e não nulos "pleno jure". Pode a anulação ser decretada na habilitação de crédito da falência, mas, só por decisão, judicial, fundada nos extremos legais.

- O juiz do recurso extraordinário pode servir-se de argumentos de direito não servidos pelas partes, embora se lhe vede alterar o plano do debate ou modificar os limites da lide.

Manuel Angelito Durão *versus* Irmãos Bedran

Rec. ext. nº 7.050 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 7.050, recorrente massa falida de Manuel Angelito Durão, recorridos Irmãos Bedran:

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, 1º de novembro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Ao Dr. juiz de direito de Niterói dirigiram Irmãos Bedran a petição de fls. 4, *verbis*

"Irmãos Bedran, comerciantes, estabelecidos à rua Visconde de Uruguai nº 518, nesta cidade, vêm expor a V. Exª, para afinal requererem o seguinte:

"Que adquiriram, em 6 de maio do corrente ano, pela importância de 5:000$000, "livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou dívidas futuras, a Manuel Angelito Durão, os móveis (vitrinas e armações), que, atualmente, guarnecem a casa comercial sita à rua Visconde de Uruguai nº 518, nesta Capital, e onde os suplicantes são estabelecidos (doc. 2);

"Que Manuel Angelito Durão, ao vender tais móveis, o fêz por ter fechado sua loja, ou melhor o seu estabelecimento comercial, sendo que, na época da venda não existia contra Manuel Angelito Durão qualquer obstáculo judicial que impedisse tal venda de bens móveis;

"Que, agora, foi decretada a falência de Manuel Angelito Durão, e pelo andamento do respectivo processo e do que do mesmo se depreende, em face do último parecer do Dr. curador-geral de falências da Comarca (doc. 6), os suplicantes estão na iminência de serem esbulhados.

"Acontece, porém, que os ditos bens adquiridos pelos suplicantes estão para ser arrecadados por Adolfo Augusto da Costa, residente à rua Dr. Mário Viana, 438, nesta, síndico da falência de Manuel Angelito Durão, o que quer dizer que estão para sofrer um esbulho na posse dos ditos bens.

"Assim, vêm requerer a V. Exª um interdito proibitório para que seja sustada a ameaça de esbulho, cominando-se a pena de 5:000$000 para o caso de transgressão do preceito.

"Os suplicantes pedem a dispensa da prova testemunhal em face da documentação junta.

"Requerem mais seja expedido o mandado de interdito com a cominação da aludida pena, citando-se o referido síndico para ver-se-lhe marcar prazo, na primeira audiência que se seguir à citação, para a contestação, sob pena de revelia, cientificando o Dr. MELQUÍADES PICANÇO, 2º curador-geral da comarca e que funciona na falência.

"Dão à presente, para os efeitos da taxa, o valor de 5:000$000.

Têrmos em que, D. e A. esta, esperam deferimento. - Niterói, 1º de julho de 1939. - (a.) *Renato P. de Albuquerque*"

E o juiz, a final, proferiu a sentença de fls. 81, *verbis*

"Vistos, etc.

"Citado o síndico da falência de Manuel Angelito Durão para contestar o pedido de fls. 4, ofereceu a exceção *declinatória fori* de fls. 21, que foi processada regularmente, sendo julgada procedente. Houve dêste despacho agravo a que o acórdão de fls. 48 negou provimento.

"O despacho de fls. 60 foi também agravado, mas houve o juízo por bem reformá-lo pelo despacho de fls. 73, que mandou se prosseguisse no feito, na forma da lei. Tal despacho foi publicado no dia 30 de janeiro último. A 12 de fevereiro, mandou o juízo que se aguardassem os requerimentos dos interessados.

"A fls. 75, o liquidatário da massa falida de Manuel Angelito Durão pediu absolvição da instância, com fundamento no n° V do art. 291 do Cód. de Proc. Civil.

"Antes de selados e preparados os autos como fôra determinado pelo despacho de fls. 76, pedem os autores seja julgada por

Finalpag. 108

sentença a pena cominada, na forma do art. 380 do citado Código, de vez que a ré não contestou o pedido, pôsto tenha tomado conhecimento efetivo da situação do processo pelo menos no dia 31 de março último, quando formulou o pedido de fls. 79.

"Isto pôsto

"Parece que o requerente de fls. 75 quis fundamentar o pedido de absolvição da instância no nº V do art. 201 do Código de Proc. Civil, e não no art. 291, que versa matéria diversa. Realmente. Quando, por não promover os atos e diligências que lhe cumprir, o autor abandonar a causa por mais de 30 dias (art. 201, nº V), poderá o réu ser absolvido da instância, se requerer.

"O réu dêste processa, citado para contestar a ação, ofereceu a *declinatória fori* de fls. 21. Cabia-lhe, pois, resolvido o incidente, contestar a ação, para o que fôra citado pelo mandado de fls. 12 a 15. Não o fêz, e pediu, a fls. 75, a absolvição da instância, alegando haver o autor abandonado a causa por mais de 30 dias.

"Não lhe assiste razões. O réu não poderia exigir que o autor lhe mandasse citar novamente para contestar. A citação estava feita, e se o réu a não atendeu foi porque não quis.

"Indefiro, pois, o pedido de fls. 75, e, em conseqüência, ordeno que se expeça o mandado requerido a fls. 4, com a cominação de 5:000$000, que julgo por sentença, para que produza os devidos e legais efeitos, como pena pecuniária, para o caso de transgressão.

"Custas *ex lege*. P. R. I. - Niterói, 14 de junho de 1941. - (a.) *Alfredo Cumplido de Santana*".

Subiu a causa ao Tribunal do Estado do Rio que proferiu, contra o voto do Sr. desembargador OLDEMAR PACHECO, o acórdão de fls. 111, *verbis*:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, de Niterói, sendo apelante a massa falida de Manuel Angelito Durão, por seu liquidatário Sebastião da Silva Gomes.

"Acordam em 1ª Câmara do Tribunal de Apelação negar provimento ao recurso para confirmar, por seus jurídicos fundamentos, a sentença que, concedendo o mandado pedido pelos recorridos, cumpriu o disposto no art. 380 do Cód. de Processo Civil, por não haver a recorrente, representado pelo seu liquidatário (doc. de fls. 108), contestado a ação no prazo legal, a contar da data da decisão de fls. 73, mandando prosseguir no feito depois de resolvida a execução *declinatória fori*, improcedente a impugnação feita com fundamento no art. 74, inciso 3º do § 5º do decreto n° 5.746, de 9 de dezembro de 1929, que se não refere a bens do falido, em poder de terceiros, a título de compra e venda, como na hipótese, que, referindo-se a objetos comprados quando ainda nenhum obstáculo judicial existiu que impedisse tal operação, era de se deferir, como foi o pedido, ante a iminência da arrecadação daqueles objetos pelo síndico da falência do vendedor, medida essa cuja ameação importa turbação de posse (cit. Código, artigo 707).

"Custas na forma da lei.

"Niterói, 24 de setembro de 1942. - *Macedo Soares*, presidente, sem voto; *Ribeiro de Freitas Júnior*, relator; *Oldemar Pacheco*, vencido".

Daí o presente recurso extraordinário pedido, nos têrmos do requerimento de fls. 113:

"A massa falida de Manuel Angelito Durão, representada por seu liquidatário, nos autos da apelação nº 399, de Niterói não se conformando com o acórdão da egrégia 1ª Câmara que, por maioria de votos, confirmou a sentença que julgou procedente o interdito proibitório requerido contra a massa, sendo definitiva e final a referida decisão, quer recorrer para o venerando Supremo Tribunal Federal, com fundamento nas letras *a* e *d* do artigo 101 da Constituição federal, pelos motivos seguintes:

"A 1ª Câmara adotou a tese de que é admissível o interdito proibitório para obstar procedimentos judiciais" quando o própria venerando Supremo Tribunal Federal sempre negou essa admissibilidade, como entre inúmeros julgados vê-se do acórdão publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 69, pág. 318.

"Mas, não só se impõe o deferimento do recurso quanto à letra *d* do inciso constitucional invocado, como também face à letra *a*, como adiante se expõe.

"A decisão recorrida, admitindo, contra o brilhante voto do Exmo. desembargador OLDEMAR PACHECO, interdito possessório para obstar arrecadação de bens vendidos pelo falido no período suspeito da falência (fls. 4 e 19), violou o art. 25 da lei de falências que, mandando fiquem suspensas "as ações e execuções individuais dos credores sôbre direitos e interêsses relativos à massa falida, desde que seja declarada a falência até o encerramento desta", deixa também claro que contra a massa não poderão ser impostas ações outras que não sejam as previstas na própria lei de falências.

"Ainda, violou a lei de falências (art. 56), o acórdão recorrido, quando afirmou não existir obstáculo judicial que impedisse "a venda dos bens do falido, pois realizada esta no período suspeito da falência (fls. 4 e 19) a fraude de ambos os contraentes se presume.

Finalpag. 109

"E se tanta violação não bastasse, sancionando a tese do juiz *a quo*, de que, vencedora a exceção de incompetência, não é de se assinar novo prazo para contestação ao excipiente vitorioso, o acórdão recorrido violou o Cód. de Processo no título referente às exceções. Por mais êsse motivo, o deferimento do recurso é de Justiça.

"Niterói, 15 de dezembro de 1942. - (a.) *Evaldo Saramago Pinheiro*".

E, afinal, a Procuradoria Geral da República, em parecer do Dr. VIANA DE SOUSA, com o acôrdo do hoje nosso eminente colega Sr. ministro LUÍS GALLOTTI e o "visto" do Exmo. Sr. Dr. GABRIEL PASSOS, disse:

"1. O recurso foi interposto com fundamento nas alíneas *a* e *d* do art. 101, número III, da Constituição federal (fôlhas 113-114), mas parece-me incabível.

"2. Na verdade, contràriamente ao que sustenta a recorrente, a medida possessória deferida pelo venerando acórdão recorrido (fls. 111) não importou violação dos arts. 25 e 56 da lei de falências, pois que nem se trata, na espécie, de ação ou - execução individual de credor contra a massa falida, nem é absoluta ou de pleno direito a nulidade da impugnada venda dos bens, a qual há de produzir os seus efeitos enquanto não fôr revogada por ação própria.

"3. De outra parte, não se acha caracterizada nenhuma divergência entre o acórdão citado a fls. 113 e o julgado recorrido, pois que diversas são as relações jurídicas por ambos enfrentadas.

"4. Por êsses motivos, opinamos no sentido de que do apêlo não conheça o egrégio Supremo Tribunal Federal.

"Rio de Janeiro, 28 de novembro de 1944. - (a) *Antônio Viana de Sousa*, procurador da República adjunto interino. De acôrdo. - *Luís Gallotti*. Visto. - *Gabriel Passos*".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Não se acomoda o recurso na moldura da letra *d*.

A simples alusão de aresto divergente - fls. 113 - e de que se não tira a lume qualquer lance ou passo para demonstrar o alegado dissídio, é de manifesta insuficiência.

Quanto à letra *a*. Alega-se com a violação dos arts. 25 e 56 da antiga lei de falências.

Determina o primeiro que as ações e execuções individuais dos credores sôbre direitos e interêsses relativos à massa falida ficarão suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

Pelo segundo, art. 56, poderão ser revogados os atos praticados pelo devedor, ao fito de prejudicar credores, provando-se fraude de ambos os contraentes.

Quanto ao primeiro dispositivo, não se rastreia nos autos sinal de seu prequestionamento, expresso ou implícito. O que, a meu ver, é suficiente para o não conhecimento do apêlo, que ocorreu em dezembro de 1942.

De resta, tratando-se de proteção possessória de bens que se alegava de terceiros e na iminência de arrecadados, a ação contra o representante da massa não encontrava obstáculo no art. 25 citado. Quanto ao art. 56, a revogação de que êle trata depende de ação em que se prove a ocorrência do *eventus damni* e do *consilium fraudis*.

Como se observa no parecer do Dr. VIANA DE SOUSA, pela Procuradoria-Geral da República, "não é absoluta ou de pleno direito a nulidade da impugnada venda de bens, a qual há de produzir os seus efeitos enquanto não revogada por ação própria".

O dispositivo de que se trata corresponde ao art. 53 da lei vigente de falências, *verbis:*

"São também revogáveis, relativamente à massa, os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com êle contratar".

Discute-se entre os doutores ser ou não necessária, no caso, a prova do *eventus damni* (vêde CARVALHO DE MENDONÇA, "Trat." vol. 7°, n° 531; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, "Comentários à Lei de Falências", vol. I, nº 397, pág. 358; JAIME LEONEL, "Da Ação Revocatória", n° 91).

A caracterização do *consilium fraudis* é também objeto de vivas disceptações (MIRANDA VALVERDE, liv. cit., vol. cit., números 395 e segs.). Também lavra controvérsia acesa sôbre as afinidades e diferenças entre a revocatória falencial e a pauliana.

Mas, o que não padece dúvida é que o caso do art. 56 da antiga lei de falências é de ato revogável, anulável e não nulo *pleno iure*. É exato que, mediante impugnação de credores, se tratar de crédito apresentado na falência, pode a anulação ser decretada. Ela, porém, sòmente se dará por decreto do juiz, e mediante a prova dos extremos do cit. art. 56 (vêde JAIME LEONEL, liv. cit., ns. 89 e seguintes).

A derradeira. O recorrente inculca a êste Supremo Tribunal examine a causa em todos os seus aspectos, invocando o "*narra mihi factum, dabo tibi ius*".

Não obstante a restrição trazida, ao propósito, pelo art. 158, nº III, do Cód. de Proc. Civil (vêde PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil",

vol. II, ao art. 158), o princípio, falando pela via ordinária, é verdadeiro.

Le juge connaît le droit. Mas, o juiz do recurso extraordinário, dada a índole mesma dêsse apêlo extremo, tem sua atividade contida em arraias

intransponíveis e não pode alterar o plano de debate e nem modificar os têrmos em que as partes enterreiraram a lide, embora se possa servir, como é evidente, de argumentos de direito não suscitados pelas partes, desde que pertinentes à controvérsia.

Fico na preliminar do não conhecimento do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso. A decisão foi colhida com unanimidade de votos. 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.

*

SOCIEDADE ANÔNIMA - ACIONISTA

- Não pode ser havido como subscritor, e, conseguintemente, acionista, aquêle que, não tendo satisfeito a entrada inicial em dinheiro, sòmente realizou pagamento correspondente a emolumentos e cobertura de despesas.

Joaquim Amado Vinhas Aguiar *versus* Construções Navais Mônica S. A.

Rec. ext. nº 17.035 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam em Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime da sua 2ª Turma julgadora - vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 17.035 do Distrito Federal, recorrente Joaquim Amado Vinhas Aguiar e recorrida Construções Navais Mônica S. A., - conhecer do recurso e dar-lhe provimento, de acôrdo com o voto do relator, constante das notas anexas da assentada do julgamento.

Custas pela recorrida.

Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: A recorrida, Construções Navais Mônica S. A., propôs contra o recorrente, Joaquim Amado Vinhas Aguiar, uma ação executiva para o pagamento da importância de Cr$ 2.000,00, relativa a 10 ações preferenciais que subscreveu do seu capital. Feita a penhora, defendeu-se o executado, alegando não ser subscritor da autora porque não houve a realização de entrada inicial, pois apenas

pagou a importância de Cr$ 200,00 referente à taxa de inscrição destinada a emolumentos e cobertura de despesas, dispondo a lei que a importância da entrada inicial por ação será obrigatòriamente realizada no ato da subscrição. A ação foi julgada, procedente (fls. 47), e, oferecidos embargos à decisão, foram rejeitados pela de fls. 66, sob os seguintes fundamentos: "A lei dá á sociedade o direito à ação executiva para cobrança das importâncias de que se constituiu devedor aquêle que subscreve suas ações (art. 76, *a*, do dec.-lei nº 2.627, de 1940). O embargante procura escusar-se, alegando que não pagou a entrada inicial, pelo que não se constituiu subscritor das ações. Razão não lhe assiste. O art. 74 do decreto-lei citado declara que "os acionistas são obrigados a realizar, nas condições previstas nos estatutos, as entradas ou prestações das suas ações". Vê-se, daí que o vínculo obrigacional não é condicionado à efetivação da entrada. Forma-se êle, antes desta, pela simples inscrição, que é irrevogável, consoante a lição de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, invocada na sentença recorrida".

Sob a alegação de que essa decisão é contrária aos arts. 38, nº 2, 40, IV, letra *d*, e 42 do dec. - lei nº 2.627, de 26-9-1940, o réu manifestou o presente recurso extraordinário com base na letra *a* do preceito constitucional, encontrando, também, assento o recurso na letra *d*, por ser divergente das decisões da Justiça local, que aponta, considerando não acionista aquêle que não chega a realizar a entrada inicial (petição de fls. 69). Admitido o recurso por despacho do presidente do Tribunal de Justiça, a quem foram presentes os autos pelo juiz prolator da decisão recorrida, ofereceu o recorrente as razões de fls. 74, contrariadas pela recorrida com as de fls. 86.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): O dec.-lei nº 2.627, de 1940, que regula as sociedades por ações, dispõe, em seu art. 74, que "os acionistas são obrigados a realizar, nas condições previstas nos estatutos as entradas ou

prestações das suas ações"; verificada a mora do acionista, autoriza o art. 76 a sociedade a promover contra êle ação executiva para a cobrança das importâncias devidas.

Sustenta o recorrente que êsse direito não assiste à recorrida, porque não é êle seu acionista, dês que não entrou com qualquer

Finalpag. 111

cota, cujo pagamento só poderia ter sido feito no ato da subscrição; êste ato, pela ausência daquele pagamento, não houve, e, *ipso facto*, êle recorrente não é acionista. O que êle pagou foi certa importância referente à chamada "taxa de inscrição", destinada à cobertura de despesas; nenhuma entrada inicial, entretanto, fêz, e sem essa entrada inicial em dinheiro não podia ser, considerado subscritor. Nesse sentido decidiu em caso idêntico o juiz da 8ª Vara Cível, e foi proferido o acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, publicado no "Diário da Justiça" de 30-12-948 (fls. 55). Entendeu, diversamente, a decisão recorrida.

Conheço, pois, do recurso, e lhe dou provimento: não tendo havido entrada inicial em dinheiro, mas o pagamento de uma taxa a título de emolumentos e cobertura de despesas, com inobservância, pois, do art. 40 letra *d*, da lei, que determina seja obrigatòriamente realizada no ato da subscrição aquela entrada inicial por ação, sem a qual, art. 42, não serão os subscritores admitidos a assinar a lista ou boletim de subscrição, o recorrente não pode ser tido como subscritor; e se não é acionista, incabível é a ação executiva contra êle intentada pela recorrida.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e deram-lhe provimento, sem divergência de votos.

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

LOCAÇÃO - RETOMADA - MUDANÇA DE DESTINO

- Não pode ser dada a retomada, quando o proprietário a pede para mudar a destinação do prédio. Tal não ocorre, porém, quando retoma imóvel em que se explora pensão, para aí instalar outra atividade comercial.

José Evangelista Barreto *versus* Domingos Gonçalves Toledo

Rec. ext. nº 19.806 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n° 19.806, do Distrito Federal, recorrente José Evangelista Barreto, recorrido Domingos Gonçalves Toledo:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 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, 27 de novembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O aresto visado no presente recurso extraordinário é o de fls. 89, lavrado pelo Exmo. Sr. Des. FREDERICO SUSSEKIND:

"A retomada pelo proprietário, para uso pessoal, compreende não só o prédio residencial, como o que é destinado a fim comercial.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos na apelação cível número 10.465, sendo embargante Domingos Gonçalves Toledo e embargado José Evangelista Barreto:

"Acordam os juízes que constituem a 1ª Turma das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, receber os embargos para, reformando a decisão embargada, restabelecer a de primeira instância, que julgou procedente a ação (fls. 47), pagas as custas pelo réu-embargado.

"O autor-embargante é estabelecido à rua Haddock Lôbo nº 465, com o negócio de transportes e guarda-móveis, pagando aluguel. Adquiriu o de nº 422 da mesma rua, locado ao réu-embargado, e pediu a sua retomada para uso pessoal,

depois de findo o prazo da notificação judicial, o que a sentença de primeira instância deferiu. A 5ª Câmara, contra o voto do eminente desembargador SERPA LOPES, reformando a decisão, denegou a retomada. A 1ª Turma, adotando o voto vencido no acórdão embargado, restabelece aquela sentença. Já se firmou que o uso pessoal, de que trata a lei, compreende o prédio residencial, bem como o que é destinado a fim comercial. Se o autor é estabelecido em casa alugada e se adquiriu uma outra, justamente para nela continuar o seu comércio, sincero é o seu pedido de retomada. E a casa adquirida serve ao negócio de guarda-móveis, como se vê do doc. de fls. 55. A alegação de que na rua Haddock Lôbo não é permitida a instalação de negócio comercial nos prédios, desaparece ante a resolução da Prefeitura, permitindo-a em "rua servida por transporte em carris" (fls. 57).

Na versão do recorrente, o v. acórdão, sôbre vulnerar o art. 1.204 do Cód. Civil, faz frente e rosto aos dos arestos citados a fls. 92, o que se dá ao apêlo fundamento

Finalpag. 112

sólido nas letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

Razões a fls. e fls. (*ler*).

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O art. 1.204 do Cód. Civil é certo que veda ao senhorio, mudar, durante a locação, a forma e o destino da coisa alugada.

A proibição corresponde ao dever, que lhe pesa, de manter a coisa alugada em estado de servir ao uso a que se destina, nos têrmos do art. 1.189, nº I, do mesmo Código.

Daí ser formal e induvidosa, somente derrogável por fôrça de cláusula expressa do contrato.

Nem pode ser dispensado mediante pagamento de perdas e danos ou alegação de benefício e vantagem ao locatário, conforme o magistério, entre outros, de EMÍDIO PACIFICI MAZZONI:

"Il divieto è assoluto: quindi non vanebbe al locatore, per sottrasene, di addune che da una parte egli ha massimo interesse a mutare la forma della casa, e che dall'altra tali mutamenti non nuocciono, ma anche giovano al conduttore; e nemmeno gli varebbe, in questa favorevolissima ipotesi di dichiararsi pronto a compensar e largamente il conduttore della momentanea diminuzione del godimento e dell'incomodo che potra soffrire per l'esecuzio ne delle opere modificati ni della forma della cosa locata" ("Delle Locazióni", 7ª ed., pág. 181).

Entretanto, o v. aresto não vulnerou a letra mesma do art. 1.204 com o entender ser caso de despejo, de retomada para uso do *dominus*.

De mim, entendo ser o princípio do artigo 1.204 invocável para esforçar a tese de não poder o dono do prédio locado para residência retomá-lo para nêle montar estabelecimento de comércio ou indústria.

Mas, o entendimento contrário - que é o aceito por êste Supremo Tribunal - reconheceu não ofender texto de lei.

O recurso sòmente poderia caber com fundamento na letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal, pois a tese acima aludida, a que dei minha adesão, em obséquio também à *mens legis*, e levado dos princípios da interpretação sociológica, encontrou guarida em certas manifestações jurisprudenciais, como o demonstra o recorrente.

No caso, porém, o prédio de que se trata era usado para *comércio* de pensão.

A hipótese, pois, se desconvizinha das citadas pelo recorrente e em que se vedou a alteração do destino da coisa alugada. No caso êle não se altera, pois o prédio, usado agora para fins de comércio, nêle não residindo o recorrente, é pedido para instalação de negócio.

Nestes têrmos, e preliminarmente, não conheço do recurso.

DECISÃO

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

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.

*

REGISTRO DE IMÓVEIS - TRANSCRIÇÃO

- Em nosso direito, a presunção que resulta da transcrição no registro de imóveis é sempre "juris tantum", admitindo assim prova em contrário.

Emiliana Rocha Freire de Vasconcelos *versus* Almerinda Fontes Pinheiro e outros

Rec. ext. nº 10.182 (Embs.) - Relator: MIN. LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos no recurso extraordinário nº 10.182, do Distrito Federal, em que é embargante Emiliana Rocha Freire de Vasconcelos e são embargados Almerinda Fontes Pinheiro e outros, decide o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, rejeitar os embargos, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 24 de julho de 1950. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CASTRO NUNES: Versa a questão sôbre o entendimento dos artigos 859 e 530 I, do Cód. Civil, no tocante à eficácia absoluta da transmissão do imóvel em face de terceiros de boa-fé que o tenham adquirido a título oneroso.

A douta 2ª Turma, nos têrmos dos votos dos ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e OROZIMBO NONATO, conheceu do recurso pelo fundamento da letra *d*, negando-lhe, porém, provimento. Passo a ler os dois votos manifestados (fls. 152 e 155).

Opuseram os recorrentes-vencidos os embargos de fls. 158, renovando as suas alegações.

Os embargos foram impugnados.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Os embargados levantam uma preliminar

Finalpag. 113

de não cabimento dos embargos, por ter sido unânime o acórdão (fls. 166).

Não procede a preliminar, porque a decisão embargada conheceu do recurso extraordinário, hipótese em que cabem embargos, seja ou não unânime a decisão.

Não tem aplicação o art. 833 do Cód. de Processo que não se refere ao recurso extraordinário, e sim o Regimento Interno desta Côrte, ao qual aquêle Código se reporta (artigo 869).

Conheço, assim, dos embargos, mas para rejeitá-los.

Não deixam dúvida, a meu ver, sôbre a sua improcedência os votos proferidos na Turma pelos eminentes ministros HAHNEMANN GUIMARÃES (relator) e OROZIMBO NONATO.

Em contrário opina o eminente ministro FILADELFO AZEVEDO, que considera *juris et de jure* a presunção resultante da transcrição no registro de imóveis, quando o adquirente é a título oneroso e de boa-fé.

Estou, porém, em que se trata de presunção *juris tantum*, admitindo, assim, prova em contrário.

Dispõe o Cód. Civil no art. 859 que se presume pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu.

Mas o art. 860 deixa claro, a meu ver, que se trata de uma presunção *juris tantum*, quando preceitua que, se o teor do registro de imóveis não exprime a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique.

A razão não está, portanto, com os que entendem corresponder o art. 859 do nosso Código aos arts. 891 e 892 do Cód. Civil alemão.

O Prof. GONDIM FILHO, em estudo publicado na "Rev. de Direito", vol. 68, pág. 262, mostra que o art. 891 do Código alemão tem o seu complemento no art. 892, onde é assegurada a fé pública ao livro do registro, e, em conseqüência disso, uma pessoa ilegitimamente inscrita pode transferir irrevogàvelmente a propriedade de um imóvel que não lhe pertence. O terceiro de boa-fé adquire desde logo o domínio, restando ao verdadeiro proprietário ação de indenização contra o Estado.

O imóvel tem no livro a sua fôlha especial, que, na comparação de DERNBURG, deve ser um espelho fiel que reflita a todo o momento o seu estado jurídico. É, como se vê, um regime radicalmente diverso do nosso.

SÁ PEREIRA também versou magistralmente o assunto ("Manual do Código Civil", coleção PAULO DE LACERDA, vol. 8°, 1924, págs. 113 e segs.). É interessante observar, diz, que, sendo a Alemanha a pátria da metafísica, a tendência geral se acentue no sentido de eliminar do direito a noção de causa. Mostra que estamos longe do sistema germânico. CLÓVIS havia declarado não ter sido seu intuito "introduzi-lo entre nós em sua plenitude", porque êle depende da propriedade cadastrada, mas apenas "no que êle tem de essencial e aplicável sem dependência da organização do cadastro". Ora, observa SÁ PEREIRA, o sistema germânico repousa no cadastro. Se CLÓVIS não quis introduzir entre nós, do sistema germânico, senão aquilo que não implicava a organização do cadastro, claro é que não deu à transcrição a fôrça de prova absoluta do domínio, pela razão prática de não têrmos cadastro, e pela razão teórica de que tal eficiência, na lógica do sistema germânico, o pressupõe. O nosso Código manteve a tradição para os móveis e a substituiu pela transcrição quanto aos imóveis. Ora, a tradição não torna líquida a propriedade, porque transmite ao adquirente o domínio do vendedor tal qual êste o tinha. Ninguém pode transmitir mais do que tem.

O próprio CLÓVIS assim enunciou o seu pensamento ("Coment.", 2ª ed., vol. 3º, artigo 531, pág. 63)

"O sistema adotado pelo Cód. Civil quanto à transcrição, é que ela prova a transcrição do domínio; mas essa presunção não é absoluta e indestrutível; constitui uma presunção *juris tantum* (art. 859), que poderá ser destruída por ação anulatória do registro (art. 860)".

Diante do exposto e do mais que consta dos votos proferidos na Turma, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Tôda a questão é a de se saber qual o valor probatório decorrente do registro de imóveis, ou melhor, se o registro, como presunção, constitui prova absoluta, ou cede a outra. O acórdão embargado deu a melhor solução, acertando-se a opinião daqueles que pensam que o registro constitui uma presunção *juris tantum*. Sabido é que o nosso Código procurou se aproximar do sistema germânico, mas não logrou a sua perfeição, e nem mesmo era possível num país como o nosso, em que a propriedade imobiliária está mal dividida, ou sem limites certos, e sem cadastro, como acontece na Alemanha.

No domínio do dec. n° 169-A, o seu art. 8º prescrevia:

"A transcrição não induz a prova do domínio, que fica salvo a quem fôr".

Comentando o art. 530, § 1º, do Código Civil, diz MERÊA: "CLÓVIS BEVILÁQUA, no seu projeto, preferiu um sistema mais radical, afastando-se do direito vigente bem como da orientação de COELHO RODRIGUES (art. 1.387); limitou-se a exigir "a inscrição de título hábil para transferir a propriedade", art. 605-A, rejeitando propositadamente o dispositivo do citado § 4º do dec. nº 169-A" (vêde "Em defesa" pág. 125). Na Comissão revisora, restaurou-se

Finalpag. 114

o parágrafo em questão ("Cód. revisto", artigo 619, parág. único), mas esta reação não triunfou, porquanto a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, achando a disposição do parágrafo contraditória com o corpo do artigo (vêde "Trabalhos de Com", vol. III, pág. 88), voltam a suprimi-lo. Temos, pois, no sistema definitivamente adotado pelo legislador brasileiro, que as averbações do registro fazem, até prova em contrário, presumir o. domínio ou direito real em favor de quem elas declaram. Se, porém, o prejudicado fizer judicialmente a prova de que as declarações de registro são errôneas, serão retificadas ("Obser"., de CLÓVIS BEVILÁQUA, ap. "Em Defesa", fls. 124). MEREA, "Código Civil Brasileiro Anotado".

Não é de se perder de vista que CLÓVIS explicou categòricamente não ter querido adotar o sistema germânico, nem introduzir uma transformação profunda no mecanismo da transferência de propriedade.

São êstes, em resumo, os fundamentos pelos quais, aceitando as conclusões do acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, confirmado pelo acórdão embargado, desprezo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia* dos eminentes ministros relator e revisor, julgo procedentes os embargos, por isso que me filio à corrente dos que entendem que, em se tratando de aquisição de terceiro de boa-fé, a presunção é *juris et de jure*.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, contra o voto do Sr. ministro ROCHA LAGOA.

Impedido o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA.

*

PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA - COMPRA E VENDA - TRANSCRIÇÃO

- A procuração em causa própria, desde que conste de instrumento público e contenha os requisitos da compra e venda, vale por esta. A transcrição, em nosso direito, não é ato bilateral, pois a lei permite a um só dos interessados promovê-la.

Augusto Rios Carneiro Filho *versus* Felício José Balestrere e sua mulher

Rec. ext. nº 10.859 (Embs.) - Relator: MIN. LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos. relatados e discutidos êstes autos de embargos no recurso extraordinário nº 10.859, de São Paulo, em que é embargante Augusto Rios Carneiro Filho e são embargados Felício José Balestrere e sua mulher, decide o Supremo Tribunal Federal rejeitar os embargos, por maioria de votos, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 30 de junho de 1950. - *Laudo de Camargo*; presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: O Tribunal de São Paulo, no acórdão de fls., admitiu que a procuração em causa própria fôsse meio hábil para transferência do domínio, mesmo tendo sido feita a transcrição no Registro de Imóveis após a morte do mandante.

Interposto recurso extraordinário, o eminente relator, ministro GOULART DE OLIVEIRA, dêle conheceu, mas lhe negou provimento, por entender que a procuração em causa própria, constante de instrumento público, contendo os três elementos da compra e venda (coisa, preço e consentimento), eqüivale a êsse contrato.

Nesse sentido invocou largamente a jurisprudência, bem como a doutrina nacional e estrangeira (fls. 148 e segs.). Quanto ao registro, mostrou que, em face do dec. número 4.857, de 1939 (art. 233), pode ser promovido por qualquer interessado, seus sucessores ou representantes.

Divergiu o eminente ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por considerar que a procuração em causa própria não é, por si só, meio idôneo para realizar o ato translativo, uma vez que, em nosso direito, o domínio se transfere pela tradição e não pelo contrato. Em se tratando de imóveis, a tradição consiste na transcrição do título no registro. Ora, a transcrição foi feita quando a alienante havia morrido. Entretanto, desde que se abriu a sucessão do alienante, todo o seu patrimônio se transferiu aos herdeiros. A transcrição, assim, é inválida, porque feita após a morte do alienante. Não é que a procuração se revogue com a morte, esclarece. É que o ato translativo não se podia realizar depois da morte do alienante.

O eminente ministro LAFAYETTE DE ANDRADA acompanhou o relator (fls. 162): *lê*.

O eminente ministro EDGAR COSTA votou no mesmo sentido (fls. 163).

O eminente ministro OROZIMBO NONATO, embora reconhecendo a lógica da argumentação do ministro HAHNEMANN GUIMARÃES (fls. 165), votou com o relator, por considerar que a transcrição não é ato bilateral, que exija a presença de ambas as partes.

O resultado foi: conheceram do recurso unânimemente e, contra o voto do ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, negaram-lhe provimento.

Finalpag. 115

O vencido ofereceu, no prazo legal, embargos infringentes (fls. 170).

Diz que no caso se deu uma tragicomédia: sete anos depois da sua morte, compareceu em cartório o defunto, representado pelo seu procurador em causa própria, para transmitir-lhe um imóvel que já havia sido transmitido, quando daquela morte, aos seus herdeiros... Assim, deve ser declarada nula.

Argumenta, a seguir, com o voto do ministro HAHNEMANN GUIMARÃES e procura responder aos votos vencedores proferidos na 2ª Turma.

Os embargos foram impugnados (fôlhas 190).

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Sempre entendi que a procuração em causa própria, desde que conste de instrumento público e contenha os requisitos da compra e venda, vale por esta.

Estou, assim, de acôrdo com os votos vencedores proferidos na Turma.

A objeção do eminente ministro HAHNEMANN GUIMARÃES é séria e respeitável.

Mas, *data venia*, se a lei permite a um só dos interessados promover a transcrição, é que não dá. a esta o caráter de ato bilateral, como bem notou o eminente ministro OROZIMBO NONATO.

E, assim, podemos admitir que a transcrição se faça após a morte do outorgante da procuração em causa própria, sem realizar a tragicomédia figurada pelo ilustre patrono do embargante. Não é o defunto que comparece representado por seu mandatário, porque êste, ao pedir a transcrição, já o faz come comprador, conforme lhe faculta a lei, e não mais como representante do vendedor.

O equívoco do embargante nasce, a meu ver, de considerar a transcrição um ato bilateral, quando não o é pelo sistema da nossa lei.

Há ainda a ponderar uma circunstância, realçada na impugnação dos embargos, e que me parece relevante em apoio da conclusão a que chegou o acórdão embargado: quem contende aqui com o comprador não é um *terceiro* que houvesse comprado em segundo lugar, mas registrado em primeiro, são os herdeiros do próprio vendedor e que, em relação a êste, não se consideram terceiros.

De acôrdo com os votos proferidos na Turma e, especialmente, com o voto erudito e brilhante do relator, o saudoso ministro GOULART DE OLIVEIRA, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Desprezo os embargos para confirmar o acórdão da egrégia 2ª Turma julgadora.

Se da procuração *in rem suam* consta os três elementos que caracterizam a venda, - isto é, *res, pretium et consensus* - tal procuração vale como escritura pública, que não se resolve pela morte do outorgante.

Argúi-se que a venda do imóvel só se efetiva pela tradição, e êste se faz por meio do registro público.

Mas, se a procuração vale como escritura, e esta é prova de obrigação, êste se reforça com o registro posterior, feito segundo dispõe o art. 233 do dec. nº 4.857, de 1939, *verbis*:

"O registro será promovido por qualquer interessado, constante dos títulos apresentados, sendo *sucessores* ou *representantes*".

Veja-se bem, o preceito legal citado se refere a sucessores e representantes, basta isto para excluir a argumentação contrária de ter sido tardio o registro, de vez que a lei não determinou prazo para fazê-lo.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, não me posso render, *data venia*, às razões ponderosas aduzidas pela ilustre Turma julgadora, tendo em vista o disposto no art. 620 do Cód. Civil, que se presta a

generalização. É preceito em rigor pertinente apenas a móveis, mas que se pode aplicar a tôda aquisição da propriedade e que diz o seguinte:

"O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição".

Esta regra é apenas reprodução de preceito romano: "*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur"*. A propriedade há de transmitir-se pela tradição, por ato translativo, a que corresponde, para os imóveis, a transcrição.

Estou de acôrdo com o ilustre advogado em que o mandado em causa própria tem natureza bilateral contratual, e, porque tem natureza contratual, não envolve, a meu ver ato translativo. É necessário distinguir contrato e ato translativo.

Êste ato não se pode realizar, morto o alienante. A procuração em causa própria pode subsistir; pode subsistir o contrato; não é, porém, possível realizar o ato translativo, defunto o alienante.

Foram essas as razões por mim aduzidas na Turma e às quais permaneço fiel, recebendo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): O caso dos autos é interessante e o voto do eminente Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES obedece a uma lógica perfeita. Para S. Exª, a transcrição é a tradição para os imóveis e, como esta

Finalpag. 116

exige duas pessoas, entende que também a transcrição o exige; hão de figurar transmitente e adquirente, *tradens* e *accipiens*.

Mas, já VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA se insurgia contra essa assemelhação. A transcrição seria ato puramente tabelional para assegurar direitos e não ato correspondente à tradição.

A procuração *in rem suam*, no caso, apenas serve para perturbar a visão do problema, porque se trata de compra e venda, com todos os seus elementos. Na hipótese, a procuração *in rem suam* se equipara à compra e venda. E compra e venda com a denominação aludida.

A questão dos autos é, pois, saber se a compra e venda pode se realizar pela transcrição após a morte do alienante. A solução que deu a Turma, a meu ver, não ofende a lei.

Em nosso direito, o pacto nu, é certo, não transfere a propriedade. Domina o princípio a que se referiu o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES: "*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*".

Como disse, ainda, porém, SÁ PEREIRA, há na transmissão dois momentos: o da escritura e o da transcrição. Tanto assim que a transcrição não purga os defeitos da escritura: é ato de remate, de conclusão. Não é incivil admitir que êsse ato de remate possa ser efetuado ainda depois da morte do outorgante da escritura. E a lei o admite, como realçou o eminente Sr. ministro JOSÉ LINHARES.

Rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, contra o voto do Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

*

DIVISÃO - LEI APLICÁVEL

- A execução da sentença, que julgou procedente a ação divisória, obedece ao processo estabelecido na lei vigente, durante a primeira fase do juízo.

Joana Gonçalves de Lima e outra *versus* João Tobias Guedes Alcoforado e outros

Rec. ext. nº 9.124 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 9.124, da Paraíba, em que são recorrentes Joana Gonçalves de Lima e outra, sendo recorridos João Tobias Guedes Alcoforado e outros:

Acordam, em 2ª Turma; unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal não conhecer do recurso, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 18 de outubro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente;. *Hahnemann Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Joana Gonçalves de Lima e Maria Alcoforado Lira propuseram, contra João Tobias Guedes Alcoforado, seus filhos e genros, ação fundada nos arts. 141, I, e 798, I, *b* e c, do Cód. de Proc. Civil, porque o imóvel "Belém", situado em Caiçara, foi dividido com ofensa da sentença de 29 de outubro de 1940, e da letra dos arts. 439, 443 a 446, e 1.047, § 2°, do Cód. de Proc. Civil.

O Tribunal de Apelação rejeitou o pedido, em acórdão de 19 de julho de 1944. (fls. 75 v.), pois a decisão rescindenda não se afastou da sentença que se devia executar.

A divisão observou o Cód. de Proc. Civil e Comercial do Estado, de acôrdo com o referido art. 1.047, § 1°.

Ao acórdão de 27 de setembro de 1944, que desprezou os embargos infringentes (fôlhas 6), as autoras opuseram recurso fundado no art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição de 1937, alegando, quanto ao dissídio de arestos; que a jurisprudência submete os recursos ao império do Cód. de Proc. Civil, nos têrmos de seu art. 1.047, § 2º, e regula pelos títulos de propriedade a fixação da linha divisória (fls. 88).

As partes ofereceram razões (fls. 90 e 92).

O Sr. procurador-geral da República, então o Dr. LUÍS GALLOTTI, opinou que não é caso de recurso extraordinário, não só por faltarem as razões em que se baseou o recurso, mas também porque não versaram sôbre os pressupostos da ação rescisória (fôlhas 101).

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): A decisão recorrida entendeu que a execução da sentença que julgou procedente a ação divisória obedece ao processo estabelecido na lei vigente durante a primeira fase do juízo.

Êsse entendimento se ajusta ao disposto no art. 196 do Cód. de Proc. Civil, que considera a execução da sentença uma fase da instância.

Segundo o art. 1.047, § 1º, do mesmo Código, a instância que houvesse atingido a audiência de instrução, sob o regime da

Finalpag. 117

lei anterior, a êle continuaria sujeita até o fim, exceto os recursos, cuja admissibilidade e processo se regulariam pelo Código (citado art. 1.047, § 2º).

Julgando válida a sentença homologatória da partilha, feita em obediência à lei processual do Estado, o acórdão impugnado não violou a letra das disposições legais citadas pelas recorrentes, nem se desviou da jurisprudência apontada.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, decisão unânime. Deixaram de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA e, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

ADVOGADOS - IMPEDIMENTO

- São nulos os atos forenses praticados por pessoas não inscritas na Ordem dos Advogados, e apenas anuláveis os atos praticados por pessoas impedidas ou proibidas de advogar.

Adriano Cassita e sua mulher *versus* Lúcio Berdurgo e sua mulher

Rec. ext. nº 9.664 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 9.664, de São Paulo, em que são recorrentes Adriano Cassita e sua mulher, e recorridos

Lúcio Berdurgo e sua mulher, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, não conhecer do recurso, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 27 de outubro de 1949. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Pretenderam os réus, ora recorrentes, anular a presente ação porque funcionou como advogado do autor até (fls. 91) quem, sendo delegado de polícia, estava proibido de advogar, quanto às pessoas residentes e aos bens situados na circunscrição, onde exercia suas funções (art. 10, nº IV, do Regulamento da Ordem dos Advogados, aprovado pelo decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, com a alteração que lhe trouxe o item 3° da lei nº 510, de 22 de setembro de 1937).

Não foram atendidos pela justiça local, que, embora admitindo sejam nulos de pleno direito os atos judiciais praticados por pessoas proibidas de advogar (fls. 257), entendeu que, por ser essa nulidade de ordem processual, está hoje disciplinada pelo superveniente Cód. Nacional de Proc. Civil e assim sujeita ao seu sistema de nulidade, onde estas nunca são insanáveis ou insupríveis, pois dependem de que haja prejuízo para a parte e impossibilidade de suprir-se a falta ou repetir-se o ato (arts. 278, § 2º, e 274).

Do acórdão que assim decidiu, recorreram os réus invocando as alíneas *a* e *d* do art. 101, n° III, da Constituição, e alegando violação do citado dispositivo do Regulamento da Ordem dos Advogados. Fizeram referência também a um acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul, que seria divergente do aresto recorrido (fls. 263).

Nas razões, argumentaram que não se pode falar no caso em ratificação, pois se trata de atos absolutamente nulos, nos têrmos do art. 24 do citado Regulamento (fôlhas 268).

Contra-arrazoaram os recorridos (fôlhas 271).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): A vaga alusão, feita pelos recorrentes, ao acórdão supostamente divergente (fôlhas 263), sem lhe indicar sequer a ementa, não permite verificar a existência, ou não, de dissídio jurisprudencial.

Não conheço do recurso pela alínea *d*.

Por igual, entendo que não lhe serve de amparo a alínea *a*.

Não houve ofensa à letra de lei.

Nem é exato que o Regulamento da Ordem dos Advogados fulmine de nulidade absoluta os atos praticados por pessoas proibidas de advogar.

Êsse era o preceito do primitivo Regulamento (dec. nº 22.478, de 21-2-933), cujo art. 24 assim dispunha:

"São nulos os atos praticados em juízo por pessoas proibidas de procurar em juízo".

Sobreveio, porém, a emenda trazida pelo dec. nº 24.631, de 9-7-934, e o art. 24 passou a ter esta redação:

"São nulos os atos forenses praticados *pelas pessoas não regularmente inscritas* na Ordem, sem prejuízo das sanções civis ou penais (art. 53) em que estas incorrerem".

Quer dizer: a nulidade absoluta ficou restrita aos atos praticados por pessoas *não inscritas*.

E o caso das pessoas proibidas de advogar passaria a reger-se pelo § 1º do mesmo artigo 24, atinente a situação análoga, de pessoas *impedidas*, cujos atos, nos têrmos dêsse § 1º, são apenas *anuláveis*.

Finalpag. 118

Entendendo que, por se tratar de nulidade processual, a matéria há de ser apreciada tendo-se também em conta o disposto no Cód. nacional de Proc. Civil, que veio depois, a Justiça local não contrariou lei alguma, antes bem interpretou e aplicou as duas leis (a regulamentar da Ordem, e a processual), de modo a ajusta-las e harmonizá-las.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não se tomou conhecimento do recurso por unanimidade de votos.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO.

Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro JOSÉ LINHARES, substituído pelo Exmo. Sr. ministro ABNER DE VASCONCELOS.

*

INVENTÁRIO - MENORES - CAMBIAL - PRESCRIÇÃO - AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO

- A representação passiva do espólio, em juízo, pelo inventariante, não exclui a intervenção do Ministério Público, quando haja interêsse de menores.

- Sobrevive a obrigação causal subjacente à prescrição do título cambial.

Espólio de Horminda Eulâmpia Pécora e outra *versus* Francisco Pinto de Oliveira

Rec. ext. nº 18.179 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.179, do Estado de Mato Grosso, acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, conhecer do dito recurso e dar-lhe provimento em parte, na conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 22 de outubro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O recorrido, Francisco Pinto de Oliveira propôs contra o espólio recorrente, no fôro de Cuiabá, uma ação ordinária para a cobrança de um crédito de Cr$ 32.500,00, representado por promissórias já vencidas cinco anos antes do ajuizamento da inicial.

O Dr. juiz julgou a ação procedente, por entender que a dívida do recorrente representa o preço de um contrato de compra e venda, conforme a prova dos autos, tendo sido as promissórias emitidas *pro solvendo* e não importando, portanto, novação, de modo que, não resgatadas, e embora prescrita a ação executiva cambiária, o crédito continuou a ser exigível com base no *negotium* subjacente, e no princípio proibitivo do enriquecimento ilícito.

Da sentença apelaram o espólio recorrente e um dos herdeiros da inventariada, Nicola Pécora, menor relativamente incapaz, pleiteando, preliminarmente, a nulidade do processo por não ter intervindo o representante do Ministério Público, nos termos do art. 80, § 2º; do Cód. de Proc. Civil.

Na segunda instância, oficiou o Dr. procurador geral do Estado, opinando pela improcedência da nulidade, eis que ao inventariante legal do espólio, com o qual correu a ação, cabe a representação passiva do mesmo, sem necessidade de citação dos demais herdeiros, inclusive os de menor idade, pôsto que a lei processual não faz distinção. O Tribunal *ad quem* negou provimento à apelação, quer no tocante à preliminar, quer no tocante ao mérito.

Daí o presente recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d* do n° III do art. 101 da Constituição, alegando-se violação dos arts. 80 e 84 do Cód. de Processo Civil e dissídio jurisprudencial em tôrno à sobrevivência da obrigação causal subjacente no caso de prescrição do título cambial dela decorrente.

A fls. 148, contra-arrazoou o recorrido, e a fls. 162 oficiou o Dr. procurador-geral da República, opinando pelo provimento do recurso, no tocante à argüida nulidade processual. A fls. 165, juntou o recorrido certidão no sentido de haver, na liquidação da sentença contra os recorrentes, solicitado a intervenção do Ministério Público.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): A representação passiva do espólio em juízo pela inventariante legal, nos termos do art. 85 do Cód. de Proc. Civil, não exclui a intervenção do Ministério Público, quando haja interêsse de menores. O § 2° do art. 80 do mesmo Código é de *ordem pública* e não pode sofrer restrições. Ainda que não seja necessária a citação do herdeiro menor, é indispensável a intervenção do Ministério Público.

Não importa que, no caso vertente, o inventariante era, ao mesmo tempo, tutor do menor: não se cuida de *facultativo litisconsórcio* do herdeiro menor por seu representante legal, mas de *obrigatória* interferência do Ministério Público.

Acontece, porém, que é de se aplicar, na hipótese concreta, o princípio de que *utile per inutile non vitiatur*, consagrado no artigo

Finalpag. 119

153 do Cód. Civil, e não repelido pela Cód. de Proc. Civil em relação aos atos judiciais.

Não se tratando de obrigação indivisível, nula é a decisão recorrida sòmente quanto ao herdeiro menor, cujo quinhão na herança estará isento à execução.

Fixado êste ponto, passo à outra questão, em tôrno da qual, realmente, é indisfarçável o dissídio jurisprudencial. A solução acertada, entretanto, segundo penso, está com o acórdão recorrido. Conforme justamente observa GONÇALVES DE OLIVEIRA ("Cambial prescrita e ação de locupletamento", *in* "REVISTA FORENSE", vol. 89, pág. 685), seria ilógico e contrário ao sistema da nossa lei cambial, - que se inspirou no modêlo alemão, a que se ajusta, aliás, neste particular, a diretriz da legislação cambial moderna, dizer-se que o seu art. 48 não abrange o caso de prescrição do título cambial, no sentido da ação de locupletamento, em tal caso, do portador contra o obrigado originário. Pode dizer-se que a tal respeito, à parte a opinião de MAGARINOS TÔRRES, é unívoca a opinião doutrinária. A ação de locupletamento contra o emitente do título, no caso de prescrição da ação cambial, está necessàriamente compreendida no art. 48.

E a legitimidade da ação do recorrido contra os recorrentes tanto mais se impõe quanto o primeiro é a mesma pessoa que figura como credor na relação contratual que deu origem ao título, e que, ao recebê-lo, não o fêz com intenção de novar, de modo que, prescrita a ação cambial, sobrevive a ação atinente ao *negotium* causal subjacente.

Por estas razões, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento, em parte, para reconhecer a nulidade argüida tão-sòmente em relação ao interessado menor, mantendo, quanto ao mais, o acórdão recorrido.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, peço vênia ao eminente ministro relator para discordar de S. Exª. Tenho minhas convicções a respeito de nulidades e entendo que o princípio que domina a matéria é o de que não há nulidade sem prejuízo. Se a defesa do menor não foi prejudicada em nada; se, por intermédio do tutor, apresentou tôdas as razões que poderiam ser apresentadas; se as provas foram produzidas tão completamente quanto possível; ainda que acaso tenha perdido a ação, se a perdeu por não ter direito, não houve, a meu ver, prejuízo, e, assim, o caso não é de se anular.

Os têrmos do Cód. de Processo são, realmente, algo obscuros, uma vez que, em determinado artigo, diz que é nulo o processo em que não intervir curador; êsse artigo, porém, há de ser interpretado de acôrdo com as demais disposições que regem a matéria de nulidade.

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Trata-se de princípio de ordem pública.

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Esse princípio de ordem pública tem de ser interpretado, porém, de acôrdo com outro princípio, também de ordem pública, que rege a matéria de nulidade e que é o de que não há nulidade sem prejuízo.

Assim, nego provimento ao recurso extraordinário.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento ao recurso, em parte, havendo-se conhecido, preliminarmente contra o voto do Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES, na preliminar e no mérito.

Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

ACIDENTE DO TRABALHO - CARACTERIZAÇÃO - PROVA

- A teoria da prova, em causa de acidente do trabalho, sofre perfeita inversão, competindo ao empregador fazer a excludente da obrigação de indenizar.

- Indenizável é o acidente de que resulta morte, por um colapso cardíaco, quando o empregado, a serviço do empregador dispendia esfôrço, representando o fato, uma concausa, ou causa cooperante do acidente.

Wilson Sons & Co. Ltd. *versus* Josefa Ferreira

Rec. ext. nº12.571 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário, em que são recorrentes Wilson Sons & Co. Ltd. e recorrida Josefa Ferreira, beneficiária de José Vicente Ferreira:

Acordam, unânimente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão da 1ª Turma julgadora, não tomar conhecimento do recurso, pelos fundamentos do voto de fôlhas 61-62, em notas taquigráficas.

Custas pelos recorrentes.

Supremo Tribunal Federal, 9 de janeiro de 1950. - *José Linhares*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Ao Juízo de Direito de Mossoró, no Rio Grande

Finalpag. 120

do Norte, chamou a juízo o representante do Ministério Público, na qualidade de curador de acidentes, a firma Wilson, Sons & Co. Ltd., para responder a uma ação de indenização por acidente do trabalho de que foi vítima o operário daquela firma José Vicente Ferreira.

A sentença de primeira instância, a fôlhas 32, julgou a sentença improcedente. Em agravo, a decisão foi reformada, unânimemente, pelo acórdão de fls. 45, em que a egrégia Turma julgadora assentou que a morte teria se verificado quando o operário, em serviço da emprêsa, havia descarregado a vasilha de sal, e, pelo esfôrço despendido, teria tido um colapso cardíaco.

A emprêsa recorreu extraordinàriamente, fundada no art. 101, III, *d*, da Constituição federal, argüindo que, tendo o Tribunal de São Paulo dado inteligência aos arts. 1° e 3° do dec.-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, divergiu da dada pelo Tribunal recorrido.

Admitido o recurso pelo despacho de fôlhas 49, as partes arrazoaram na instância inferior.

A ilustrada Procuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 58, em que conclui não ser caso de recurso.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): A decisão recorrida fundou-se na prova para concluir terem existido relações de causa e efeito entre o trabalho e a morte do empregado, isto quando êste, em serviço da recorrente, carregava sal em balaio, e, quando descarregava, foi vitimado por um colapso cardíaco. Diz com todo acêrto o acórdão:

"O estado patológico de que resultou a morte teria sido, no caso *sub judice*, concausa, ou causa cooperante do acidente, relacionada com o esfôrço despendido pela vítima, na subida veloz da prancha, no transporte e virada de pesados volumes por êle e outros conduzidos, para formação das talhas".

E, adiante, acrescenta o acórdão: "O de que tratam êstes autos está, pois, precisamente caracterizado. Nem é razoável exigir-se dos beneficiários outra prova mais completa do que a já produzida, tanto mais quando (*sic*) a teoria da prova, em matéria de acidente do trabalho, sofre perfeita inversão, competindo ao empregador fazer a excludente da obrigação de indenizar (ac. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in* "REVISTA FORENSE", fasc. 502, pág. 74). E nenhuma diligência, neste sentido, foi, sequer, tentada por parte da firma empregada, ora agravada".

Vê-se, portanto, que nem mesmo pela divergência de interpretação é de se conhecer do recurso, desde que a decisão foi fundada na prova.

Não tomo conhecimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento, unânimemente. Impedido o Exmo. Sr. ministro. LUÍS GALLOTTI.

*

DESAPROPRIAÇÃO - IMISSÃO DE POSSE - JUROS

- São devidos os juros legais, sobre a diferença entre o preço depositado e o afinal fixado, a contar da data da imissão, não importando que o depósito tenha sido efetivado, mediante apólices da dívida pública, pois os juros destas pertencem, ao expropriado, desde a data do depósito. Não há, pois, acumulação de juros, como não haveria no depósito, em dinheiro, com juros bancários, que constituem, uns e outros, frutos civis do capital representativo do valor do imóvel desapropriado.

Cia. de Seguros Argos Fluminense *versus* Prefeitura Municipal do Distrito Federal

Rec. ext. nº13.497 (embs.) - Rel.: MIN. EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam, em Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, - relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário número 13.497, do Distrito Federal, em grau de embargos, em que é embargante a Companhia de Seguros Argos Fluminense e embargada a Prefeitura Municipal do Distrito Federal - em conhecer os mesmos embargos na conformidade do voto do relator constante das notas anexas da assentada do julgamento.

Custas, na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 19 de outubro de 1948. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Pela desapropriação de um imóvel da embargante, foi a embargada, a Prefeitura do Distrito Federal, condenada a pagar-lhe a soma de Cr$ 4.503.540,00; tendo havido prévia imissão na posse do dito imóvel, a expropriante depositou, então, 4.038 apólices da dívida pública do valor nominal dê Cr$ 1.000,00 cada. Na execução da sentença; tomou-se por base a cotação das referidas apólices à data em que transitou em julgado a decisão final, e determinou-se que à expropriada fôssem pagos

Finalpag. 121

os juros desde o dia em que a expropriante entrou na posse do imóvel desapropriado, juros devidos pela diferença, para mais, da quantia depositada e a finalmente fixada. A Prefeitura, por via de recurso extraordinário, impugnou essa decisão alegando que não eram devidos aquêles juros, a que não fôra condenada; ademais, tendo sido o depósito prévio feito mediante apólices da dívida pública, que vêm rendendo juros de 5%, não era admissível que a par dêsses juros ainda fôssem adicionados os legais de 6%. A 1ª Turma, vencidos os Srs. ministros relator, JOSÉ LINHARES, e ARMANDO PRADO (fls. 46 e 47), pelos votos dos Srs. ministros RIBEIRO DA COSTA, ANÍBAL FREIRE e BARROS BARRETO, conheceu do recurso e lhe deu provimento. O voto do Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se tornou o vencedor, foi o seguinte:

"Sr. presidente, no julgamento do recurso extraordinário trazido à apreciação desta Turma, da decisão da justiça local que mandara contar juros sôbre o valor da indenização, a partir da data da imissão de posse do expropriante no imóvel expropriado, tive ocasião de sustentar que, no caso, os juros deviam ser contados com observância do que dispõe o art. 3° do decreto nº 12.375, de 31 de maio de 1933, que expressamente determina a condenação da "Fazenda Pública no pagamento de juros a partir da sentença definitivas quando se tratar de quantia líquida, e a partir da execução quando assim não seja, isto é, quando ilíquida fôr a obrigação. O caso relatado por V. Exª, no presente recurso, apresenta feição análoga. E há uma circunstância de relêvo, posta em destaque no parecer do eminente Dr. procurador-geral da República, no sentido de que, além de se terem contado juros contra a Fazenda a partir da data em que se deu a imissão de posse, os juros foram contados dobradamente, uma vez que, depositadas as apólices para garantir o pagamento da indenização, devida a partir desta data, êsses títulos começaram a produzir juros e, não obstante isso, se verificou a irregularidade da dupla contagem de juros: os que já estavam fluindo, que as apólices já rendiam, e mais os juros que a conta levou em consideração.

Mas, ainda que não levasse em linha de conta essa circunstância, o meu voto teria de ser no sentido de dar provimento, nos têrmos do pedido, firme ao que dispõe, regulando o assunto, o art. 3° do dec. número 12.375, de 1933".

A expropriada ofereceu ao acórdão, lavrado na conformidade dêsse voto (fls. 54), os embargos de fls. 55, sustentando que não há duplo pagamento de juros, ou acumulação de juros compensatórios - os das apólices - com moratórias. Os juros que recebeu constituem parte integrante dos títulos mediante os quais a expropriante se imitiu na posse do imóvel; tais juros não saíram dos cofres da Municipalidade e sim da Caixa de Amortização; a entidade devedora dêles é a União Federal, e dos juros moratórios é a Prefeitura; equivalem aquêles juros à, compensação do capital emprestado; que as 4.038 apólices cotadas a Cr$ 705,00 equivalem a Cr$ 3.169.830,00, e tendo sido a condenação de Cr$ 4.503.540,00, tem direito a receber ainda a importância de..... Cr$ 1.333.710,00; que sôbre essa quantia, é que ela, embargante, pede seja a embargada condenada a pagar os juros devidos, desde a data da imissão na posse. Invoca a embargante, em prol de sua pretensão, decisões proferidas por êste Tribunal.

Admitidos os embargos, foram Impugnados às fls. 71, argumentando a embargada que os juros são devidos sòmente da data da sentença condenatória com trânsito em julgado, nos têrmos do art. 3° do dec. nº 22.785, de 1933, e não da data da imissão; demais disso, a sentença exeqüenda silencia a respeito de juros moratórios; quanto aos juros das apólices, alega que, de acôrdo com o entendimento da embargante, chegar-se-ia à conclusão absurda de considerar-se o pagamento em apólices como efeito pela União e não pela Prefeitura, em virtude de serem títulos federais e não municipais.

O Dr. procurador-geral da República opina pela rejeição dos embargos no parecer emitido às fls. 76: A acumulação de juros "apontada em nosso parecer de fls. 42" - escreve S. Exª - "e no voto do Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA; está agora confessada pela embargante, que, entretanto, procura justificá-la de um modo que mereceu réplica fulminante da embargada".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): No caso de desapropriação com prévia imissão na posse e sendo o valor da indenização, afinal fixado, superior ao inicialmente oferecido e depositado, correspondente ao máximo legal, a fim de que essa indenização seja a mais completa, deve ela abranger os juros legais

sôbre essa diferença, a contar da imissão provisória, "pois que desde então sofreu o expropriado o efetivo desfalque do seu patrimônio em favor da Administração Pública" (v. SEABRA FAGUNDES, "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", 2ª ed., nº 239).

Não se trata de juros moratórios, mas compensatórios do capital de que se viu privado o dono do imóvel expropriado; não tem aplicação ao caso o que dispõe o decreto de 1933 relativamente aos juros de mora a que está obrigada a Fazenda Pública, quando vencida. Nesse sentido já tem decidido êste Tribunal (apelação cível nº 9.243, recursos extraordinários ns. 13.468 e 14.260, entre

Finalpag. 122

outros). O próprio e eminente Sr. ministro relator do acórdão embargado, ao que tenho lembrança, já teve oportunidade, em Tribunal Pleno, de reconsiderar o seu entendimento a propósito, votando no sentido daquelas decisões.

Não altera a situação a circunstância de ter sido o depósito para a imissão prévia na posse se efetivado mediante apólices da dívida pública; os juros legais dessas apólices pertencem, desde a data do depósito, ao expropriado, como inerentes aos próprios títulos mediante os quais foi feito o pagamento. Os juros devidos não são sôbre essa importância depositada, mas sôbre a diferença entre ela e a fixada pela sentença final. Não há, portanto, acumulação de juros, como não haveria no caso do depósito prévio ter sido feito em dinheiro, rendendo juros bancários, porque, feito em nome do expropriado, a êle pertenceriam como frutos civis do capital representativo do valor do imóvel de que fôra desapossado.

Os juros das apólices constituem compensação do empréstimo feito pela União e por esta são pagos, e não pela expropriante, a Prefeitura; isso afirmar, como faz a embargante, não leva à conclusão de que o pagamento feito através das apólices, por serem títulos federais, o teria sido pela União, como replica a embargada. Com a devida vênia do Sr. Dr. procurador-geral, essa réplica nada tem de fulminante; é apenas sofistica...

O acórdão da Justiça local dêste Distrito decidiu, a meu ver, com acêrto; o recurso contra êle manifestado não era autorizado. Recebo, portanto, os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Já me pronunciei no sentido de que a Fazenda Pública só paga juros de mora quando expressamente condenada, e a sentença tiver transitado em julgado (recurso extraordinário nº 13.468 embargos de 13 de julho de 1949). Exige o dec. nº 22.785, de 1933, êsses dois requisitos: condenação expressa e juros contados da sentença em trânsito de julgado se líquida for a quantia, e da sentença irrecorrível quando a obrigação fôr ilíquida, fixado o valor em execução.

Foi o que decidiu o acórdão embargado, notando o ministro RIBEIRO DA COSTA que, na hipótese, os juros foram contados dobradamente (fls. 50).

Se a sentença não cogitou de condenação em juros, êstes não podem, na execução, serem incluídos.

Desprezo os embargos, mantendo meus votos anteriores.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, acompanho o Sr. ministro revisor.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam os embargos, contra os votos dos Srs. ministros revisor e BARROS BARRETO. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI. Deixaram de comparecer, por se acharem em gôzo de licença, os Srs. ministros JOSÉ LINHARES e GOULART DE OLIVEIRA, sendo êste último substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

CAMBIAL - AÇÃO CAMBIAL E DE LOCUPLETAMENTO - PRESCRIÇÃO

- A ação cambial é executiva; a de locupletamento, ordinária, ambas de origem cambial.

- Na ação de locupletamento, cabe ao credor a prova do enriquecimento ilícito. E não o faz presumir a simples exibição do título não pago.

- São extremos necessários à ação de locupletamento: a) existência real de um prejuízo para o autor; b) existência real de enriquecimento por parte do emitente; c) nexo causal entre o prejuízo sofrido e o lucro injusto.

Recorrente: Teodolino José Viegas

Rec. ext. nº 17.123 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e por maioria negar-lhe provimento, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 5 de dezembro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: João Francisco Santana, em abril de 1930, emitia em favor de Maurício Santana uma nota promissória no valor de Cr$ 30.000,00 vencível em dezembro do mesmo ano; êsse título, em janeiro de 1935, foi cedido ao ora recorrente, Teodolino José Viegas; estando prescrita a ação cambial, propôs êle contra os sucessores do emitente, representados pelo seu espólio, uma ação ordinária de locupletamento para haver aquela quantia, resultando o seu prejuízo da simples exibição do título não pago. A ação foi julgada improcedente em 1ª instância, sendo a sentença confirmada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que o autor não oferecera

Finalpag. 123

prova que era essencial, como decidiu êste Tribunal em acórdão publicado em "REVISTA FORENSE", vol. 100, pág. 56 (ac. às fls. 108).

Com fundamento no art. 101, III, letras *a* e *d*, da Constituição, o autor interpôs o presente recurso extraordinário, impugnando aquêle acórdão por contrário ao art. 48 da lei nº 2.044, de 1908 e divergente do Tribunal de Justiça de São Paulo

("Rev. dos Tribunais", 173-884), segundo o qual, "a melhor doutrina e jurisprudência é aquela que admite que a prova do prejuízo seja feita pelo portador com a simples apresentação do título, cabendo, entretanto, ao devedor, como matéria de defesa, demonstrar e provar a inexistência do prejuízo, ou, de qualquer modo permitido em lei, elidir o título creditório. A prova do enriquecimento ilícito seria indispensável se tratasse de *avalista*, e não de *aceitante*, que recebeu a importância do título, que por si só dispensa essa prova" (fls. 112).

Admitido o recurso, ofereceu o recorrente às razões de fls. 115-118, contrariadas pelo recorrido com as de fôlhas 120-127, em que, preliminarmente, sustenta não ser admissível o recurso porque não foi exibido em forma autêntica o teor do julgado apontado como divergente, não bastando a chamada "documentação científica"; demais disso, não se provou constitua êsse acôrdo decisão definitiva de última instância; finalmente, que o recurso envolve conhecimento de matéria de natureza processual, qual seja a de apurar a quem cabe o ônus da prova do locupletamento, e em matéria processual não é autorizado o recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Rejeito as preliminares suscitadas pelo recorrido contra o cabimento do recurso: é ponto hoje incontroverso neste Tribunal o de bastar a indicação do repositório idôneo de jurisprudência que haja publicado a decisão invocada como divergente para fundamentar o recurso na letra *d*; a prova de que essa decisão não é definitiva cabia ao recorrido produzir; não está em causa matéria de ordem processual, e, quando estivesse, nem por isso excluída estaria a admissão do recurso.

O recurso tem o seu conhecimento assegurado com base na invocada letra *d* do preceito constitucional, porque manifesta é a divergência ocorrente entre o acórdão recorrido e o do Tribunal de Justiça de São Paulo, na inteligência e aplicação do art. 48 da lei nº 2.044, de 1908. E merece provimento, nos têrmos do acórdão divergente, que sufraga a opinião de WHITAKER, no sentido de que: "a prova do prejuízo é feita pelo portador com a simples exibição do título não pago; mas a de que êsse prejuízo poderia ser por outra forma reparado, incumbe, naturalmente, ao vendedor, por ser matéria de sua própria defesa. E em abono de sua opinião invoca WHITAKER, em nota, o acórdão desta 2ª Turma, no recurso extraordinário nº 9.262, *in* "Arq. Judiciário", 79-350.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro relator, conheço do recurso mas nego-lhe provimento. Sempre sustentei, no Tribunal de Justiça, o ponto de vista de que a ação executiva cambial prescreve em cinco anos, de acôrdo com o texto legal. Em amparo de minha argumentação existiam razões de ordem pública, a meu ver importantíssimas, que diziam respeito à celeridade dos negócios comerciais. Contra todos os princípios, seria admitir intuito no legislador em premiar a desatenção daquele que tão descuidado se mostrou em defender seu patrimônio revelando da prescrição. E mais que, por semelhante omissão do credor, fôsse punir, não a êle mais ao devedor. E como presumir má-fé, em um devedor que sòmente teve a caracterizar-lhe a conduta, a utilização de uma faculdade outorgada por lei, a de aguardar que o credor lhe reclamasse o pagamento. Dá a lei garantias excepcionais ao credor por cambial ou nota promissória e correspondentemente impõe-lhe obrigações de que a diligência é a mais importante. Não é possível que um credor fique com seu título em carteira por muitos anos e, ao cabo dêsse tempo, vá exigir do devedor, que já estava acobertado pela prescrição cambial, a quantia devida. E nem seria admitir que o legislador fizesse a lei uma burla, concedendo expressamente a prescrição em um artigo, para noutro sorrateiramente declará-la inexistente.

Entretanto, quando não vencida esta parte, teríamos a outra do locupletamento. Evidentemente, a prova do locupletamento cabe a quem a alega, e, no caso, ao credor. Não pode êle transferir o ônus para o devedor; deve provar se o devedor locupletou-se com dinheiro mutuado que lhe foi enriquecer indevidamente o patrimônio. A prova implícita, que decorre da simples alegação do credor, é a meu ver, inaceitável. O locupletamento não se presume, nem pode decorrer pura e simplesmente do não pagamento de um título prescrito. Nestas condições, conhecendo do recurso, nego-lhe provimento.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: pediu vista dos autos o Exmo. Sr.

ministro ROCHA LAGOA, depois dos votos do Exmo. Sr. ministro relator, que conhecia do recurso e lhe dava provimento, e do ministro AFRÂNIO COSTA, que conhecia e negava provimento.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: *Data venia* do eminente Sr. ministro relator, acompanho o voto do ilustre Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, conhecendo do recurso e negando-lhe provimento.

A intenção do autor, ora recorrente, ficou claramente definida na inicial: restituição com os juros legais, por meio de ação de locupletamento, da soma de Cr$ 30.000,00, valor de nota promissória não cobrada por via executiva no prazo de cinco anos, estando assim prescrita a ação cambial. O pedido se fundou nos arts. 48 e 56 da lei número 2.044, de 1908.

Ora, quando tive a honra de assentar-me no Tribunal de Apelação do Distrito Federal, sempre entendi, seguindo a lição do saudoso MAGARINOS TÔRRES, que, se prescrito o título cambial regular, coubesse sempre ao credor negligente êsse recurso à ação de enriquecimento indébito, o instituto da prescrição seria de todo ponto ocioso e inútil, não obstante proclamar-se que a prescrição é uma exceção peremptória, que elide o direito do credor. Assim, o que prescreve não é a ação cambial em espécie, mas o direito de ação, a garantia judiciária do crédito, que se reputa quitado. Nesse sentido manifestei-me, entre outros julgados, na apelação cível nº 648, em cujo acórdão fui voto vencido; quanto à preliminar de prescrição, como se vê na "Jurisprudência do Tribunal de Apelação", vol. X, pág. 19.

Na espécie dos autos, ainda que prescrito não estivesse o direito do autor, ora recorrente, não estariam caracterizados os extremos necessários à procedência da ação de locupletamento, a saber: existência real de um prejuízo para o autor; existência real de enriquecimento por parte do emitente; nexo causal entre o prejuízo sofrido e o lucro injusto. A prova de locupletamento do réu e do prejuízo do autor deve ser feita cumpridamente por êste, que não pode transferir ao devedor tal ônus. Não basta para tanto a simples exibição do título não pago, pois, no ensinamento de VIVANTE, "*nell'esercizio dell'azione di arrichimento, la cambiale che esercita l'azione deve fornir la prova*" ("Diritto Commerciale", ns. 1.381 e 1.382).

Cabe assim ao autor provar o *quantum* do locupletamento por parte do réu, a quem assiste o direito de ilidir a ação, mostrando que a quantia recebida se perdera sem culpa sua, eis que a ação de enriquecimento indevido tem por escopo a restituição em dinheiro daquilo com que o réu se teria enriquecido.

Insuficiente é, destarte, mera apresentação do título, que por si só não comprova a concorrência do locupletamento do réu e do prejuízo do autor.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, acompanho o voto do eminente Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): O eminente Sr. ministro relator há de me permitir acompanhar dos votos dissidentes, aliás, de acôrdo com votos aqui pronunciados, que lograram, *data venia*, aprovação unânime da Turma. Pelo menos em dois casos, como relator, pronunciei votos que guardavam concordância com os dos eminentes ministros AFRÂNIO COSTA e ROCHA LAGOA.

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Não com a minha presença.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Reitero a afirmativa, aliás, fàcilmente verificável, pelo exame da jurisprudência dêste Tribunal. Mostrei que se faz mister a demonstração dos extremos da ação de locupletamento.

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: A ação de locupletamento é ordinária.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: É ordinária, não é cambial; tem, entretanto, origem cambial.

Se entendermos bastar a prova produzida pela cambial prescrita, estará, por via oblíqua, prolongado o prazo em que pode a cambial prevalecer.

Apesar da douta lição de WHITAKER, a conseqüência é vitanda, como procurei mostrar nos aludidos votos, que mantenho, *data venia*, reportando-me aos fundamentos então desenvolvidos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e negaram-lhe provimento, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros relator e LAFAYETTE DE ANDRADA.

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

Finalpag. 125

VIZINHANÇA - USO DA PROPRIEDADE

- É normal o uso da propriedade que não cause dano à segurança, ao sossêgo e à saúde dos vizinhos, como a hipótese de construção de pôsto de lubrificação e abastecimento de automóveis, em recinto fechado, com os requisitos de higiene.

Oscar Amorim e outros *versus* The Texas Co. (South America Ltd.)

Rec. ext. nº 15.380 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.380, de Pernambuco, em que são recorrentes Oscar Amorim e outros; sendo recorrida The Texas Co. (South America Ltd.):

Acordam, em 2ª Turma, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal não conhecer do recurso, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 3 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: O Dr. LUÍS TAVARES DE GOUVEIA MARINHO, juiz da 10ª Vara Cível do Recife, rejeitou, em sentença de 21 de agôsto de 1948 (fls. 73 a 78), a ação com que Oscar Amorim e outros quiseram impedir que The Texas Company (South America Ltd.) instalasse um pôsto de lubrificação e reparação de automóveis em lugar vizinho

ao de suas moradias, cuja segurança, tranqüilidade e higiene seriam perturbadas com a projetada construção.

Apurou o juiz que o pôsto serviria apenas para a lubrificação e abastecimento, sem perturbação do sossêgo e da segurança dos vizinhos. A licença para a construção está subordinada a que a lubrificação se faça em recinto fechado e segundo processos que asseguram a higiene.

Confirmada a sentença pelo acórdão de 21 de abril de 1949 (fls. 103), vieram os autores, pelo recurso extraordinário, alegando que a letra do art. 554 do Cód. Civil foi contrariada e se desprezou a seu respeito a jurisprudência (fls. 105).

Arrazoaram os recorrentes (fls. 108), e a recorrida opôs contrariedade, sustentando que faz uso normal de sua propriedade (fôlhas 114).

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Os fatos demonstraram, segundo o acórdão impugnado, que é normal o uso da propriedade, pois a lubrificação de automóveis em recinto fechado não causará dano à segurança, ao sossêgo e à saúde dos vizinhos.

Guardou-se respeito à regra do art. 554 do Cód. Civil. Sôbre a espécie, não se provou que houvesse colisão de arestos.

Não conheço, pois, do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram, preliminarmente, do recurso. Decisão unânime. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

CONDOMÍNIO - POSSE A ESTRANHO - INDIVISIBILIDADE

- A proibição de dar posse a estranho no imóvel comum, não abrange a hipótese de passar o condômino a estranho a posse que tenha.

- Indivisível é a coisa que não se pode partir sem alienação de sua substância e sem considerável diminuição de seu valor.

Alexandre S. Barbur & Cia. *versus* Nestor de Paula e Silva e sua mulher

Rec. ext. nº 18.915 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.915, do Paraná, recorrentes Alexandre S. Barbur & Cia., recorridos Nestor de Paula e Silva e sua mulher:

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Visa o presente recurso extraordinário à reforma do acórdão de fls. 132, *verbis*:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos cíveis sob nº 3.142, de Ponta Grossa, sendo embargantes Alexandre J. Barbur & Cia. e embargados Nestor de Paula e Silva e sua mulher:

"Acordam as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado, que é perfeitamente jurídico.

Finalpag. 126

Realmente, a prova da indivisibilidade do imóvel é condição precípua na espécie. E essa prova não se apresenta convincente, em têrmos de justificar a procedência da ação.

"O que resulta do laudo, na verdade, é que, mediante adaptação e compensações, pode ser feita a divisão.

"Afirma-se que as posturas municipais de Ponte Grossa não permitem que o prédio seja adaptado ou reformado. Não se sabe, porém, de que teor são tais posturas. Nem se pode, pelo desconhecimento delas - e cabia à parte interessada provar o seu conteúdo -, investigar a sua legalidade.

"Como quer que seja, o certo é que o imóvel compreende duas partes perfeitamente distintas e independentes. É prédio com duas moradias, uma das quais está ocupada pelos embargados, que ali residem há 28 anos, a princípio como inquilinos e atualmente como condôminos. Nada obsta, pois, que ali permaneçam, pagando aos embargantes o aluguel correspondente ao condomínio dêstes, desde que, diante da impossibilidade de sofrer adaptação ou reforma, deverá o prédio se conservar no estado em que se encontra até ser demolido.

"Demais, o condomínio de prédios urbanos é hoje usual nos grandes centros, de modo que nada impede a continuidade do *statu quo*, até que os condôminos se ajustem para melhor utilização da propriedade. Mas o que não é justo, nem humano, é desalojar-se os embargados pelo só motivo de que a sua presença, no prédio, prejudica os interêsses dos embargantes e sem que êstes provem devidamente - o que não fizeram - a indivisibilidade do imóvel.

"Custas pelos embargantes.

"Curitiba, 29 de setembro de 1950. - *P. Cunha Pereira*, presidente (e mais a assinatura do relator, ilegível); *Isaias Beviláqua*; *Xavier da Veiga*; *Antônio Leopoldo dos Santos*; *Antônio Gomes Júnior*; *Guarita Cartaxo*, vencido. Os autores, embargantes, são proprietários da casa na proporção de 7/8 contra 1/8, que pertence ao réu, ora embargado. A parte que êste ocupa e detém, no prédio, parte dividida do restante, se coincidisse com o seu direito de proprietário, tornaria, por certo, a ação improcedente. Sucede, porém, que o prédio tem 20,95 metros de testada, e nessa extensão a parte ocupada pelo réu corresponde a 5,35 metros da referida frente, metragem essa que é superior ao seu quinhão de proprietário. Salvo demolição ou reconstrução (ver laudo e croqui de fls), não é possível reduzir a área, que pertence ao réu, para torná-la proporcional ao seu direito. O imóvel é, pois, juridicamente indivisível, na sua conformação e estado atuais. Sôbre tais circunstâncias não pode haver dúvidas. Assim, quando o réu adquiriu a sua parte do antigo condômino, proprietário de 1/8 do seu valor adquiriu-o com frontal violação do art. 1.139 do Código Civil, disposição de que se valeram os autores-embargantes para haverem a parte vendida ao réu

embargado sem o seu conhecimento ou anuência, conforme juridicamente conheceu a sentença de primeira instância".

O pedido do recurso, que procura fundamento nas letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal, tem êste conteúdo:

Alexandre J. Barbur & Cia., por seu advogado e bastante procurador, abaixo assinado, nos autos dos embargos ao acórdão cível nº 3.142, de Ponta Grossa, vêm, muito respeitosamente, não se conformando com o respeitável acórdão que rejeitou os aludidos embargos, contra o mesmo interpor recurso extraordinário para o colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, nº III, letras *a* e *d*, da Constituição federal e dentro do prazo legal.

"I. A respeitável decisão recorrida, da lavra das egrégias Câmaras Civis Reunidas dêsse colendo Tribunal, contrariou os seguintes preceitos de lei federal: art. 1.139 e arts. 633, 632, 52 e 53, todos do Código Civil; os quais legitimam a pretensão dos ora embargantes, no caso *sub judice*, por se tratar de *coisa indivisível*, conforme está demonstrado pela vistoria realizada no imóvel e outros motivos de convencimento existentes nos autos. Contrariou, ainda, a veneranda sentença recorrida o preceito do art. 410 do Cód. de Proc. Civil, inteiramente aplicável à matéria, dada a manifesta indivisibilidade do imóvel em litígio. Isto, com referência à invocada letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal. II. De outro lado, a respeitável sentença recorrida, deixando de aplicar ao caso o preceito do art. 1.139 e outros dispositivos legais, quando está provada a condição de indivisibilidade do imóvel em causa, deu a êsses preceitos de legislação federal (principalmente ao art. 1.139 do Código Civil) interpretação diversa da que lhe foi dada pelo ilustre Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (cf. acórdão unânime publicado no vol. 35, pág. 426, da "REVISTA FORENSE", e da lavra do desembargador FULGÊNCIO e datado de 23 de fevereiro de 1934) e pelo conspícuo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (cf. acórdão de 24 de abril de 1945, relator o desembargador FREDERICO ROBERTO, e publicado no vol. 163, págs. 174-177, da "Rev. dos Tribunais").

"Assim, devidamente justificada e fundamentada a interposição do presente recurso extraordinário, os recorrentes, com a devida vênia, pedem e requerem seja o mesmo recebido e processado de conformidade

Finalpag. 127

com os arts. 863 e segs. do Código de Proc. Civil.

"J. esta aos respectivos autos, por ser de direito, P. deferimento.

"Curitiba, 8 de janeiro de 1951. - *Florêncio Guimarães*, advogado".

Razões a fls. e fls. (*ler*).

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Pretendem os recorrentes deparar o apêlo firme supedâneo nas letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

Ao que êles tentam demonstrar, vulnerou o acórdão o art. 410 do Cód. de Processo Civil e os arts. 1.139, 633, 632, 52 e 53 do Cód. Civil.

Trata o art. 410 do Cód. de Proc. Civil da venda do quinhão em coisa comum *indivisível*, estabelecendo regras que assegurem a preferência dos condôminos.

Os arts. 52 e 53 do Cód. Civil conceituam a divisibilidade e indivisibilidade das coisas.

Enuncia o art. 1.139 o princípio que obsta ao condômino de coisa indivisível vender sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto, por tanto. Proclama a preferência, no caso, do condomínio ao estranho.

O art. 633 veda ao condômino dar posse, uso ou gôzo da propriedade a estranhos, sem prévio consenso dos outros, e o art. 632 trata da solução do condomínio de coisa indivisível (adjudicação, venda em alienação).

O alvo a que visam os recorrentes é a preferência aludida. O venerando aresto recorrido não ofereceu abrigo à pretensão, apesar de, na versão dos recorrentes, estar demonstrada a indivisibilidade do imóvel sôbre que se litiga.

Oferecem os arts. 52 e 53 do Cód. Civil o conceito de coisa divisível e indivisível.

A primeira é a que se pode partir em prestações reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito.

A segunda não se pode partir sem alienação de sua substância, a esta se paragonando a que, pôsto naturalmente divisível, a lei (ou a vontade das partes) considere indivisível.

Como dilucida GIANTURCO, em lição invocada por ESPÍNOLA ("Sistema do Direito Civil Brasileiro", 1917, vol. I, pág. 478), "divisível, juridicamente, é a coisa que pode ser levada do estado de unidade ao de pluralidade, sem destruição da substância (*sine interitu rei*) e sem considerável diminuição de valor (*sine damnu*). Dividir, juridicamente, *em inteiro*, escreve o professor italiano, "não significa fazer dêle tantas partes e sim muitos *inteiros* (*quod pro diviso nostrum sit id non partem, sed totum esse*): cada um deve reproduzir em menores proporções a imagem do inteiro".

O critério, como se vê do texto paulino, dominava no direito romano e outra não é a lição de GIRARD e PACCHIONI tiradas a lume por MATOS PEIXOTO para esforçar esta proposição:

"São divisíveis econômicamente as coisas que se podem dividir em partes distintas e homogêneas, conservando cada uma salvo mais ou menos proporcional ao todo. Indivisíveis são as coisas em que isso não se verifica: um terreno, uma barra de metal, uma peça de fazenda, são coisas divisíveis; um escravo, uma estátua, um moinho, são coisas indivisíveis" ("Curso de Direito Romano", 2ª ed., 1950, nº 203, págs. 326 e 327).

Tais noções tradicionais e expressas nos artigos citados não sofrem contradita expressa ou virtual no venerando acórdão recorrido.

O que nêle se nega é a prova mesma da indivisibilidade do prédio, fundamento inarredável da ação proposta.

Lê-se no venerando aresto recorrido:

"Realmente, a prova da indivisibilidade do imóvel é condição precípua na espécie. E essa prova não se apresenta convincente em têrmos de justificar a procedência da ação.

"O que resulta do laudo, na verdade, é que, mediante adaptação e compensações, pode ser feita a divisão".

Não se achando provado que a divisão do prédio não se possa fazer *sine interitu rei*

e, ainda *sine damno*, a alegação de ofensa dos arts. 52 e 53 do Cód. Civil desvela-se

improcedente. O mesmo passa com os demais textos de lei, que, todos, de fora parte

o art. 633 do Cód. Civil, versam a hipótese de imóvel indivisível. E quanto ao art. 633, vulnerado não foi êle, pois, na melhor das interpretações, não impede a venda de condomínio em prédio divisível, o que valeria por ostentosa e conspícua contradição com o art. 623, nº III, do mesmo Cód. Civil, que reconhece ao condômino o poder de

alhear a respectiva parte indivisa ou gravá-la".

Veja-se, ao propósito, o escólio de CARVALHO SANTOS ao art. 633, pelo qual a proibição contida no art. 633 abrange tão-sòmente a hipótese de dar um condômino a posse a um estranho, conservando também posse de parte de sua cota, mas exclui a hipótese de passar o condômino a um estranho a posse que tinha no imóvel comum ("Código Civil Interpretado", vol. VIII, página 349).

E êste Supremo Tribunal Federal já decidiu que, se valesse o art. 633 como vedação ao *ius disponendi* do condômino de coisa divisível, estaria em chaças com o art. 623,

nº III, do Cód. Civil, que, como principal,

Finalpag. 128

por ser o definidor das faculdades do condômino, devia prevalecer ("Arq. Judiciário", vol. 91, pág. 349), se necessário fôsse chegar aos extremos da *interpretatio abrogans*.

Assim, inatingidos os textos de lei indicados pelo recorrente como trateados pelo venerando acórdão de fls., não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso e lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, contra o voto do 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.

*

POSSE - BOA-FÉ

- Os possuidores de boa-fé têm direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis.

- Não tendo o Tribunal local apreciado parte do pedido, referente a prejuízos, que seriam compensados com a indenização de benfeitorias, devem os autos voltar à instância, de onde provieram, para julgamento do mérito, nessa parte.

Dr. Benjamim da Fonseca Rangel e sua mulher *versus* Horácio Antônio Auad e sua

mulher

Rec. ext. nº10:172 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam em Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, - relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 10.172, do Estado do Rio de Janeiro, em que são embargantes o Dr. Benjamim da Fonseca Rangel e sua mulher, e embargados Horácio Antônio Auad e sua mulher, - em receber os embargos apostos ao acórdão de fls. 305, nos têrmos dos votos proferidos na assentada do julgamento e constante das notas anexas.

Custas, como de direito.

Supremo Tribunal Federal, 22 de setembro de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: OS embargantes adquiriram umas terras, no Município de Magé, Estado do Rio, então na posse dos embargados que, com a aquiescência dos proprietários anteriores; nelas se encontravam sob uma alegada promessa de arrendamento. Pretendendo os embargantes se imitir na posse das referidas terras, intentaram os embargados ação de interdito proibitório contra êles, invocando o seu direito de retenção para indenização das benfeitorias que nas mesmas terras tinham realizado. Contestaram os embargantes essa pretensão por não fundada em qualquer título, não se justificando, assim, a pleiteada indenização e, muito menos, retenção; ao contrário, êles embargados é que teriam de indenizar os danos pela destruição de matas e venda de lenha, cujo valor ultrapassava o das alegadas benfeitorias. Procedeu-se a uma vistoria, e o juiz de 1ª instância, embora reconhecesse que os embargados estavam autorizados pelos anteriores proprietários a ocupar as terras, faltava-lhes, porém, qualquer título, sequer de arrendamento, pelo que negou-lhes a detenção, e determinou fôssem os embargantes imitidos na posse do imóvel; reconheceu, entretanto, aos embargados direito à indenização pelas plantações e construções que fizeram, mandando que a mesma fôsse liquidada nos próprios autos, em execução de sentença.

Apelaram ambas as partes, e o Tribunal do Estado, depois de determinar se procedesse a uma segunda vistoria, acolheu apenas o recurso dos réus, ora embargantes, para cassar a sentença apelada, julgando os autores, ora embargados, carecedores da ação proposta, considerando que a situação era a de quem semeou, plantou e edificou em terreno rústico alheio, porém sem o necessário consentimento escrito (Cód. Civil, artigo 1.199); e mais, que só poderiam valer-se do interdito proibitório se tivessem obtido a prévia declaração judicial do direito de retenção por meio da ação competente (ac. de fls. 272).

Interposto dêsse acórdão recurso extraordinário, a 1ª Turma dêle conheceu unânimemente, por ofensiva a decisão recorrida ao art. 1.119 do Cód. Civil, segundo o voto do relator, Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, e do art. 516, de acôrdo com o voto do Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, e lhe deram provimento, contra o voto do relator, pelos seguintes fundamentos expressos no do Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, de acordo com o qual se manifestaram os Srs. ministros ANÍBAL FREIRE e BARROS BARRETO: se o julgado reconheceu a existência de posse e a inexistência de má-fé, a conclusão seria pelo acolhimento do pedido, porquanto, verificada a feitura de benfeitorias, a retenção por elas se impunha; não havia

necessidade de prévia ação de declaração a respeito, como se exigiu, pois o direito pleiteado estava assegurado pelo art. 516 do Cód. Civil, que, assim, não foi observado, antes ofendido (fls. 299, 301 e 302). Declarado o acórdão (fls. 305), mediante embargos oferecidos pelos recorridos, no sentido de que o que ficara decidido fôra que aos autores ficara assegurado, nos têrmos do art. 516 do Cód. Civil, a retenção pelas benfeitorias ali mencionadas, e que outras indenizações, desta ou daquela parte, e quaisquer compensações, teriam de ser alheias à retenção (fls. 310; acórdão de fls. 316), ofereceram os mesmos recorridos os embargos de fls. 319, argüindo o acórdão embargado de nulo por contrário às normas legais reguladoras da espécie, e por proferido com violação manifesta do art. 518 do Cód. Civil; tendo desatendido, com a conclusão a que chegou, aos fatos provados nos autos e às disposições de direito que os regem, pleiteiam os embargantes a reforma do dito acórdão para se negar provimento ao recurso, ou, se assim não se entender, acolhê-lo apenas para mandar que o Tribunal *a quo*, em vista do direito de retenção julgado admissível, em tese, se pronuncie sôbre o pedido de indenização por benfeitorias, cuja improcedência os embargantes sustentam, alegando compensação com os danos causados à propriedade pelos embargados. Desenvolvem os embargastes, de fls. 319 v. a 323 v., os seus argumentos, sustentando a inadmissibilidade, na hipótese, do direito de retenção reconhecido, ante a natureza da relação jurídica que se estabeleceu com a ocupação, a título precário, pelos embargados, de um imóvel alheio, no qual ingressaram, por declaração própria, sem qualquer contrato, pagamento ou vantagem, mas por mera tolerância, e, assim, sem qualquer direito pelas benfeitorias feitas, de valor, aliás, muito inferior aos danos causados com a derrubada das matas para a venda de madeiras, impossível de admitir como direito dos embargados; aplicando à hipótese o art. 516 do Código Civil, o acórdão deixou, entretanto, de atender ao art. 518 do mesmo Código. Tendo eles, embargantes, alegado compensação com as benfeitorias, cuja indenização pleiteavam os embargados e não tendo o Tribunal *a quo* entrado nessa matéria, ficara êsse ponto sem ser julgado, pois o Tribunal local deixou de apreciá-lo pela preliminar que acolheu. Assim cumpre a êste Tribunal, mantida a reforma do julgado recorrido, determinar, pelo menos, que o Tribunal *a quo* julgue no mérito tal questão. Os embargos não foram impugnados, conforme certidão às fls. 327.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Tendo o acórdão recorrido conhecido do recurso extraordinário, por violação do art. 516 do Cód. Civil, considerando os embargados possuidores de boa-fé, com direito, assim, à

indenização das benfeitorias necessárias e úteis, o que lhes fôra negado pelo acórdão recorrido que se cingiu à prejudicial da improcedência da ação, segue-se que da compensação pelos danos alegado pelos embargantes, nos têrmos do art. 518, não cogitou o Tribunal local, embora argüida na instância da apelação. Assiste, assim, razão aos embargantes quando sustentam ter ficado êsse ponto sem julgamento em 2ª instância, devendo-se, em conseqüência, mantido o acórdão embargado, determinar julgue o Tribunal *a quo*, no mérito, tal questão.

Nesse sentido é o meu voto, recebendo para tal fim os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Se os embargados entraram na posse das terras - objeto da demanda - com o consentimento dos embargantes, está claro que têm direito a indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis que construíram.

É expresso o art. 516:

"O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não foram pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção".

O voto vencedor cita passagem de afirmações dos embargantes que mostram ter havido aquiescência dos mesmos para a entrada nas terras.

Houve, assim, evidente boa-fé dos embargados. Êles construíram, acreditando agir bem, e por isso não podem ser sacrificados em seus direitos.

Os embargos improcedem e eu os rejeito.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, o eminente Sr. ministro relator salientou que uma parte do pedido não chegou a ser objeto de decisão na Justiça local.

Como existe esta falha, esta omissão, recebo, também, em parte, os embargos, *data venia* do ilustre ministro revisor, para que o Tribunal do Estado do Rio aprecie a hipótese, nos têrmos do voto do Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, pretendem os embargantes

Finalpag. 130

que os embargados foram meros precaristas, não podiam alegar que tivessem posse de boa-fé. Demonstrou, entretanto, V. Exª, no seu voto, que boa-fé houve da parte dos embargados, dizendo:

"O que o acórdão decidiu, segundo o voto vencedor, foi que os autores entraram no imóvel e ali construíram mediante consentimento dos seus proprietários.

"Sendo assim, e possuidores de boa-fé, circunstância confessada pelos próprios réus, não podiam ser desalojados sumàriamente.

"Para protegê-los", disse o voto vencedor, havia o art. 516 do Cód. Civil, pois inaplicável seria o art. 1.199.

"É que, na frase de CLÓVIS, a situação do locatário é diversa da de outros possuidores.

"Dêste modo, decidido ficou que aos autores ficava assegurado, nos têrmos do art. 516, *in fine,* do Cód. Civil, a retenção pelas benfeitorias ali mencionadas.

"Só isto e mais nada.

"Outras indenizações, desta ou daquela parte e quaisquer compensações, teriam de ser alheias à retenção.

"Só disse respeito ao possessório do imóvel: pagamento das benfeitorias necessárias e úteis.

"É o que existe á declarar.

"E com êsse objetivo são recebidos os embargos".

Conseguintemente, ficou provado que não se tratava de meros precaristas, mas de uma posse adquirida de boa-fé.

Ponderou, entretanto, o eminente Sr. ministro relator que o acórdão impugnado pelo recurso extraordinário foi omisso na apreciação de uma parte a que se referiu o pedido inicial, isto é, foi omisso na parte relativa aos danos causados pelos próprios possuidores danos que se devem compensar com as benfeitorias, nos têrmos do art. 518 o Código Civil.

Assim, o eminente Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA tem razão quando reconhece a boa-fé dos possuidores e rejeita os embargos.

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Nem eu neguei a boa-fé.

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Tem razão, por igual, o eminente Sr. ministro relator, quando acentua a omissão do acórdão do Tribunal de Justiça, impugnado pelo recurso extraordinário.

É necessário suprir-se esta omisso pela própria manifestação do tribunal local. Não é possível que suprimamos uma instância.

Eu, aliás, fui inexato dizendo que o pedido inicial se referia a danos. Os réus é que, na sua contestação, deviam ter mencionado os danos. Opuseram, às benfeitorias alegadas pelos autores, os danos que eles causaram. Nos têrmos da art. 518, há compensação de danos e benfeitorias.

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: A omissão devia ser corrigida por meio de embargos declaratórios.

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Não é matéria para embargos da declaração.

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: O pedido, na ação, compreendia apenas a retenção. O recurso extraordinário foi admitido porque os autores foram reconhecidos como possuidores de boa-fé, com direito de retenção. Como, entretanto, justiça local julgou a ação improcedente não se podia manifestar a respeito da compensação alegada pelos réus.

É, pois, conseqüência necessária do provimento dado por êste Tribunal, pela sua 1ª Turma, que se devolva ao conhecimento da justiça local a matéria pertinente aos danos causados pelos possuidores.

Assim, Sr. presidente, *data venia* do eminente Sr. ministro revisor, de quem afinal não divirjo, pròpriamente, acompanho o voto do Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA Sr. presidente, na qualidade de relator do recurso extraordinário, na Turma, mas vencido, tive ocasião de focalizar a espécie de batida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e, entre outras considerações abordei o problema debatido sob a fundamentação, a que ora me reporto:

"Por todo o exposto, conheço do recurso a que não posso, contudo, prover, uma vez que a hipótese teve razoável solução, adequada às exigências sociais, tornando sem razão de ser qualquer modificação do julgado em sua conclusão.

"Com efeito, embora abstraídos os antecedentes dos autores, é claro que êles não se houveram com normalidade.

".Em primeiro lugar, ocorre: não poderiam confiar em tolerância, ainda que com promessa de arrendamento, provado que sabiam da iminente alienação da terra - a licença para nêle se estabelecer estaria sujeita a cautelas óbvias; não justificando exploração intensiva, obras de vulto e grandes dispêndios. Menos ainda, a derrubada e exploração de lenha, muito maiores do que os melhoramentos - conclusão sôbre que a leitura dos autos não tolera dúvidas tornando ociosa qualquer nova demonstração.

"Na espécie, o art. 1.199 não poderia ser aplicado, em falta de locação, que os próprios recorrentes reconheceram não lhes socorre, desde o início, chegando a fls. 181 a falar em comodato.

Finalpag. 131

"Logo, êsse texto não teria aplicação à espécie, tendo sido recordado no acórdão a título expletório.

"Levado ao rigor a técnica processual, não seria extravagante reformar dito aresto para mandar que o Tribunal se pronunciasse sôbre indenização, mas apura-se que em substância, e apesar das aparências, acolheu êle o recurso dos réus, na única súplica que continha, isto é, a absolvição da indenização decretada, mas realmente indevida, por muitas e valiosas razões.

"Nego, pois, provimento".

Assim, Sr. presidente, recebo integralmente os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, tratando-se de omissão no acórdão, a princípio inclinava-me ao pronunciamento do eminente Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA. Sua corrigenda sòmente se podia fazer por via de embargos, de declaração. E ainda mais: se a omissão se cingisse a fatos; não poderia ser caso de recurso extraordinário.

Mas o eminente Sr. ministro relator informa que o acórdão não cuidou do assunto e determinou a indenização. A meu ver, não se trata de omissão, no caso dos autos, hipótese em que daria pleno assentimento à argumentação do Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

Trata-se de sentença implícita; tàcitamente, foi recusada a indenização. Se o Tribunal determinou as benfeitorias e se pagarem sem compensação, é porque implicitamente repeliu a existência de danos compensáveis.

Entre os dispositivos discutidos encontra-se o do art. 1.119 do Cód. Civil, que não vem ao caso dos autos. Porque não se trata de locação. Trata-se de dispositivo especial, como observa CLÓVIS BEVILÁQUA, que tem por fim impedir que o inquilino suscite maliciosamente a *ius retentionis* em seu favor. E também o art. 516 citado não se deve considerar, porque ninguém negou o princípio que êle exprime. Mas o art. 518 manda compensar benfeitorias com os danos. Se o Tribunal já mandou compensar as benfeitorias, não tinha senão que adotar o voto do eminente Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA; se não mandou, tàcitamente as repeliu.

O Tribunal não mandou compensar, ficando sem aplicação o art. 518, e se ficou sem aplicação e devia ser aplicado, foi infringido, por via de conseqüência.

É com essa argumentação, *data venia*, diversa da dos eminentes colegas, que dou apoio ao voto do eminente Sr. ministro EDGAR COSTA.

VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sr. presidente, acompanho o voto do Sr. ministro relator, recebendo, em parte, os embargos.

VOTO

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

VOTO

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

DECISÃO

Conforme consta da ata, foi a seguinte a decisão: receberam os embargos, em parte, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros revisor, BARROS BARRETO e JOSÉ LINHARES, que os rejeitaram. O Exmo Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA recebeu *in totum* os embargos. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

HIPOTECA - PROPRIETÁRIO APARENTE - BOA-FÉ

- Subsiste a hipoteca numa reivindicatória do imóvel se o ônus foi constituído com o proprietário aparente, não podendo o credor apurar qualquer vício.

Francisco Segura Garcia e outros *versus*, Égide de Laner Cartier

Rec. ext. nº 4.318 - Relator: MINISTRO GOULART DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos e discutidos êstes autos de recurso, extraordinário nº 4.318, do Rio Grande do Sul, entre partes: Manuel Silva e seus filhos menores e o padre Emílio D'Amore e Francisco Segura Garcia, recorrentes, e Égide de Laner Cartier, recorrida:

Acordam os ministros que compõem a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer dos recursos, unânimemente, negar provimento ao primeiro e dar provimento ao segundo, na forma das notas taquigráficas juntas aos autos.

Supremo Tribunal Federal, 21 de maio de 1948. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Goulart de Oliveira*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GOULART DE OLIVEIRA: O Dr. Plínio de Campos Cartier,

Finalpag. 132

já falecido, e sua mulher, D. Égide de Laner Cartier, a recorrida, receberam, em pagamento do seu quinhão, no inventário do barão de Curitiba, os prédios da rua do Riachuelo nº 748 e da rua Voluntários da Pátria ns. 841 e 843 e desistiram do usufruto sôbre aquêles bens a favor do seu filho Paulino Sérgio, desistência reduzida a têrmo nos autos. Paulino vendeu, então, êsses imóveis a Antônio Pepe, por escritura de 24 de maio de 1904.

A 29 de maio de 1905, Antônio Pepe e sua mulher propuseram uma ação sumária a fim de proceder-se à partilha da nua-propriedade dos prédios e o Supremo Tribunal, decidindo a final, julgou nulas a renúncia e a venda, por isso que a verba testamentária continha um fideicomisso e não um usufruto, isso por acórdão de 1908.

Apesar dêsse aresto, continuou o casal Pepe na posse dos imóveis, usufruindo-lhe as rendas até que, morrendo Antônio Pepe, foram os bens partilhados entre os seus sucessores: o da rua do Riachuelo, a seus filhos Miguel, Vicente e Idalina, e o da rua Voluntários da Pátria, à viúva.

Os primeiros hipotecaram o imóvel a Francisco Segura Garcia; a viúva deu o último prédio, em pagamento, ao padre D'Amore, por escritura de 1923.

O padre transferiu o imóvel a Manuel Silva, por escritura de 1928, e, por morte da mulher dêste, foi partilhado a seus filhos menores.

Com base no julgado dêste Supremo Tribunal aludido, os primitivos donos Paulo Cartier e sua mulher propuseram, em 1945, ação reivindicatória, fazendo citar todos os interessados e o representante do Ministério Público. Contestaram a ação o réu Francisco Segura Garcia, na qualidade de credor hipotecário, alegando a prescrição do direito dos autores, e o padre D'Amore. À sentença de 1ª instância, julgando a ação procedente, opuseram êsses réus o recurso de apelação, a que a 1ª Câmara do Tribunal do Rio Grande do Sul negou provimento ao acórdão seguinte: (*lê fls*.).

Inconformados ainda uma vez os vencidos, manifestaram recurso extraordinário com fundamento na alínea d do art. 101, nº II, da Constituição federal: Manuel Silva, por si e por seus filhos, e o padre D'Amore, apontando como contrariados pelo acórdão recorrido os julgados da Côrte de Apelação do

Distrito Federal e da Relação de Minas, interpretando o art. 550 do Cód. Civil; Francisco Segura Garcia, invocando os acórdãos publicados na "Rev. de Jurisprudência Brasileira", vol. 5º, pág. 350, e outros que enfileira na sua petição.

Os recursos foram arrazoados a fls. e contra-arrazoados a fls. Com as razões se juntam públicas-formas dos julgados a fls.

O Dr. procurador geral estêve de acordo com o parecer do Dr. LUÍS GALLOTTI, de fls., nestes têrmos:

"O acórdão recorrido (fls.) está apoiado em fundamentos jurídicos.

"Assim, se o egrégio Tribunal conhecer dos recursos, com base na invocada alínea *d* (fls.), nosso parecer será no sentido de que lhes negue provimento, para confirmar aquêle acórdão.

"Distrito Federal, 25 de maio de 1943. - *Luís Gallotti*, procurador geral da República.

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

VOTO

O SR. MINISTRO GOULART DE OLIVEIRA (relator): Na petição de recurso dos primeiros recorrentes, cinge-se a matéria à questão da prescrição extraordinária do artigo 550 do Cód. Civil, dispensando o requisito da boa-fé, embora na vigência dêsse dispositivo não houvesse ainda decorrido o prazo de 30 anos, o que não era necessário, por se lhe atribuir efeito retroativo. Em sentido oposto decidiu o acórdão recorrido, interpretando assim êsse dispositivo em ~ contraste com os julgados da Côrte dê Apelação do Distrito Federal, publicados na "Rev. do Supremo Tribunal" nº 69, pág. 427, e da Câmara Civil do Tribunal de Relação de Minas Gerais, no vol. 33, pág. 484, da "REVISTA FORENSE", aliás apenas indicados.

O acórdão recorrido desprezou a argüição de prescrição porque, se o antecessor dos apelantes podia ser tido como possuidor de boa-fé, pois titulada era a sua posse na escritura de compra, foi êle o próprio a mover a ação, que perdeu, não mais podendo alegar essa boa-fé, ciente e consciente do vício que invalida o ato realizado. É a transmissão dos bens hereditários em virtude da partilha, por sua morte, não podia fazer cessar êsse vício, pois se não mudou o caráter da posse

com que a receberam os herdeiros universais; na conformidade com o art. 495 do Código Civil.

A matéria da prescrição; em tôrno do art. 177 do Cód. Civil, foi abandonada na petição do recurso.

Conheço dêsse recurso, mas nego-lhe provimento, para confirmar a decisão recorrida.

Quanto ao segundo recurso, sob o mesmo fundamento constitucional, apontados os julgados oferecidos em sua integra, reveste aspectos de interêsse capital, porque envolve tese de importância jurídica irrecusável. Trata-se de uma das múltiplas hipóteses de alguém que contrata (compra ou hipotecas, sendo-lhe impossível colhêr o vício que inquina a transação; a aparência se firma em prova, e em tôda a prova de que se pode valer o interessado, escapa à sua possível atividade...

Finalpag. 133

A parte interessada alude a um acórdão de minha lavra, em julgamento que, felizmente, encontrou eco no Tribunal inteiro. E a justiça foi restaurada com o remédio que o colégio judiciário manifestou.

Na verdade, a boa-fé tem uma função criadora, que consiste em fazer sair o direito do fato, e uma função adaptadora, que é modelar o direito sôbre o fato.

Já em julgamento subseqüente sustentei nesta Turma tese semelhante. Ainda agora não me convenci de que não assente nos bons princípios aquela solução proposta.

O credor hipotecário agiu cauteloso e não há como recusar-lhe a boa-fé negociando com quem nada podia prever, não fôsse legítimo dono.

Ainda uma vez manifestei a minha convicção no sentido de que *error communis facit jus* é o êrro invencível igual ao êrro comum.

Conheço do recurso extraordinário do 2° recorrente e lhe dou provimento, aliás bem acobertado pelo acórdão invocado pelo recorrente do agravo nº 6.063, de 18 de abril de 1934.

Como se decidiu então, a hipoteca que grava o imóvel foi constituída pelo proprietário-agravante e como tal não pôde ser regulada sob os mesmos princípios e normas que se aplicou à venda ou à hipoteca feitas a *non domino*.

São fundamentalmente diversas as condições em que num e noutro caso se encontram os terceiros adquirentes: no primeiro caso, contratar com quem não exibe título algum de propriedade, são negligentes, senão imprudentes; no segundo caso, cujo vício estava invisível, oculto e não pôde no momento ser sequer suspeitado. Do mesmo modo inaplicável à hipótese o brocardo *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. A situação de quem adquire de um proprietário aparente, cujos títulos de modo algum denunciariam a incerteza do domínio do alienante, é fundamentalmente diferente da de quem contrata com o titular de um domínio resolúvel, de cujos títulos consta por cláusulas expressas a condição ou têrmo resolutório. O ônus que grava o prédio é perfeito. A reivindicatória alcançaria o imóvel com êsse gravame.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. Presidente, segundo me foi dado apreender pelo minucioso relatório feito pelo eminente Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, a ação reivindicatória foi proposta contra dois réus: um dos réus invocou a posse trintenária, mas o usucapião foi excluído pelo reconhecimento de que a posse se originara da má-fé e a ação reivindicatória foi, quanto a êste réu, julgada procedente; no outro caso, o réu opôs o usucapião de 10 anos, do art. 551 do Cód. Civil, e o acórdão impugnado decidiu que não cabia o usucapião de 10 anos, porque prescribente e proprietário não residiam no mesmo lugar. Julgou, por êste motivo, também improcedente a ação reivindicatória. Não vejo como poder reformar esta decisão. Conheço dos dois recursos, mas lhes nego provimento, porque o acórdão aplicou, rigorosamente, a lei.

Quanto à situação do credor hipotecário, não é oportuna a apreciação desta situação na reivindicatória.

Parece-me mesmo que o acórdão impugnado não considerou êste problema. O acórdão impugnado considerou apenas a situação do reivindicante contra os dois possuidores, um dos quais tinha a posse inquinada, originàriamente, de má-fé, e o outro alegava a posse de 10 anos. O acórdão verificou que o usucapião era inadmissível pelos dois defeitos apontados. Houve, com certeza, divergência, dissídio na jurisprudência à aplicação imediata ou retroativa, motivo por que conheço dos recursos mas lhes nego provimento.

4 SR. MINISTRO GOULART DE OLIVEIRA (relator): A matéria do recurso extraordinário foi sempre discutida, tanto na primeira instância, como na segunda. Apenas, o que o Tribunal resolveu foi que não havia usucapião, não havia possibilidade de reclamação do direito do credor hipotecário, mas, justamente, o que eu proponho é que, sustentado isto, que foi matéria debatida, cabia recurso pela letra *d*, porque contraria o acórdão francamente, outros de sentido diverso. E a minha solução é que o credor hipotecário o que pleiteia é, afinal, o reconhecimento do ônus hipotecário; o prédio nem por isso deixa de voltar ao domínio, mas onerado pela hipoteca, que é legítima.

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: O Sr. ministro relator invoca um argumento que me escapou, quanto aos efeitos da resolução do domínio. Mas a resolução do domínio não se verificou por causa superveniente, de modo que se pudesse manter o ônus hipotecário.

O domínio, em virtude do qual, constituída a hipoteca, era viciado, desde a origem; a resolução dêsse domínio tem de operar retroativamente, *ex tunc*.

Acho que o acórdão aplicou, rigorosamente, solução adequada aos dois princípios dos arts. 647 e 648 do Cód. Civil.

Conheço, pois, dos dois recursos, mas nego provimento a ambos.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, estou inteiramente de acôrdo com o voto do Sr. ministro relator.

Finalpag. 134

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Peço permissão ao Sr. ministro relator para ficar com o voto do Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES. Tenho sustentado um poder de vêzes que o registro não prevalece contra a propriedade, ainda em face de terceiros de boa-fé.

Esta tese tem sido por mim sustentada em inúmeros.votos, que são conhecidos, não pelo seu conteúdo, senão pela relevância da matéria, a qual tem suscitado, entre nós, graves dúvidas e controvérsias.

Nestas condições, conheço de ambos os recursos, mas lhes nego provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram dos recursos, unânimemente, e negaram provimento ao primeiro, Os Exmos, Srs. ministros relator e LAFAYETTE DE ANDRADA davam provimento ao segundo, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e presidente. Quanto ao último recurso, ficou aguardando o pronunciamento do Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA.

VOTO DE DESEMPATE

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Conhecendo também do recurso interposto pelo 2º recorrente, com fundamento invocado na letra *d* do dispositivo constitucional, de acôrdo com o Sr. ministro relator, dou-lhe provimento. O recorrente, como credor hipotecário, foi citado, e, acudindo à citação e intervindo na causa, como assistente, pleiteou, sendo a decretação do usucapião de 10 anos o reconhecimento da hipoteca que onerava o imóvel reivindicado, com ela contraída pelo proprietário aparente, e dada a boa-fé com que agira na constituição dêsse ônus. Irrecusável, como acentuou o Sr. ministro relator, é essa boa-fé invocada, por isso que não podia o recorrente, que se houvera com tôda cautela, prever não fôsse legítimo dono do imóvel quem, como tal, se apresentava com escritura devidamente levada a registro; a êle, por fôrça do art. 859 do Cód. Civil, era de presumir-se pertencer o referido imóvel.

Ora, se o Cód. Civil, prevendo expressamente vários casos em que se verifica uma justa causa de êrro, se, excepcionalmente, não protege a boa-fé, dá-lhe, entretanto, efeitos jurídicos (v. g., arts. 155, 221, 510, 551, 935, 968, 1.321 e 1.600), licita a conclusão de que se trata de "um princípio geral que repassa a lei em tôdas as suas partes: e que, portanto, há de ser aplicada, quando outros casos iguais impuserem a mesma solução"

(OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, "A Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro", pág. 56).

A estabilidade das relações jurídicas e a segurança dos negócios determinam essa proteção (*idem*, pág. 36).

Se desde a data em que, por decisão do Supremo Tribunal do Estado, foi declarada, com a nulidade da renúncia do usufruto, a nulidade da venda do imóvel, o seu legítimo proprietário não tivesse se quedado inerte durante cêrca de 27 anos, não promovendo o cancelamento do registro, certo que não teria se apresentado o comprador com a aparência de proprietário face ao recorrente, à época em que se constituiu a hipoteca. Aquele proprietário que isso possibilitou, concorrendo, assim, por sua culpa, para os prejuízos do recorrente, cabe o dever de ressarci-los.

O provimento do recurso - de que se conhece exatamente por divergência jurisprudencial nesse sentido - e para o efeito declarado no voto do Sr. ministro relator, de que, embora voltando o imóvel ao domínio de seu legítimo proprietário, volte onerado pela hipoteca, que é legítima, afigura-se-me de rigorosa justiça.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento ao segundo recurso, com o voto do Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PATRÃO - CULPA DO PREPOSTO

- O patrão, amo ou comitente só é responsável, por seus empregados, serviçais ou prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dêle, quando para o dano tenham concorrido, por culpa ou negligência de sua parte. - Apurada a culpa do preposto, presume-se a do preponente, mas, excluída a culpa "in eligendo" ou "in vigilando", não há como responsabilizar o preponente.

Nélson da Cruz Garcia *versus* Dr. Heraldo Campos Lima

Rec. ext. nº 14.790 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam, em Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma julgadora e por decisão unânime, em não conhecer, preliminarmente, do presente recurso, extraordinário, em que é recorrente Nélson da Cruz Garcia e é recorrido o Dr. Heraldo Campos Lima (número 14.790, do Estado de Minas Gerais); as razões de decidir são as do voto do relator

constante das notas anexas da assentada do julgamento.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 25 de outubro de 1949. - *Edgar Costa*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: O acórdão impugnado pelo presente recurso extraordinário, proferido pela 1ª Câmara Civil do Tribunal de Minas Gerais, é o seguinte:

"Deu-se, a 30-6-47, na intercessão das ruas Piauí e Montes Claros, o choque de um caminhão "Ford", pertencente ao Dr. Heraldo de Campos Lima, com um automóvel "Packard", de Nélson da Cruz Garcia, que o guiava, sofrendo ambos danos consideráveis. E, no momento, está em exame a sentença que, a requerimento de Cruz Garcia, impôs ao Dr. Heraldo Lima a obrigação de ressarcir o prejuízo resultante do ato do seu empregado. O recurso é do réu vencido, que também reconveio.

"Trata-se de uma imputação de responsabilidade por culpa mediata. Dando como *causa causati* a conduta imprudente do motorista, o juiz decidiu, logo, que a reparação era devida pelo patrão. Não atendeu sequer à letra do art. 1.523 do Código Civil, segundo a qual o evento é atribuível ao empregador quando se demonstre que, de algum modo, concorreu para êle.

"Em que espécie de culpa teria incidido o Dr. Heraldo Lima? O estado do veículo era satisfatório (fls. 12): não houve, da sua parte, falta de vigilância (*culpa in vigilando*). O prontuário do seu preposto não é dos piores (fls. 70): não pode ser acusado de má escolha (*culpa in eligendo*).

BEVILÁQUA deixou esta observação: "A responsabilidade das pessoas referidas nos arts. 1.521, ns. I-IV, e 1.522 funda-se na culpa; esta, porém, deve ser objetivamente "provada" (v. com. ao art. 1.523).

"Entretanto, pôsto se adote o princípio "*apurada a culpa do preposto, presume-se a do preponente*", o caso reclama solução diferente. É que a prova não fixa a responsabilidade do chofer do caminhão. O perito judicial admite que, com

uma hábil manobra para a direita, teria êle atenuado, ou talvez evitado, o acidente. É uma hipótese, porém, que não vai à imputabilidade: *Culpa levíssima pro caso fortuito habenda erit*. Fala-se também que o homem confessou a sua culpa, sem a preocupação de esclarecer, contudo, se a confissão procedeu da emoção natural ou da exata representação do mal praticado.

"Positivou-se ao contrário, que era excessiva a velocidade do automóvel e moderada a do caminhão, reduzida que fôra, pouco antes, quando, à sua frente, uns cabritos atravessaram a via pública. E, por isso, testemunhas presenciais não vacilaram em considerar culpado o diligente daquele.

"Em suma: na apreciação das questões propostas, com elementos de informação contraditórios ou escassos, o melhor alvitre, que se oferece, é que cada um fique, com o seu prejuízo, equiparando-se a ocorrência a uma fatalidade ou resolvendo-se a pendência pela conhecida regra "*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*".

"Pelo exposto, com o provimento parcial do recurso, julga-se improcedente a ação, e também a reconvenção.

"E custas *ex vi legis*, por divisão proporcional".

Funda-se o recurso manifestado pelo autor nas letras *a* e *d* do dispositivo constitucional que o autoriza, impugnando o recorrente o acórdão recorrido por infringente do art. 1.523 do Cód. Civil e divergente, na sua inteligência, de decisões, que invoca, dêste Tribunal (petição de fls. 147). As razões de fls. 149, opôs o recorrido as de fls. 152, sustentando o não cabimento do recurso.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): O acórdão recorrido, concluindo pela inexistência de culpa *in vigilando ou in eligendo*, do proponente, pelo ato de seu preposto, donde não ser êle responsável pela reparação pretendida pelo recorrente, ajusta-se ao que literalmente dispõe o art. 1.523 do Cód. Civil, segundo o qual o patrão, amo ou comitente, só é responsável por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho, que lhes competir, ou por ocasião dêle (art. 1.521, nº III), quando para o dano tenham concorrido por culpa ou negligência de sua parte.

Não se cingiu, porém, o acórdão recorrido a êsse único fundamento: admitiu se adotasse o princípio a que se reportam as decisões invocadas pelo recorrente, segundo o qual "apurada a culpa do preposto, presume-se a do preponente", e concluiu, face às provas, que a responsabilidade do preposto do recorrido não ficara provada, positivando-se, ao contrário, a do recorrente, com a excessiva velocidade com que conduzia o seu veículo.

Não se depara, assim, no acórdão recorrido nem violação de lei, nem divergência de interpretação, que autorizem o cabimento do recurso interposto. Dêle, pois, preliminarmente, não conheço.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: preliminarmente, não se conheceu,

Finalpag. 136

à unanimidade, do recurso. Impedido o Exmo. Sr. ministro OROZIMBO NONATO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

LOCAÇÃO DE PRÉDIOS - INCÊNDIO - ESPONSABILIDADE CIVIL DO LOCATÁRIO

- O locatário responde pelo incêndio do prédio, se não provar, ao menos, a ausência de culpa. O dano, que o locatário tem de ressarcir, neste cago, é o de não receber o locador o prédio, finda a locação, no estado em que o entregou ao locatário, salvas as deteriorações conseqüentes ao uso regular.

Fazenda Pública do Estado de São Paulo *versus* Serrarias Reunidas Santisi, S. A.

e outro

Rec. ext. nº 14.825 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 14.825, de São Paulo, em que é primeira recorrente a Fazenda Pública do Estado, segundos recorrentes são Serrarias Reunidas Santisi, S. A. e João Santisi, sendo recorridos os mesmos:

Acordam, em 2ª Turma, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal não conhecer do segundo recurso e conhecer do primeiro, dando-lhe provimento, em parte, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 4 de outubro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Em acórdão de 21 de janeiro de 1947 (fls. 214 a 216), os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, unânimes, condenaram a Fazenda Pública do Estado a pagar a João Santisi e a Serrarias Reunidas Santisi, S. A., a reconstrução do prédio nº 1.053, da rua Monsenhor Andrade, orçada em Cr$ 326.000,00, descontando-se a indenização paga pela seguradora; seis meses de aluguéis atrasados; os aluguéis de Cr$ 2.000,00 mensais pela ocupação da parte não danificada do prédio, deduzidos de quantia antes referida; Cr$ 45.000,00 para os honorários de advogado, e os juros da mora calculados a partir da citação inicial.

A ré foi condenada porque não provou, positiva ou negativamente, a causa estranha, para que, nos têrmos do art. 1.208 do Cód. Civil, ficasse exonerada de responsabilidade no incêndio em dois armazéns do prédio mencionado.

Dos embargos declaratórios opostos pelos autores, não conheceu o Tribunal, porque não foram preparados (fls. 221).

A ré opôs ao acórdão o recurso do artigo 101, III, *d*, da Constituição, porque se exigiu, contra a jurisprudência, a prova positiva: de causa indicada no art. 1.208 do Código Civil (fls. 222 a 229).

Os autores também impugnaram o acórdão pelo recurso extraordinário, mas alegaram ofensa da letra da lei, porque o provimento parcial do recurso da Fazenda, para se excluírem da condenação os aluguéis produzidos pelos prédios incendiados até a data da indenização, contrariou o preceito dos arts.

1.208 e 1.059 do Cód. Civil, e o não conhecimento dos embargos declaratórios violou o disposto no art. 862, § 2º, do Código de Proc. Civil (fls. 231 a 235).

Em conseqüência de provimento dado à revista (fls. 238), foram os embargos declaratórios julgados, sendo rejeitados (fls. 242).

A primeira recorrente acrescentou, em suas razões (fls. 249 a 261), a alegação de que fôra contrariada a letra do dec. número 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 3º.

Os segundos recorrentes ofereceram alegações de fls. 262 a 266 e de fls. 270 à 280, em que se amplia a lista das disposições infringidas, com a citação dos arts. 159, 870 e 865, 2ª parte, do Cód. Civil e do art. 153, § 2º, do Cód. de Proc. Civil.

Consta de fls. 283 a 286 a contrariedade da ré, e de fls. 288 a 293 a dos autores.

Opinou o Sr: procurador geral da República que o primeiro recurso merece provimento, na parte que diz respeito ao artigo 3° do dec. nº 22.785, sendo destituído de fundamento o segundo (fls. 300 e 301).

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): O acórdão de fls. 214 a 216 acentuou que a primeira recorrente não provou a ocorrência de causa que eliminasse sua responsabilidade no incêndio, nem a ausência de sua culpa. Aceitou-se, dêste modo, o sistema da prova, por indução, da causa estranha. Não provou, porém, a locatária que houvesse sido sempre zelosa na conservação do prédio.

A Fazenda Pública não podia, contudo, ser condenada a pagar os juros moratórios de quantia líquida, senão a partir do dia em que transitasse em julgado a sentença condenatória (dec. nº 22.785, de 1933, artigo 3º).

O dano que o locatário tem de ressarcir; no caso de incêndio, é o de não receber o

locador o prédio, finda a locação, no estado em que o entregou ao locatário, salvas as deteriorações conseqüentes ao uso regular (Cód. Civil, art. 1.192, IV).

Foi a locatária condenada a pagar a soma em que se estimou o dano resultante de não cumprir o dever de restituir o prédio alugado no fim da locação.

Não demonstraram os segundos recorrentes que o dano se houvesse avaliado, com violação da letra do citado art. 1.059, pois, determinada a quantia de dinheiro, equivalente ao dano, não podia a locatária continuar obrigada ao pagamento dos aluguéis correspondentes à parte destruída, além dos juros da mora, contados sôbre aquela quantia.

Não foi também infringida a regra do art. 153, § 2º, do Cód. de Proc. Civil, pois que o pedido teve por objeto a indenização dos locadores pelo não cumprimento da obrigação imposta à locatária, nos têrmos do art. 1.192 do Cód. Civil.

É, assim, infundado o segundo recurso, de que não conheço.

Merece, porém, em parte, provimento o primeiro recurso, para que fique a Fazenda Pública estadual condenada a pagar os juros da mora da data em que se houver tornado coisa julgada a sentença condenatória.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do segundo recurso e deram provimento, em parte, ao primeiro recurso. Decisão unânime. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

HERANÇA DE PESSOA VIVA - CONTRATO - PACTO SUCESSÓRIO

- A convenção sôbre a herança de pessoa viva é nula, e carece de proteção jurisdicional o interesse que decorre do denominado "pacta corvina", uma vez que o direito de ação está necessariamente condicionado à licitude da relação jurídica, posta na tela do pleito. Por igual, não diverge a "actio in rem verso". Os pactos sucessórios sempre foram tidos por imorais e perigosos.

Pedro da Costa Agra e outros *versus* Maria Sampaio Xavier Agra

Rec. ext. nº 16.233 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário, em que são recorrentes Pedro da Costa Agra e outros e recorrida Maria Sampaio Xavier Agra:

Acordam, unanimemente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão da 1ª Turma julgadora, não tomar conhecimento do recurso, pelos fundamentos constantes do voto do relator a fls. 161-163, em notas taquigráficas.

Custas pelos recorrentes.

Supremo Tribunal Federal, 16 de janeiro de 1950. - *José Linhares*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: A bem lançada e erudita sentença de fls. 55, confirmada em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, dá pleno conhecimento da hipótese, de que é objeto este recurso extraordinário, fundado no art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição federal.

Fundaram-se as decisões recorridas em que, sendo nula a convenção sôbre herança de pessoa viva, carece de proteção jurisdicional o interesse que decorre do chamado *pacta corvina*, de vez que o direito de ação está necessariamente condicionado à licitude da relação jurídica posta em causa. E mais: repele-se a ação *in rem verso* quando o fato constitutivo de direito é lícito e, por demasia, improcedente o pedido quando não restar demonstrado que a pretensa lesão do patrimônio resultou de injusta causa. São êstes, em resumo, os fundamentos das decisões que fazem objeto do presente recurso. Admitido o recurso, as partes arrazoaram, não subindo os autos no prazo legal.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): Alegam os recorrentes que a decisão recorrida, confirmativa da sentença de primeira instância, teria violado os arts. 158 e 971 do Cód. Civil, por isto que lhes foi negado a repetição do que teria sido despendido no contrato julgado nulo. Mas a licitude do negócio primitivo era indiscutivelmente obstáculo ao direito de ação. É de geral doutrina e da legislação dos povos cultos a proibição dos pactos sucessórios por

serem imorais e perigosos, como bem acentua o douto CARVALHO DE MENDONÇA, no seu livro "Obrigações", fls. 593, nos termos do artigo 1.089 do Cód. Civil - não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. *In pari turpitudinis causa cessat repetitie*.

Tem todo propósito a seguinte passagem de FRANCISCO CAMPOS: "...a lei que proíbe um determinado ato jurídico visa através dêste aos seus efeitos e; proibindo o ato nele o que ela condena são os resultados e não a forma ou, por outra, a forma só é vedada em atenção aos resultados e por causa deles. Assim, os negócios indiretos,

Finalpag. 138

quando utilizados no sentido de se esquivarem à aplicação do princípio legal, confundem-se com os negócios fraudulentos, incorrendo, por conseguinte, na mesma fulminação proferida pela lei contra os negócios diretos, como se diretos fôssem, pois, direto ou indireto, o que resulta do negócio é o efeito cuja redação, ao vedar o ato direto, a lei tinha em vista produzir. O negócio indireto é ilícito, porque o direto o é; a iliceidade de ambos resulta do mesmo fato - a violação da lei, no primeiro caso indireta, larvada, dissimulada ou oblíqua, no segundo, direta, imediata, frontal ou ostensiva!" (FRANCISCO CAMPOS, "Pareceres", 934, págs. 288-9).

Não há como se falar em enriquecimento ilícito para se pleitear o reembôlso da quantia despendida, que, aliás, à sentença assiste em excluir esta hipótese por inverídica.

Razão não há para o recurso do qual deixo de tomar conhecimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento, unânimemente. Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.

*

SERVIDÃO DE TRÂNSITO - USUCAPIÃO - PRÉDIO ENCRAVADO

- Não é prédio encravado aquêle que tem saída para a via pública, aberta pelo proprietário do terreno desmembrado.

- Não constitui servidão de trânsito o direito de passagem em caminho particular aberto pelo locador para uso de inquilinos.

- Sem justo título, a servidão de trânsito só se adquire por usucapião ao fim de 30 anos.

Espólio de Miguel Pinto *versus* Heitor Larraury Melleu e sua mulher

Rec. ext. nº 19.057 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.057, do Distrito Federal, recorrente espólio de Miguel Pinto, recorridos Heitor Larraury Melleu e sua mulher:

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, 3 de julho de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Trata-se de recurso extraordinário. Incide o apêlo no venerando acórdão de fls., da lavra do Exmo. Sr. desembargador MÉM DE VASCONCELOS REIS, do ilustre Tribunal do Distrito Federal, e que se transcreve, com os respeitáveis votos vencidos:

"- Não é prédio encravado aquele que tem saída para a via pública por caminho particular aberto pelo proprietário e vendedor de terreno desmembrado. - Não constitui servidão de trânsito o direito de passagem em caminho particular aberto pelo locador para uso de seus inquilinos: "- Aquêle que não tem justo título só adquire a servidão de trânsito pela decorrência do prazo de 30 anos.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado, nestes autos de apelação cível nº 2.561, em que é embargante o espólio de Miguel Pinto e embargados Heitor Larraury Melleu e sua espôsa, D. Carlota de Andrade Melleu:

"Acordam os juízes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal desprezá-los para manter o acórdão embargado, contra os voto dos desembargadores SILVIO MARTINS TEIXEIRA, GUILHERME ESTELITA e ARI FRANCO, que os recebiam integralmente, e do desembargador VIEIRA BRAGA, que os recebia, em parte, para reconhecer ao embargante o direito de passagem.

"Custas *ex lege*.

"E assim decidem porque não é prédio encravado o pertencente ao embargante, por isso que tem acesso à via pública por um caminho particular, ou rua projetada, aberta por aquêle de quem houve seu imóvel e vedada não lhe ter sido pelos embargados a passagem pela propriedade dêstes, a que tem direito como locatário do terreno existente nos fundos e de propriedade dos mesmos.

"Bem decidiu o acórdão embargado confirmando a sentença apelada, que negou ao prédio do embargante a qualidade de "encravado", por isso que, nos têrmos do art. 559 do Cód. Civil, entende-se como tal "*aquêle que se acha encravado em outro sem saída para a via pública, fonte ou porto*", ou, segundo a conceituação jurídica que é a comum, "*o prédio menor que fica em meio de outro maior, ou de outros"*, e os laudos periciais constataram ter o embargante "outra via de acesso à sua propriedade, por um caminho que tem início na estrada da Covanca nº 1.201, e por êsse caminho a propriedade dista da via pública apenas, e aproximadamente, 80, m" (fls. 31).

"A alegação do embargante de ser a sua propriedade prédio encravado, porque o caminho a que se referem as escrituras de

Finalpag. 139

fls. 5 e 35, e foi assinalado nos laudos periciais, não passa de uma rua projetada, é de nenhuma procedência, não só porque foi êle a via de acesso estabelecida pelo antigo proprietário das glebas desmembradas de sua propriedade, em favor dos compradores, entre os quais está o embargante, como também por independer dessa formalidade as vias de acesso de natureza particular.

"Nenhuma dúvida pode subsistir, face à prova dos autos, que êsse caminho, ou rua projetada, seja a via de acesso natural e de direito à propriedade do embargante, uma vez que, na escritura de fls. 35, o antigo proprietário até se obriga a não fechá-la (fls. 35v.).

"O direito que tem o recorrente de servir-se do caminho particular existente nas terras dos recorridos resulta da sua condição de locatário de uma parte do terreno dêstes e por fôrça do disposto no art. 1.198, ns. I e II, do Cód. Civil, e não como senhor de prédio encravado, ou de servidão de trânsito.

"Não negou o acórdão embargado possa a servidão de trânsito ser adquirida por via do usucapião, nos têrmos do art. 698 do citado Código; negou, sòmente, tivesse o embargante êsse direito e por não ser seu imóvel prédio encravado e ser o caminho existente nas terras dos embargados um caminho destinado ao uso de seus inquilinos.

"Outra coisa não pretende o recorrente senão ter mais cômodo e gratuito acesso à sua propriedade pelo caminho particular existente nas terras dos recorridos, aproveitando-se para isso de sua condição de locatário, chegando mesmo ao absurdo de opor-se à mudança de seu traçado.

"Mesmo em se admitindo, porém, contra a prova dos autos, a existência dessa servidão, ainda assim não poderia o embargante opor-se à mudança de seu traçado, consoante, o preceito contido no art. 703 do Cód. Civil ao dispor:

"Pode o dono do prédio serviente remover de um local para outro a servidão, contanto que o faça à sua custa, e não diminua em nada as vantagens do prédio dominante".

"A servidão não se presume (Código citado, art. 696); resulta de ato expresso, escritura pública (art. 134, nº II, do Código Civil), ou escrito particular, se de valor inferior à taxa legal, ou adquirindo-se por via do usucapião pelo prazo de 10 ou 20 anos, conforme se trate de presentes, ou ausentes, havendo justo título e boa-fé, ou de 30, independentemente dêstes requisitos (Código citado, art. 698, combinado com o art. 551).

"Não tendo o embargante justo título e sendo proprietário do imóvel, que pretende ser o prédio dominante, apenas há 24 anos (fls. 5, e já sendo a via de acesso à sua propriedade essa rua particular, aberta por aquêle de quem o houve, não vejo como se possa pretender a aquisição dessa servidão pelo usucapião.

"Perde de importância, no caso dos autos, a questão referente à contradição existente entre o art. 698 do Cód. Civil e seu parág. único, no tocante à necessidade de título para a aquisição da servidão pelo usucapião, pelo prazo de 10 ou 20 anos.

"Não há nenhuma divergência; ao contrário, ambos êstes dispositivos se harmonizam com a natureza do instituto, relativamente aos prazos da posse, que é de 10 anos, entre presentes, que tenham justo título e boa-fé, e 20, entre ausentes, que tenham êstes dois requisitos, ou de 30, sem êles.

"Tanto nos primeiros casos, como no último, o que serve de título é a sentença declaratória da aquisição da propriedade.

"Distrito Federal, 11 de maio de 1950. - *Duque Estrada*, presidente; *Mém de Vasconcelos Reis,* relator; *Sílvio Martins Teixeira*, vencido: De acôrdo com o voto vencido do acórdão embargado, exposto claramente a fls. 119 e 120; *Guilherme Estelita*, vencido, pelas razões já expostas, que, *data venia*, reproduzo a seguir:

"Qual se verifica do relatório de fls. 99 v., foi a demanda proposta com o fim de obrigar os réus a reconhecerem a existência de servidão de trânsito, estabelecida há mais de 30 anos e nunca contestada, estando o autor na posse da mesma há mais de 20 anos, com justo título e boa-fé. Mas a sentença apelada julgou-a improcedente, por entender o seu prolator, ante as provas dos autos, aliás por êle ditas em conflito, a passagem haver sido concedida aos inquilinos do sítio do autor e não a êste, não ser o sítio encravado, e, além disso, justificar-se o desvio feito, no caminho, pelos réus, por não prejudicar o autor. Votei reformando a sentença, para reconhecer a existência da servidão, pelo seguinte: A demanda, como acentuado ficou, teve por objetivo o reconhecido e o respeito da servidão, possuída há mais de 30 anos. Fundou-se, pois, no art. 551 do Cód. Civil, e "não no art. 559. Os réus é que, na contestação, fls 12, além de negarem a posse argüida, disseram que o autor nem por outros títulos tinha direito ao que pedia por não ser o seu prédio encravado (fls. 13, 15 v. e segs.). Assim, o fundamento do art. 559 não deve ser considerado, senão depois do anterior.

"Ora, segundo o art. 698 do Código, a posse por mais de 10 ou 20 anos de servidão predial, *independente de título*, autoriza o usucapião, servindo de título a sentença que julga consumada a prescrição. Mas o seu parág. único diz que, "não havendo título", o usucapião será de 30 anos. Ante essa contradição (o artigo *dispensando* o título, o parágrafo, exigindo-o), o

Finalpag. 140

Instituto dos Advogados, por iniciativa de FILADELFO AZEVEDO, sugeriu ao Congresso Nacional que, na citação da lei regulando os registros públicos

instituídos pelo Código (nº 4.827, de 1924), fôsse a contradição eliminada. E o foi, mediante a aprovação do art. 5°, *b*, VIII, da citada lei, assim redigido:

"No registro de imóveis far-se-á:

.....

b, a inscrição:

.....

"VIII, da sentença declaratória da posse incontestada e contínua de uma servidão aparente por 10 ou 20 anos, nos têrmos do art. 551 do Cód. Civil, *para servir de título aquisitivo* (Código Civil, art. 698)".

"Verifica-se, portanto, ser a sentença o título aquisitivo da servidão, podendo, em conseqüência, a ação confessória ser proposta *sem a exibição de título algum*: sòmente alegando o autor a posse de 10 ou 20 anos. Desapareceu, pois, por inútil, o parág. único do art. 698. Norma essa consolidada, aliás, no regulamento da lei (decreto nº 4.857, de 9-11-1939, art. 178, *b*, IX). Ora, ante a prova dos autos, é indubitável que o espólio-autor tem, há mais de 10 anos, a posse da servidão reclamada. Não há documento ou depoimento da causa que o não afirme. Os próprios réus não a negam. Apenas alegam não ser ela de *30 anos*, reconhecendo, a fls. 12, datar a mesma de 1930, pois, afirmam, desde então"passou o autor a utilizar-se da entrada em questão". Ao mesmo tempo que argúem não constituir êsse uso servidão, por ser mera tolerância.

"Sendo assim, a argumentação de fôlhas 64 v., embora subscrita por jurisconsulto de nota, não encontra apoio na lei vigente, por se basear no direito anterior segundo o qual procedia a lição de CORREIA TELES, não admitindo ação confessória sem o título constitutivo da servidão. No entanto, a demanda do apelante, repudiada pela sentença, funda-se no direito vigente em nossos dias, e assim merecia acolhida, pois os laudos periciais constantes dos autos e os depoimentos das testemunhas fazem certo, há muito mais de 10 anos tem o espólio a posse da servidão do caminho que reclama e na qual os réus fizeram agora a modificação provocadorada demanda. Nem se invoque em contrário a essa concessão o disposto no art. 697 do aludido Código, aparente como é a servidão em aprêço. Quando, porém, não fôsse por êsse fundamento, procedente se apresentaria a demanda, considerada com apoio no art. 559 do Cód. Civil. Realmente, o sítio do autor é terreno *encravado*, pois não tem saída pela via pública, visto que a rua dita projetada (escritura de fls. 5) não é via

pública, estando êsse fato fora de qualquer dúvida ante o documento de fls. 73, corroborado pelo perito dos réus, a fôlhas 32-34.

Há, porém, mais a pleitear a procedência da demanda: tivesse esta simplesmente o caráter possessório, de manutenção da servidão, seria de acolher, pois a quase-posse de servidão que conduz ao usucapião goza da proteção da lei. Essa a tradição em nosso direito: LAFAYETTE, "Direito das Coisas", § 119; LACERDA DE ALMEIDA, "Direito das Coisas", 2º vol., § 100; DÍDIMO DA VEIGA, "Servidões", ns. 116-118; AGUIAR E SOUSA, "Tratado das Servidões", §§ 8º e 9º; A. RESENDE, Posse", nº 98; CLÓVIS BEVILÁQUA, obs. 6ª ao art. 695 do Cód. Civil. Todavia, entendo legítimo o desvio feito pelos réus porque atende, a necessidades suas, sem que prejudique o autor.

"Daí ter votado dando provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, isto é, reconhecer a existência da servidão, mas sem obrigar os réus a restabelecerem o antigo traçado do caminho. - *Ari Azevedo Franco*, vencido, pois recebia os embargos de acôrdo com o voto vencido do acórdão embargado; *Antônio Vieira Braga*, vencido, em parte, pois, entendo que, dada a situação do sítio do autor, a passagem pelo terreno do vizinho não decorre de simples tolerância, suscetível, portanto, da extinção a arbítrio de seu patrão ou de alteração que a tornam penosa ou incômoda, em face do disposto no art. 559 do Cód. Civil.

"A decisão embargada, em rigor, não deu solução definitiva ao problema jurídico que o processo encerra. Adiou-a para eventual cotejo de provas, em litígio que venha a ser, futuramente, ajuizado. Já, entretanto, o acórdão dêste Tribunal, peremptòriamente; nega o encravamento, quando, na verdade, não existe outra via de saída e comunicação senão para uma rua apenas projetada, o que, como é evidente, não supre a condição que, em face da lei, assegura o direito de passagem (art. 559 do Cód. Civil). Recebo. por isso, os embargos para reconhecer o direito de passagem, embora tendo por legítima a alteração do caminho feita pelo embargado".

Na versão do recorrente, vulnerou o venerando aresto o art. 698 do Cód. Civil. Razões a fls. e fls. (*ler*).

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O texto de lei que, na versão do recorrente, o venerando aresto de fls. mal feriu é o do art. 698 do Cód. Civil, *verbis*:

"A posse incontestada de uma servidão por 10 ou 20 anos, nos têrmos do art. 551, autoriza o possuidor a transcrevê-la em seu nome no Registro de Imóveis, servindo-lhe de título a sentença que julgar consumado o usucapião.

Finalpag. 141

Parág. único. Se o possuidor não tiver título, o prazo de usucapião será de 30 anos".

Deixou o venerando acórdão de reconhecer o direito do recorrente, alega-se a fls., sob o fundamento de não se tratar de prédio encravado. E a êste se juntou o de que a servidão se adquire por via do usucapião, pelo prazo de 10 a 20 anos, conforme se trate de presentes ou ausentes, havendo justo título e boa-fé.

No que tange ao encravamento do prédio, laborou o venerando aresto em matéria de fato.

Dá-se a situação discutida quando, nos têrmos do art. 59 do Cód. Civil, um prédio se achar "encravado em outro sem saída para a via pública, fonte ou pôrto".

E o venerando aresto, forte nos laudos periciais, afirma ter o recorrente "outra via de acesso à sua propriedade por um caminho que tem início na estrada da Covanca nº 1.201, e por êsse caminho a propriedade dista da via pública, apenas, e aproximadamente, 80 m".

É certo que, em volta da noção de encravamento de prédio, certas disceptações se armam.

Assim, que alguns exigem impossibilidade absoluta de comunicação. Trata-se de restrição ao direito de propriedade, a ser aplicada em têrmos apertados.

E nesse sentido é o escólio de DIAS FERREIRA ao art. 2.309 do Cód. Civil português, segundo doutrina em que se abraça jurisprudência não escassa (vêde JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALCKMIN, "Repertório de Jurisprudência do Código Civil", 1951, páginas 375 e segs.).

A outras diretrizes obedece a orientação de FELÍCIO DOS SANTOS, que atende ao ensino do grande CARDOAL "*sufficit necessitas mortais*...".

Nem se exige, ainda, escreveu FELÍCIO DOS SANTOS, impossibilidade absoluta de comunicação; basta que não se possa conseguir senão "com excessivo dispêndio ou incômodo" ("Projeto do Código Civil e Comentário", vol. II, pág. 469).

A necessidade relativa, em certas circunstâncias, que o juiz examinará em cada caso, deve bastar.

Nesse sentido, CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado", vol. VIII, págs. 28-29) invoca o magistério de PACIFICI MAZZONI.

E realmente clara é a lição do preclaro professor italiano:

"Ma non basta che il fondo non abbia l'uscita sulla via pubblica: si richiedi inoltre che il proprietario del medesimo non possa procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio (art. 593).

Il non potersi procurare ad un fondo l'uscita sulla via pubblica, senza eccessivo dispendio o disagio, è ció che costituisce la necessità relativa del passaggio sui fondi altri che lo circondano. Quando v'abbia eccessivo dispendio o disagio non puó stabilirsi a priori, mas deve riconoscersi del giudice, considerato il fatto nelle sue particulari circostanze. In generale deve reputarsi sufficiente a stabilire la necessità relativa quel dispendio che superi di molto l'indennità da pagarsi per acquistare la servitú sui fondi vicini, ed equilibri convenientemente il sacrifizio che viene imposto alla libera disposizione della proprietà, e quel disagio che sia maggiore di quanto è tollerato dall'arte avuto riguardo al bisoano del fondo" ("Cod. Civ. Com.", "Tratatto delle Servitù Legali", nº 753, página 494).

Não se travou, entretanto, nos autos controvérsia sôbre se bastava ou não a necessidade relativa nem qualquer outra alusiva à qualificação jurídica do encravamento.

As objeções que o primeiro fundamento do venerando aresto desperta ao recorrente não envolvem tese de direito, senão, exclusivamente, análise de fatos.

De resto, é, ao propósito do outro argumento, alusivo à servidão, que o recorrente alega a vulneração do art. 698.

Mas, ainda aqui não lhe acho razão.

Ficou inteiramente dilucidada no venerando aresto recorrido a possibilidade de ser a servidão de trânsito adquirida por usucapião, nos têrmos do art. 698 do Cód. Civil.

Negaram ao recorrente êsse direito, porém, - são palavras do venerando aresto recorrido - "por não ser seu imóvel prédio encravado e ser o caminho existente nas terras dos recorridos um caminho destinado ao uso de seus inquilinos".

Lê-se em outro relanço do venerando aresto:

"A servidão não se presume (Cód. Civil, art. 696), resulta de ato expresso, escritura pública (art. 134, II, do Cód. Civil ou escrito particular, se de valor inferior à taxa legal, ou adquirindo-se por via do usucapião pelo prazo de 10 ou 20 anos, conforme se trate de presentes ou ausentes, havendo justo título e boa-fé, ou de 30, independentemente dêstes requisitos" (Código Civil, art. 698, combinado com o artigo 551).

Interpretou o acórdão o preceito do artigo 696, nestes têrmos: Admite-se possa ser adquirida, pela posse qualificada, pelo usucapião, a servidão. Para tanto se exige - pois que o preceito guarda relação com o art. 551 - para tanto se exige, com a posse; o justo título e a boa-fé no usucapião ordinário, dispensando-se o justo título no usucapião de 30 anos.

E não se dirá que essa interpretação vulnera a letra mesma do art. 698 e seu parágrafo único do Cód. Civil.

Ela afina exatamente com o escólio, de CLÓVIS BEVILÁQUA: "Este artigo (698) aplica ao direito real da servidão o modo de adquirir a propriedade consistente na posse fundada em justo título e exercida

Finalpag. 142

em boa-fé pelo espaço de 10 anos, entre pessoas que habitam o mesmo município do imóvel, ou pelo espaço de 20 anos, entre pessoas que habitam municípios diversos...

"A posse contínua e incontestada de uma servidão *por espaço de 30 anos* (nossos os grifos) dispensa o título e a boa-fé, que se presumem" ("Código Civil", vol. III, página 247).

O mesmo passa na lição de DÍDIMO DA VEIGA, ao tratar das servidões:

"As aparentes, quer contínuas, quer descontínuas, constituem-se por usucapião. Esta depende de sentença que a julgue consumada; tal sentença é o título que serve à transcrição da servidão no Registro de Imóveis... Na falta de *título*, a duração da posse, que conduz a usucapião, é de 30 anos" (*in* "Manual Lacerda", vol. IX, parte 1ª, págs. 326-327).

Lembra DÍDIMO DA VEIGA (liv. cit., n° 141, pág. 231) que a mesma era a conclusão a que chegava, no regime caduco, a doutrina dominante.

A possibilidade da prescrição ordinária sem título não se estendia às prescrições descontinuas, como ensinavam PEGAS, REINOSO, CALDAS MENDES, BARBOSA, etc., referidos em BORGES CARNEIRO, "Direito Civil de Portugal", vol. 4º, ns. 24, 31 e 32 do § 78.

Também MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA LOBÃO dispensava a posse *longissimi temporis* para o caso e se contentava com a de 10 ou 20 anos "se com a posse concorre a boa-fé e *justo título*..." ("Águas", §§ 149 e 150, pág. 74).

E lição semelhável deparam os outros dd. citados em DÍDIMO DA VEIGA: COELHO DA ROCHA, JOSÉ HOMEM CORREIA TELES, LAFAYETTE e AGUIAR E SOUSA.

Argumenta-se, em contrário, com o artigo 5°, *b*, VII, da Lei de Registro, nº 4.827, de 1924, que manda inscrever a sentença declaratória da posse incontestada e contínua de servidão aparente por 20 anos, nos têrmos do art. 551 do Cód. Civil, *para servir de título aquisitivo*.

Mas, ainda que os argumentos derivados dessa consideração sejam ponderosos, o haver o texto aludido "aos têrmos do art. 551 do Cód. Civil", enerva ou, pelo menos, elimina a possibilidade de ofensa da lei em sua literalidade.

Não conheço, preliminarmente, do recurso.

DECISÃO

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

Ausente ao relatório, não votou o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Ermo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, e o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por motivo justificado.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS - CHEQUE VISADO - ENDOSSO

- Se um banco endossatário, admitindo o portador de um cheque visado como seu legítimo proprietário, aplica, em benefício deste, a respectiva provisão, comete ato ilícito, pelo que é responsável civilmente.

Banco Auxiliar de São Paulo S. A. *versus* Kemel Addas

Rec. ext. nº 16.235 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário, em que é recorrente o Banco Auxiliar de São Paulo S. A. e recorrido Kemel Addas:

Acordam, unânimemente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão da 1ª Turma julgadora, não tomar conhecimento do recurso, pelos fundamentos constantes do voto a fls. 138 e segs., em notas taquigráficas.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 9 de janeiro de 1950. - *José Linhares*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: No fôro de São Paulo, Kemel Addas propôs contra o Banco Auxiliar de São Paulo ação para reaver danos decorrentes do seguinte fato, consoante alegou na inicial: que, em 6 de janeiro de 1948, emitiu em seu favor, sôbre o Banco Sul Americano do Brasil, um cheque do valor de Cr$ 80.000,00, visado pelo sacado na mesma data e endossado nominalmente pelo suplicante ao Banco Auxiliar de São Paulo, onde pretendia abrir a sua conta-corrente; que, para êsse fim, encarregou, no mesmo dia, Alberto Paulino de depositar no Banco-réu o referido cheque para crédito

da conta-corrente; que, após alguns dias, o suplicante foi ao Banco Auxiliar para sacar soma inferior aos fundos disponíveis, no que não foi atendido, sob a alegação de que não possuía êle, autor, qualquer quantia à sua disposição naquele estabelecimento de crédito que, em vista do ocorrido, procurou a gerência do Banco, que lhe informou que o cheque não havia sido creditado em conta-corrente, mas pago a Joaquim Cardoso; que,

Finalpag. 143

em vista disto, pede a condenação do Banco ao pagamento do valor do cheque, acrescido de 20% para advogado, juros e custas.

Em defesa, alegou o Banco que o pagamento foi bem feito a Joaquim Cardoso, que recebeu o cheque de Paulino.

A ação foi julgada procedente pela sentença de fls. 89 e segs. A decisão foi unânimemente confirmada pelo acórdão de fls. 118, cuja ementa é a seguinte:

"Cheque visado. Como todo cheque pode ser objeto de endôsso. E se o endôsso é completo ou em prêto, o seu proprietário é, apenas, a pessoa indicada como beneficiária.

"- Endôsso-mandato. Quando é possível subentender-se a cláusula instrutiva.

"- Se um banco endossatário, admitindo o portador de um cheque visado como seu legítimo proprietário, aplica em benefício dêle a respectiva provisão, pratica ato ilícito que o obriga a indenizar os danos causados ao endossante".

Inconformado, o Banco interpôs o presente recurso extraordinário, fundado no artigo 101, III, *a*, da Constituição federal, argüindo violação ao art. 8º e seu § V, do dec. nº 2.044, de 1980, aplicável aos cheques por fôrça do disposto no art. 15 do dec. número 2.591, de 7 de setembro de 1912.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta superior instância com as razões e contra-razões dos litigantes.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): Carece de fundamento legal o recurso interposto, ainda que o recorrente tenha feito referência ao inciso a do

art. 101, III, da Constituição federal, pois o art. 8° e seu § 1º, da lei nº 2.044, de 1908, aplicável ao cheque, ditos como violados, não o foram. Todo cheque, acentuou acertadamente o acórdão, pode ser transferido por endôsso, e, no caso, foi o endôsso em prêto, - que lhe assegurava a posse do título para reter o dinheiro - cujo valor representava. Não pode o Banco entregar a terceiro o valor do cheque sem ordem do endossante. Se na praça de São Paulo é uso comercial registrado debitar-se os cheques visados nas contas dos sacadores, ficando as provisões correspondentes à disposição dos portadores legítimos, não se justificaria de modo nenhum o pagamento do cheque a um terceiro, sem nenhuma justificativa ao giro do título. O Banco pagou mal, devia responder pelo ato ilícito cometido pagando os danos.

Não tomo conhecimento do recurso.

DECISÃO

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

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE URBANO

- A extensão da lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, a tôdas as emprêsas de transporte, ainda que opugnadas por autoridades prestigiosas, tornou-se conquista da jurisprudência.

Embargada: Autoviação Santa Rita

Rec. ext. n° 11.116 (embs.) - Relator: MIN. AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, receber os embargos, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pela embargada.

Supremo Tribunal Federal, 29 de dezembro de 1950. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: O embargante viajava em um ônibus da embargada quando, em virtude de abalroação do veículo com um outro, sofreu grave acidente, de que lhe resultou a amputação da perna esquerda.

Fundado no dec. nº 2.681, de 1912, ajuizou ação de indenização contra os proprietários da Autoviação Santa Rita.

Foi a ação julgada improcedente por entender o julgado em 1ª e 2ª instâncias locais inaplicáveis aos transportes por ônibus o dec. nº 2.681, de 1912, restrito à responsabilidade das estradas de ferro.

Manifestado recurso extraordinário, foi negado provimento na egrégia 1ª Turma, por três votos contra dois, em conformidade com o seguinte: (*lê fls. 129 e seguintes*).

Foram oferecidos embargos, regularmente impugnados e processados.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Recebo os embargos. Ninguém ignora que, pelo comêço do século, as estradas de ferro e as companhias de bondes eram os meios de transporte quase exclusivamente utilizados pelo grande público, e a progressão alarmante dos acidentes nêles verificados, de conseqüências fatais ou lesões deformantes para os passageiros, chamou a atenção do

Congresso.

Foi então agitado, na Comissão de Justiça da Câmara, um projeto, que o Sr. PANDIA CALÓGERAS ali oferecera em 1896, sob o nº 39-A. O Sr. PAULINO DE SOUSA, em 1899, colaborando com o Sr. CALÓGERAS, tomou a peito a defesa dos viajantes em tais

Finalpag. 144

veículos. E em 7 de julho de 1909, a Comissão de Justiça aprovou o parecer do Sr. GERMANO HASSLOCHER sôbre o projeto que, mais tarde, levemente modificado, se transformou no dec. nº 2.681, de 1912.

A fundamentação do parecer não deixa dúvidas sôbre os intuitos que presidiram à elaboração da lei.

Afirma êle:

"Em todos os países do mundo são cada vez mais severas as leis de defesa de segurança individual, principalmente no sentido de tornar efetiva a responsabilidade das emprêsas de transporte.

"No estudo do delito culposo, todos os escritores assinalam que a seu crescimento espantoso podem ser opostos, além das medidas de repressão, as de prevenção.

"As causas dos desastres provêm de erros que a administração das emprêsas não têm em conta para diminuí-las.

"A falta de fiscalização severa e as economias mal compreendidas das emprêsas gananciosas, são outras tantas causas de desastres".

A longa e exaustiva fundamentação do parecer, que se estende por muitas fôlhas, teve sempre, como ponto central, a necessidade de defender a vida e a incolumidade física dos passageiros contra a falta de cautelas das emprêsas de transporte. E como o meio ordinário de transporte, ao tempo, eram as estradas de ferro, evidentemente a elas devia referir-se o legislador.

Logo a seguir, porém, a jurisprudência dos Tribunais, em seu papel renovador, foi dilatando o campo da lei para outros meios de transporte que, seduzindo o público, ofereciam-lhe vantagens idênticas para o tráfego urbano. E assim os Tribunais inferiores, sob a prudente direção do Supremo Tribunal Federal, abrangeram a tração elétrica urbana. Mais tarde vieram os ônibus, e é de experiência cotidiana o papel que tais veículos representam na agravação dos riscos que oferecem à vida dos passageiros.

Ora, a mesma razão que ao legislador acudiu para fixar primitivamente a responsabilidade dos transportes por estradas de ferro, evidentemente existe em grau mais acentuado para os transportes por ônibus. Estabeleceu o dec. nº 2.681 a culpa presumida para os contratos com emprêsas de transportes, partindo do princípio de que nêles o transportador se obriga a levar o passageiro, incólume, até o destino. As graves inquietações anotadas no parecer GERMANO HASSLOCHER, com o descaso das emprêsas de transportes, em 1912, pela vida e segurança dos passageiros, observa-se em grau muitas vêzes aumentado nos atuais transportes coletivos. A imprudência dos motoristas, o mau estado de

conservação dos veículos, exacerbado pela desmedida ambição de lucro, deixam os passageiros abandonados à solércia de emprêsas pouco escrupulosas. E como pondera o eminente Sr. CARLOS MAXIMILIANO, a propósito do Cód. Civil, "transformam-se as situações, interêsses e negócios que o Código teve em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se idéias novas, a técnica revela coisas de cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra.

"A letra permanece, apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social" ("Hermenêutica", ed. 1933, pág. 19).

E para o caso, melhor lição não há que a de JHERING:

"Longe de constituir uma censura, honra a jurisprudência antiga ter procurado adaptar a lei às necessidades da vida e às exigências da época, em lugar de ater-se ao texto com submissão cega" ("Espírito do Direito Romano").

Em obediência a tão salutares princípios, tem-se orientado a jurisprudência dêste egrégio Tribunal, e dos demais Tribunais do Brasil, e seguindo-lhe a tradição, recebo os embargos para julgar procedente a ação.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (revisor): Em harmonia com a jurisprudência dominante e conforme tenho sempre votado, tratando-se de acidente sofrido por passageiro, mesmo de auto-ônibus, é presumida a culpa da emprêsa transportadora, até prova em contrário.

Assim, recebo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, o venerando aresto da egrégia 1ª Turma tem a esforçá-lo a opinião de grande número de juristas, entre os quais PAULINO DE SOUSA, MENDES PIMENTEL, AGUIAR DIAS, CARVALHO DE MENDONÇA e outros.

Já tive ensejo de, em voto mais ou menos desenvolvido, versar o assunto e mostrar que a opinião dominante é contrária àquele respeitável entendimento.

E o saudoso JOSÉ ANTÔNIO NOGUEIRA deu, excelentemente, as razões que pelejam em favor da aplicação do *ius speciale* a tôdas as emprêsas de transporte.

Assim, voltando aos fundamentos daquele voto, acompanho o eminente Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, recebendo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, desprezo os embargos, mantendo o voto que proferi na Turma.

Finalpag. 145

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam os embargos, contra o voto do Sr. ministro BARROS BARRETO.

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros ROCHA LAGOA, EDGAR COSTA e AFRÂNIO COSTA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral.

*

RECURSO - INTERPOSIÇÃO ERRADA MÁ-FÉ OU ERRO GROSSEIRO - VERIFICAÇÃO DE CRÉDITO

- O princípio da desinfluência do êrro cometido "bona fidei" veio dar côbro a injustiças conspícuas e sacrifícios escandalosos. Não releva o êrro, contudo, quando manifestado o recurso incabível, depois de esgotado o prazo, dentro do qual teria lugar o recurso próprio.

- Cabe agravo de petição das decisões em verificação de crédito, na falência.

Luís de Almeida Júnior *versus* A. P. Rodovalho Júnior & Filhos

Rec. ext. nº 11.138 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.136, de São Paulo, recorrente Luís de Almeida Júnior, recorrida massa falida de A. P. Rodovalho Júnior & Filhos:

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 6 de dezembro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: A matéria versada nestes autos retrata-se no acórdão de fls. 28, *verbis*:

"Vistos... êstes autos de agravo de instrumento, Luís de Almeida Júnior, agravante, e massa falida de A. P. Rodovalho Júnior & Filhos, agravada:

"Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação, não tomar conhecimento do recurso, por ter sido interposto fora do prazo legal. Verifica-se que o agravante foi intimado do despacho agravado, que mandou habilitar o seu crédito, pela quantia reduzida de Cr$ 12.569,88, em 15 de maio e só interpôs o recurso em 30, evidentemente fora do prazo legal (art. 188 do dec. número 5.746, de 1929).

"Não se trata, no caso dos autos, do agravo de petição a que se refere o art. 86 da lei de falências. Se o agravo fôsse de petição, o prazo começaria a correr da publicação do quadro dos credores no "Diário da Justiça", como está expresso no § 1°, do referido art. 86. Aqui, o agravo é de instrumento e o prazo corre da intimação".

Irresignado a essa solução, apresenta Luís de Almeida Júnior recurso extraordinário, alegando com a vulneração do art. 810 do Cód. de Proc. Civil e do art. 86, § 1º, da lei de falências de 1929 e dissídio jurisprudencial. Razões a fls. e fls. (*ler*).

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O art. 810 do Cód. de Processo Civil não sofreu a lesão argüida pelo recorrente.

É o seguinte o texto do art. 810:

"Salvo a hipótese de má-fé ou êrro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro".

O princípio que o dispositivo proclama o da desinfluência do êrro cometido *bona fidei* na manifestação do recurso e a que PONTES DE MIRANDA chama "fungibilidade das interposições", - veio dar côbro a injustiças conspícuas e a sacrifícios escandalosos, para lembrar, ainda uma vez, observações de PONTES DE MIRANDA ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, pág. 41).

E é dos mais característicos do espírito da lei processual vigente, merecendo aplicação a exceção do "êrro grosseiro". Esforçado na autoridade de SEABRA FAGUNDES venho me manifestando no sentido de não dar amplitude àquela exceção, o que às vêzes ocorre em decisões ligadas, ainda, à orientação da lei caduca.

Mas, o venerando acórdão não deixou conhecer de um recurso por manifesto errôneamente. Deixou de conhecer do recurso, porque apresentado a destempo. A questão que no caso se esboçaria fôra a da influência da boa-fé na restituição do prazo.

Mas, nesse particular, sempre me inclinei à opinião de SEABRA FAGUNDES, *verbis:*

"É abundante e uniforme a jurisprudência dos Tribunais no sentido de que não revela o êrro de interposição (intencional ou culposo), quando se manifeste o recurso incabível

Finalpag. 146

depois de esgotado o prazo, dentro do qual teria lugar o recurso próprio

"Chega-se a êsse resultado em virtude de duas operações intelectuais sucessivas: "não sendo nem malicioso nem grosseiro o êrro, admite-se a conversão do recurso impróprio no adequado; mas, a seguir, dêste se não conhece por interposto fora do prazo. O outro princípio vem atuar, após o do

artigo 810: o da decadência dos prazos de impugnação das sentenças. Entre as hipóteses da prorrogação dêstes, não há lugar para essa, do equívoco da parte. Assim, extinto o prazo de interposição, a sentença terá transitado em julgado, não se tolerando que por agravo da parte permaneça suscetível de reexame" ("Do Recurso Ordinário em Matéria Civil", págs. 167-168).

Ofendido não foi, assim, em sua letra o citado art. 810 do Cód. de Processo.

Se é certo que êle proclama o princípio da desinfluência do êrro leve e de boa-fé na manifestação do recurso, não enuncia a prorrogação do prazo da interposição em conseqüência dêsse êrro, ainda que tênue e desmalicioso.

Quanto à alegação de ofensa do art. 86, § 1°, da lei de falências de 1929: Está no mencionado preceito que, das decisões do juiz na verificação de créditos, cabe recurso de agravo de petição, manifestável no prazo de cinco dias, a contar da publicação do quadro geral dos credores no "Diário da Justiça".

Mas, a parte, ela própria, agravou de *instrumento* e agravo de instrumento foi o recurso aceito e processado.

Daí registrar o acórdão recorrido: "não se trata de agravo de petição, a que se refere o art. 86 da lei de falências. Se o agravo fôsse de petição, o prazo começaria a correr da publicação do quadro de credores no "Diário da Justiça"".

Não foi, assim, vulnerado o art. 86, § 1º, da lei de falências. E se o acórdão aplicou o art. 188 da mesma lei, foi porque o recorrente mesmo agravou de instrumento.

Estou em que critério mais liberal podia ser aceito, sem que, entretanto, se possa rejeitar ao acórdão a coima de ofensor dos citados textos legais. E porque não se ache demonstrado que, em caso idêntico ao dos autos, haja outro Tribunal julgado de modo diferente, não conheço do recurso, preliminarmente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, sem discordância de votos. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

FALÊNCIA - EMBARGOS DE TERCEIRO

- Para opor embargos de terceiro, em nome da massa falida, tem qualidade qualquer credor que haja ingressado em juízo.

José Geraldo de Araújo *versus* Massa falida de Gentil Chaves de Araújo

Rec. ext. nº 18.098 (embs.) - Relator: MIN. AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos,

não conhecer do recurso, conforme o relatório e notas taquigráficas.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 19 de dezembro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: José Geraldo de Araújo apresentou embargos de terceiro senhor e possuidor à arrecadação de um automóvel pela massa falida de Gentil Chaves de Araújo. O síndico não contestou, mas Vitorino de Oliveira Prata e José Santoro contestaram como credores habilitados da massa. A fls. 21, o juiz admitiu os contestantes ao processo e a fôlhas 42 proferiu a sentença, julgando procedentes os embargos. Interposto agravo, o Tribunal de Minas Gerais; após uma diligência, reformou a sentença para julgar improcedentes os embargos de terceiro, nos têrmos do parecer do Dr. procurador geral do Estado, que diz o seguinte:

"Da prova feita ressalta claro que a venda do caminhão foi feita a Gentil Chaves, o falido; e só depois que piorou a situação dêste é que foi providenciado o recibo, para regularização da transferência na Superintendência de Trânsito.

"Como se vê do certificado de fls. 5, consta como vendedor Evilásio de Carvalho e como comprador José Geraldo de Araújo, quando é certo, pela prova feita, que Evilásio vendeu o caminhão a Gentil, em favor de quem só dois anos mais tarde assinou o recibo de quitação, para registro na Superintendência de Trânsito. De posse desse recibo, o falido e José Geraldo, seu sobrinho, substituíram o nome Gentil Chaves por José Geraldo, para obter que o caminhão escapasse à arrecadação.

"Se no recibo de fls. 5 figurasse como transmitente Gentil, a prova feita não prejudicaria a situação dos agravados; mas, constando o nome de Evilásio, como transmitente, reforça-se a presunção de que,

Finalpag. 147

com o fito de fazer o caminhão escapar ao âmbito da falência, Gentil adulterou o recibo, de forma que José Geraldo passasse a adquirente. Vê-se da prova que José Geraldo não passa de um testa-de-ferro, ou presta-nome de seu tio, o falido.

"Não procede a justificativa do ofício de fls. 107, uma vez que se trata de requisição judicial, a que as autoridades públicas são obrigadas a dar cumprimento.

"Parece-me que está feita a prova da adulteração do recibo.

"Quando, porém; se entenda necessária a exibição, penso que poderá ser obtida, por intermédio de ofício ao Sr. chefe de Polícia".

Foi então manifestado recurso extraordinário, com apoio nas letras *a* e *d* do artigo 101, nº III, da Constituição, dando por violados os arts. 30 e 204 do dec.-lei número 7.661, de 21 de junho de 1945; arts. 685, 708 e 842, nº IV, do Cód. de Proc. Civil; quanto ao dissídio jurisprudencial, dá por divergidos um acórdão do Rio Grande do Sul e outro do Distrito Federal.

Admitido e contra-arrazoado, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Não conheço do recurso. A primeira vulneração à lei teria sido praticada contra o art. 204 da lei de

falências, que dispõe quanto a prazos, dizendo-os contínuos e peremptórios, correndo em cartório, independentemente de publicação ou intimação. E cotejando datas, conclui que sòmente no sexto dia agravaram-se os recorridos da sentença de 1ª instância. Improcede a alegação, a sentença foi datada de 11 de outubro de 1949, mas sòmente a 12 foi lavrado o têrmo de publicação nos autos (fls. 43). O agravo foi a 17 (fls. 44).

De igual improcedência é a falta de qualidade dos recorridos (art. 30), para oporem os embargos de terceiros, em nome da massa falida, por serem credores retardatários, sucedendo que Vitorino foi mais tarde excluído; e ainda, que tal faculdade é concedida apenas aos credores habilitados, conforme o artigo 82 da lei de falências. Diz o recorrente que, a *contrario sensu,* está fechado o ingresso aos credores retardatários. Não tem razão. A interpretação é contrária ao senso da lei.

A simples habilitação do credor, apresentando seu título creditório a juízo, é bastante para legitimar o interêsse em cooperar na defesa da massa falida. Não há distinção legal entre o que declarou o crédito no prazo especial ou o fêz, posteriormente, para o efeito de tomar posição em favor do patrimônio aos credores. A vantagem decorrente é para a massa falida e não para o credor, singularmente. Habilitado pelo art. 82 ou pelo art. 98, não se modifica a posição do credor, em defesa da massa. Há a salientar que a lei cogita, apenas, em tal passo, de credor que haja declarado o crédito, em nada influindo o julgamento posterior, dando-o por verificado.

Insurge-se, a seguir, o recorrente quanto à diligência ordenada pelo Tribunal de Minas, mandando produzir, em 1ª instância, certa prova que reputou necessária para apurar a falsidade da transação. Diz, então, que tal prova deveria ser feita no tríduo marcado pelo art. 708, combinado com o art. 685 do Cód. de Proc. Civil, e isso porque não contestados serão os embargos julgados desde logo (art. 708, parág. único).

Se os embargos não houvessem sido contestados, teria razão o recorrente, mas o contrário se verificou, ruindo assim os pressupostos que pretendiam estabelecer.

Quanto a ter sido utilizado o agravo de petição, em vez do de instrumento, está conforme ao art. 79, § 2°, da lei de falências.

Dissídio jurisprudencial nem de leve se, faz notar.

Não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso com fundamento na letra *a* e nego-lhe provimento.

DECISÃO

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

Ausente ao relatório, deixou de tomar parte na votação o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

EXECUTIVO FISCAL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL

- O depósito das quantias penhorado em executivo fiscal se faz nas mãos do depositário judicial, onde houver.

Recorrente: Cia. Linha Circular de Carris da Bahia, S. A.

Rec. de mand. de seg. n° 1.520 - Rel.: MIN ÁBNER DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança número

Finalpag. 148

1.520, da Bahia, em que é recorrente a Cia. Linha Circular de Carris da Bahia, S. A., etc.:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena e por unanimidade, em negar provimento ao recurso, na forma do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 17 de outubro de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Ábner de Vasconcelos*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: A Prefeitura Municipal de Salvador ajuizou duas ações executivas fiscais contra a Cia. Linha Circular de Carris da Bahia, S. A. Foram, como conseqüência, penhoradas importâncias oferecidas pela ré, e em seu poder conservadas em depósitos devidamente formalizados. Posteriormente, o juiz das causas considerou-os irregularmente feitos e ordenou a transferência para o Banco do Brasil, *ex vi* do disposto no decreto-lei nº 8.951, de 1946, por estar revogado o art. 15 do dec.-lei nº 960, de 1938.

Insatisfeita, a Companhia devedora impetrou mandado de segurança ao Tribunal de Justiça, por considerar direito seu, líquido e certo, conservar em depósito as quantias cobradas, até solução filial, sustados os efeitos dos despachos que ordenaram o contrário.

A medida visa restabelecer o cumprimento do art. 15 do dec.-lei nº 960, que autoriza o depósito em mãos do devedor, quando idôneo e não impugnado. E como, contra o ato do juiz, não houvesse recurso ordinário, abria-se a porta ao mandado de segurança.

A petição da impetrante é longa e bem fundamentada.

O Tribunal, por unanimidade, apesar dos votos com restrição, denegou o pedido.

O acórdão, da lavra do seu eminente presidente e relator, é o seguinte: (lê fls. 34-35).

Não se conformando, a impetrante manifestou tempestivamente, dentro em três dias da publicação, recurso ordinário, na forma da Constituição federal, art. 101, II, alínea *a*. Formula, então, a recorrente a seguinte questão como ponto central para a solução do caso vertente: o art. 1º do decreto-lei nº 8.951, de 28 de janeiro de 1946, revogou o art. 15 do dec.-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938?

E entendendo que não, insiste na alegação de continuar a ser depositária das quantias constantes dos executivos.

A Prefeitura, em suas razões de recurso, contesta o cabimento da medida, pois onde caiba recurso ordinário, ou inexista dano irreparável, o mandado de segurança não pode ser aceito, em tese, contra atos judiciais, sendo, entretanto, admissível em caráter excepcional. No mérito, pede a confirmação do acórdão recorrido.

Nesta suprema instância, o Dr. procurador geral da República proferiu parecer, pedindo que se negue provimento ao recurso:

E o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): Discute-se ùnicamente no presente recurso, constituindo o ponto central do direito alegado e da defesa do poder público municipal de Salvador, se o artigo 15 do dec.-lei n° 960, de 1938, continua ou não em vigor.

A lei processual dos executivos fiscais foi excluída, pelo art. 1° do Cód. de Processo Civil, da esfera do processo comum, por constituir objeto de lei especial. Não há em todo o Código uma só disposição a respeito do processo fiscal, pelo que se pode afirmar não ser por êle regulado. Embora considere isso injustificável, o ministro PEREIRA BRAGA reconhece e enumera a exclusão dos executivos fiscais da codificação processual ("Exegese", vol. II, n.° 5). E assim o proclamou o acórdão dêste egrégio Tribunal, de 15 de outubro de 1940, publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 35, pág. 669. O artigo 15 da lei especial nº 960 determina que, na penhora, o depósito em dinheiro seja feito em mãos de devedor, se consentir o representante do fisco. Nos executivos movidos contra a recorrente, assim procedeu o juízo. Posteriormente, porém, entendeu o juiz que o art. 15 do dec.-lei nº 960 fôra revogado pelo dec.-lei nº 8.951, de 28 de janeiro de 1946, cujo art. 1º dispõe:

"Onde houver depositário judicial, a êle cabe, obrigatoriamente; a função, não se aplicando o disposto no art. 945 do Cód. de Proc. Civil".

A lei nova não faz referência ao decreto-lei nº 960. Como é peremptória a expressão de caber, com fôrça de obrigatoriedade, a função do depositário judicial, entende o douto Tribunal *a quo* estar também compreendido no dispositivo o processo fiscal. O dissídio abre oportunidade à indagação do conteúdo do novo texto da Lei de Introd. ao Cód. Civil, art. 2º, § 1°, que modificou o sentido do art. 4° da Introdução primitiva. Prescrevia esta, tratando

da revogação das leis, que a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela ou ao seu assunto se referir, alterando-a explícita ou implicitamente.

Enquanto isso, a nova introdução dispôs, com maior clareza e precisão de pensamento, que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja, com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Acabou assim o legislador com as dúvidas e as discussões a que dava lugar e de que tanto se ocupava a doutrina, sem.

Finalpag. 149

mais fazer distinção entre leis gerais e especiais. Assim, é o alcance que a lei nova demonstra, que cumpre seja executado, se restrito ou se amplo. E o exame de cada caso é que traça a conduta do intérprete e do aplicador.

Restringindo o campo da argumentação, para não cair nas divagações doutrinárias, sedutoras, mas prejudiciais a outras causas que aguardam na pauta o julgamento, limito-me a invocar os textos das leis referentes ao caso *sub judice*, em face do art. 2°, § 1°, da Introdução vigente do Cód. Civil, para concluir onde está a verdade jurídica.

O dec.-lei nº 960, art. 15, prescreve, como lei especial:

"A coisa penhorada será sempre depositada em mãos do executado, quando imóvel. Recaindo a penhora sôbre coisa móvel, títulos, ou dinheiro, poderá o depósito fazer-se em mãos do devedor, se fôr idôneo e a isto não se opuser prèviamente o representante da Fazenda. Caso contrário, far-se-á o depósito em mãos do depositário oficial, onde houver e, se não houver, de depositário nomeado pelo juiz".

A lei geral, Cód. de Proc. Civil, art. 945, dispunha:

"Se o exeqüente não convier em que fique como depositário o próprio executado, os bens penhorados depositar-se-ão da seguinte forma:

I. No Banco do Brasil ou na Caixa Econômica, ou, à falta de agências no lugar, em qualquer estabelecimento congênere acreditado, as quantias de dinheiro as pedras e metais preciosos, e os papéis de crédito.

II. Em mãos do depositário público, os móveis, semoventes e imóveis, se ao juiz não parecer conveniente que fique como depositário particular, quando não haja, na sede do juízo, depósito público ou estabelecimento bancário".

A lei posterior, nº 8.951, de 1946, prescreveu:

"Art. 1º Onde houver depositário judicial, a êle cabe, obrigatòriamente, a função, não se aplicando o disposto no art. 945 do Cód. de Proc. Civil.

Art. 2º. Nos casos de penhora, seqüestro, arrestos, buscas e apreensões em dinheiro, jóias, pedras e metais preciosos, títulos e papéis de crédito, já depositados no Banco do Brasil, Caixa Econômica ou outros bancos, o depositário judicial assinará o respectivo auto e terá direito a uma comissão arbitrada pelo juiz".

A lei modificadora da lei processual contém as características de uma norma geral. Desde que a lei fiscal e o Cód. de Proc. Civil prescreviam uma regra uniforme para ambos os processos, se a lei posterior modificou um dêles, não há que conservar a regra antiga para o outro. A harmonização dos preceitos impõe-se como regulamentação ampla da matéria, tal qual prescreve o dispositivo invocado da Introd. do Cód. Civil.

O ato judicial, contra o qual se opõe o mandado de segurança, não era suscetível de recurso ordinário, na forma do art. 842 do Cód. de Proc. Civil. Caí, assim, na exceção de que a medida do mandado de segurança é cabível na espécie, em falta de qualquer outro recurso ordinário e oportuno.

Mas, conhecendo da interpretação, nego-lhe provimento, por entender que o dispositivo do art. 15 do dec.-lei nº 960 foi alcançado pela generalidade do art. 1° do dec.-lei nº 8.951, *ex vi* da Introd. ao Código Civil, art. 2º, § 1º.

Confirmo assim o acórdão recorrido.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA; por se achar licenciado, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, e, por estar em gôzo de férias, o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, sendo os dois últimos substituídos, respectivamente, pelos

Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA, que não tomou parte no julgamento.

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - SOMA DE PRAZOS

- A soma de prazos contratuais para o efeito de conseguir cinco anos necessários à renovação da locação só tem sido admitida quando os contratos são seguidos e sem interrupção e por tempo determinado.

(Omitidos os nomes das partes)

Rec. ext. nº 17.736 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e, por maioria, negar-lhe provimento, conforme o relatório e notas taquigráficas.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 12 de dezembro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Trata-se de uma ação renovatória de locação,

Finalpag. 150

conforme o dec. nº 24.150 de 1934. A locação foi iniciada em 11 de fevereiro de 1927, com o prazo de 6 anos, até 1933 (fls. 18); prorrogada por mais 3 anos, até 1936 (fôlhas 23); nova prorrogação por 4 anos, até 1940 (fls. 26 v.); mais uma vez renovada, em seguimento, por cinco anos, até 4 de fevereiro de 1945 (fls. 30). Findo o prazo, foi levado a efeito novo contrato de locação, em 17 de março de 1945, pelo prazo de três anos, a partir de 1 de abril de 1945 (fls. 33 v.). No intervalo, porém, continuaram os locatários no imóvel, sem contrato

escrito. O acórdão recorrido negou a renovação, confirmando a sentença de 1ª instância; segue a jurisprudência quanto à adição de prazos de contratos anteriores ao renovando para satisfação do requisito do art. 2°, letra *b*, da lei de luvas. Mas, acrescenta:

"...O essencial é que a cadeia de locações por tempo prefixado seja ininterrupta, por qualquer solução de continuidade poderá acarretar a decadência do direito à renovação.

"Foi o que sucedeu na espécie dos autos" A locação renovanda foi precedida por uma locação verbal, com indeterminação do prazo que interrompeu a cadeia de locações iniciada em 1927 e encerrada em 4 de fevereiro de 1945, data em que se exauriu o prazo de cinco anos da última prorrogação avençada na escritura de fls. 17. Nesta escritura de prorrogação, deram os contratantes por definitivamente finda a locação a 4 de fevereiro de 1945, abrindo mão o locatário do direito de renovação atual, obrigando-se a entregar o prédio objeto do contrato, independentemente de qualquer intimação. Foi o que estabeleceram na cláusula 3ª do aludido contrato.

"Fora de qualquer dúvida, incide esta cláusula na sanção estabelecida pelo artigo 3º do dec. nº 24.150 citado; é nula de pleno direito.

"A elas se submeteu, no entanto, o apelante, deixando de exercitar o direito à renovação do contrato, o que lhe era facultado fazer "no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do contrato a prorrogar", conforme o estabelecido pelo art. 4º do mencionado decreto.

"Com o transcurso dêste prazo de decadência, pereceu o direito do apelante à renovação do contrato.

"É verdade que, a despeito disso, continuou o apelante a ocupar o prédio, mas, sem contrato escrito, de locação sem prazo certo, situação de que saiu a 1º de abril de 1945, quando teve início o prazo da nova locação, conforme o estatuído pela cláusula primeira do contrato celebrado a 17 de março daquele ano.

"Quebrada, por esta forma, a continuidade da locação por tempo determinado, tornou-se inaproveitável o prazo por ela consumido até 4 de fevereiro de 1945, restando, apenas, de útil o prazo do contrato renovando, que, no entanto, por ser de três anos, tão-só, é insuficiente para gerar o direito pleiteado, que exige a continuidade de cinco anos, no mínimo, do prazo de locação".

Inconformado o locatário-vencido manifestou recurso extraordinário pela letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição. E cita vários acórdãos por divergidos.

Admitido, foi o recurso contra-arrazoado.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Conheço do recurso, porque, pelo menos, o acórdão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, citado a fls. 48, está em radical divergência com o julgado recorrido.

Nego-lhe, entretanto, provimento, porque a interpretação do acórdão recorrido é a exata, conforme a letra da lei.

Verifica-se dos autos que, até 4 de fevereiro de 1945, foi o recorrente, sem interrupção, arrendatário do imóvel, por contrato escrito. Deixou escoar-se sem renovar o contrato de arrendamento amigável ou judicialmente. Passou a ocupar o imóvel por tempo indeterminado e sem contrato escrito. Quase dois messes assim permaneceu a locação. Em 17 de março de 1945, firmou novo contrato por três anos, para arrendamento, a partir de 1 de abril de 1945.

Pretende somar todo o tempo anterior de ocupação do imóvel, inclusive os cinqüenta e tantos dias, ao contrato em vigor, para obter a renovação, procurando fortalecer a argumentação com uma suposta fraude do locador que, arrendando por 3 anos, teria infringido o art. 30 da lei de luvas.

Não tem razão em qualquer dos fundamentos. A letra *a* do art. 1° do dec. nº 24.150 é expressa:

"A locação do contrato a renovar deve ser por tempo determinado".

A jurisprudência de quase todos os Tribunais do país, para melhor adaptar a lei à sua finalidade, entendeu que o prazo da letra *b* dêsse art. 2º podia ser encontrado na soma de contratos anteriores ininterruptos, formando um todo único. Ficaram, assim, amparadas situações jurídicas que, embora definidas na intenção do legislador, por aspectos singulares, podiam ficar sem proteção, ante uma aplicação rigorosa do texto.

Por outro lado, foi um meio de coibir a fraude à aplicação da lei, conforme a recomendação do art. 30.

Mas essa adição de prazos foi procurada dentro de elementos extraídos da própria lei e das regras gerais de hermenêutica, não sendo possível, sem violação da letra *a* do art. 2º, acrescentar ao contrato

Finalpag. 151

renovando o prazo de locação verbal por tempo indeterminado.

Bem decidiu o acórdão.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso e nego-lhe provimento, de acordo com o Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, não admito soma de prazos de dois contratos. Sou mais radical que o acórdão. Conheço do recurso e nego-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Peço vênia para divergir. Na interpretação do *ius speciale* de que se trata, faz-se mister, ao que tenho, atender à defesa do fundo do comércio, aos fins e ao espírito da lei. No caso, um dos contratos foi verbal; mas o fundo de comércio se formou através de locações que, somadas, vão além de 5 anos. Nestas condições, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, dou provimento, guardando, aliás, coerência com meus votos anteriores nesse mesmo sentido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, unânimemente, e negaram-lhe provimento, contra o voto do Exmo. Sr. ministro presidente.

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que se acha

afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - PRAZO DO CONTRATO RENOVADO

- O prazo do contrato renovado corre do dia imediato ao têrmo do anterior. Tal prazo de renovação fica ao prudente arbítrio do juiz, respeitado o mínimo de cinco anos.

(Omitidos os nomes das partes)

Rec. ext. nº 18.254 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso e dar-lhe provimento, por unanimidade de votos, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo recorrido.

Supremo Tribunal Federal, 16 de janeiro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Trata-se de uma renovatória de arrendamento comercial.

O contrato marcava o prazo de oito anos e o Tribunal fixou em cinco, a partir da terminação do anterior. Foi manifestado recurso extraordinário pelas letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição, dando por violados os arts. 2°, 16 e 19 do dec. nº 24.150, de 1934.

Trazendo grande quantidade de acórdãos que fixam em tempo maior o prazo, e outros mandando contar o prazo do registro no Ofício de Títulos e Documentos, argumenta que, no caso concreto, a admitir a tese do acórdão, está

cerceando o direito de pleitear nova renovação, porque já extinto esse prazo, de vez que a renovação concedida pelo acórdão terminou em 1 de janeiro de 1950.

Admitido e processado o recurso, subiram os autos.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Sempre sustentei as duas teses insertas no acórdão recorrido.

Em voto que proferi no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, aduzi as seguintes considerações, ao propósito, em 31 de janeiro de 1939:

"Entendo que o art. 19 do dec. nº 24.150, "de 14 de julho de 1934, deve ser rigorosamente interpretado dentro do sistema da lei que, pelo art. 4º, previu a terminação da ação coincidente com a do contrato renovado; em tais condições, quando marcha do processo exceder o prazo previsto no art. 4º, nem por isso o novo contrato deixará de iniciar-se no dia imediato ao da finalização do anterior.

"I. Desde a exposição de motivos se verifica a preocupação do dec. nº 24.150 em resolver o fenômeno social entre nós, da mesma forma que em outros países, porque assim no Brasil se apresentara e desenvolvera. Atentando na delicadeza das restrições que impunha ao direito de propriedade, o legislador procurou desde logo justificá-las tranqüilizadoramente: "a lei, elaborada a propósito, longe de comprimir quaisquer direitos, estabelece, ao contrário, regras, em virtude das quais, com justiça e eqüidade, são tutelados todos os interêsses".

Finalpag. 152

"A análise do texto deixa claro que a lei, realmente, nada mais representa que um desdobramento da explicação inicial cautelosamente procurou-se impedir qualquer elasticidade permissiva de locupletamento do locador à custa do locatário e *vice versa*. Descendo a detalhes, imperativamente ordenou que a prorrogação (ou renovação, pouco importa) obedecesse a tempo certo.

"Ante uma tal precisão de linguagem, não vejo intercalar um prazo extra, incerto, indeterminado, entre os dois contratos.

"II. A redação do art. 4° ainda mais me robustece a convicção: o direito à renovação deve ser exercido dentro de seis meses, no mínimo, e doze meses; no máximo, anteriores à finalização do contrato, pena de decadência.

"A exigência fundamental só encontrou, até hoje, como explicação a necessidade do têrmo do contrato expirante encontrar finda a ação, de sorte a evitar embaraços ao direito dos litigantes.

"Indigitados orientadores da lei assim explicam a inserção de tal dispositivo; e o único argumento apresentado em contrário - de que a chicana jamais permitiria a finalização da causa dentro do prazo prova demais: se processados honestamente, podem êsses feitos terminar em seis meses, imprevisíveis a sua terminação se qualquer dos litigantes enveredar por desenfreada chicana; e qual a conseqüência? Premiar-se o que burla o intuito honesto da lei, concedendo-se-lhe vantagens que o legislador não teve em mira conceder.

"A exegese perfeita do texto da lei revela a existência de um sistema dentro do qual se harmonizam os arts. 4° e 19 e que repousa na presunção de que o último dia do contrato encontre finda a ação e preenchidas as formalidades conseqüentes, porque de qualquer forma o novo contrato deverá iniciar-se no dia imediato.

"III. A entender-se contràriamente, não se encontraria na lei solução para a objeção: se ação de renovação intentada um ano antes terminar quando ainda vigente o contrato anterior e a prorrogação fôr registrada nessa vigência, como conciliar o resto do tempo e um com o início do outro? A razão está a indicar que a intenção foi estabelecer a seqüência dos prazos, a sua fluência consecutiva.

"A um legislador que tão preocupado se mostrou, com "justiça e eqüidade" não se pode emprestar a intenção de beneficiar desarrazoadamente os locatários e, mais que isso, beneficiá-los tanto mais hábeis se mostrem em desvirtuar a finalidade moralizadora da lei.

"*Data venia* da eminente maioria vencedora, rompida a harmonia do sistema da lei, alcançaram-se as seguintes conseqüências:

"*a)* restrição do direito de propriedade maior que o preceituado na lei;

"*b)* concessão ao locatário das prorrogações, uma por tempo certo e determinado - dentro da lei, - outra por tempo certo e indeterminado, - sem permissão legal;

"*c)* situação díspar para os que renovarem amigàvelmente os contratos e para os que pleitearem judicialmente: para aquêles o prazo do renovado constará sempre do dia imediato ao em que se findar o anterior, para êstes haverá um acréscimo que a experiência em casos, concretos - neste inclusive - já tem indicado ser nunca inferior a dois ou três anos;

"*d)* incitamento a que tôdas as renovações se promovam em Juízo, deixando a lei de ser uma norma reguladora para tornar-se fomento de litígios; desaparecerão as renovações amigáveis, pois muito mais vantajoso será demandá-las em juízo que fora dêle; porque, afinal, vencido ou vencedor, o autor será sempre beneficiado com um prazo extra, nas mesmas condições anteriores.

"*Interpretatio illa summenda est quoe vitetur absurdum*: o registro previsto no art. 10 tem efeito meramente declarativo, não pode, de modo algum, importar a modificação do sistema da lei que foi bem clara e explícita nas restrições que impôs ao direito de propriedade, não sendo lícito ampliá-la além do que nela exatamente se contém".

No caso, porém, a divergência quanto às duas teses é, a meu ver, inequívoca. Os acórdãos divergidos estão citados. Em conseqüência, conheço do recurso.

E dêle conhecendo, dou-lhe provimento, para fixar o prazo em oito anos. Com efeito, o acórdão fixou o prazo em cinco anos, *malgré tout*, sem considerar a circunstância de ficar o locatário, privado, por motivo alheio à vontade sua, do direito a outra renovatória, findo o prazo da judicialmente concedida.

Porque o que se observa é que, iniciada a ação regularmente, a demora no julgamento final foi atingida pelo trânsito da causa no Tribunal do Ceará e neste próprio Supremo Tribunal, onde subiu para solução de um recurso extraordinário dos proprietários-locadores, acêrca da impropriedade do agravo, com recurso contra sentença final preferida nas renovatórias.

Muito embora alguns dos julgados trazidos à colação se esteiem em fortes razões, para igualar o prazo ao do contrato, renovando, ao passo que outros o fixam em cinco anos por entender ser êsse o mínimo na lei como condição para exercício do direito, o certo é que o legislador nada dispôs a respeito, deixando a fixação, em cada caso,

ao prudente arbítrio do julgador, segundo as circunstâncias peculiares. Por outro lado, entendeu o legislador, na exposição de motivos que justifica a severa restrição aos princípios tradicionais da propriedade, dar especial relêvo à eqüidade, especialmente recomendada na aplicação da lei.

Ora, a redução do prazo para cinco anos, na hipótese, importará decretar implicitamente e desde logo a terminação do contrato, em cercear ao locatário o direito a outra renovatória, por motivos inteiramente alheios à sua vontade, retirando a proteção legal concedida ao fundo de comércio estabelecido no imóvel. Em uma palavra, uma solução contrária à finalidade da lei.

Por tais considerações, dada a feição especial do caso em aprêço, deve ser mantido o prazo de oito anos do contrato anterior, contado a partir do dia imediato à sua terminação.

E para êsse fim, dou provimento ao recurso extraordinário.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

SIGILO BANCÁRIO - ACEPÇÃO E EXTENSÃO - MANDADO DE SEGURANÇA

- Os bancos não se podem eximir de ministrar informações, no interêsse público, para o esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento e desenlace das demandas submetidas ao Poder Judiciário.

Recorrentes: Banco de Comércio e Indústria de São Paulo S. A. e outros

Rec. de mand. de seg. nº 1.047 - Rel.: MIN. RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança número 1.047, de São Paulo, recorrentes, 1º, Banco de Comércio e Indústria de São Paulo S. A. e Banco Financial Novo Mundo S. A., 2º, Banco Central de São Paulo, e recorrido o juiz da 16ª Vara Cível de São Paulo:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, negar provimento ao recurso, unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Custas *ex lege*.

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Consta dêstes autos, a fls. 40-43, o acórdão prolatado em 2ª Câmara Civil do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, dêste teor:

"Não existe segrêdo profissional para o banqueiro quando a autoridade pública requisita informações sôbre determinada conta de um cliente, para a prova de fatos articulados em ação civil por ato ilícito, em que êste é parte.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança ns. 41.348 e 41.370, da comarca de São Paulo, em que são impetrantes o Banco Central de Crédito S. A., o Banco do Comércio e Indústria de São Paulo e o Banco Financial Novo Mundo S. A., e impetrado o Dr. juiz de direito da 16ª Vara Cível da comarca de São Paulo.

"A Emprêsa Imobiliária Lutfalla Ltda propõe contra a Dr. Salim Gabriel e outros uma ação civil para a indenização de danos que êstes lhe causaram praticando atos ilícitos. Na instrução da causa, a autora pediu que se requisitasse informação dos bancos impetrantes, sôbre os saldos e movimentos em conta-corrente das pessoas que eram demandadas por ela. Os bancos recusaram-se a informar, por não poderem revelar contas de seus clientes; se o fizessem, infringiriam disposições civis, comerciais e até penais. Além disso, pelos usos e costumes de tôdas as praças bancárias nacionais, impunha-se-lhes o maior sigilo em suas operações.

"O Banco Central de São Paulo S. A. invocou o art. 144 do Cód. Civil e a autoridade de CARVALHO DE MENDONÇA, que, como consultor jurídico do Banco do Brasil, emitira parecer dizendo que "o Banco não pode ministrar

tais informações porque infringiria o segrêdo profissional que lhe cabe zelar a respeito dos negócios de seus clientes" ("Banco do Brasil - Pareceres", pág. 63).

"O Banco do Comércio e Indústria de São Paulo S. A. e o Banco Financial Novo Mundo S. A. desenvolveram idêntica argumentação e a mesma citação, aludindo mais aos arts. 17, 18 e 19 do Cód. Comercial, arts. 153 e 154 do Cód. Penal e art. 241 do Cód. de Proc. Civil e aos ensinamentos de RIVAROLA, THALLER, CHAMANTIER, JEAN ESCARRA e outros.

Finalpag. 154

"Insistindo o juiz em receber as informações, cominou aos Bancos a pena de desobediência se as não prestassem. Foi impetrado pelo Banco Central de São Paulo S. A. um mandado de segurança; os outros dois bancos tiveram igual procedimento, em processo separado, distribuído a esta Câmara em virtude da distribuição do primeiro mandado, em face da conexão existente. Em ambos os mandados o egrégio presidente do Tribunal ordenou o sobrestamento do ato impugnado.

"O magistrado prestou informações, dizendo que o segrêdo profissional não pode, de modo algum, ser absoluto. Deve ceder quando se trata de auxiliar a Justiça, pois o interêsse da sociedade prima sôbre o dos indivíduos. O que a lei proíbe é a revelação ilegal de seus negócios. Os bancos são organizações de caráter coletivo e, não obstante sua finalidade comercial, não podem desenvolver suas atividades de maneira anti-social. Não lhes é lícito sobreporem-se à autoridade judiciária; negarem-se a colaborar para a descoberta da verdade, e assumindo o risco de concorrerem para o êrro judiciário. As informações aludem ao que ensinam JOSEPH HAMEL, GEORGES VIGNES e ANATOLE SACKER.

"A Fazenda do Estado contestou o pedido, depois de sustentar o não cabimento do mandado. Requereu a Emprêsa Lutfalla Ltda., por seu procurador, por ocasião do julgamento, que lhe fôsse dada a palavra para impugnar os mandados, o que foi deferido, contra o voto do relator.

"Deliberado o julgamento conjunto dos dois mandados, pela íntima conexão e comunhão de interêsses, foi a preliminar de não conhecimento unânimemente rejeitada. Nos têrmos do art. 141, § 24, da Constituição federal, ainda que se trate de autoridade judiciária, é cabível o mandado para a proteção de direito liquido e certo. E de outro remédio eficaz e pronto não dispõem os impetrantes,

ameaçados de processo de desobediência, de acôrdo com o art. 330 do Cód. Penal.

"Os mandados são denegados.

"Estão de acôrdo todos os impetrantes em que as informações requisitadas devem ser prestadas nos casos que se apresentam com caráter nitidamente público. Nessas condições, não é preciso discutir e nem decidir se, de um modo geral, em tese, as nossa leis admitem o segrêdo profissional do banqueiro, por ser fora de dúvida que a ação movida pela Emprêsa Lutfalla Ltda. contra o Dr. Salim Gabriel e outros, embora civil, é de interêsse público, por ter como fundamento o delito ou o quase-delito. Trata-se de ação de indenização de dano causado por estelionato ou furto. Logo, é evidente o interêsse público, em frente do qual não há falar em segrêdo de profissão e nem em direito líquido e certo, para não se informar à autoridade pública. O que se pretende não constitui devassa dos negócios dos bancos, hipótese em que seria legítima a recusa dos impetrantes, circunscrito, como está, o pedido a determinados pontos das contas de seus clientes, envolvidos legitimamente na demanda.

"Isto pôsto:

"Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, admitida a impugnação oral dos mandados, contra o voto do relator, por votação unânime, tomar conhecimento dos mandados e denegar as seguranças impetradas.

"Custas pelos impetrantes.

"São Paulo, 1º de fevereiro de 1949".

Recorreram, concomitantemente, pela forma ordinária, o Banco de Comércio e Indústria de São Paulo S. A., o Banco Financial Novo Mundo S. A. e o Banco Central de São Paulo S. A., fundados no art. 101, II, letra *a*, da Constituição federal, alicerçando a alegação da liquidez e certeza, que têm, de negar as informações exigidas pela digna autoridade coatora, e ser manifestamente ilegal o ato desta, nas seguintes razões: *a)* estando, pela natureza de sua profissão, obrigados a guardar o sigilo profissional, não podem os recorrentes revela-lo, a não ser em casos excepcionais, os quais não ocorrem na hipótese presente; *b)* consistindo a medida determinada pela autoridade coatora verdadeira exibição de documentos, os recorrentes só estariam obrigados a cumpri-la no caso previsto no art. 220 do Código de Proc. Civil, que não se verifica; *c)* resultando o fornecimento das informações pedidas em revelação de dados constantes dos

seus livros comerciais, os recorrentes não estão obrigados a fornecê-los, à vista do disposto nos arts. 17, 18 e 19 do Cód. Comercial.

Com abundância de argumentos, brilho de exposição e vigor dialético, rebatem os recorrentes os fundamentos do aresto recorrido, que, com postergação dos princípios fluentes dos arts. 17, 18 e 19 do Cód. Comercial, deixou de lhes reconhecer o direito líquido e certo, que lhes assiste, de se negarem a exibir, total ou parcialmente, seus livros comerciais em causa a que são alheios, e sob procuração de parte que não tem lançamentos *comuns* na parte da escritura, cuja exibição pretende.

A Emprêsa Imobiliária Lutfalla Ltda. requereu, pela petição de fls. 104, à vista do acórdão denegatório da medida de segurança, reexaminasse o ilustre presidente do Tribunal de Justiça o seu despacho liminar de sustação do auto fazendo anexar àquela petição o memorial de fls. 107, sob a epígrafe "A questão do sigilo bancário", contendo as alegações feitas em nome da referida emprêsa pelo advogado NOÉ AZEVEDO.

O nobre e ilustre desembargador TEODOMIRO DIAS, mantendo o despacho

Finalpag. 155

impugnado, aduz as razões seguintes: (fls. 143, *lê*).

Opina a douta Procuradoria Geral, à vista dos fundamentos do acórdão de fôlhas 40-A, que o memorial de fls. 107 corrobora seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO LAUDO DE CAMARGO (presidente): Devo comunicar ao Tribunal que recebi uma petição, subscrita por ilustre advogado da Emprêsa Imobiliária Lutfalla Ltda., interessada no resultado do presente mandado, solicitando que lhe seja permitido usar da palavra. Alega o advogado requerente que o recurso visa à cassação de decisão judicial, proferida, a seu requerimento, e ordenando como diligência probatória a prestação de informações pelos bancos recorrentes no mandado, e, assim, a Companhia Imobiliária Lutfalla Ltda. é interessada na solução do caso. Salienta, ainda, o referido advogado, que, perante o Tribunal de São Paulo, usar da palavra.

Pela deliberação do Tribunal em questão anterior; e em que foi autorizado o uso da palavra pelo advogado da parte possivelmente prejudicada com o provimento do mandado, apenas foi atendida a circunstância de haver sido o mesmo citado para oferecer alegações.

Submeto agora a questão à deliberação dos eminentes colegas.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Sr. presidente, parece-me que a hipótese é igual à julgada na sessão anterior, em que a pessoa já havia intervindo no processo; em razão disto, admito a intervenção do advogado. Se êle já foi ouvido na instância inferior, acho que deve falar perante êste Tribunal.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Sr. presidente, também me manifesto favorável ao uso da palavra pelo advogado requerente, de acôrdo com o voto do Sr. ministro JOSÉ LINHARES.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, na última sessão em que se discutiu matéria mais ou menos idêntica, pretendi sustentar que o caso não é de litisconsórcio, mas é de intervenção de terceiro interessado, nos têrmos do art. 81 do Cód. de Proc. Civil. Assim, não tenho dúvida em que deve ser concedida a palavra a quem, como essa Companhia Imobiliária Lutfalla, está diretamente interessada na solução do mandado, pois que foi por ela requerida a exibição dos documentos a qual se opõem os bancos requerentes do mandado de segurança.

Estou de acôrdo em que se conceda ao advogado da emprêsa, autora na ação ordinária, o uso da palavra, nesta espécie.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, já votei na última sessão de acôrdo com o ponto de vista do Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES; assim, estou de acôrdo com conceder a palavra, ao advogado requerente.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, também estou de acôrdo em que se conceda a palavra ao advogado.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, no caso dos autos, é patente o interêsse da parte; o provimento do recurso importará reforma da decisão que lhe foi favorável, do Tribunal de São Paulo. Parece-me, que, para não se estabelecerem distinções penosas, deve ficar fixado que em todos os casos os *interessados* poderão usar da palavra.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sr. Presidente, estou de acôrdo em que se conceda a palavra ao requerente.

VOTO (sôbre questão de ordem)

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, também estou de acôrdo em que se dê o direito de usar a palavra ao advogado requerente.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Na informação, que prestou ao Tribunal de Justiça, o ilustre juiz EDGAR DE MOURA BITTENCOURT, responsável pelo despacho contra o qual fôra postulada s medida de segurança, justifica-se, dêsse ato; pela forma seguinte: (*fls. 22-30, lê*).

"O Banco Central de São Paulo S. A. "impetra um mandado de segurança contra ato meu, requisitando, sob pena de desobediência, contra seu gerente, informações sôbre a conta-corrente de diversos litigantes, na ação ordinária que a Emprêsa Imobiliária Lutfalla Ltda move contra Salim Gabriel e outros.

Entende o impetrante que não pode ministrar tais informações porque infrigiria o segrêdo profissional, a respeito dos negócios de seus clientes.

Finalpag. 156

"Mantenho a orientação que não fere o direito certo e incontestável, mas assenta-se em fortes princípios de direito, como tentarei demonstrar:

"I. Primeiramente, cumpre acentuar que, ao contrário do que insinua o impetrante, não lhe reconheci; no incidente processual suscitado, o direito de guardar o segredo. Apenas afirmei que "ao banco é que caberia invocar as leis comerciais para negar-se a informação", porque, a princípio, era a parte que procurava impedir a expedição do ofício. E parece inegável a assertiva, porque, se o banco não invocasse a escusa, nem tomaria conhecimento da impugnação do litigante. A ilegitimidade da argüição não implica o acolhimento da tese.

"II. Dá o impetrante uma errada extensão do segrêdo profissional. Este não pode, de modo algum, ser absoluto. Deve ceder, quando se trata de auxiliar a Justiça, pois o interêsse da sociedade prima sôbre o dos indivíduos (vêde CUNHA GONÇALVES, "Tratado de Direito Civil", volume VII, pág. 758; vol. XIV, pág. 387).

"Certo - observa o desembargador NÉLSON HUNGRIA - já não há falar no segrêdo profissional como um dever *absoluto*. Todo dever tem sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo. A noção do dever de silêncio é tudo quanto há de menos absoluto" ("Rev. dos Tribunais", vol. 99, página 297).

O insigne ministro COSTA MANSO apóia a doutrina: "O dever de guardar o segrêdo profissional não é, pois, absoluto. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade" ("Casos julgados", pág. 183, ed. de 1920).

"Depois do sacerdote, talvez seja o médico quem detenha mais sérios segredos das pessoas com quem lida. Quem ousaria, então, afirmar que o médico deva guardar sigilo, quando o mal do cliente ameaça a coletividade, como nos casos de moléstias contagiosas, ou quando ameaça a felicidade da mulher com quem pretende contrair matrimônio, como no caso de impotência e moléstias incuráveis?

"III. Se as considerações *supra* não bastam para afirmação da legalidade da medida, poder-se-á ainda aduzir que nada há mais relativo e insustentável que o segredo profissional do banqueiro, em face de requisições da autoridade judiciária, com o propósito de pesquisar a verdade no processo, a fim de que com a perfeição da justiça consiga o Estado a sua mais elevada finalidade.

"Os bancos são organizações de caráter coletivo. Apesar de sua finalidade comercial, não podem desenvolver suas atividades de maneira anti-social. Ao contrário auxiliando as fontes produtoras, concorrem para a felicidade do povo.

Não se compreende que se sobreponham à autoridade do juiz, interpretando leis precipitadamente, como no caso, de modo a negarem-se a colaborar com a descoberta da verdade, e assumindo o risco de concorrerem para o êrro judiciário, que gera a desconfiança do cidadão e estimula a revolta.

"Tese tão despropositada, como a do segrêdo profissional absoluto do banqueiro, conduziria a situações absurdas. O ladrão, que depositasse o dinheiro furtado em um banco, teria o produto do crime resguardado da apreensão pelo poder público e da reivindicação pela vítima.

"A universalidade dos tratadistas, que cuidam da matéria, dirige-se a um único ponto - o banco não pode recusar as informações que lhe são requisitadas pelo juiz de instrução. Rebuscando tôdas as obras ao meu alcance, em nenhuma sequer encontrei abrigo à assertiva do impetrante. Tôdas lhe são adversas.

"JOSEPH HAMEL, em sua monografia sôbre bancos e operações bancárias, diz: *"par contre le secret professionnel du banquier ne saurait aller jusqu'au droit de refuser lê témoignage en justice. Garçon a établi peremptoiremente qu'il existe une difference profonde entre la protection du secret professionnel qui la divulgation.de certains secrets et le refus de témoigner en justice qui empêche la découvert de la vérité. Le refus de témoigner en justice nest permis qu'a certaines personnes dans un intérêt general qui l'emporte sur l'intérêt particulier d'un procès: tel est secret du médecin garant de la santé publique ou le secret du ministre d'un culte garant de la paix des consciences religieuses. Aucun intérêt général du même genre ne garantit le secret detenu par le banquier; c'est un pur intérét privé que en est la source; il ne saurait donc justifier un refus de témoigner en justice*" ("Banques et opérations de banque et supplement", volume 1º, ed. de 1933, pág. 259, § 141).

"No mesmo passo, GEORGES VIGNES, estudando o segrêdo profissional do banqueiro, conclui que é seu dever conservar o segrêdo do cliente; mas não o autoriza, com isso, a, prejudicar a apuração da verdade pela autoridade. A reserva só existe até o instante em que surge o interesse social.

"II semble" - diz aquêle tratadista *donc naturel que lé banquier exige une ordonnance du président du tribunal ou une décision judiciaire quelconque pour convir à la fois ses escrupules et ser responsabilité, lorsqu'il se trouve en présence d'une demande de renseignements sur des faits qui lui paraissent à l'abri du secret professionnel"* ("Manuel des Opérations de Banque", pág. 228, § 203).

"E por fim ANATOLE SACKER, em monografia notável que desde a primeira à

Finalpag. 157

última página não cuida de outro assunto, adverte: "*Le secret professionnel du banquier devant la justice. L'intérêt supérieur, de la justice. Au-dessus des intérêts privés qui trouvent une sauvegarde équitable dans le secret des affaires de banques, se trouve placé l'intérêt de la justice qui, dans l'exercice de sa haute fonection sociale, cherche à s'éclairer sur tous les faits, secrets ou non dont la connaissance lui est necessaire, soit pour réprimer les troubles sociaux, tels que délits et crimes, soit pour empêcher, dans les conflits entre individus, tout empiètment sur les droits que la loi protège*" ("Le Secret Professionnel du Banquier", ed. de 1933, pág. 32).

"Eis, pois, a verdadeira orientação. Banqueiro deve guardar o segrêdo, até que o interesse coletivo, apreciado pelo Poder Judiciário, exija a informação.

"IV. A jurisprudência dos tribunais do país é omissa a respeito, ou pelo menos nada encontrei na pesquisa a que procedi. "Não concluo, com isso, senão que tal matéria nunca tenha subido à apreciação dos tribunais, porque não me consta que nunca banco algum tenha recusado informações à Justiça, no tocante às contas de seus clientes.

"V. Nenhum dos argumentos expendidos pelo impetrante me convence de ter praticado ilegalidade. Invoca um parecer da Consultoria Jurídica do Banco do Brasil que lhe abona a tese.

"O tópico citado não esclarece, todavia quem seja a pessoa que solicitou as informações negadas. Demais, não transcreve os fundamentos da assertiva, limitando-se a produzir idêntica orientação, que pelo impetrante foi tomada, no sentido de negar a solicitação. Por último, nem o nome do signatário do parecer é revelado, de modo a se poder aquilatar sua expressão intelectual.

"VI. A pena de desobediência foi bem cominada. Admitindo-se que o ato é perfeitamente jurídico, não poderia indeferir a cominação de tal pena, que me foi pedida pela parte mais interessada naquela prova.

"Esgotei os recursos de requisição. Três ofícios foram expedidos. A recusa tomou o aspecto de desobediência, segundo a conceituação do art. 330 do Cód. Penal".

Volvem-se tôdas as escusas apresentadas pelos recorrentes ao princípio de que emana a inviolabilidade do segrêdo profissional assegurado pelo Cód. Civil (art. 144) e Cód. de Proc. Civil (art. 241, II).

O manto dessa proteção legal estende-se aos casos restritos, excepcionais, onde remonta o segredo profissional, de que são depositários os médicos, os advogados, os sacerdotes, as parteiras e, em alguns casos, os militares.

"A lei", diz CLÓVIS, "permite que essas pessoas se escusem de depor mas deixa ao seu critério resolver se devem fazê-lo.

"É uma questão de fôro íntimo.

"Sem a garantia, que a lei consagra, a profissão do advogado não poderia ser exercida, os clientes não podiam ter nêle absoluta confiança. Nas mesmas condições estão o médico, a parteira e o sacerdote, especialmente o confessor...

"...Mas se há uma razão superior, que as leve a falar, será recebido o seu depoimento. Não estão inibidas de prestá-lo, quando não se tem de referir ao segrêdo" ("Código Civil", vol. I, pág. 444).

Restrito o campo de aplicação do princípio, a ele estão submetidas, apenas, as pessoas que, por condição especial, de oficio, profissão ou ministério, devem guardar segredo acêrca de fatos sôbre os quais não estão obrigadas a depor.

Abre, contudo, exceção à regra o Código Penal em vigor pela submissão do segredo profissional à contingência da *justa causa* na sua revelação.

Destarte, não é crime revelar algum segrêdo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, se ocorrer justa causa.

Ora, não se acham incluídos os bancos na categoria daquelas pessoas, a que a lei concede o privilégio da inviolabilidade do segredo profissional; falta-lhes, conseguintemente, o direito *líquido e certo* para se sobreporem a determinação judicial, no sentido de prestarem, na causa, esclarecimentos essenciais necessários ao julgamento e desenlace da demanda.

As razões de interêsse público tanto ocorrem no juízo criminal como no processo civil. Onde quer, pois, que aquêle interesse se apresente e se imponha à eficácia da atuação judicial, o juiz, segundo o sistema da nova codificação processual, "ordenará quanto fôr necessário ao esclarecimento da verdade", definindo o ministro FRANCISCO CAMPOS, de forma penetrante, a posição

do juiz, reservada na direção do processo como na formação do material submetido a julgamento.

"Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos "benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrada o nome de GIUSEPPE CHIOVENDA, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da votação da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a Justiça: não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interêsse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interêsse da Justiça. Êste é o interêsse da comunidade do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica"

Finalpag. 158

("Exposição de Motivos do Código de Processo Civil Brasileiro").

"A relação jurídico-processual", bem acentua o Prof. NOÉ AZEVEDO (fls. 110), deixou de ser considerada como de direito privado, para se alçar à categoria de relação de direito público, pois ela não se trava entre as partes e sim entre estas e o juízo, que representa o poder soberano do Estado. E como representantes dêsse poder soberano, tanto atuam o juiz do cível como o do crime".

Por último, cabe fazer reparo à alegação dos recorrentes quando paralelizam a hipótese à devassa de seus livros comerciais, que o simples pedido de informações não tem êsse alcance, não se tratando, pois, dos casos previstos nos dispositivos do Cód. Comercial.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, tenho, para mim, que o eminente Sr. ministro relator esgotou o assunto ora objeto de exame e que, a meu ver, é a primeira vez que se ventila no Tribunal.

Fui juiz do cível durante muitos anos e nunca tive ocasião de encontrar qualquer dificuldade a respeito. Várias e várias ocasiões requisitei informações

a bancos para deliberar sôbre questões sujeitas ao meu exame como magistrado. Desde que o pedido não tenha o caráter de devassa, não é possível negar-se à Justiça essa colaboração necessária, essencial ao esclarecimento da verdade.

O caso, portanto, teve, da parte do ilustre Sr. ministro relator, a solução adequada, motivo por que acompanho o voto de S. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, o caso, a meu ver, pode ter solução em face do disposto no artigo 18 do Cód. Comercial, pois que a Emprêsa Lutfalla Limitada propôs uma ação ordinária contra o Dr. Arnaldo Parisi, Dr. Salim Gabriel e Pascoal Marques Parisi, que, em conluio e para proveito próprio, praticaram atos ilícitos em detrimento da firma e de seus sócios. Além disto, a emprêsa-autora se acha em falência. Ora, o Cód. Comercial, no art. 18, dispõe o seguinte:

"A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração, gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra".

A sociedade-autora promoveu ação contra os seus antigos gerentes. Ela tem interêsse, por conseguinte, na exibição de dados relativos às contas dêsses gerentes em bancos.

Parece-me que, no caso, por vários motivos, estava o Banco obrigado a fornecer estas informações. Não se podia êle abroquelar, num pretenso direito ao sigilo, pois que estava êle obrigado a exibir seus livros, neste caso. Não estava obrigado apenas a prestar as informações mas a exibir os livros, se o juiz o exigisse, porque se trata de ação movida pela sociedade comercial contra seus antigos e maus gerentes.

Além disso, como foi demonstrado pelo eminente Sr. ministro relator, o banco é um estabelecimento de caráter eminentemente público. Está sujeito a fiscalização e não há êste sigilo que procuram sustentar os recorrentes a respeito dos registros feitos nos estabelecimentos bancários, pois que estão êles obrigados a prestar informações, em matéria de impostos sôbre a renda, etc.

Por tôdas estas razões, Sr. presidente, estou de acôrdo com o Sr. ministro relator: nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, entendo, antes que tudo, que o mandado de segurança não era cabível na hipótese. Trata-se de ato judiciário e não de ato administrativo. Havia recursos judiciais contra êste ato, ou não havia. Na primeira hipótese, incabível o mandado, de acôrdo com a jurisprudência caudal. Na segunda, esboça-se um problema de solução atribuível ao Legislativo, e não ao Judiciário.

Deixando, porém; de parte esta discussão, parece que não havia direito líquido e certo de conservar o Banco sigilo, ainda em face do pedido de informações do Juízo.

Não são os bancos, *data venia*, estabelecimentos de natureza pública. Mas é certo que não têm o direito de manter sigilo tumular sôbre determinados negócios apesar das requisições do juiz.

De qualquer modo, a matéria não se prestaria à outorga de mandado de segurança, que só cabe quando o direito é líquido e certo. Nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Sr. presidente, estaria de pleno acôrdo com o eminente Sr. ministro relator, em seu brilhante voto, se eu não tivesse razão maior: contra ato judiciário não cabe mandado de segurança. Tenho manifestado êste meu ponto de vista.

O que se pretende é embaraçar a prestação de uma prova no curso de uma ação.

Nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta dá ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento, unânimemente. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Finalpag. 159

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - TERRENO NÃO LOTEADO

- Na promessa de compra e venda, cabe a execução especifica, por via judicial, se feita a inscrição do respectivo contrato no registro competente, não traduzindo, pois, faculdade adstrita, apenas, a terrenos loteados.

Feliciano de Almeida Bueno e sua mulher *versus* Kenyti Hamaoka

Rec. ext. n° 11.290 (Embs.) - Rel.: MIN. MACEDO LUDOLF

ACÓRDÃO

Vistos e devidamente relatados os presentes embargos infringentes, em que figuravam como embargantes Feliciano de Almeida Bueno e sua mulher e embargado Kenyti Hamaoka, embargos em oposição ao acórdão dos juízes competentes da 2ª Turma (fls. 139), no que foi dado provimento ao recurso extraordinário manifestado na causa

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, acorda rejeitar os mesmos embargos, por maioria de votos, conforme se vê das notas inseridas.

Supremo Tribunal Federal, 19 de outubro de 1949. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Edmundo de Macedo Ludolf*, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Por sentença exarada a fls. 77, Kenyti Hamaoka foi julgado carecedor da ação intentada contra Feliciano de Almeida Bueno e sua mulher, com fundamento nos arts. 346 do Cód. de Proc. Civil e 16 do dec.-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, a fim de que os réus lhe dessem escritura definitiva de compra e venda de certo terreno, sob pena de ser o mesmo ajudicado ao autor, mediante o depósito da quantia referente à última prestação não paga.

Interposta apelação, que não teve provimento, consoante aresto do Tribunal de São Paulo (fls. 106v.), houve recurso extraordinário, relatado pelo eminente ministro GOULART DE OLIVEIRA, a fls. 133, nestes termos:

"O recorrente contratou com os recorridos a compra de um terreno, em março de 1940, convencionando o preço de vinte mil cruzeiros, por conta dos quais

pagaram cinco mil, outorgada a escritura de compromisso de compra e venda em que se estabeleceu que o pagamento do saldo do preço ajustado seria pago em cinco prestações anuais de três mil cruzeiros. Entrando o comprador logo na posse, pagou impostos e fêz benfeitorias e plantações, transcrevendo a escritura no Registro de Imóveis de Atibaia, sob o nº 4.153.

"Pretendendo efetuar o pagamento da última prestação vencível em março de 1945, a fim de receber a escritura definitiva, recusaram-se os vendedores, notificando o comprador para rescisão do compromisso mediante a indenização das benfeitorias.

"Propôs então ação para obter a real e efetiva venda com a assinatura da escritura, depositada a última prestação, contestada sob a afirmação de se não tratar de venda com loteamento e haver na escritura a cláusula de arrependimento, além da inscrição no registro se haver efetuado quando já rescindido o contrato.

"O juiz decidiu pela carência da ação, nestes têrmos: fls. 77 v. (*lê*).

"O vencido manifestou recurso extraordinário com base na alínea a do art. 101, nº III, da Constituição de 1937, porque a decisão da Câmara foi contra o que dispõe, o art. 22 do dec.-lei federal n° 58, de 10 de dezembro de 1937, o art. 22 do decreto nº 3.079, de 10 de setembro de 1938 e o art. 346 do Cód. de Proc. Civil, sôbre cuja aplicação se questionou.

"Sobrestado o processo do recurso por ter sido contemporâneamente interposto o de revista, foi afinal arrazoado a fls. 113, não provido, êste último recurso pela justiça local".

O recurso foi contra-arrazoado a fls. 123.

Foram os seguintes os votos emitidos (*lê*).

Conhecido e provido o recurso, unânimemente, foi lavrado o acórdão de fls. 139, *verbis:*

"Sujeita a execução específica a promessa de venda devidamente averbada no Registro de Imóveis.

"Vistos e examinados êstes autos de recurso extraordinário nº 11.290 de São Paulo, entre partes Kenyti Hamaoka e Feliciano de Almeida Bueno e sua mulher:

"Acordam os ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer do recurso e lhe dar provimento, unânimemente, na forma das notas taquigráficas juntas.

"Supremo Tribunal Federal, 18 de maio de 1948. - *Orozirnbo Nonato*, presidente; *Goulart de Oliveira*, relator".

Daí os embargos de nulidade e infringentes do julgado, oferecidos por Feliciano de Almeida Bueno, a fls. 140.

Tendo vista dos autos o embargado, não juntou impugnação (fls. 153).

O ilustrado Dr. procurador-geral opinou pela rejeição dos embargos (fls. 154).

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Entendeu a egrégia 2ª Turma

Finalpag. 160

que, embora se trate de terreno não loteado, os arts. 22 do dec: lei nº 58, de 1937, e 22 do dec. nº 3.079, de 1938, asseguram a execução específica à escritura de compromisso de venda, devidamente averbada no Registro de Imóveis. E, por isso, reformou o aresto do Tribunal local.

Ocorreu, porém, uma circunstância, desatendida pelos ilustres julgadores, de se haver efetuado a inscrição da escritura em aprêço, no Registro competente (fls. 8), depois de rescindido o contrato (fls. 9). O que, a meu ver, teria modificado a situação da hipótese em foco, ainda que aceitasse a tese da veneranda decisão embargada, não admitindo restrições à aplicação dos referidos dispositivos legais.

Tenho votado últimamente - e constitui unanimidade na egrégia 1ª Turma - pela não aplicação do citado diploma de 1937 e daquele que o regulamentou às promessas de compra e venda de terrenos não loteados, mera obrigação de fazer, regida pela legislação comum e que se resolve em perdas e danos ("REVISTA FORENSE", vols. 90, página 687, 111, pág. 78, e 115, pág. 102). Mas, também, já sustentei, sendo acompanhado pela maioria da Turma julgadora, que as partes interessadas podem estipular livremente mesmo em caso de imóveis não loteados, a execução específica quando se recusar o

compromitente a outorgar a escritura definitiva de compra e venda. Não lhes é defeso subordinarem as relações jurídicas oriundas do contrato à norma prescrita no art. 346 do Cód. de Proc. Civil, obrigando-se voluntàriamente aos seus efeitos ("REVISTA FORENSE", vol. 117, pág., 106).

À vista do exposto e *data venia*, recebo os embargos, para o fim de restabelecer o acórdão do Tribunal de São Paulo, a fls. 106 v.

VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sempre acompanhei a corrente dos que entendem ser o dec.-lei nº 58, de 1937, aplicável apenas a terrenos loteados.

Aliás, esta é a jurisprudência vitoriosa nos Tribunais do país, notadamente nos Tribunais de São Paulo e do Rio Grande do Sul e também neste Tribunal, entre outros, em acórdão de que fui relator, no recurso extraordinário nº 12.684.

A jurisprudência afina com a tese sustentada doutrinàriamente por JORGE AMERICANO, ANTÃO DE MORAIS e SÍLVIO PORTUGAL.

Invocou-se na controvérsia o art. 22 do mesmo decreto, que obriga à averbação das escrituras. Mas o único efeito da averbação é o constante do art. 5°: atribuir ao promitente-comprador direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou operação posterior.

Coerente com meus pronunciamentos anteriores, recebo os embargos para restaurar o acórdão do Tribunal de São Paulo, de fls. 106 v.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, rejeito os embargos, *data venia*, de acôrdo com votos proferidos, anteriormente, em casos idênticos.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, o dec.-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, já deixava que o intérprete entendesse caber ao promitente-comprador de imóvel não loteado, desde que houvesse sido inscrita no Registro de Imóveis a escritura de promessa de venda, o direito real potestativo, pelo qual se poderia tornar efetiva a adjudicação da propriedade que se prometera vender. Esta inteligência ficou corroborada pelo disposto no

decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, o qual, no art. 178, letra *a* inciso XIV, determinou:

"No Registro de Imóveis se fará a inscrição da promessa de compra e venda de imóvel não loteado, cujo preço deva pagar-se a prazo".

Ora, esta referência feita pela lei à inscrição da promessa de venda de imóvel não loteado deixa claro o direito potestativo para a ajudicação, direito real que não se destinava, apenas, á ser oposto a terceiros, mas a permitir ao promitente-comprador a aquisição da propriedade por ato judicial.

Hoje, esta inteligência está consolidada na lei nº 649, de 11 de março de 1949, que deu ao art. 22 do cit. dec.-lei nº 58 a redação que não deixa mais dúvidas sôbre a possibilidade do promitente-comprador de imóvel, não loteado, quando, se haja feito à inscrição da promessa de venda no Registro de Imóveis, obter, por ato judicial, a execução específica do contrato. Ficou evidenciado que a resilição do contrato, no caso, foi ato meramente unilateral; o promitente-vendedor quis resilir o contrato por ato unilateral, que, evidentemente, não tem a eficácia de provocar a resolução do contrato, a qual requer pronunciamento judicial.

Rejeito os embargos, acompanhando o voto do Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, ao propósito da hipótese, ora debatida, vou ler para o Tribunal trecho de voto elaborado para enfrentar a mesma tese em discussão. Nesse voto, além de outros argumentos,

Finalpag. 161

expendo as considerações seguintes:

"É certo que, inscrito o contrato de compromisso no Registro de Imóveis, nos têrmos do art. 22 do dec.-lei nº 58, de 1937, o dec. nº 3.079, de 15 de setembro de 1938, modificado pelos arts. 178, *a*, XIV, e artigo 253 do dec. nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações do dec. nº 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, investe-se o promitente-comprador de direito real.

"Restrita, contudo, se há de entender a extensão dêsse direito real, segundo esclarece o art. 5º do dec.-lei nº 58 e dec. número 3.079:

"Averbação (atualmente inscrição) atribui ao compromissário direito real, oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior".

"Dúvida não padece sôbre o efeito do direito real: obstar possa ser o imóvel vendido ou onerado.

"Desmembram-se de uma mesma relação dois tipos distintos de direito, a saber: um *direito pessoal*, inerente ao promitente-vendedor, que contraiu uma obrigação de fazer, esta resolúvel se não atendida em indenização; um *direito real*, por fôrça do qual o imóvel, objeto do contrato, não poderá ser vendido ou onerado a terceiro.

"É de intuitiva razão que o direito real, instituído no art. 5º, para ser havido como de garantia, era indispensável que a lei assim o caracterizasse, com incidência no imóvel por forma a constituir privilégio em sentido amplo. Ora, os privilégios não se ampliam, antes, por sua natureza, submetem-se a interpretação restrita.

"Tôda essa argumentação, ràpidamente desenvolvida, orientava a aplicação da lei especial de loteamento de terrenos no sentido da oponibilidade da inscrição do compromisso apenas a terceiros. Já, agora, encontra indiscutível amparo na legislação vigente, em face da lei nº 649, cujos artigos 1° e 2º vieram corrigir dúvidas acêrca da ampliação do diploma legal".

Em virtude dessa disposição legal, desde que uma das partes haja por qualquer forma, até o momento de assinar a escritura definitiva de compra e venda, manifestado arrependimento, não se pode exigir a execução específica. A lei suprimiu êsse direito, uma vez manifestado o arrependimento, e êsse arrependimento pode ser manifestado até o instante em que se lavre a escritura definitiva; o Cód. Civil assim dispõe.

Assim, pedindo vênia para divergir dos eminentes colegas, parece-me que a parte promitente-vendedora usou de um direito comunicando à parte promissória-compradora, em tempo hábil, mediante carta, lida pelo Sr. ministro relator, a sua resolução de não dar escritura definitiva; desobrigou-se do direito de fazê-lo, obrigando-se, contudo, a indenizar as benfeitorias existentes no imóvel e realizadas pelo promissário-comprador.

Fico com a Turma, recebendo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, pedindo vênia à Turma, também rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr presidente, também rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, já no regime do Código Civil e no Tribunal de Minas, diversas vezes sustentei eu a possibilidade da execução *in natura* da obrigação *faciendi*, desde que para isso não houvesse necessidade de violentar a pessoa do *reus debendi*, de não constranger sua liberdade física.

Nas obrigações, o que se deve é a coisa realmente contraída. Esta é a prestação e não as perdas e danos que, como diz TEIXEIRA DE FREITAS, representam sucedâneo às vêzes imperfeito da *res debita*. Desde o direito antigo, desde IRNÉRIO, pelo menos, o princípio a que aludo tem aceitação e voga. O Cód. de Proc. Civil deu-lhe expressão desnublada.

Ora, escrituras de promessa de venda de terrenos, loteados ou não loteados, encerram obrigações de fazer. Não havia razão de estabelecer distinção, em nome de princípios.

E se alguma dúvida houvesse, veio a lei nº 649 afastá-la de modo definitivo.

Eis por que, freqüentemente, em casos decididos na Turma, tenha votado contràriamente ao decidido na egrégia 1ª Turma, sustentando a possibilidade da execução específica.

Confirmo meus votos, neste sentido, e rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, contra os votos dos Exmos. Srs. ministros relator, revisor e RIBEIRO DA COSTA. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI. Deixaram de comparecer, por se acharem em gôzo de licença, os Exmos. Srs. ministros JOSÉ

LINHARES e GOULART DE OLIVEIRA, sendo êste último substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Finalpag. 162

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS - COMPETÊNCIA

- Se a Constituição de um Estado declara competir ao Executivo, exclusivamente, a iniciativa das leis sôbre a criação e extinção de cargos e fixação e alteração dos respectivos estipêndios, não pode o Legislativo, por meio de emendas ao projeto governamental, majorar as tabelas propostas ou estendê-las a outros funcionários.

- A emenda é uma "forma de iniciativa", um "corolário" da iniciativa, o "próprio direito de iniciativa". Onde falta a competência para a iniciativa, falta competência para emendar.

Representante: Dr. procurador geral da República

Rep. nº 164 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, conhecer da representação formulada pelo Dr. procurador geral da República para o efeito de declarar, como declaram, na conformidade das notas taquigráficas que ficam incorporadas a êste acórdão, inconstitucional a lei nº 22, promulgada pelo Sr. presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e publicada no "Diário Oficial" daquele Estado a 8 de outubro de 1951.

Supremo Tribunal Federal, 16 de junho de 1952. - *José Linhares*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: O Dr. procurador geral da República, com fundamento no art. 8º da Constituição federal, encaminhou a êste Tribunal, fazendo-a sua, a representação que recebeu do Sr. governador do Estado de Santa Catarina e que resume nos seguintes têrmos:

"Em mensagem datada de 24 de julho do corrente ano, encaminhou o Poder Executivo à Assembléia Legislativa um projeto de lei tendente a reajustar os vencimentos da magistratura estadual (não contemplada no último aumento dado aos funcionários do Estado), apontando como meios para fazer face às despesas decorrentes do novo aumento, calculado em Cr$ 3.000.000,00, a renda resultante da reforma da lei do sêlo.

"Acontece, porém, que foi apresentada, pela bancada pessedista, emenda substitutiva, que, extravasando a proposta inicial do Executivo, não só majorou o aumento solicitado para a magistratura, como estendeu o benefício a todos os servidores públicos, em mais de sessenta milhões de cruzeiros anuais, sem atribuir recursos suficientes ao custeio dessa despesa, limitando-se a estatuir: "as despesas decorrentes desta lei correrão por conta da arrecadação do presente exercício", esquecida de que a receita orçamentária se destina, comprometida, a fazer face aos encargos normais da administração.

"Vindo o projeto de lei calcado na emenda substitutiva, - uma vez que a proposta do Executivo fôra rejeitada - para sanção governamental, vetei-o por inconstitucional e contrário ao interêsse público. (Documento junto).

"Devolvido à Assembléia, esta, por vinte votos, - que tantos eram os deputados presentes, inclusive o presidente, num total de trinta e nove senhores deputados, rejeitou o veto, tendo o presidente da mesma Assembléia, baseado no disposto no artigo 29 da Constituição estadual, promulgado o projeto em tela, o qual, assim, se converteu na lei nº 22, de 5 de outubro de 1951. Cumpre esclarecer, ainda, que: *a)* o

aumento começou a vigorar desde 1º de julho; e,

.....

"Efetivamente, tendo sido objeto da mensagem presidencial tão-só um projeto de lei tendente a reajustar os vencimentos da magistratura estadual, apontando meios para fazer face às despesas decorrentes do novo aumento, escapava à competência da Assembléia Legislativa estender o benefício a todos os servidores públicos do Estado, ativos e inativos, notadamente sem atribuir recursos suficientes ao custeio da respectiva despesa.

"Em assim tendo procedido a referida Assembléia Legislativa, invadiu a competência privativa do governador do Estado, nos têrmos do disposto no art. 27, nº III, da Constituição estadual, *in verbis*:

"Art. 27. Compete exclusivamente ao governador a iniciativa dos projetos de lei sôbre:

.....

"III, a criação e extinção de cargos e funções estaduais e fixação e alteração dos respectivos estipêndios".

"E, havendo a Assembléia Legislativa invadido as atribuições privativas do governador, desatendeu ao imperativo da Constituição federal que assegura a observância, pelos Estados, da independência e harmonia dos poderes, o que justifica a inclusa representação para o fim de ser declarada a inconstitucionalidade da lei estadual nº 22, de 5 de outubro do corrente ano.

"Não resta dúvida que a Assembléia Legislativa podia emendar o projeto que lhe enviara o governador, mas tão-só com respeito

Finalpag. 163

à magistratura, pois só desta êle cuidava.

"Ademais, a aludida Assembléia deixou de observar o disposto no art. 38 da Constituição estadual, que estabelece que

"Nenhum encargo onerará o Tesouro do Estado ou dos Municípios sem a atribuição de recursos suficientes para lhe custear as despesas",

não havendo proporcionado os recursos suficientes para custear as despesas que teriam de decorrer do aumento de vencimentos objeto da citada lei nº 22, do corrente ano, até mesmo com respeito às dos magistrados, pois não atendeu à sugestão do Sr. governador para a reforma da lei do sêlo, que, segundo a mensagem já referida, proporcionaria recursos suficientes, pois traria aumento de renda.

"E tendo deixado, dita Assembléia, de observar o citado art. 38 da Constituição do Estado, não pode subsistir a lei nº 22, de 1951, contendo tal vício, de vez que a Constituição federal, no art. 18, preceitua que

"Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição",

"não se podendo, portanto, admitir que, uma lei estadual subsista quando contrarie disposição expressa da Constituição estadual ou federal" (v. fls. 2 dos autos).

Cabendo-me, como relator, processar o feito, solicitei informações da ilustre Assembléia, que as ministrou pela exposição de fls. 60-75:

"A emenda", diz essa informação, "além da extensão aos demais servidores do Estado, visou adaptar o projeto governamental às exigências da Constituição catarinense, estabelecidas no art. 195:

"Sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, serão a êles reajustados os proventos da inatividade".

" Ao Legislativo catarinense não restava outra solução senão estender a iniciativa a todos os servidores públicos de vez que, na proposição governamental, esquecera-se

os inativos, os quais, pelo citado art. 195, seriam obrigatoriamente beneficiados, face ao destino do aumento, proposto com o salutar objetivo de melhorar os baixíssimos padrões de vencimentos dos magistrados.

"Ocorre ainda que a legislação vigente, lei estadual nº 249, de 12-1-1949 - Estatuto dos Funcionários Estaduais - art. 199, § 4º, prevê:

"O provento da inatividade não poderá ser superior ao vencimento ou remuneração da atividade, nem inferior a um têrço".

"Determinando, pois, a Constituição, que os vencimentos dos inativos sejam obrigatòriamente reajustados sempre que o forem os da atividade, e, constituindo os inativos uma classe única, porquanto os cargos públicos são declarados vagos, entre outras razões, pela aposentadoria, de votar-se não era o projeto governamental sem que emendado no sentido de estender aos inativos os benefícios constantes da mensagem do Executivo.

"Isto sem falar-se na iniciativa ampla e direta aberta à Assembléia pela proposição governamental que contemplava:

"*a)* os magistrados;

"*b)* os membros do Ministério Público, e

"*c)* um servidor não pertencente a qualquer das duas citadas classes" (v. fls. 62 dos autos).

Procura, em seguida, a informação da Assembléia mostrar que o projeto do Govêrno era inconveniente, porque oneroso ao Estado (fls. 63); que, nos últimos seis anos, foi a magistratura contemplada (fls. 64); que o governador não apontara o aumento da lei do sêlo como meio, para enfrentar as despesas (fls. 65); que a arrecadação do Estado apresenta um excesso de Cr$ 100.000.000,00, capazes de acudir ao aumento que a Assembléia determinou; que não era possível distinguir uma classe de servidores do Estado de outras; que, aceitando a sugestão do Executivo, a Assembléia nada mais teria feito do que colaborar com S. Exª o Sr. governador (fls. 72).

Havendo o Sr. governador requerido autorização para intervir, como assistente, não tive dúvida em atendê-lo, dado o seu manifesto interêsse na decisão do pleito. Foram apresentadas, pelo seu advogado, as razões de fls. 423-437. A Assembléia, por sua vez, contestou-as (fls. 441-461). Pronunciou-se o Dr. procurador geral a fls, 163, pela seguinte forma: (*lê*).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): I. Após prescrever, como regra, que a União não intervirá nos Estados, a Constituição federal aponta, no art. 7º, os casos excepcionais que comportam essa medida, um dos quais é o de assegurar a observância do princípio da independência e harmonia dos poderes – nº VII, alínea *b*. E o art. 8º, parág. único, dispõe que:

"no caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo procurador geral da República ao exame

Finalpag. 164

do Supremo Tribunal Federal, e, se êste a declarar, será decretada a intervenção".

A representação do Sr. procurador geral tem, pois, *in principio*, visível enquadramento em dispositivos da Constituição federal.

II. Atribui-se à lei nº 22, do Estado de Santa Catarina, haver ferido o princípio de autonomia dos poderes, porque: 1º) pelo art. 27. da Constituição daquele Estado - v. fls. 83, - competia exclusivamente ao governador a iniciativa de projetos de lei sôbre criação e extinção de cargos e funções estaduais e "fixação dos respectivos estipêndios". A Assembléia Legislativa, entretanto, ao tomar conhecimento da mensagem que elevava vencimentos dos juízes, promotores e do procurador geral do Estado, estendeu êsse aumento a todos os funcionários ativos e inativos, exorbitando de sua alçada. 2º) A Assembléia, com essa medida, elevou as despesas do Estado em cêrca de 60 milhões de cruzeiros, desatendendo ao art. 38 da mesma Constituição, que recomenda:

"Nenhum encargo onerará o Tesouro do Estado, sem atribuição de recursos para lhe custear as despesas".

Além dessas duas argüições, que constam da petição do Dr. procurador geral, alega o assistente que o seu veto foi rejeitado, sem o *quorum* legal da maioria absoluta, que seria, em 39 votantes, de 21, e não de 20, como se deu.

III. Examinemos a primeira questão: ter a Assembléia, com a emenda ampliativa, invadido os limites de ação do governador, a quem cabia a iniciativa de propor a majoração de vencimentos dos funcionários públicos.

O poder de emendar é corolário do poder de iniciativa. A emenda, diz CARRÉ DE MALBERG, não é senão "*una nueva iniciativa que se injerta sobre una iniciativa anterior*", "Teoria General del Estado", tradução esp., pág. 354.

Outros autores, com palavras diversas, secundam êste conceito. "*L'emendamento è una forma de iniciativa*" - MICELLI. "Diritto Costituzionale", pág. 791. E EUGÈNE PIERRE: "*Le droit d'amendement est le corollaire du droit général d'initiative. L'amendement se distingue de la proposition en ce qu'il n'a pas comme celle-ci, le pouvoir de faire naître une question nouvelle*" (v. "Droit Politique Electoral et Parlamentaire", número 699).

Se a emenda é "uma forma de iniciativa", um "corolário" da iniciativa, "o próprio direito de iniciativa", já se vê que onde falta a competência para a iniciativa, falta competência para emendar. E se acaso a reconhecermos, há de ser em limites que não desvirtuem o poder privativo. E o que diz positivamente LAFERRIÈRE:

"Etant un droit d'initiative, le droit d'amendement, en principe existe dans la même mesure. Que a l'initiative a le droit d'amendement. Logiquement, qui n'a

pás le droit d'initiative n'a pas non plus le droit d'amendement" (v. "Manuel de Droit Constitutionnel", pág. 1.003).

A Assembléia do Estado de Santa Catarina, emendando a proposta governamental, o fêz em têrmos amplíssimos: onde se majoravam vencimentos para três classes de servidores apenas - juízes, promotores e procurador geral - ela os elevou para o funcionalismo todo. Não lhe era lícito fazê-lo. Excedeu-se. Podia a Assembléia aprovar ou rejeitar o projeto. Afirma-se que era gravoso ao Estado - repelisse-o. Podia consertá-lo quanto à forma. Podia mesmo estendê-lo se essa extensão fôsse conseqüência fatal, iniludível, de dispositivos constitucionais, Por exemplo: se o projeto não consignasse aumento para os promotores, que estão, neste particular, ligados à sorte dos juízes. Mas torná-lo compreensivo de todos os servidores, ativos e inativos; sob pretexto de que, todos êles, pela depreciação da moeda, necessitavam dêsse amparo, foi um atentado à prerrogativa de outro Poder.

A mensagem governamental não invocara sequer elevação do custo de vida, como justificativa do projeto, mas a "flagrante disparidade entre os vencimentos da magistratura catarinense e os das demais unidades da Federação", (v. fls. 19).

Nem a emenda da Assembléia se ateve aos inativos de iguais classes - juízes, promotores e procuradores, - o que seria, talvez, defensável, mas ampliou os favores aos ativos e inativos de tôdas as classes e carreiras.

Sustenta, todavia, a ilustre Assembléia, que tendo o Govêrno tomado a iniciativa de propor alteração de vencimentos, não estava mais a Assembléia adstrita, aos têrmos do projeto governamental, podendo alterá-lo, modificá-lo ou ampliá-lo. "O privilégio da competência exclusiva constitucionalmente atribuída ao governador diz respeito tão-sòmente à iniciativa do projeto, o que significa que, na ausência dessa iniciativa, a Assembléia não poderá cogitar da matéria ou procurar regulá-la em projeto originado de seu próprio seio. Tomada, porém, a iniciativa pelo governador, restauram-se em tôda a sua plenitude, quanto à matéria em questão, as funções legislativas da Assembléia, cujo exercício a Constituição limitou - tão-sòmente e de modo exclusivo ao seu "têrmo inicial".

A prevalecer esta exegese, não poderia nunca o Executivo propor aumento de vencimentos de qualquer funcionário, ainda que ocupante de modesto lugar na escala burocrática, porque, com essa só medida, daria ensanchas ao Legislativo para, a seu talante, tocar nos vencimentos gerais dos funcionários e uma despesa de alguns cruzeiros se iria converter num excesso de muitos milhões.

Apela-se para os precedentes da França, da Itália e dos Estados Unidos. Nesses países, argumenta-se, embora se mantivesse igualdade entre a Câmara e o Senado, relativamente à iniciativa e elaboração das leis, estipulava-se prioridade para a Câmara em matéria de leis financeiras. O Senado podia, entretanto, livremente as emendar, deixando o privilegio da Câmara restrito a simples iniciativa. Examinemos o valor de tais precedentes. A Constituição francesa de 1875, de fato, determinava que as leis sôbre finanças deveriam ter iniciativa nas Câmaras, sendo, em seguida, submetidas à consideração do Senado. Sôbre a atitude dêste havia três correntes de opinião: para uns, somente podia o Senado aceita-las ou repeli-las, não lhe sendo permitido emenda-las; para outros, vedado era apenas introduzir novos créditos, mas tolerava-se que diminuísse despesas. Outros sustentavam a faculdade ampla de emendas, reduzindo a iniciativa à prioridade na discussão. Admitamos, *ad argumentandum*, tenha prevalecido esta corrente. Que razões a justificavam?

O histórico da lei esclarece. A prática de terem início na Câmara os projetos de leis financeiras é de origem inglêsa (v. ESMEIN, "Droit Constitutionnel", vol. 2º, página 471, *in fine*). Na Inglaterra a Câmara dos Comuns é eletiva. A dos Lords, aristocrática.

Achou-se que as leis que agravam os impostos ou aumentam as despesas do Estado, interessando particularmente ao povo, pelos seus representantes, os deputados, é que deveriam ser promovidas. A Câmara dos Comuns compete, por isso, a iniciativa dessas leis, que não podem jamais ser emendadas pela Câmara, dos Lords. A França acolheu o instituto, mas, nesse país, as duas Câmaras eram eletivas, e por isso o Senado não se conformou nunca com o privilégio outorgado à outra Câmara. E com razão: o motivo que o justificava na Inglaterra não existia na França. Veja-se ESMEIN: "*Elles ont purement admis la priorité, en matière de lois de finances, au profit de la Chambre des deputes. La pratique anglaise repose, non seulement sur cette idée que toutes les lois de finances diffèrent profondément, dans leur nature des lois ordinaires, mais encore sur cette autre idée que le pouvoir dë consentir les subsides, quelles contiennent, n'appartient qu'à la Chambre populaire; et cette dernière thèse n'a pu se faire recevoir et se maintenir que grâce à la composition aristocratique et héréditaire de la Chambre des Lords. Celle-ci ne peut se faire accepter comme le véritable représentant des contribuables. Mais là où les deux Assemblées sont électives, et surtout lorsqu'elles ont l'une et l'autre à la base le suffrage universel, il n'y a plus aucune raison pour établir entre elles aucune différence fondamentale, relativemente au vote des lois de*

finances pas plus que pour l'exercice du pouvoir legislative ordinaire" (v. "Éléments de Droit Constitutionnel", vol. - 2°, pág. 473).

Igualmente nos Estados Unidos, onde o direito de apresentar emendas é defendido, nos mesmos têrmos, por STORY, "Commentaries", § 896. E também da Itália, veja-se MOHRHOFF, "Diritto e Procedura Parlamentare", pág. 324.

Tais razões de ordem política que influíram na atitude do Senado, em diversos países, para o efeito de lhe ser reconhecida a liberdade irrestrita de emendar, nada têm que ver com a limitação imposta aos parlamentares de tomar iniciativa de despesas, limitação que foi determinada por motivos muito diferentes. Lá, tudo é, de fato, questão de prioridade, porque as duas Câmaras, em doutrina, poderiam ter as mesmas atribuições. Aqui não. Não é prioridade que se disputa. E a vigilância de uma prerrogativa de que dependem as boas finanças da nação.

O preceito surgiu também na Inglaterra - e este é o único ponto de semelhança com o caso precedente - consagrado no Regulamento da Câmara dos Comuns, para, explicou ANSON, defender o contribuinte contra a benevolência acidental de uma Câmara trabalhada pela eloqüência de algum *private member*. A Constituição australiana e a canadense adotaram o preceito, exigindo, para leis dessa natureza, proposta do governador.

Comentando, diz ESMEIN: "*Le mal auquel ces règles tendent à remédier sest fait sentir chez nous avec une intensité particulière, car il semble que ce soit un mal endémique des démocraties. L'initiative des députés, inspirée dailleurs le plus souvent par des idées généreuses, et se faisant jour surtout par des amendements au budget des dépenses, est sûrement une des causes principales de l'augmentation progressive de nos dépenses públiques*" (v. ob. cit., vol. 2, página 480).

Com tal pressuposto, foram na França publicadas várias leis tendentes a reprimir a liberdade da Assembléia, neste particular, despertando gerais aplausos.

"*II est indispensable*", diz DUGUIT, "*que le droit d'initiative appartienne au gouvernement. C'est lui qui est l'organe dirigeant par excellence dans l'Etat; c'est lui qui connait surtout les besoins du pays, les difficultés auxquelles il faut parer; c'est donc lui que, mieux que personne, peut savoir quels projets doivent être soumis au parlement*" ("Traité de Droit Constitutionnel", vol. 4º § 26).

Na Itália, PERGOLESI: "*In effetti la iniziativa governativa è di gran lunga prevalente, anche nelle altre materie, in confronto a quella di altri organi, perche il Governo ha la maggiore possibilità di avvertire i bisogni della Nazione e di conoscere quali siano i mezzi più adeguati al soddisfacimento di essi, ed inoltre rientra mel suo compito di attuazione del. proprio indirizzo*

Finalpag. 166

o programma politico di preparare disegni legislativi" (v. "Diritto Costituzionale", § 53).

Entre nós, VEIGA FILHO, escrevendo em pleno regime da liberal Constituição de 1891, assim se exprimia, no seu "Manual da Ciência das Finanças": "A prerrogativa do Poder Legislativo de examinar, discutir, aprovar ou recusar quaisquer projetos, relativos à despesa pública, têm sido lembradas as seguintes limitações: *a)* direito privativo do Poder Executivo para propor tôda e qualquer despesa; *b)* proibição ao parlamento de aumentar a despesa proposta por aquêle poder. A espantosa e continua progressão dos orçamentos públicos e a conseqüente agravação de impostos sugeriram as medidas indicadas, como meio eficaz, na frase de JULES ROCHE, de se deter ou pôr paradeiro ao furor da onda crescente da despesa pública". E mais adiane: "São incontestáveis os grandes benefícios que adviriam ao nosso país da adoção da prática inglêsa de competir ao Poder Executivo a iniciativa da despesa pública. Implantado êsse benéfico regime, não mais se presenciará o fato das coligações de diversos grupos parlamentares, para fazerem triunfar, pelo esfôrço combinado, projetos de despesa que de outro modo não seriam convertidos em lei".

Acorde com êsses princípios, a Constituição federal de 34, no art. 41, § 2º, reservava ao presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que aumentassem vencimentos de funcionários ou criassem empregos em serviços já organizados, artigo que foi reproduzido, com ligeira transposição de palavras, pelo § 2° do art. 67 da Constituição vigente, fonte, evidentemente, do artigo 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que ora estamos aplicando.

Os comentadores da nossa Constituição não têm feito especial referência a êsse parágrafo, salvo TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, que lhe dá relativo elastério, ainda assim bem menor do que o defendido, para o art. 27 da Constituição estadual, pela Assembléia de Santa Catarina. Parece-me, no entanto, que qualquer interpretação extensiva, em prol do Legislativo, viria desviar a finalidade da lei que é, repitamos, habilitar o Executivo a ter mão no orçamento, impedindo se despenhe o Estado no resvaladouro dos gastos.

Vem ao justo aquêle ensinamento de BLACK, segundo o qual se duas interpretações se defrontam, se há de dar preferência à que realiza melhor o fim da lei: "*Every statute is to be construed with reference to its intended scope and purpose of the legislature in enacting it; and where the language used is ambiguous, or admits of more than one meaning, it is to be taken in such a sense as will conform to the scope of the act and carry out the purpose of the statute*" (v. "On Interpretation of Laws", número 33).

IV. O acolhimento à primeira argüição quase torna sem interêsse discutir a segunda - não haver sido consignada verba especial para a despesa decorrente do substitutivo., Todavia, não será demasiado acrescentar que também esta increpação procede. Não bastava dizer a lei, como o fêz, que a despesa correria "por conta da arrecadação do presente exercício". Tôdas as despesas correm por conta da arrecadação. Cumpria fôssem abertas verbas especiais, máxime estando em meio à execução o orçamento. A lei entraria em vigor desde logo - outubro de 1951. O orçamento fôra aprovado no ano precedente. Logo, a lei votada, também neste passo não obedeceu à regra estipulada na Constituição do Estado.

V. E, finalmente, discutamos a terceira tese, que diz respeito à inconstitucionalidade da lei, por vício formal - não ter havido maioria absoluta na sua aprovação. Em 39 votantes, maioria absoluta seria de 21, e não de 20, pretende o Sr. governador.

Neste ponto, não lhe assiste razão. Por vêzes em leis, em regimentos ou em livros de doutrina, se define maioria absoluta como a representada pela metade e mais um. É. definição imperfeita. Não satisfaz se o número é ímpar. Melhor nos parece esta outra: maioria absoluta é a representada pelo número imediatamente superior à metade. É o conceito de DUGUIT: "*Si le nombre des votants est un nombre pair, la majorité absolue est la moitié plus un de se nombre. Si les votants sont en nombre impair, la majorité absolue est la majorité absolue du nombre pair immédiatement audessous: la majorité absolue de 1.001 est 501; et 501 est aussi la majorité absolue de 1.000*" (v. "Traité de Droit Constitutionnel", vol. 4º, pág. 91).

É o de GIUSEPPE MESSINA, em artigo "Maggioranza", no "Dizionario di Diritto Privato de Scialoja".

É o que predomina nas apurações eleitorais americanas (v. "Dictionary of Social and Political Sciences", cap. "Suffragies"). É também o de CARLOS MAXIMILIANO, apoiado na autoridade de RACIOPPI e BRUNELLI. E é o

critério mais justo. O outro, o da metade mais um, nos números ímpares; faz prevalecer a vontade da minoria sôbre a da maioria, como ocorreria, no caso em debate, se houvesse predominado a votação dos 19 deputados que apoiaram o veto, contra a dos 20, que o rejeitaram.

Em conclusão: tendo por fundadas as duas primeiras argüições, pôsto haja repelido a última, entendo que a lei nº 22, do Estado de Santa Catarina, violou o princípio da independência e harmonia dos poderes prescrito no art. 7º, nº VII, letra *b*, da Constituição federal e, por isso, defiro a representação do Sr. Dr. procurador geral da República.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, desde que a Constituição de

Finalpag. 167

Santa Catarina atribuiu ao governador, em seu art. 27, a iniciativa para aumento e fixação dos estipêndios do funcionalismo público, não podia a Assembléia do Estado ampliar suas atribuições em detrimento daquele sem atentar contra o princípio da harmonia dos poderes.

Aliás, tal iniciativa é inegàvelmente indispensável ao contrôle da administração, para que ela possa atender ao interêsse público e se exerça em proveito geral.

Penetrando na estruturação dos poderes políticos, disciplinou a Constituição o exercício da autoridade de cada um, evitando desbordamentos perniciosos às finanças públicas.

A vingar o precedente seriam os projetos similares apenas um pretexto para que a Assembléia se investisse de uma prerrogativa que a Constituição não lhe atribui, e mais que isso, fazendo tábua rasa de um dispositivo expresso em matéria de competência.

A previsão da receita e despesa cabe ao Poder Executivo, mais que qualquer outro tem sob os olhos todos os elementos de observação indispensáveis. A arrecadação e a despesa se desenvolvem sob suas vistas.

Assim, se a proposta do Govêrno mandando aumentar os vencimentos dos magistrados, fazia correr à conta do *superavit* êsse aumento, é que a previsão

governamental isso autorizava. Daí a incluir no mesmo exercício financeiro aumento para todos os funcionários, a distância é imensa.

Ficou o Poder Executivo sem elementos para atender à despesa que lhe foi imposta na emenda oferecida ao projeto pela Assembléia.

Com, êste ligeiro adminículo do brilhante voto do eminente ministro relator; estou de pleno acôrdo com S. Exª e declaro inconstitucional a lei.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, apesar do voto brilhante e jurídico do eminente ministro relator, configurando o caso em todos os seus aspectos; quero destacar apenas o § 2º do art. 67 da Constituição, ponto saliente da razão de ser da representação.

A Constituição, seguindo, aliás, o exemplo da de 1934, limitou a liberdade do Poder Legislativo no sentido da iniciativa das medidas tendentes ao aumento de despesas. O país já estava acostumado aos grandes *deficits* orçamentários, acarretando graves prejuízos aos interêsses nacionais, perturbando a política econômica do país, que vivia, constantemente, a recorrer a empréstimos externos, visando normalizar suas finanças internas.

O legislador de 1946 entendeu que essa providência era salutar aos nossos princípios e o constituinte, que é o legislador supremo, limitou a liberdade do Legislativo, de poder decidir a respeito. Atribuiu ao Executivo o contrôle das finanças públicas, a fim de que melhor pudesse administrar, tendo em vista os interêsses nacionais e a realização da felicidade do nosso povo.

Essa limitação não corresponde senão a um dos elos da interdependência dos poderes. Assim, com essa restrição constitucional, o Poder Executivo faz sua proposta e o Legislativo tem que a analisar exclusivamente como ela é formulada, sem poder ampliá-la, de modo a tornar as despesas excessivas, comprometendo o orçamento, exorbitando dos mandamentos constitucionais relativos à harmonia dos poderes.

Não há dúvida que o aumento proposto para a magistratura não pode ser pôsto no mesmo equilíbrio com o aumento de todos os funcionários civis. A proposta limitou-se aos membros de um dos poderes constitucionais, com despesa limitada, e para ela a Executivo, segundo ouvi do eminente ministro relator, apresentou a fonte arrecadadora. Entretanto, disse da tribuna o eminente jurisconsulto Dr. FRANCISCO CAMPOS, que havia *superavit*. Mas essa

circunstância não autoriza a medida do Legislativo. Se *superavit* existe, podia estar êle destinado a outras providências de interêsse geral, que viessem atender ao ponto de vista da Administração pública e não para justificar o excesso do Legislativo.

Incontestàvelmente, como bem salientou o eminente ministro MÁRIO GUIMARÃES, o Legislativo se excedeu e assim violou o art. 27, dando lugar à legitimidade da representação. Com, estas ligeiras considerações, estou de perfeito acôrdo com o eminente ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, três são as razões invocadas na presente representação contra a lei estadual em debate. Vou começar pela última, que é a de que não teria ocorrido maioria absoluta para a rejeição do veto do governador. Não tenho dúvida alguma que a maioria absoluta de 39 é 20. Tratando-se de votantes em número ímpar, a maioria absoluta é à mesma do número par imediatamente inferior. Já neste sentido tenho aqui votado. Também rejeito a increpação de que a lei não indicou a fonte da receita ou a fonte de recursos para fazer face ao aumento de despesa. Indicou, sim. Disse que o aumento de despesa devia ser coberto pela receita arrecadada, que o fôra em muito mais do que o previsto no orçamento. E, o que é mais: indicou como fonte de recursos a mesma que havia, indicado o próprio chefe do Executivo estadual, isto é, o *superavit* da receita, a ser utilizado mediante créditos suplementares.

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Permita V. Exª um esclarecimento: não é bem êste o ponto, porque a proposta do Executivo propunha um aumento da lei do sêlo para fazer face à despesa.

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Mas na mensagem não se dizia isto. Só mais

Finalpag. 168

tarde é que o chefe do Executivo estadual declarou que pretendia cobrar essa despesa com a revisão da lei do sêlo. Na proposta, porém, falava em cobertura da despesa mediante créditos suplementares, sôbre a receita arrecadada. Portanto, a indicada fonte de receita era a mesma.

Agora, Sr. presidente, resta a questão central, nuclear, de que cogita a representação. Entendo que o art. 27 da Constituição catarinense, que reproduz,

se não na forma, pelo menos no fundo, dispositivo da Constituição federal, exerce uma função frenadora ao predomínio ou arbítrio do poder legiferante. Não exige, apenas, como muito bem acentuou no seu brilhante voto o eminente Sr. ministro relator, simples *prioridade* da proposta do Poder Executivo, idêntica à primazia que, no regime bicameral, cabe a uma das câmaras do Congresso no tocante a certos projetos. Não; aqui se exige uma iniciativa condicionante e particularizada, referente não só à apresentação da proposta como ao seu conteúdo.

Entre outros assuntos a que devem ser atinentes os projetos cuja iniciativa cabe ao Poder Executivo, figura o de aumento de vencimentos. Estaria, sem dúvida, inteiramente burlado o preceito constitucional se permitisse ao Poder Legislativo um maior aumento do que o proposto pelo Executivo. Estaria totalmente iludida a finalidade do preceito, qual a de evitar que o Legislativo, não conhecendo, realmente, como conhece o Executivo, as fôrças do erário, as probabilidades da receita, ou as possibilidades de granjeio do numerário, pudesse estabelecer um tal aumento de despesa que colocasse o Tesouro em pânico, na impossibilidade prática de poder arrostar com êsse acréscimo de passivo. Pode a Câmara, pode a *legis latio* emendar a proposta ou anteprojeto do Executivo, mas dentro de sua própria lógica, como um corolário necessário dos próprios critérios adotados pela proposta, e, notadamente, dentro do provável algarismo máximo indicado pelo Poder Executivo relativamente às fontes de cobertura.

Nada disso ocorreu no caso vertente. A extensão ao funcionalismo público em geral do aumento proposto para os magistrados e membros do Ministério Público não era um corolário necessário da proposta governamental. Várias são as condições que reclamam um tratamento diferente entre os membros da magistratura e do Ministério Público e os funcionários em geral. Sem querer tocar em outros pontos, bastaria que se destacasse o seguinte: os magistrados e membros do Ministério Público estão obrigados à constante aquisição, por conta própria, de livros que os aparelhem para o exato exercício de suas funções, que os coloquem ao nível da evolução jurídica, e isso importa despesas de grande vulto, e mesmo, algumas vêzes, arrasadoras. Basta êste fato para que se não possa exigir uma igualdade de tratamento entre os juízes e promotores e os funcionários públicos em geral. Tal igualdade redundaria numa iníqua desigualdade.

Por outro lado, admitir que o Legislativo faça acréscimos ao aumento proposto pelo Executivo, é evidentemente atribuir àquele a iniciativa que a Constituição proíbe. Quanto a êsses acréscimos, evidentemente interfere a iniciativa do Legislativo, que o preceito constitucional proíbe. Como precisamente acentuou,

no seu erudito e notável voto, o Sr. ministro relator, não há "direito de emenda" onde não há "direito de iniciativa". A entender-se de outro modo, estaria rompido o freio impôsto pelo dispositivo da lei fundamental.

Conhece-se a razão dêsse dispositivo, que a Constituição de Santa Catarina copiou da Constituição federal: é evitar o *jubileu de indulgências* a que, por vêzes, no passado, se entregava o Poder Legislativo, sem cuidar das possibilidades do Tesouro, sem indagar das condições financeiras, ainda quando desfavoráveis, em que se achasse o Estado. E. então, cuidou de criar êsse entrave, êsse contrapêso à autonomia do Legislativo. O Executivo, que conhece de perto quais as possibilidades do Tesouro e as necessidades reais da Administração; que conhece o que se pode dar, em face da situação do erário ou dos algarismos possíveis de arrecadação da receita, da capacidade de tal ou qual impôsto ou de tal ou qual verba; o Executivo que, para usarmos uma linguagem pitoresca, *sabe onde dói o calo*, e o que se pode fazer, no limite da realidade, para remediar o mal, foi erigido, neste particular, em controlador do Legislativo. Ora, essa finalidade, êsse objetivo do preceito constitucional, que não pode deixar de ser interpretado dentro da sua função teleológica, estaria inquestionàvelmente cancelado, se fôsse permitido ao Poder Legislativo entregar-se, de novo, aos excessos de liberalidade com sacrifício do erário. De nada teria valido o empecilho criado pela Constituição, que atendeu a uma lição, a uma longa e alarmante lição de experiência. Não é a primeira vez que me manifesto contra o subterfúgio com que se tem enganado o preceito constitucional em questão. Já de outra feita, quando foi de uma criação de varas na Justiça local, tendo a proposta do Poder Executivo limitado o número dessas varas a 6ª Câmara dos Deputados, com apoio do Senado, emendou o projeto, aumentando para 9 o número dessas Varas. Como membro, que era então, do Tribunal de Justiça local, tive ensejo de, em sessão plenária, declarar a minha estranheza quanto ao que eu reputava um indisfarçável desrespeito à Constituição.

Assim, estou sendo fiel a mim mesmo, neste momento, ao reconhecer, positivamente, a inconstitucionalidade da lei catarinense nº 22, porque, desatendendo a um preceito de ordem constitucional sôbre interdependência de poderes, quebrou a harmonia entre êstes, traduzindo uma incursão do Legislativo na órbita do Executivo.

Finalpag. 169

Por essa razão, e tão-sòmente por essa razão, estou de acôrdo com a conclusão do eminente Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, o eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA salientou que três são os fundamentos da presente alegação de inconstitucionalidade. Como S. Exª, também começarei a examinar a espécie pelo último e o faço porque considero êsse terceiro fundamento prejudicial dos demais.

Trata-se de vício formal na elaboração da lei. Acolhido êste fundamento, os outros estão prejudicados. Ora, eu, *data venia* dos que se manifestaram em sentido contrário, acolho êste terceiro fundamento porque neste sentido tem sido o meu pronunciamento, não só no Supremo Tribunal Federal, como no Tribunal Superior Eleitoral, a que tive a honra de pertencer. Reconheço que a quase unanimidade dos doutrinadores proclama que a maioria absoluta de um parlamento ou de um colégio judiciário é alcançada desde que se verifique o pronunciamento de mais de metade dos integrantes, em se tratando de número ímpar de votantes. Mas, apesar de ter visto inúmeros autores sustentando esta doutrina, eu não me convenci da sua justeza. No sentido contrário, isto é, no sentido do ponto de vista que eu adoto, poderei invocar, apenas, três precedentes: é o Regimento Interno do antigo Senado francês; o do antigo Regimento do Senado brasileiro, comentado pelo ilustre jurista que foi o conselheiro AFONSO PENA; e é o entendimento seguido na Câmara dos Representantes dos Estados Unidos. Nessas três corporações exigia-se e exige-se, para que se caracterize a maioria absoluta, metade mais um, ainda que seja ímpar o número de integrantes a deliberar. Disse que não me convenci daquele outro entendimento, ou da sua justeza, porque formulo um argumento que, a meu ver, destrói qualquer outra objeção; é o seguinte: que é um voto nos Parlamentos ou nos Tribunais? Trata-se, evidentemente, de um pronunciamento decorrente do entendimento e da vontade de um integrante dessas corporações. Não pode haver voto sem que haja uma pessoa que manifeste o seu pensamento. Não havendo uma unidade, não há voto. Ora, aplicando êste entendimento, esta doutrina, ao caso corrente, verifica-se que, na Assembléia Legislativa de Santa Catarina, tomaram parte na votação trinta e nove representantes. Qual seria a maioria absoluta? Sustenta-se - e eminentes juízes já votaram acolhendo esta orientação, - que a maioria absoluta de trinta e nove é vinte e não vinte e um. Mas esquecem-se de que estão igualando a maioria absoluta à simples maioria. Qual seria a simples maioria de trinta e nove? Seria vinte. Qual é, então, a maioria absoluta? Não pode ser vinte, porque se igualaria à simples maioria.

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): A maioria de trinta e nove podia não ser dezenove, nem vinte, se houvesse três candidatos.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Trata-se de votação de uma lei, não de escolha de candidatos para um cargo. Em trinta e nove deputados, vinte foram num sentido; dezenove, noutro. Neste caso, igualar-se-iam a maioria absoluta e a maioria simples. Não o posso compreender porque, evidentemente, a metade de trinta e nove seria 19,5. Ora, como já se disse no memorial aqui distribuído, não se pode dividir um deputado ao meio; logo, tem-se de computar mais uma unidade, mesmo porque - aí é a razão determinante - não se consegue mais um voto sem mais uma unidade, pois que, não havendo mais uma unidade, isto é, mais uma pessoa que dê o seu pronunciamento sôbre determinada questão, não há um voto além da metade dos integrantes. E indispensável a presença de metade mais um, ainda que seja ímpar o número de votantes, não bastando o pronunciamento de mais de metade. Este é o entendimento que tenho sempre adotado e a que me mantenho fiel.

Acolhido êste fundamento, os outros dois estão prejudicados. A lei se revestiu de um vício formal, porquanto o número de votantes que repeliram o voto não foi suficiente para que se verificasse o pronunciamento daquela corporação política. Acolho, assim, a conclusão do eminente Sr. ministro relator:

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, a matéria, por assim dizer, está esgotada. Falaram da tribuna o ilustre representante do Govêrno do Estado de Santa Catarina e, em seguida, o eminente jurista Dr. FRANCISCO CAMPOS, secundado pelo Dr. procurador geral da República. No seu voto minucioso, pormenorizado, esclarecido, em que se condensa a doutrina mais moderna sôbre o assunto, o eminente Sr. ministro relator esgotou, a meu ver, totalmente, a questão. Apenas, cabe-me dizer ao Tribunal que, alguns anos atrás, debateu o Tribunal Superior Eleitoral o tema ora trazido à apreciação da Côrte Suprema, de sorte que tenho meu ponto de vista já empenhado sôbre a matéria. Discutiu-se lá acêrca da proposta feita por V. Exª, Sr. presidente, que então honrava a presidência daquele Tribunal. Tendo havido mensagem ao Congresso solicitando providências para criação do quadro dos funcionários da Secretaria do Tribunal, essa proposta indicava o número de cinqüenta funcionários para compor o quadro respectivo. Ocorreu, entretanto, que o Parlamento, ao invés de aprovar a mensagem com o número de funcionários indicados, ou de restringir êsse número, que fêz? Ampliou-o, criando, em vez de cinqüenta cargos, sessenta e dois. Nessa ocasião, ficamos vencidos eu e o Sr. ministro SÁ FILHO, porque sustentamos e até apelamos para o espírito de justiça dos eminentes colegas no sentido de não aprovar a lei em sua

totalidade, enviando-se mensagem ao Parlamento, propondo a extinção dos doze cargos criados a mais, pois entendíamos que tinha havido exorbitância de atribuições. Sustentamos, nessa ocasião, que o Parlamento age, em tais casos, como órgão aferidor, como órgão que provê os meios sem os quais não poderia funcionar a Secretaria do Tribunal. Era indispensável a sua colaboração. O Parlamento podia diminuir os padrões de letra dos funcionários, podia reduzir algum cargo proposto, não podia, porém, a meu ver, *data venia,* aumentar o número de funcionários que deveriam compor a Secretaria do Tribunal. Infelizmente, a nossa modesta opinião não pôde prevalecer, não granjeou o aplauso dos nossos nobres colegas. Assim, hoje, para mim, juiz que sou muito aferrado aos meus princípios, é de verdadeira satisfação ouvir, neste caso, levantar-se uma voz que vem em meu apoio, partindo de um dos mais ilustres Srs. ministros, a do Sr. ministro relator. S. Exª, no seu voto magistral, demonstrou que, no momento atual, a composição dos Parlamentos exige, visa ao bem público, visa à ordem legal, visa ao futuro da Nação e para que não se permita, como no passado regime, aquelas célebres caudas orçamentárias. Houve no voto do eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA uma ressonância dêsse fenômeno, quando S. Exª aludiu aos excessos, ao liberalismo com que se oneravam os cofres públicos através de leis verdadeiramente abusivas. Todos os anos, por ocasião da votação da lei orçamentária, a Nação volvia os seus olhos para o Parlamento, atônita, porque sabia que, certamente, era chegado o momento em que se distribuíam os favores a granel; então, criavam-se cargos, aumentavam-se vencimentos, etc. Estou certo de que o nosso legislador constituinte bem se inspirou, impondo na Constituição vigente o preceito de seu art. 67, § 2º, que contém realmente um freio, um corretivo às demasias com que o Parlamento muitas vêzes distribuía favores.

Sr. presidente, estamos revivendo o regime democrático, regime que é de ordem, que é de representação, que é de responsabilidade, não de abusos. Daí por que cada vez mais o espírito público se acentua no desejo de que os poderes constituídos se atenham cada qual em seu lugar, funcionando especificamente, sem que um extravase de suas atribuições para invadir o poder de outro. Evidentemente, quando um dos poderes se desloca da sua função específica e se arroga poder que não tem, dá-se o desequilíbrio entre êles! Verifica-se o fenômeno da desarmonia; para dissipa-la há de haver um órgão de contrôle. Que órgão será êsse? Qual senão a Côrte Suprema, o Supremo Tribunal Federal? E êle o é. A Constituição determina o órgão competente, através de provocação pela Procuradoria Geral da República, para, mediante representação, pedir a declaração de inconstitucionalidade da lei ordinária, do

ato legislativo, da lei inconstitucional do Estado, para restabelecer o equilíbrio entre os poderes, a harmonia que deve reinar entre êles.

Assim, Sr. presidente, não tenho a menor dúvida em acompanhar o voto do eminente Sr. ministro relator, voto brilhante, exaustivo, declarando inconstitucional a lei impugnada pela representação apresentada a êste Supremo Tribunal pelo ilustre Sr. Dr. procurador geral da República.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, a questão está bem esclarecida. Inclino-me para o voto magistral do eminente ministro relator. Sem dúvida que a iniciativa das leis pertence, em regra, ao Legislativo. É uma prerrogativa sua, e lhe incumbe a disposição dos meios de que carece o Estado, seja estabelecendo as fontes de receita, seja consentindo nas despesas necessárias.

Já isso sustentei na representação nº 131, em caso, da Constituição de Alagoas, apreciada em janeiro de 1950, neste Tribunal, e acrescentei que "a iniciativa conferida a outros poderes, no que se refere a certas leis, é uma restrição à soberania do Legislativo, restrição que contraria a tradição liberal.

"Mas o Executivo é o poder que arrecada os impostos e conhece melhor do que o Parlamento as possibilidades do Tesouro, por isso explica-se que seja deixado a êle a provocação das leis de que resulte a criação de novas despesas.

"Tal é, portanto, a razão de ser dêsse deslocamento de atribuição que pertence em princípio aos Parlamentos e que, transferidos nas hipóteses mencionadas para o Executivo, deve ser entendida como exceção, isto é, em têrmos restritos".

A iniciativa do Executivo é indispensável para promover a deliberação legislativa no sentido do aumento; nesse plano é que se situa a articulação entre os dois poderes, evitando-se a quebra do princípio da independência e harmonia entre os dois poderes.

O princípio dos poderes separados, independentes e harmônicos, acentuei no voto aludido, "efetiva-se mediante os freios e contrapesos, que são os meios de que cogita a Constituição para lhes assegurar o funcionamento nas respectivas órbitas. Um dêles é o *veto* com o correspectivo direito conferido à Assembléia de o repelir, mantendo sua deliberação; outro a iniciativa governamental nas hipóteses referidas, como um freio à soberania do legislador, no interêsse do

equilíbrio orçamentário; outro a declaração de inconstitucionalidade das leis, mediante a qual o Judiciário controla a ação legislativa no interêsse da Constituição - além de outros".

Mantendo êsse entendimento, esclareço que não se pode impedir que o Congresso emende um projeto do Executivo, desde que não esteja acima do que foi proposto e atendida a mesma classe de funcionários. A iniciativa

Finalpag. 171

do Govêrno restrita a uma classe, a uma categoria de funcionário, não pode, realmente, ser estendida a todos os funcionários.

Estou com TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, quando esclarece:

"É preciso, entretanto, que os aumentos se verifiquem dentro das mesmas carreiras ou dos mesmos serviços, que podem ser, por esta forma, ajustados por iniciativa do presidente da República".

Com essas explicações, acompanho o ministro relator, acolhendo a representação.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, as questões ligadas ao famoso princípio da independência dos poderes e da sua harmonia sempre teve aspectos delicados, nos quais se exercita a atividade dos políticos; tudo isso porque o próprio princípio tem qualquer coisa de não estrito, mas de flexível, de variável, de acôrdo com os tempos e os lugares. As conseqüências políticas levam a que o princípio não seja de linhas rígidas; nem pode ser. Assim, qualquer lei que deseja conceituá-lo em contornos nítidos se sujeitaria a críticas e daria maior margem a um poder, encurtando a expansão de outro. Neste aspecto, foi, realmente, fascinante a argumentação do eminente FRANCISCO CAMPOS. Mas, no caso, a questão tem feição técnica inarredável. Houve lei estadual que, tomando a iniciativa ao Poder Executivo, a aumentou, ampliando quadros. Essa atitude envolveu exercício de atividade própria de outro Poder. O eminente Sr. ministro relator acantonou o problema neste particular e lhe deu lúcida e cabal solução. Demonstrou S. Exª em seu voto memorável que a emenda realmente lançou o disco além da marca. Acompanho o voto de S. Exª

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: E prerrogativa particularizada do Executivo a iniciativa de leis sôbre a criação de cargos e fixação ou aumento de vencimentos do funcionalismo, inclusive magistratura e Ministério Público de que trata a espécie. Seria, portanto, abusivo viesse o Legislativo, espontâneamente, ampliar ou restringir a proposta governamental.

E, ademais disso houve criação de vultosa despesa, sem atribuição dos recursos correspondentes.

Afigura-se-me que, além de desatendidos os arts. 27 e 38 da Constituição de Santa Catarina, violado ficou, pela lei estadual número 22, de 5 de outubro de 1951, o princípio de independência e harmonia dos poderes, estabelecido na Carta Maior (art. 36).

Assim, acompanhando o brilhante voto do eminente ministro relator, defiro a representação do Dr. procurador geral da República.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: foi conhecida a representação para ser declarada inconstitucional a lei catarinense, unânimemente.

Impedido o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

Deixaram de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, e por estar afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, o Sr. ministro EDGAR COSTA, sendo substituídos; respectivamente, pelos Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

*

GUARDA DE MENOR - PODERES DO JUIZ

- Não basta, para reclamar menores, quando sob a guarda de terceiros, a condição de pai, mãe, tutor ou encarregada de sua guarda. A lei exige, ainda no interêsse dêles, que, às prerrogativas do pátrio-poder, concorram outros pressupostos, cuja verificação é simples "quaestio facti", que desautoriza o recurso extraordinário. A submissão dêsse poder ao contrôle da autoridade pública constitui um dos mais coloridos da socialização do direito. Não deve ser restituído à mãe o menor, por ela abandonado, cuja

educação seria prejudicada com a sua volta. O processo de abandono do menor é de mera feição administrativa, dada a urgência das providências tutelares do seu interêsse.

Eutália Morett Vieira *versus* Maurício Garcês e sua mulher

Rec. ext. nº 11.601 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.601, do Distrito Federal, recorrente Eutália Morett Vieira, recorridos Maurício Garcês e sua mulher:

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, 10 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O caso dos autos teve remate e cláusula no acórdão de fls. 111, *verbis*

"Vistos, relatados e examinados êstes autos de recurso cível nº 3, sendo recorrentes Maurício Garcês e sua mulher, e recorrido o juízo de Menores:

"Acordam os juízes do Conselho de Justiça, por unanimidade de votos, dar provimento

Finalpag. 172

ao recurso para, reformando a decisão recorrida, restabelecer a de fls. 20 a 21, mantida a menor sob a guarda e responsabilidade dos recorrentes, mas assegurada à mãe legítima o direito de visitas, a ser regulado pelo Dr. juiz.

"A menor, abandonada com sete meses no Hospital Artur Bernardes, foi entregue aos recorrentes, em 2 de abril de 1941, decretado o abandono por

sentença de 28 de outubro de 1943. Somente em 20 de março de 1945 surgiu a mãe legítima para reclamá-la, sendo certo que, retirando-se do hospital, em Niterói, completamente restabelecida, em 14 de julho de 1940 (quando a filha ainda se achava no Hospital Artur Bernardes), não a foi buscar, até que, pelo juízo de Menores, passou à guarda dos recorrentes. Nesse período, de mais de cinco anos, não foi a menor procurada por sua mãe. Entregue ao casal recorrente, provado está o ótimo tratamento que tem recebido (docs. de fls. 66 a 82). O interêsse da menor, que é o que deve predominar, está em permanecer com o casal recorrente. Encontrou um lar bem formado, a segurança de uma perfeita educação, a garantia de seu futuro, e a certeza de uma vida feliz. Em sua conceituação moderna, o pátrio-poder deixou de ser um instituto invocado em favor dos pais, transformando-se em instituto de proteção e amparo à pessoa e aos bens dos filhos, para o alto interêsse da sociedade. Como acentuou o ministro GOULART DE OLIVEIRA: "Não há mais amontoar argumentos no sentido de evidenciar a evolução sofrida pelo Instituto do "pátrio-poder", transformado jurídica e socialmente em "pátrio-dever", de tal modo prima o interêsse do filho sôbre as decantadas prerrogativas do pai. O concurso dos escritores, a corrente convencedora dos julgados e a eloqüência dos fatos vão conseguindo, nas legislações, a inserção de textos garantidores dessa boa doutrina, armando, assim, os juízes administrativos de medidas ajustadas à solução feliz dêsse relevantíssimo problema" ("Arq. Judiciário", vol. 40, pág. 274).

"O Cód. de Menores, em seu art. 57, admite a restituição do menor aos seus pais nos casos que expressamente enumera. A reclamante, entretanto, não possui os requisitos essenciais que autorizam a restituição da menor, desde que foi a causadora do abandono da filha. Acresce que a educação atual, que vem recebendo a menor, seria prejudicada com a sua volta à mãe legítima.

"Rio de Janeiro, em 31 de julho de 1946".

A reação de Eutália Morett Vieira externou-se pela manifestação do presente recurso extraordinário, pedido nos têrmos de fls. 119:

"Eutália Morett Vieira, no processo em que contende com Maurício Garcês e sua mulher, não se conformando, *data venia*, com o respeitável acórdão do egrégio Conselho de Justiça no recurso cível nº 3, vem do mesmo recorrer extraordinariamente para o colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, nº III, letras *a* e *d*, da Constituição dos Estadas Unidos do Brasil, de acôrdo com os artigos 863 e 864 do Cód. de Proc. Civil, com a redação que lhe deu o art. 38 do dec.-lei nº 4.565, de 11 de agôsto de 1942.

"*Do cabimento do recurso*:

"O recurso cabe pelas letras *a* e *d*, porque foi o acórdão proferido contra expresso dispositivo de lei federal, violados que foram os arts. 57 e 161, § 2° (dec. número 17.934, de 12-10-1927).

"I. *Quanto à letra* a:

"O venerando acórdão violou o art. 57. do Cód. de Menores, porque, no seu capítulo V, o referido Código, tratando das medidas aplicáveis aos menores abandonados, enumera os casos em que o menor reclamado será entregue ao reclamante, isto é: quando se tratar de pai, mãe, tutor ou encarregado de sua guarda; quando o abandono do menor foi motivado por circunstâncias independentes da vontade dos reclamantes; quando o reclamante não se acha incurso em nenhum dos casos em que a lei comina a suspensão ou perda do pátrio-poder ou a destituição da tutela; quando a educação do menor não é prejudicada com a volta ao poder do reclamante.

"Na hipótese dos autos, a recorrente é mãe, não abandonou sua filha, a menor Maria Stela, por isso que a deixou em hospital federal, sob recomendação de autoridade pública (fls. 18), até que sua situação financeira permitisse tê-la em sua companhia, não estando a retirada da menor do referido hospital condicionada à alta de sua mãe, que se achava internada em outro hospital, mas, sim; à restauração econômica da recorrente, que atravessava um período difícil da sua vida, vencido heròicamente pelo esfôrço e abnegação da recorrente; não se acha a mãe incursa em nenhum dos casos em que a lei comina a suspensão ou perda do pátrio-poder, nem tal suspensão ou perda se verificou, nem a educação de Maria Stela será prejudicada com sua volta ao lar materno, pois que a mãe está educando em colégios partiulares 6 filhos menores (doc.).

"Violou, também, o § 2ºdo art. 161 do referido Cód. de Menores. Conquanto o artigo citado estabeleça que o processo para verificação do estado de abandono de menores é sumaríssimo, o seu § 2º, atendendo a um princípio universal de direito, determina que, iniciado o processo, será notificado o pai, a mãe, o tutor ou o encarregado da sua guarda, para comparecer em juízo, assistir à justificação dos fatos alegados e apresentar a sua defesa requerendo as diligências que lhe convier.

Finalpag. 173

Não houve, no caso *sub judice*, qualquer citação da recorrente, quer pessoal, quer por edital. Em face do § 2º do artigo 161, a recorrente devia ter sido citada, e nesse sentido é a jurisprudência; assim, no acórdão nº 16.667, de 14-9-42, publicado na revista "Justitia", de dezembro de 1942, o Tribunal de Apelação de São Paulo decidiu:

"Tanto para a suspensão do pátrio poder, como para a decretação do abandono de filho pelo juiz de menores, deve o pai ser citado para defender-se".

"II. *Quanto à letra d:*

"Cabe o recurso pela letra *d*, em virtude de divergência de aplicação da mesma norma jurídica, conforme se evidencia da leitura do brilhante acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo, na apelação cível nº 9.813, publicada na "REVISTA FORENSE", vol. LXXXVI, pág. 386, que assim se manifestou em caso idêntico ao do presente feito:

"A lei não veda o exercício do pátrio-poder aos pobres e humildes; senão apenas aos indigentes, aos perversos, aos criminosos e aos moralmente inidôneos. Não se pode negar à criada de servir, que goza de boa saúde e está empregada, nada se argüindo contra a sua idoneidade moral, o direito de retomar o filho em casa alheia, embora tenha ai todo o confôrto".

"A recorrente é mãe, não foi destituída do pátrio-poder, nem dêle suspensa, não é indigente, nem criminosa, nem moralmente inidônea, goza de boa saúde, trabalha honestamente, educa em bons colégios os demais filhos, nada foi argüida contra a sua idoneidade moral. Por que, então negar-lhe a filha de suas entranhas?

"*No mérito*:

"Na realidade, em face do documento de fls. 18, não houve abandono, e a sua decretação, sem a devida notificação do pai, mãe, tutor, violou o dispositivo legal já citado. Admitindo-se, entretanto, o abandono, para argumentar, o menor abandonado pode ser entregue independentemente do seu estado de abandono, é o que, determina a lei quando trata do assunto: Código de Menores, capítulo V - Das medidas aplicáveis aos menores abandonados - artigo 57: "O menor reclamado será entregue se ficar provado", etc.

"Não exige a lei a abastança do pai como condição para reclamar o filho, senão a sua qualidade de pai, idoneidade moral, e garantia de que a educação do filho não será prejudicada com a sua volta ao lar.

"Assim sendo, considerando o velho princípio de hermenêutica de que a ninguém é lícito distinguir onde a lei não distingue; havendo sido o acórdão do egrégio Conselho de Justiça proferido contra lei federal e divergindo o Tribunal na aplicação da mesma norma jurídica por outro tribunal do país, cabível é o recurso, que deve ser recebido e processado na forma da lei.

"Espera a recorrente que, na forma do art. 865 do Cód. de Proc. Civil, mande V. Exª dar-lhe vista dos autos para apresentar defesa.

"Nestes têrmos, P. deferimento.

"Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1946. - *G. Marcondes Machado*".

Razoaram as partes (*ler*). E, por fim, o então procurador geral da República, hoje nosso eminente colega Sr. ministro LUÍS GALLOTTI, disse:

"Os recorridos levantam uma preliminar de intempestividade do recurso (fls. 131), a qual a nosso ver não procede.

"Os documentos de fls. 139 e 140 provam apenas que a ata da sessão do Conselho de

Justiça, em que se proferiu a decisão recorrida, foi publicada a 15 de agôsto de 1946.

"Mas o acórdão, só foi registrado a 20 de agôsto e remetido à Imprensa Nacional em 21 de agôsto (fls. 113), e não consta dos autos a data em que foi publicado.

"Assim, não é possível afirmar que haja sido tardia a interposição do recurso.

"O recurso parece-me incabível, pois não se demonstrou ofensa à letra da lei nem diversidade de jurisprudência na sua interpretação.

"Opinamos, assim, que dêle não conheça o egrégio Tribunal.

"Distrito Federal, 9 de agôsto de 1949. - *Luís Gallotti*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O caso não é de recurso extraordinário. O acórdão de fls. não vulnerou o art. 57 do Cód. de Menores, *verbis*:

"O menor reclamado será entregue, se ficar provado:

I, que se trata, realmente, de pai, mãe (legítima, natural ou adotiva), tutor ou encarregado de sua guarda;

II, que o abandono do menor foi motivado por circunstância independente da vontade do reclamante;

III, que o reclamante não se acha incurso em nenhum dos casos em que a lei comina a suspensão ou a perda do pátrio-poder ou a destituição da tutela;

IV, que a educação do menor não é prejudicada com a volta ao poder do reclamante".

Não basta, assim, a condição de pai, mãe, tutor ou encarregado da guarda do menor. A lei exige, ainda, no interêsse do menor, que prima às prerrogativas do pátrio-poder,

Finalpag. 174

outros pressupostos cuja verificação é simples *quaestio facti*.

A *patria potestas* que, de vedro, em pouco se diferenciava da *potestas dominica* (vêde DECLAREVIL, "Rome et l'Organization du Droit", pág. 139) é, modernamente, como realçou o acórdão de fls., invocando a autoridade do nosso eminente colega Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, instituição em favor dos filhos e em que os deveres de pai primam aos seus direitos e prerrogativas.

In pietate debet, non in atrocitate consistere, como já dizia HERCULANO.

A submissão dêsse chamado poder ao *contrôle de l'autorité*, assinalado em COSENTINI ("Le Droit de Famille", pág. 406), constitui até, segundo MENGER, um dos traços mais coloridos da socialização do direito.

Obediente a essas inspirações, exige o Cód. de Menores, no art. 57, para que seja entregue o menor reclamado, não só a prova da condição de pai, mãe, tutor ou encarregado de sua guarda, como de outros requisitos ns. II, III e IV.

Ora, o venerando acórdão julgou não possuir a reclamante "os requisitos essenciais que autorizam a restituição da menor".

Declarou ter sido ela "a causadora do abandono da filha". E mais, que a educação da menor seria prejudicada com a sua volta à mãe legítima".

Ora, o nº II do art. 57, entre as provas que exige ao reclamante, menciona a de ter sido o abandono motivado por circunstância independente de sua vontade.

E o nº IV declara a *contrario sensu* que o menor deixará de ser entregue ao reclamante se isso prejudicar sua educação.

Renite a recorrente em que os pressupostos do art. 57 *estão provados*. Mas, com o julgar o contrário, poderá o venerando acórdão não ter usado de poeira fina para a apuração dos fatos, sem que, porém, haja vulnerado letra de lei.

Quanto à alegada ofensa do art. 161, § 2º, do mesmo Cód. de Menores, sua ofensa não se verificou, porque o § 7º do mesmo artigo autoriza, conforme as circunstâncias, a presente feição puramente administrativa, ao processo de abandono. E nem al podia ser, dado o urgente das providências tutelares do interêsse do menor.

E, quanto à letra *d*, não oferece, igualmente, suporte ao recurso extraordinário.

A tese do Tribunal de São Paulo, de que "o pátrio-poder não é vedado aos pobres e humildes, senão, apenas, aos indigentes, aos perversos, aos criminosos e aos moralmente inidôneos", não depara contradita; assim expressa que tácita, no acórdão recorrido.

Não conheço, preliminarmente, do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, unânimemente. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

MANDATO - EXCESSO DE PODERES - RATIFICAÇÃO

- O ato praticado, além das fôrças do mandato, não vincula o mandante que o não aprove.

- O direito não tutela direito potencial futuro.

- A ratificação vale como mandato "ex post", espécie de mandato retroativo, porque valida o ato desde o dia de sua efetivação. Tanto pode recair em atos executados, com excesso de mandato, como, sôbre os realizados em virtude de mandato nulo. Se não é expresso, pode resultar de ato inequívoco. O mandato em têrmos, gerais só confere poderes de administração.

L. S. Stahlke & Cia. Ltda. *versus* Henrique Stahlke Filho

Rec. ext. nº 11.694 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.694, do Paraná, recorrentes L. S. Stahlke & Cia. Ltda., recorrido Henrique Stahlke Filho:

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 17 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O caso dos autos teve no Tribunal do Paraná a exposição constante do relatório de fls. 210, *verbis*:

"Henrique Stahlke Filho propôs contra a firma L. S. Stahlke & Cia. Ltda. ação para o efeito de compelir a ré a entregar ao autor os maquinismos de uma olaria

e a pagar perdas e danos. Alegou, em resumo, que a 14 de agôsto de 1942 faleceu Henrique Guilherme Stahlke, pai dêle autor, deixando bens e mais os filhos de nome Silfredo, ora réu, e Carlos Stahlke; que ao ser feito o inventário dos bens do falecido, Carlos e o autor repudiaram a herança

Finalpag. 175

ou seja as suas legítimas; que, em conseqüência, os bens do espólio foram adjudicados a Luís Silfredo Stahlke; que houve uma combinação entre o autor, Carlos, e Silfredo, nos seguintes têrmos: *a)* o autor e seu irmão Carlos Stahlke renunciavam às suas legítimas paternas em favor de Luís Silfredo Stahlke; *b)* êste, uma vez julgado o inventário dos bens de Henrique Guilherme Stahlke, transferiria a têrça parte dos ditos bens ao filho do autor, Henrique Jorge Stahlke Neto; *c)* também terminado dito inventário, Luís Silfredo Stahlke se comprometia a entregar a Carlos Stahlke todos os maquinismos e demais pertences da olaria sediada em Campo do Tenente, em qualquer pagamento; que, ultimado o inventário mencionado, Luís Silfredo, esquecida a palavra dada, se negou a entregar os maquinismos referidos, o que motivou a interpelação epistolar, escrita em 26 de junho de 1943, a Henrique Stahlke & Cia., antecessores da ré, o que motivou a resposta de Henrique Jorge Stahlke Neto, procurador da firma interpelada; que a firma Henrique Stahlke & Cia. foi dissolvida a 7 de dezembro de 1944, assumindo Luís Silfredo seu ativo e passivo e sendo organizada a firma L. S. Stahlke & Cia. Ltda., composta, exclusivamente, de Luís Silfredo e de sua espôsa; que, constituindo a cerâmica exploração comercial-industrial da nova firma, daí a persistência da mesma na não entrega dos maquinismos referidos; que, tendo Carlos Stahlke transferido ao autor os seus direitos, ao autor devem ser entregues, pela ré, os maquinismos que enumera; que não entregando os mesmos, a ré agiu de má-fé, ficando assim obrigada à indenização do art. 159 do Cód. Civil, além dos honorários do advogado, de acôrdo com o art. 64 do Cód. de Proc. Civil. A ré contestou, argüindo, preliminarmente, a própria ilegitimidade: L. S. Stahlke & Cia. Ltda. é pessoa jurídica que se não confunde com a pessoa física dos seus sócios. No mérito, impugna e refuta, longamente, a longa dedução da autora. À final, foi decidida a ação, julgando-a improcedente o Dr. juiz *a quo*, condenada a autora nas custas e nos honorários do advogado. A autora apelou. Passo ao Sr. desembargador ISAÍAS BEVILÁQUA. Em 11-12-1946. - *Antônio de Paula*".

E aquêle ilustre Colégio Judiciário proferiu, na solução do pleito, o acórdão de fôlhas 211 v., lavrado pelo Exmo. Sr. desembargador ANTONIO DE PAULA:

"Vistos, examinados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 4.046, de Rio Negro, em que são apelantes Henrique Stahlke Filho e apelados L. S.

Stahlke & Cia. Ltda., declarado parte integrante do julgamento o relatório *retro*:

"Acorda a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, preliminarmente, em negar provimento ao agravo do despacho que, declarou o processo saneado. A ação foi proposta contra L. S. Stahlke & Cia. Ltda., cuja citação foi pedida na pessoa de seu representante legal, o qual foi citado na pessoa do sócio-gerente Luís Silfredo Stahlke. À sociedade-apelada, sendo composta da pessoa do citado gerente e da sua mulher Olga Stahlke, confunde-se, de certo modo, com a pessoa natural, a pessoa jurídica... Aliás, o agravante, nas suas alegações finais, entendeu sem objeto o agravo. No mérito; também acorda, por unanimidade de votos, em dar provimento à apelação para condenar a apelada a entregar ao autor-apelante os maquinismos e pertences da olaria sediada no Campo do Tenente, os quais constituíram objeto da presente demanda e estão discriminados no item XIII da inicial, não condenando, entretanto, ao pagamento dos honorários do advogado. Assim decide porque a carta de fls. 13 dos autos, expedida pela firma "Henrique Stahlke & Cia. e assinada por Henrique Jorge Stahlke Neto, é inteiramente válida, obrigando os seus dizeres à firma apelada. Este não era mero gestor de negócios, como ressalta do instrumento de procuração de fls. 14. Nem se trata; no caso, de *negócio ilícito*, como o demonstrou o apelante, já porque o objeto da demanda é lícito, diante do art. 82 do Cód. Civil, já porque expressa a verdade o asserto do apelante quando diz que o direito não tutela prejuízo potencial futuro. Também não procede a asserção da sentença relativamente à necessidade de escritura pública, para a validade do contrato sôbre a entrega dos maquinismos, por se não tratar de bens imóveis, sendo que o art. 141, parágrafo único, do Código citado admite a prova testemunhal como subsidiária de prova escrita, em contrato de qualquer valor. No caso, existe a prova fornecida pela carta de fls. 13 e o recibo de fls. 19.

Custas pelos apelados.

"Curitiba, 14 de janeiro de 1947. – *Isaías Beviláqua*, presidente substituto; *Antônio de Paula*, relator; *Antonio Leopoldo*".

Daí o presente recurso extraordinário que procura suporte na letra *a* do dispositivo constitucional e em que se dão como vulnerados os arts. 1.288, 1.295 e seu § 1º, 145, nº II, 1.296 e parág. único., 1.306, 1.581, 114; 129 e 130, 145, 104. e 105, 141 e parág. único, 116, 82; 115 e 131, todos do Cód. Civil. Razoaram as partes a fls. e fls. (*lê*).

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Foi a presente ação julgada, em parte, procedente, para condenar a ora recorrente a entregar os maquinismos da olaria, pedidos na inicial, e custas

Finalpag. 176

Com êsse teor de decidir, teria o ilustre tribunal paranaense, na versão do recorrente, vulnerado uma pinha de dispositivos do Cód. Civil, convém a saber, os arts. 1.288, 1.295 e seu § 1º, 145, nº II, 1.296 e parágrafo único; 1.306, 1.581, 114, 129 e 130, 145, 104 e 105, 141 e parág. único, 116, 82, 115 e 116. Há que examinar, em tôda a sua extensão, ainda que sumária e brevemente, o alegado pelo recorrente.

Por fôrça do art. 1.288 do Cód. Civil, opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interêsses.

É dispositivo de cunho doutrinário, definição legal de mandato, lei formal, que se inclui, segundo COVIELLO, entre "*quelle disposizione che no contegono un preceito giuridico, ma... dichiarazioni di principe puramente dotrinali*..." ("Manuale di Diritto Civile", pág. 35).

Tais dispositivos são escassos no Código, que não é um compêndio de doutrina. E só de maravilha pode ser dispositivo semelhante vulnerado pelo juiz. No caso, não depara o acórdão - ainda que examinado de fito e aturadamente - qualquer conceito, expresso ou virtual, que faça rosto à definição legal de mandato.

Está no art. 1.295 que "o mandato em têrmos *gerais* só confere poderes de *administração*".

E no seu parág. único que, para alienar ou praticar atos que exorbitem da administração ordinária, faz-se mister a outorga de poderes *especiais* e expressos, esclarecendo-se no § 2º que o poder de *transigir* não importa o de firmar compromissos. Essas citas do recorrente fazem-se ao propósito da procuração outorgada por Henrique Stah1ke & Cia. a Henrique Jorge Stahlke Neto.

Alega-se que ela sòmente encerrava mandato para *administrar* e gerir *negócios*. O único poder especial, que continha, era o de *transigir*, que não implica o de *renunciar*.

E o ato praticado, além das fôrças do mandato, é absolutamente nulo e não obriga ao mandante.

Verdadeira é a tese de que o ato praticado além das fôrças do mandato não vincula o mandante, que o não aprove.

Na lição de LAURENT, o ato excessivo não adquire existência por ausência de consentimento ("Principes", XXVII, nº 434, página 487). Inverificada a ratificação, confirma RAMELLA ("La Vendita", pág. 155), com respeito ao mandante, o ato é "*res inter alios*".

E a lição de DEMOGUE é, por igual, expressiva

"Duns le cas où le mandataire a excedé ses pouvoirs, et où, d'autre part, il n'a pas répresenté son mandant, l'acte de mandataire est pour celui-ci "res inter alios acta...". Par suite, sauf ratification ultérieure, le contrat n'a pas d'existence..." ("Obligations", I, ns. 107 e 108).

Em tal hipótese, como ensina RICCI, "*la convenzioné conclusa tra il mandato e il terzo non ha, rispetto al mandante, esistenza giuridica*..." ("Corso", 3ª ed., vol. IX, nº 17, *in fine*).

Mas, nem o acórdão deu como válido ato excessivo do mandatário, nem dispensou poderes especiais e expressos para o ato de alienação.

O que êle afirmou foi que a carta de fôlhas era válida e "*seus dizeres* obrigavam à firma apelada", não sendo Henrique Stahlke Neto, em face do instrumento de fls. 14, que encerra amplos poderes, mero gestor de negócios. A análise da extensão dos poderes dêsse instrumento não podia carrear ofensa ao princípio legal citado.

O art. 145, nº II, do Cód. Civil fulmina de nulo o ato jurídico de objeto ilícito ou impossível.

O acórdão; porém, não viu impossibilidade ou iliceidade no ato discutido. Ao revés, declara expressamente:

"Nem se trata, no caso, de *negócio ilícito*, já porque o objeto da demanda é licito, diante do art. 82 do Cód. Civil, já porque expressa a verdade o asserto do apelante quando diz que o direito não tutela prejuízo potencial futuro".

O art. 1.296 e seu parág. único do Código Civil versam a ratificação e a imputação ao dono do negócio levado a efeito com excesso de poderes.

Insiste o recorrente, a fls., que a ratificação do mandato sòmente se readmite se expressa ou dessumida de ato inequívoco.

É o que está, sem dúvida, no art., 1.296, parág. único, do Cód. Civil.

A ratificação vale como um mandato *ex post*, como o mandato é uma ratificação antecipada, na frase de POPESCO RAMNICEANO.

A ratificação, observa, no mesmo sentido, CARVALHO DE MENDONÇA ("Contratos", 1ª ed., pág. 231), é uma espécie de mandato retroativo, porque ela vai validar o ato desde o dia de sua efetuação e tanto pode recair em atos executados com excesso de mandato, como sôbre os que se realizarem em virtude de um mandato nulo. É a regra: "*rati habitio mandato equiparatur*".

Se a ratificação não é expressa, há de resultar de ato *inequívoco*, cuja caracterização aliás, como disse ainda CARVALHO DE MENDONÇA (livro cit., loc. cit.), "é questão de fato, variado na forma, mas de fácil determinação no contrato".

E essas questões nem foram versadas no acórdão.

Nem podiam sê-lo com pertinência, uma vez que elas pressupõem a ocorrência de *excesso de mandato*, que o venerando acórdão não admitiu.

Finalpag. 177

A prossecução da análise da alegada vulneração dos outros dispositivos indicados não levara a resultar favorável ao recorrente.

O art. 82 dá as condições gerais de validade do ato jurídico: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita em lei.

Alegou o recorrente a ilicitude do ato discutido; mas, o venerando acórdão desaconselhou a alegação, a que não respondia prova convincente.

Quanto ao art. 114, não se tratou de implemento de condição a que estivesse subordinado o negócio. Nem se admitiu, contra o art. 115 do Cód. Civil, como lícita cláusula vedada expressamente por lei.

Nem se deu valor a negócio jurídico subordinado a condição juridicamente impossível.

Nem, à derradeira, se abriu, ao colaborador de simulação fraudulenta, ensejo de apregoar a própria torpeza em Juízo.

A eventual injustiça da decisão da justiça paranaense não concretizou vulneração de letra de lei poderosa a abrir ensejo ao uso do recurso extraordinários, de que, preliminarmente, não conheço.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por decisão unânime, deixaram, preliminarmente, de conhecer do recurso. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

COMPRA E VENDA - ENTREGA DA COISA VENDIDA - PERDAS E DANOS

- Faltando um dos contratantes ao que fôra convencionado, é de ser decretada a rescisão do contrato, com a responsabilidade por perdas e danos, como na hipótese em que o vendedor deixa de entregar a coisa vendida, no tempo aprazado. Êste o princípio dominante, no direito civil e comercial, em tôda a sua natural extensão, cedendo, apenas, à influência. nefasta da "vis maior", na dissolução do "vinculum iuris".

Frederico de Medeiros & Cia. *versus* João de Oliveira, Irmão & Cia. Ltda.

Rec. ext. nº 11.754 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.754, do Distrito Federal, recorrentes Frederico de Medeiros & Cia. Ltda., recorridos João de Oliveira, Irmão & Cia. Ltda.

Acorda a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 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, 10 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Proferiu o juiz Dr. FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO a sentença de fls. 59, *verbis*:

"Vistos êstes autos de ação ordinária movida por João de Oliveira, Irmão & Cia. Ltda., contra Frederico de Medeiros & Cia. Alega a firma-autora haver comprado da firma-ré 500 pranchões de pinho do Paraná, de 3ª qualidade, de 3" x 9" x 3", pelo preço de Cr$ 45,00 por dúzia de 168 pés, CIF-Rio de Janeiro, embarque "o mais breve possível", e demais condições constantes do pedido nº 197, a fls. 3; que essa compra foi feita a 11 de setembro de 1943 e, não havendo a ré feito a entrega da mercadoria vendida, apesar de ter recebido material perfeitamente igual ao vendido à autora, notificou-a esta em setembro de 1944 a fazer a entrega da mercadoria vendida, dentro do prazo de dez dias, sob pena de incorrer em mora e responder por perdas e danos, lucros cessantes, e honorários de advogado; que, não havendo sido atendida essa notificação, pede seja a ré condenada àquele pagamento, rescindido o contrato de compra e venda, por culpa exclusiva dos vendedores.

"Contestando a ação, diz a ré que, nos têrmos do art. 202 do Cód. Comercial, não pode o comprador cumular o pedido de rescisão com o de pagamento de perdas e danos; que a venda feita à autora era sob o compromisso de ser feita a entrega da mercadoria vendida, "no mais breve prazo possível"; que, entretanto, dada a deficiência de transporte e aquisição de material, não foi possível proceder a tal entrega; que, assim, o contrato deve ser declarado rescindido, mas sem condenação da ré a qualquer indenização; que a autora é que deve ser condenada em honorários de advogado.

"Proferido despacho saneador (fls. 25 v.), foi realizada a audiência de instrução e julgamento, em que fizeram as partes alegações orais.

"O que tudo visto e bem examinado:

"Pelos contratos de fls. 3 e 4, a ré obrigou-se a entregar aos autores a mercadoria, em questão "o mais breve possível" e tão logo que as tivesse em mãos.

"Data o contrato de setembro de 1943.

"Ora, o doc. de fls. 49 prova que, no período de maio de 1944 a junho de 1945 a

Finalpag. 178

firma-ré recebeu grande quantidade de madeira, inclusive pranchões. Observa-se, por exemplo, que, no dia 28 de setembro de 1944, ela, recebeu 520 pranchões de pinho, quando, pelos docs. de fls. 3 e 4, prometera entregar à autora 500 pranchões de pinho logo que os mesmos chegassem às mãos.

"Faltou, portanto, a ré ao convencionado.

"Daí resulta, segundo a regra do art.1.092, parág. único, do Cód. Civil, que a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão de contrato com perdas e danos".

"O Cód. Comercial não prescreve regra diversa, porquanto, como já mostrou CARVALHO DE MENDONÇA, o art. 202 daquele Código conjuga-se com o disposto no artigo 197, que estipula perdas e danos para o vendedor que deixe de entregar a coisa vendida no prazo e pelo modo estipulado.

"Quanto ao fato da autora haver notificado a ré e proposto a presente ação sem consignar prèviamente o preço convencionado, justifica-se plenamente, devido ao fato de tratar-se de venda a crédito.

"Por êsses fundamentos:

"Julgo procedente a ação e declaro rescindido, por culpa da ré, o contrato de fôlhas 3 e 4, e condeno a ré a pagar à autora perdas e danos, conforme for apurado na, execução, inclusive honorários de advogado e custas.

"P. R. I.

"Rio, 11 de Abril de 1946. – *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*".

E o ilustre Tribunal do Distrito Federal confirmou a sentença, em acórdão da lavra

do Exmo. Sr. desembargador VIEIRA BRAGA, *verbis*:

"*Mora do vendedor*. *Rescisão de contrato e perdas e danos*.

"Vistos êstes autos de apelação cível, apelantes Frederico de Medeiros & Cia., apelados João de Oliveira, Irmão & Cia. Ltda.

"Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, para confirmar a sentença apelada.

"Como bem salientou o Dr. juiz *a quo*, os apelantes obrigaram-se a entregara mercadoria vendida "o mais breve possível" e, entretanto, apesar de interpelados judicialmente, um ano depois, deixaram de satisfazer a obrigação assumida. A alegação de que a entrega da mercadoria dependia do embarque da mercadoria, cuja procedência é do Estado do Paraná, não pode ser acolhida, em face dos docs. de fls. 49 e 50, que provam o recebimento pelos apelantes daquela mercadoria. Além disso, entre a interpelação e a propositura da ação decorreram mais de três meses, sem que, da parte dos apelantes, tenha havido qualquer iniciativa para regularizar a situação, o que torna aceitável a declaração, feita na inicial, de que os apelantes pretendiam obter preço superior ao estipulado.

"A redação do art. 202 não repele a interpretação da apelada conjugando-a com a do art. 197, um e outro do Cód. Comercial.

"A sentença apelada, enfim, merece confirmação, julgando, como julgou, procedente a ação.

"Custas *ex lege*.

"Rio, 8 de outubro de 1946. - *Rocha Lagoa*, presidente; *Antônio Vieira Braga*, relator"

Daí o presente recurso extraordinário, acoimando-se a decisão recorrida de ofensora do art. 202, última parte, do Cód. Comercial, combinado com os arts; 197 e 191 do mesmo Código.

Razoaram as partes a fls. e fls.

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: A sociedade Frederico de Medeiros & Cia. vendeu a João de Oliveira, Irmão & Cia. Ltda. 500 pranchões de pinho do Paraná, estabelecendo-se entre as condições da venda o embarque da mercadoria "o mais breve possível".

Demorando-se a vendedora a remeter os pranchões para entrega à compradora, esta notificou-a a que, dentro no prazo de dez dias, efetivasse a tradição, sob-pena de incidir em mora e mais cominações de direito.

Ainda assim, não se efetivou a entrega, o que suscitou pedido de rescisão do contrato, por culpa dos devedores, que deviam ser condenados a pagar perdas e danos, lucros cessantes, honorários de advogado e custas.

Adargado ao art. 242 do Cód. Comercial, a ré objetou ser impossível pedir, do mesmo passo, rescisão e perdas e danos, e que a entrega "no mais breve prazo possível" tornou-se impraticável, dada a deficiência de transporte e aquisição de material, têrmos em que a rescisão não originava obrigação de indenizar.

A alegada dificuldade de aquisição de material não se deu como demonstrada.

O que se teve como provado foi que "a ré faltara ao convencionado", têrmos em que a rescisão se decreta com perdas e danos, por fôrça do art. 1.092, parág: único, do Cód. Civil.

Nem o art. 202 do Cód. Comercial se distancia do preceito citado; obrigação de indenizar, ao vendedor que não entrega a coisa vendida, ao pois que êle se conjuga com o art. 197 do mesmo Código e êste impõe a prazo e pelo modo estipulado.

Segundo o recorrente, a decisão vulnera o art. 202 do Cód. Comercial, em sua última parte.

Reza o citado art. 202:

Finalpag. 179

Quando o vendedor deixa de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador tem opção ou de rescindir o contrato ou de demandar o seu

cumprimento com os danos da mora, salvo os casos fortuitos ou de fôrça maior".

Na inteligência que lhe o recorrente atribui êsse preceito outorga ao vendedor eleger a rescisão do contrato ou seu cumprimento com os danos da mora, não lhe sendo facultado pedir conjuntamente a rescisão e perdas e danos.

Mas, não acho razão ao recorrente. E que, como se observa na decisão recorrida, o art. 202 não constitui o único assento legal da matéria e, pelo princípio da interpretação das leis (*interpretare lege legibus est optimus*), deve ser conjugado ao art. 197 do mesmo Cód. Comercial, que dispõe:

"Logo que a venda é perfeita, o vendedor fica obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida no prazo e pelo modo estipulado no contrato; pena de responder *pelas perdas e danos* que da sua falta resultarem".

Aludindo, em nota, aos arts. 202, 213 e 197 do Cód. Comercial, ensina CARVALHO DE MENDONÇA:

"Não entregando o vendedor a coisa "vendida no tempo; no lugar e pelo modo ajustado, o comprador, pronto a cumprir o contrato, pode, à sua vontade, demandar:

"*a)* a rescisão, ou resolução do mesmo contrato, exigindo, além da restituição do preço ou da parte já paga, e das despesas que houver feito, com os juros legais, a indenização das perdas e danos; ou

"*b)* o cumprimento do contrato, com a indenização das perdas e danos decorrentes da mora" ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", ed. 1927, vol. VI, Liv. IV, parte II, nº 795, págs. 208-209).

E o mesmo princípio domina o direito civil, determinando o art. 1.092, parágrafo único, do Cód. Civil, que "a parte lesada pelo inadimplemento, pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos".

E é princípio que domina em tôda a sua natural extensão, cedendo, apenas, à influência nefasta da *vis maior* na dissolução do *vinculum iuris*.

E adequada é a invocação dêsse preceito, pois a noção jurídica de compra e venda é a mesma, substancialmente, no direito civil e no direito comercial (vêde CARVALHO DE MENDONÇA, liv. cit., vol. cit., nº 594).

O acórdão rescindido, pois, não se tisna da balda de ofensor da letra da lei, que êle aplicou, em face das provas, e nos melhores de direito.

Preliminarmente, não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, por unanimidade de votos. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

ACIDENTE DO TRABALHO. - EMPREGADOR - EMPREGADO

- Sem o requisito de habitualidade e o de exploração industrial dos serviços alheios, inexiste a relação de emprêgo, que autoriza, em caso de acidente, a indenização de lei; não basta, assim, o lucro porventura auferido pelo empregador.

Ondina Dorneles Fischer e seus filhos *versus* Alfredo Silveira Neto

Rec. ext. nº 11.827 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam, em Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma julgadora, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.827, do Estado do Rio Grande do Sul, em que são recorrentes Ondina Dorneles Fischer e seus filhos, e recorrido Alfredo Silveira Neto, em conhecer do recurso, por unanimidade de votos, e negar-lhe provimento, por maioria, na conformidade das notas anexas da assentada do julgamento.

Custas, como de direito.

Supremo Tribunal Federal, 4 de outubro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: O recorrido, que é médico e professor da Faculdade de Medicina da Universidade de Pôrto Alegre, Rio Grande do Sul, contratou com um engenheiro as obras de um prédio de sua propriedade; já em meio as obras, desistiu aquêle engenheiro de terminá-las; contratou, então, verbalmente, com o mestre, de obras Pedro Albino Fischer, continua-las, valendo-se êste da placa de um construtor licenciado, a fim de satisfazer exigências regulamentares. Aconteceu, porém, que, em determinado dia, quando trabalhava nas obras, Fischer foi atingido na cabeça por um tijolo deslocado do segundo piso, vindo a falecer em conseqüência da lesão recebida. Sua viúva e filhos promoveram a competente ação de indenização, afinal julgada procedente em ambas as instâncias. O vencido,

Finalpag. 180

inconformado, intentou recurso de revista, dada a divergência entre o acórdão da 2ª Câmara Civil com outros das Câmaras Civis do Tribunal local, aquêle considerando o particular que empreende construções de vulto, destinadas a renda, como responsável pelo risco profissional dos operários, êstes firmando o princípio de que só é empregador quem explora industrialmente os serviços alheios.

O Tribunal, pelas suas Câmaras Civis, conheceu da revista, e, por maioria de votos, deu-lhe provimento, "para cassar o acórdão recorrido e reformar a sentença de 1ª instância, julgando, assim, improcedente a ação, acórdão que, para a lei de acidentes do trabalho, só é empregador quem, habitualmente, explore uma das atividades nela previstas" (ac. de fls. 36).

Contra êsse acórdão manifestou o 1º subprocurador geral do Estado o presente recurso extraordinário, com base nas letras *a* e *d* do art. 101, III; da Constituição, por contrário ao art. 3º do dec. nº 24.637, de 1934 (reproduzido no art. 9° do dec.-lei n° 7.036, de 1944), e divergente da acórdão do Tribunal de São Paulo, na interpretação daquele dispositivo ("Rev. dos Tribunais", 145-583). Ofereceu as razões de fôlhas 43, impugnadas pelo recorrido às fls. 48. Havendo menores interessados, foi pedida a audiência do Dr. procurador geral, que, às fls. 53, assim se manifestou: "O recurso é cabível, com apoio na invocada letra *d*, em face do acórdão divergente, aliás citado no próprio voto vencido de fls. 39. *De meritis*, opinamos que ao recurso seja dado provimento, à vista dos fundamentos dos votos vencidos (fls. 38 e 39) e das razões da "Procuradoria Geral do Estado (fls. 43 e seguintes)".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): O acórdão recorrido, conhecendo da revista, entendeu que a tese prevalente devia ser a das Câmaras Reunidas, por se ajustar ao nosso direito positivo. "Como elas decidiram, o dec. nº 24.637, que disciplina os acidentes do trabalho, em seu art. 3º define que é empregado, para os fins da lei, aquêle que presta serviços a outrem, na indústria, no comércio, na agricultura, na pecuária e de natureza, doméstica; e considera empregador (art. 4º) a pessoa física ou jurídica sob a responsabilidade de quem trabalhe o empregado. É claro que, falando a lei em indústria, comércio etc., pressupõe a existência de uma dessas atividades organizadas com fins lucrativos, explorada habitualmente pela pessoa física ou jurídica, mesmo que tal exploração tenha caráter provisório, mas não acidental. Daí o exigir o art. 5º, dos empregadores, um registro dos empregados, no qual deverá constar, além de outras particularidades a êles referentes, a sua ocupação habitual na emprêsa, e determinar o art. 36 a obrigatoriedade do seguro, ou o depósito em caixas federais, que cubra os riscos relativos às várias atividades dos empregados. Ora, essas imposições tôdas da lei pressupõem, incontestàvelmente, a existência de um serviço organizado, industrial ou comercial, que é explorado profissionalmente pelo empregador, e tanto assim é que a própria lei, em se tratando de serviço de natureza doméstica, não determina tais garantias a favor do prestador dêsses serviços (arts. 5° e 36, § 7º) e, até mesmo limita a responsabilidade do patrão a um mínimo permitido nos outros casos, conforme expressa disposição do art. 64, letra *e*". Em resumo, e conclusão, considerou o acórdão recorrido que, sem o exercício habitual e com o intuito lucrativo de uma atividade, o seu dono seja responsável pelo infortúnio dos seus empregados, ou, como empregador, para os efeitos da lei de acidentes do trabalho.

O acórdão do Tribunal paulista trazido à colação considerou acidente do trabalho, e como tal indenizável, o sofrido por operário na reparação de prédio destinado à produção de renda com que vive o proprietário. Ampliou, portanto, o dispositivo legal, dispensando o requisito de habitualidade e o da exploração industrial dos serviços alheios, bastando-se com o de lucro auferido pelo empregador. Mas, como sustenta o Dr. HELVÉCIO XAVIER LOPES, citado pelo recorrido, fora daqueles casos "haverá uma locação de serviços, que é regida pelo direito comum, e não pela lei de infortunística".

O acórdão recorrido deu à lei, a meu ver, a sua exata inteligência. Conhecendo do recurso pela letra *d*, nego-lhe, portanto, provimento.

VISTA

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceu do recurso e negou-lhe provimento o Exmo. Sr. ministro relator, havendo o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA pedido vista dos autos. Adiado o julgamento. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Informam os autos que o recorrido firmou contrato de empreitada com um

Finalpag. 181

engenheiro, para construção de um prédio destinado a renda. No correr da construção o engenheiro se ausentou, assumindo o proprietário a responsabilidade e direção das obras, e contratou os serviços da vítima e de outros operários.

Foi quando ocorreu o acidente que vitimou o marido e pai dos recorrentes, caso típico de acidente do trabalho, nos têrmos do dec. nº 24.637, de 1934, vigente na ocasião.

Em caso idêntico proferi o seguinte voto:

"As decisões deixam claro que o operário foi acidentado quando trabalhava na construção de uma casa no sítio do réu. "Não houve qualquer contrato de empreitada, e apenas, o operário foi admitido como carpinteiro.

"Ao tempo do fato vigorava o dec. numero 24.637, de 10 de julho de 1934, que no seu art. 3° dispunha:

"Empregado é, para os fins da presente lei, todo o indivíduo que, sem distinção de sexo, idade, graduação ou categoria, presta serviços a outrem, na indústria, no comércio, na pecuária e de natureza doméstica, a título oneroso, gratuito ou

de aprendizagem, permanente ou provisòriamente, fora de sua habitação, com as exceções do artigo 64".

"A lei não exige o trabalho *permanente*. "Incluía o *provisório* e até mesmo o *biscate* era indenizado. No caso dos autos, o operário não era biscateiro, mas empregado para determinado serviço, serviço que teria de ser terminado.

"Se a lei considerava o empregado provisório com direito a indenização quando vítima de acidente, não há como se deixar de manter o direito do recorrente à sua proteção.

"É certo que o empregador, na hipótese, não explorava permanentemente a construção. Era proprietário de um sítio e da casa que estava construindo. A construção se fazia sob suas ordens.

"Para os efeitos da lei tinha de ser considerado um verdadeiro empregador:

"Empregador é a pessoa, natural ou jurídica, sob a responsabilidade de quem trabalhe o empregado" (art. 4º).

"Os dois artigos – 3º e 4º - devem ser entendidos em conjunto. Se o empregador exerce mesmo acidentalmente qualquer dos serviços mencionados na lei se nêles há o acidente, sua responsabilidade é manifesta. É a conclusão dos textos que aludi. Nenhuma limitação no *conceito de empregador*: seja o chefe do serviço habitualmente ou não, é sempre o empregador definido no art. 4°. O réu tratou o autor para determinado trabalho com remuneração ajustada - é, pois, patrão, empregador e sujeito às conseqüências dá lei de acidente. Êsse, a meu ver, o sentido da lei, cuja finalidade principal é amparar o empregado vítima de seu trabalho" (rec. ext. nº 8.823, de 9-8-949).

Conheço, assim, do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença que deu procedência da ação.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, em caso perfeitamente idêntico ao de que se trata, já tive ocasião de proferir voto fundamentado, entendendo que inexiste a relação de emprêgo para dar lugar à indenização baseada na lei de acidentes invocada. Cogita-se de um serviço em propriedade particular, fazendo o operário esse serviço, como se costuma denominar, "a jornal", sem ter caráter de permanência nêle.

Fôra o acidentado contratado para certa obra, na reconstrução do imóvel aludido. E dentro de tal aspecto de fato já eu considerei, de acôrdo com disposições da legislação especial regedora da matéria, não ser possível determinar-se a indenização por acidente.

Reportando-me àquele voto, Sr. presidente, acompanho o eminente Sr. ministro relator, para negar provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, acompanho também o voto do eminente Sr. ministro relator, *data venia* do Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA. A vítima era o próprio empreiteiro.

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (revisor): Empreiteiro era o engenheiro que se ausentou; a vítima era o mestre-de-obras.

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: De qualquer modo, não há relação de emprêgo; há o contrato de empreitada. A simples existência do contrato de empreitada exclui, por si só, a relação de emprêgo. Não é possível admitir-se a relação de emprêgo quanto ao contrato de empreitada, embora estivesse a obra sob a responsabilidade de certo engenheiro que, como; muito bem demonstrou o Sr. ministro relator, apenas emprestava seu nome.

Conhecendo do recurso, nego-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): *Data venia* do eminente Sr. ministro relator, fico com o voto do eminente Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, a igual do que se deu em casos semelhantes.

Finalpag. 182

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, unânimemente, e negaram-lhe provimento, contra o voto dos Exmos. Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e presidente. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE - PENHORABILIDADE DE FRUTOS E RENDIMENTOS

- Com o dispor a lei civil de processo que, à falta de outros bens, podem ser penhorados os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, previu, apenas, uma impenhorabilidade relativa dos bens inalienáveis. Deixou insoluta a questão da penhorabilidade dos frutos declarados impenhoráveis, pelo autor da liberalidade, cuja cláusula extensiva da impenhorabilidade dos frutos e rendimentos será válida, por não se mostrar adversa à lei, nem contra "bonus mores".

A. Avelino & Cia.*versus* Manuel Júlio de Melo

Rec. ext. nº 12.155 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 12.155, do Rio Grande do Sul, recorrentes A. Avelino & Cia., recorrido Manuel Júlio de Melo:

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 27 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nanato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Visa o presente recurso extraordinário, suscitado com a invocação das letra *a* e *d*, do art. 101, da Constituição federal, ao acórdão de fls. 126, *verbis*

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de embargos cíveis, de Pelotas, entre partes: embargante Manuel Júlio de Melo, e embargados A. Avelino & Cia.:

"Acordam, em Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria de votos, julgar procedentes os embargos e, em conseqüência, insubsistente a penhora que recaiu nos rendimentos dos bens do embargante, clausulados êstes de inalienabilidade e aquêles de impenhorabilidade, pelo testamento de fls. 64.

"A sentença de 1ª instância, que julgara válida a penhora, com assento no artigo 943, inciso I, do Cód. de Proc. Civil, foi confirmada, por maioria de votos, pelo acórdão de fls. 96 a 99, ressalvada, porém, a quantia fixada pelo juiz, a título de alimentos, no caso de provar o executado sua necessidade, e nos estritos limites que o Código Civil e de Processo traçam a respeito".

"I. A questão de saber se os frutos e rendimentos dos bens clausulados de inalienabilidade podem ser penhorados ainda quando os, declarar impenhoráveis, é daquelas que não têm tido solução pacifica; quer na doutrina, quer na jurisprudência; ao interpretarem o art. 1.723 do Cód. Civil, que, reproduzindo a lei FELICIANO PENA (lei nº 1.839, de 1907), deu ao tentador a faculdade de gravar os bens da legítima, prescrevendo-lhes, entre outras cláusulas, as da incomunicabilidade e inalienabilidade, temporária ou vitalícia.

"De um lado, há uma corrente, sustentando que os frutos e rendimentos são penhoráveis, mesmo que haja cláusula expressa do doador ou testador estabelecendo a sua impenhorabilidade, por ser tal cláusula nula e ilegal, visto contrapor a preceito de ordem pública, qual fôsse o art. 530, § 5º, do reg. nº 737.

"Em contraposição a essa corrente, outra sustenta serem os referidos frutos e rendimentos sempre impenhoráveis, haja ou não cláusula expressa em tal sentido. É que dizem - o acessório deve seguir a sorte do principal (Cód. Civil, art. 59).

"Finalmente, uma terceira corrente intermediária, chefiada pelo eminente autor do Projeto do Cód. Civil, sustenta que a inalienabilidade não se estende aos frutos e rendimentos dos bens clausulados, mas, se o testador determinar que os frutos e rendimentos dos bens que submeteu à condição de inalienabilidade, ficarão isentos de execuções pendentes e futuras, ficarão êles impenhoráveis, não obstante serem alienáveis por atos voluntários do herdeiro" (CLÓVIS, "Comentários ao Código Civil", VI, 2ª edição, 188).

"Esta última corrente é adotada pelo eminente desembargador MANUEL CARLOS, em seu livro "Decisões", que a considera amparada pela lei de falências (lei nº 5.746, de 9-12-29, art. 45) e acrescenta: "A lei reconhece, pois,

a impenhorabilidade dos frutos dos bens inalienáveis, quando existe cláusula expressa declarando-os tais" ("REVISTA FORENSE", vol. 86, pág. 481).

Finalpag. 183

"Com a promulgação do Cód. de Processo Civil pretende-se que a dúvida até então existente não tem mais razão de ser, devendo-se concluir pela nulidade da cláusula da impenhorabilidade aditada à de inalienabilidade, à vista do que dispõe o art. 943, inciso I, do mesmo Código, *in verbis:*

"Poderão ser penhorados, à falta de outros bens:

"I. Os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes ou de mulheres viúvas ou solteiras".

"Como vimos, êste dispositivo não se pode considerar novo em nosso direito, a não ser na parte em que abre uma exceção à regra geral da penhorabilidade dos frutos e rendimentos de bens inalienáveis, no caso de se tratar de bens destinados a alimentos de incapazes ou de mulheres viúvas ou solteiras.

"E, tratando-se de dispositivo de lei processual, muito embora emanado do mesmo poder, não tem o art. 913, I, do Cód. de Processo a fôrça de derrogar o art. 1.723 do Cód. Civil, que confere ao testador a faculdade de determinar a impenhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens clausulados com a cláusula de inalienabilidade, quando para isso tem motivo sério e legítimo, como quando visa garantir a manutenção e subsistência do herdeiro, no entender do senador ADOLFO GORDO, quando sustentou a desnecessidade de ser corrigido o art. 1.723 do Cód. Civil ("Rev. de Direito", vol. 47, pág. 300).

"Comentando o art. 913, I, do Cód. de Processo, diz AMÍLCAR DE CASTRO: "Em dois casos, entretanto, são absolutamente impenhoráveis os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis... Segundo, se o testador, ou doador, clausulando a legítima do herdeiro, ou a doação, lhes impuser expressamente a impenhorabilidade" ("Comentários ao Código de Processo Civil", edição "REVISTA FORENSE", vol. X, pág. 209).

"Finalmente, PEDRO BATISTA MARTINS, com a autoridade que não se lhe pode contestar, sustenta que "a decisão que concluir pela penhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, a despeito da cláusula expressa em contrário, terá violado disposição expressa de lei substantiva (Cód. Civil, art. 1.676), e virtualmente o art. 943, I, do Cód. de Proc. Civil ("Justiça", vol. XXI, pág. 25).

"Custas pelos embargados.

" Pôrto Alegre, 13 de dezembro de 1946. - *Hugo Candal*, presidente e relator designado; *Homero Martins Batista*, vencido: Mantinha o acórdão por seus fundamentos; *Erasto Correia*; *Loureiro Lima*; *João Soares*; *Silvio Duncan*, vencido; *Décio Pelegrini*, vencido: Mantinha o acórdão embargado, por seus fundamentos. A meu ver, a controvérsia suscitada pela aplicação do artigo 1.723 do Cód. Civil, sôbre a validade do gravame de impenhorabilidade de rendimentos de bens tornados inalienáveis, está solucionada pelo art. 943, I, do Cód. de Proc. Civil.

"Destinados à satisfação das necessidades do proprietário e, por isso, essencialmente alienáveis, como frisou o acórdão embargado, os rendimentos, a cuja inalienabilidade não se refere o Cód. Civil, são penhoráveis, em face do dispositivo citado, que lhes deu tratamento compatível com sua natureza, de vez que outras restrições não estabeleceu, para a admissibilidade de sua penhora, senão as da inexistência de outros bens e a do seu destino de alimentos de incapazes ou mulheres viúvas ou solteiras; *João Clímaco de Melo Filho*, vencido".

Alega-se com a ofensa do art., 943, I, do Cód. de Proc. Civil, e dissídio de jurisprudência. Razões a fls. e fls. (*ler*).

A julgamento.

VOTO'

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): A questão dos autos não tem o sabor da novidade. Mais de uma vez êste Supremo Tribunal versou-a e resolveu-a.

O tema debatido nos autos apresenta aspectos em que dúvidas se insinuam e obscuridades se adensam. A essas dúvidas já neguei tributo, antes de me adentrar em

outra convicção que frisa com a que anima o julgado recorrido.

É certo que, a meu ver, desprevalece o argumento, abrigado, entretanto, no venerando acórdão recorrido, de não poder dispositivo inserto no Cód. de Processo revogar preceito de lei substantiva.

Sem negar que apresenta fundamento a divisão benthamiana e, mais, não lhe falecer momento, segundo a *communis opinio*, no particular da retroatividade das leis, certo é que, emanadas as leis substantivas, o que, aliás, já, recorria no reg. nº 737, de 1850.

O venerando acórdão recorrido, entretanto, tem outros e inconcutíveis fundamentos.

No regime caduco, discordavam os DD. quanto aos frutos de bens inalienáveis. Entendiam êstes que penhoráveis eram eles: outros, ao revés, derivavam a impenhorabilidade da inalienabilidade mesma dos bens, que os produziam.

Uma corrente ainda se destacava para defender conceito que me parecia o mais sufragável, *data venia*: o de que sòmente se tornava possível a impenhorabilidade dos frutos quando constatasse em cláusula expressa do testamento ou da doação.

Finalpag. 184

Não solveu o art. 943, nº I, em todos os seus aspectos, a *vexata quaestio*.

Com o dispor que poderão ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis determinou, sòmente, a impenhorabilidade relativa dos bens inalienáveis.

Deixou, porém, insoluta a questão da penhorabilidade dos frutos declarados impenhoráveis pelo autor da liberalidade.

Essa cláusula será válida, pois não adversa a lei e nem se mostra contra *bonus mores*.

Como escreveu AMÍLCAR DE CASTRO, exatamente em escólio ao citado dispositivo do Cód. de Proc. Civil, "...pode o testador, em cláusula expressa, consignar, além da inalienabilidade dos bens, não a inalienabilidade, mas (nossos os grifos) a *impenhorabilidade* dos respectivos frutos e rendimentos" ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", volume X, pág. 290).

É a mesma a opinião de PEDRO BATISTA MARTINS, invocada nas razões de fls.:

"O art. 943, I, só se aplica aos casos em que o testador ou doador haja clausulado a inalienabilidade dos bens sem a estender expressamente a seus frutos e rendimentos. "Neste caso, o silêncio se resolve em favor da tese segundo a qual, sendo a inalienabilidade uma derrogação do direito comum, ela só abrange os bens expressamente clausulados. A inalienabilidade do principal não envolve, assim, por fôrça de compreensão, a impenhorabilidade do acessório. Se, porém, o testador, além da inalienabilidade dos bens, estabelece também a impenhorabilidade de seus frutos e rendimentos, já a solução será diversa: êstes serão insuscetíveis de expropriação judicial, porque entram também na categoria de bens impenhoráveis por fôrça de lei (art. 1.676, do " Cód. Civil)".

E ensina, de seu turno, PONTES DE MIRANDA:

"A impenhorabilidade relativa dos frutos e rendas dos bens inalienáveis foi-se estabelecendo no direito luso-brasileiro, até que se fêz regra de lei. A elaboração foi lenta, "como se pode ver em ÁLVARO VALASCO" ("Consultationum", I, 138), em MANUEL MENDES DE CASTRO ("Practica Lusitana", I, 99), e nos comentadores da Ordenação do L. III, tít. 93, § 1º. O art. 943, I, cria caso de impenhorabilidade pròpriamente dita, ressalvando os frutos e rendimentos destinados a alimento de incapazes ou de viúvas ou solteiras, invocação digna de aplausos".

E, em lance aplicável imediatamente ao caso: "Se os frutos e rendimentos foram gravados de inalienabilidade (podendo ser segundo a lei material), então são impenhoráveis pròpriamente ditos e não se lhes aplica o art. 943. Se os frutos e rendimentos podem ser gravados é questão de direito material; se podem, cabem êles no art. 942, I" ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE",, vol. VI, pág. 232).

Em suma, o artigo citado do Cód. de Processo prevê a hipótese da penhora de frutos de *bens* inalienáveis, que não é a hipótese dos autos - cláusula de *impenhorabilidade dos frutos*. E essa cláusula é lícita, como procurei mostrar em outros votos, invocando ITABAIANA DE OLIVEIRA, LAURENT, ULPIANO e BASTIN, e CLÓVIS BEVILÁQUA.

E com o próprio sistema do Cód. Civil, que permite a cláusula de inalienalidade da legítima, a impenhorabilidade da renda (artigo 1.430) e do bem de família (art. 70).

Reportando-me, *data venia*, a votos anteriores, conheço do recurso pela letra d e nego-lhe provimento, confirmando o acórdão de fls., do douto Tribunal do Rio Grande do Sul.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso a que negaram provimento, unânimemente. Ausente ao relatório, não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA. Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF, substituto do Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, que se acha em gôzo de licença.

*

FÔRO - FÔRO "REI SITAE" – PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- Nas ações relativas a imóveis, competente é o fôro de sua situação. São evidentemente, as ações reais ou mistas, abrangendo tôdas as ações que se destinam, à defesa do domínio ou posse, ou que se relacionem com direitos reais sôbre imóvel, como causas relativas a direitos de vizinhança, servidões, demarcação e divisão possessórias, desapropriação e despejo. São as chamadas ações imobiliárias.

- Não é imobiliária, em regra, a ação sôbre promessa de venda, que, só em dadas condições, origina direito real, oponível "erga tertius" e comporta execução "in natura".

Dr. Antônio Brás de Morais Barbosa e outros *versus* Madeireira Paulista, S. A.

Rec. ext. nº 12.258 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 12.258, do Rio

de Janeiro, recorrentes Dr. Antônio Brás de Morais Barbosa e outros, recorrida Madeireira Paulista, S. A.:

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 13 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Lavrado pelo Exmo. Sr. desembargador OLDEMAR PACHECO, proferiu o ilustre Tribunal do Estado do Rio o acórdão de fls. 33, *verbis:*

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento de Barra Mansa, em que são agravantes o Dr. Antônio Brás de Morais Barbosa e outros e agravada Madeireira Paulista, S. A.:

"Atendendo a que o agravo tem o seu fundamento legal em o inciso 2 do art. 842 do Cód. de Proc. Civil, e, assim, a Câmara dêle conhece;

"Atendendo a que, *de meritis*, não se trata de ação real e sim de ação pessoal, e, portanto, a competência do juiz é a do domicílio do réu, e, no caso, sendo os réus domiciliados em lugares diferentes, à agravada era lícito optar, como optou, pelo domicílio de um dêles, isto é, do agravante, o Dr. Antônio Brás de Morais Barbosa Filho, que tem o seu domicílio na cidade de Barra Mansa, como ficou acentuado em o despacho de fls. 27 v.;

"Atendendo a que, em tais condições, bem procedeu o Dr. juiz rejeitando a exceção de incompetência de juízo oposta pelos réus, ora agravantes, dando-se por competente para conhecer da ação proposta pela agravada contra os ditos agravantes;

"Assim:

"Acordam os juízes da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça conhecer do agravo e negar-lhe provimento, para confirmar; como confirmam, pelos seus jurídicos fundamentos, a decisão agravada.

"Custas pelos agravantes.

"Niterói, 30 de maio de 1947. - *Tobias Dantas*, presidente; *Oldemar Pacheco*, relator".

Irresignados a essa solução, opuseram-lhe recurso extraordinário, com base na letra *a*, por vulneração do art. 136 do Cód. de Proc. Civil, o Dr. Antônio Brás de Morais Barbosa e outros. Nas razões de fls., alegaram, ainda, com a ocorrência de dissídio jurisprudencial. Razoaram as partes (*ler*).

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O texto legal que, na indicação dos recorrentes, saiu ferido e malferido do acórdão de fls., é o art. 136 do Cód. de Processo Civil, *verbis*:

"Nas ações relativas a imóvel, será competente o fôro da sua situação..."

É o fôro *rei sitae* que prima ao do domicílio, na hipóteses prevista no citado artigo 136.

Fala o texto em "ações relativas a imóvel" que, segundo BATISTA MARTINS, "são, evidentemente, as ações reais ou mistas", "tôdas as que tenham por objeto, domínio ou posse de coisa imóvel" ("Comentários ao Código de Processo Civil", nº 25 do vol. II, pág. 52).

E realça ainda haver o art. 136, ao falar em ações relativas a imóvel, adotado uma expressão genérica que poderá, pela sua flexibilidade, abranger tôdas as ações que se destinam à defesa do domínio ou posse, ou que se relacionem com direitos reais sôbre imóvel (liv. cit., vol. cit., pág. 53).

O texto alcança os direitos reais sôbre imóveis, inclusive pretensões ligadas (Código Civil, art. 44, I) ao penhor agrícola, acrescenta PONTES DE MIRANDA ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, pág. 482).

A tendência é para ampliar a competência do fôro *rei sitae*. E o que realça LOPES DA COSTA:

"A competência do fôro *rei sitae* era, pelas Ordenações Filipinas, reduzida às ações reais contra o possuidor dentro de ano e dia (III, 2, 5). MORAIS CARVALHO..., PAULA BATISTA... e JOÃO MONTEIRO... criticavam a Ordenação: "demasiada acanhada" (PAULA BATISTA).

"Dos códigos estaduais de processo, o de Pernambuco (art. 59) e o da Bahia (artigo 64, alterando o projeto ESPÍNOLA) deram um pequeno avanço, eliminando a "restrição relativa à posse de ano e dia. O de Minas Gerais (art. 83) incluiu as "ações relativas ao domínio e posse de coisas imóveis e as ações de divisão e demarcação", às quais o do Distrito Federal acrescentou as de despejo e de servidões (art. 21, V). O do Ceará chegou ao extremo de extensão, embora numa fórmula defeituosa: causas de despejo, expropriação, reivindicação, proteção à posse, causas relativas ao direito de vizinhança e...*outras sôbre imóveis*. O de São Paulo, sôbre cuja elaboração grande influência exerceu a lúcida inteligência de COSTA MANSO, também dilatou a competência do fôro de situação da coisa a tôdas as causas sôbre imóveis, permitindo, porém, ao autor preferir o fôro do domicílio do réu, salvo nas causas relativas, a direitos de

Finalpag. 186

"vizinhança e a servidões e nas divisórias, possessórias, desapropriação e do despejo. O Código nacional adotou uma fórmula equivalente: *ações relativas a imóveis*. São as chamadas *ações imobiliárias*" ("Direito Processual Brasileiro", vol. I, págs. 221-222).

Ora, no caso dos autos não se trata de ação imobiliária. O fato de que originou a ação foi promessa de venda, que, é certo, em dadas condições, origina direito real, oponível *erga tertius* e comporta execução *in natura*.

Em doutrina, como demonstra BUONANIOI, contra ZIEBARTH, a possibilidade da execução específica nem sempre antessupõe a existência de direito real. Induvidável é, porém, que êste deriva, em nosso direito, de promessa formalizada de venda:

A discussão, porém, dêsses temas é ociosa no caso presente. Ainda que fortalecido em instrumento de promessa de venda, propôs a autora ação tipicamente pessoal: cobrança de indenização pelo descumprimento da promessa.

Não se trata, pois, de ação *relativa a imóvel* e nem o caso se ajusta à doutrina acima exposta dos mais autorizados escoliastes da rei processual.

O aresto recorrido não vulnerou o disposto no art. 36 do Cód. de Proc. Civil, têrmos em que, preliminarmente, deixo de conhecer do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por decisão tomada à unanimidade, não conheceram, preliminarmente, do recurso. Deixaram de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, e, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

DESPACHO SANEADOR - LEGITIMAÇÃO "AD CAUSAM"

- O juiz não pode, no despacho saneador, decidir a questão sôbre a existência objetiva do direito; pode, apenas, decidir sôbre a legitimação para a causa, pertinência subjetiva da ação.

Anastácio Manuel Gonçalves *versus* Carlos Abade da Silva

Rec. ext. nº 15.498 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.498, do Rio de Janeiro, em que é recorrente Anastácio Manuel Gonçalves, sendo recorrido Carlos Abade da Silva:

Acordam, em 2ª Turma, os ministros do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso e, por maioria de votos, dar-lhe provimento, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 9 de setembro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Anastácio Manuel Gonçalves, alegando ter contrato de parceria agrícola com Carlos Abade da Silva e como êste não houvesse prestado conta dos últimos negócios, ofereceu contas pedindo a intimação do réu para informá-las, apresentando em juízo os comprovantes das mesmas.

O juiz de primeira instância, no despacho saneador, deu pela carência da ação nesses têrmos: (ler fls. 34).

O Tribunal de Justiça, por sua Câmara competente, manteve a decisão por seus fundamentos (fls. 54).

Daí o recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *d* do inciso III do art. 101 da Constituição. Entende o recorrente ter havido julgamento *ultra* e *extra petita* com a transgressão do art. 4° do Código de Proc. Civil, e também teria ocorrido ofensa dos arts. 165, § 2°, 274 e 236 do Código de Processo referido. Indica o recorrente várias decisões tomadas em divergência quanto a comportar o despacho a conclusão a que chegou (fls. 58 e 59). Só o recorrente ofereceu arrazoado.

É o relatório. À mesa.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Como acentuei no relatório, o juiz de primeira instância julgou o autor carecedor da ação por dois fundamentos:

a) impropriedade da ação de prestação de contas;

b) falta de prova da existência da sociedade.

O recurso extraordinário ataca o julgado por entender que no despacho saneador não é possível concluir o juiz pela *carência da ação*, pois *há acórdãos* no sentido de que *sòmente* no *mérito* essa conclusão seria admitida. Também o julgamento teria sido *ultra* e *extra petita*.

A impropriedade da ação não importa a nulidade do processo (art. 276 do Cód. de Proc. Civil), quando, nos seus têrmos, na forma de pedir o juiz puder orientar-se na ação própria. No caso dos autos, alegando uma parceria agrícola, oferece custas da colheita e venda dos produtos pedindo a intimação

Finalpag. 187

de seu parceiro - lavrador - para impugná-los e dar os comprovantes do apurado no negócio.

Inclino-me a concordar com o juiz na impropriedade da ação, porque - acentuou êle - nenhuma prova veio acompanhando o pedido por onde se

pudesse inferir da existência da *parceria* ou das relações comerciais entre as partes.

Não há dúvida que numa sociedade os administradores dos bens ou as pessoas encarregadas dêsses atos devem prestar contas, e quando o contrato não estabelece a forma, êles podem ser reclamados em juízo. Mas é indispensável que quem pede *contas* prove a existência do negócio, da sociedade, prove a relação de direito com a pessoa de quem reclama.

Se o recorrente entrou em juízo sem essa prova, outra não poderá ser a decisão do juiz: impropriedade da ação dês que não poderia ser transformada em outra de indenização, por exemplo, ou de locação pela ocupação das terras.

Não houve julgamento *ultra* ou *extra petita*; a conclusão, de certo modo, atendeu à impugnação do réu.

Na hipótese, o autor foi considerado carecedor da ação, no próprio despacho saneador. Não vejo ilegalidade por isso. Esse despacho possibilita essa decisão, pois o juiz apreciou o *mérito*: verificou a falta de prova da obrigação de prestar contas, pela inexistência de qualquer negócio.

Nenhuma ofensa de lei ocorreu, a meu ver.

Há julgados divergentes, como salientei no relatório.

Conheço do recurso, mas nego-lhe provimento pelos motivos expostos.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, parece-me que é perfeitamente aceitável a decisão recorrida, tanto mais que se trata de prestação de contas, em que a própria petição inicial podia ter sido indeferida, liminarmente, por falta de documentos.

Assim, estou de acôrdo com o Sr. ministro relator, em negar provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Sr. presidente, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, parece-me que houve infração ao disposto no art. 294 do Cód. de Proc. Civil, sôbre a natureza do despacho

saneador; não se trata de falta de legitimidade para a causa, o que ocorreria se a ação não pertencesse ao autor, se não houvesse a pertinência subjetiva da ação. Ora, isto não se deu, nem se contesta que ao autor cabe o direito de pedir contas; o que se afirmou é que o autor não provou o direito de pedir contas. Ora, esta falta de prova diz respeito à existência objetiva do direito; é o fundamento da ação; é a existência do direito. E o juiz não podia, no despacho saneador, decidir sôbre a existência objetiva do direito; podia decidir sôbre a legitimação para a causa - pertinência, subjetiva da ação.

Assim, *data venia* do Sr. ministro relator, dou provimento ao recurso para o efeito de cassar a sentença de 1ª instância, a fim de que a ação prossiga, julgando o juiz a causa.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, com a devida vênia do Sr. ministro relator, acompanho o voto do Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Também já manifestei minha opinião a respeito e a razão, a meu ver, está com o voto do Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento, contra o voto do Exmo. Sr. ministro relator e do Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

NATURALIZAÇÃO TÁCITA - TÍTULO DECLARATÓRIO

- O título declaratório é prova e não condição indispensável para a aquisição da nacionalidade brasileira para os casos de naturalização tácita admitidos pela Constituição federal de 1891.

Guiomar Lopes de Carvolina *versus* Armandilino Peixoto Mamede

Rec. ext. nº 9.208 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 9.208, do Distrito Federal, recorrente Guiomar Lopes de Carvolina, inventariante do espólio de Manuel

Finalpag. 188

Lopes de Barros, recorrido Armandilino Peixoto Mamede:

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

Custas como de lei.

Supremo Tribunal Federal, 26 de dezembro de 1947. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O acórdão de fls., do ilustre Tribunal do Distrito Federal, e de que foi relator o Excelentíssimo Sr. Des. SABÓIA LIMA, esclarece perfeitamente o caso dos autos:

"Visto êstes autos de recurso de revista, em que é recorrente Armandilino Peixoto Mamede e recorridos o espólio de Manuel Lopes de Barros e outros:

"Acordam em conhecer da revista e dar provimento ao recurso, para restaurar a decisão de primeira instância.

"Preliminar. O recorrente foi adotado pelo finado Manuel Lopes de Barros, mas o ponto essencial sôbre o qual se pronunciou o acórdão recorrido no processo de averbação não foi a adoção, nem o conflito internacional das leis, mas a nacionalidade do *de cujus* adotante.

"Provado que o *de cujus* era brasileiro, desaparece *ipso facto* o conflito internacional de leis. O presente recurso versa sòmente sôbre a naturalização...

"E o aresto, depois de manifestar as razões por que acaba pela ocorrência da discórdia entre julgados poderosos a justificar a revista unânimemente conhecida, passa ao "mérito". Admitida a revista em face da divergência, merece provimento o recurso para ser adotada a tese do acórdão divergente, e nestes têrmos ser restaurada a sentença de primeira instância.

"A naturalização por decreto é um favor que o govêrno pode recusar ou cassar, pois é ato eminentemente político e de interêsse nacional, devendo ser aquisição decididamente de fé e lealdade, como bem afirma em erudito parecer o Dr. ERNÂNI REIS ("Arquivos do Ministério da Justiça". vol. II, pág. 138).

"Além desta naturalização por decreto foram estatuídos no Brasil mais dois modos de naturalização: a chamada "grande naturalização" e a "naturalização tácita" (art. 69, ns. 4 e 5, da Constituição de 1891).

"O texto da Carta de 1891 estabelece apenas três condições ou pressupostos positivos - um tríplice liame, - por onde o indivíduo se identifica com o meio e se radica no país:

"*a)* possuir imóveis no país;

"*b)* estar casado com mulher brasileira ou ter filho brasileiro;

"*c)* residir no Brasil.

"Desde que os três pressupostos venham a se reunir e que na hora de sua integralização o alienígena não externa a vontade elidente do favor legal, a naturalização inexpressa opera-se *ipso facto atque in se*. Uma vez tàcitamente naturalizado um indivíduo pela só realização dos requisitos constitucionais, acompanhados do silêncio anuente, não pode mais voltar atrás a seu bel prazer. A manifestação impediente deve ser feita em tempo oportuno e pelos meios devidos, como diz o acórdão divergente. Não se entendendo assim, a prova da naturalização tàcita seria impossível e aleatória; seria permitir ao estrangeiro um silêncio calculado e doloso. Numa palavra, o alienígena considerar-se-ia brasileiro ou estrangeiro, segundo as conveniências, ou interêsses do momento. Como a naturalização tácita é um beneficio da lei, importando renúncia à pátria de origem, a concordância do interessado é necessária: *invito non datur beneficium*. A Lei Magna, porém, não exige concordância expressa ou formalizada em escrito, nem em ato oficial. Contenta-se com a presumida; isto é, não tenha o candidato manifestado intenção de não mudar de nacionalidade. O título declaratório jamais foi havido como condição ou formalidade substancial para concretização da naturalização automática. É um meio de

prova, aliás, administrativo. É certo que constitui ato ou manifestação conveniente para que o novi-brasileiro faça cessar perante o público e as autoridades uma situação de dubiedade ou incerteza, e possa fruir as vantagens decorrentes da cidadania. Mas, não é o título que atribui a cidadania. É a Constituição. O nome di-lo eloqüentemente declaratório. Só se declara o que preexiste. Se o título fôsse atributivo, não diferia em nada da carta ou patente de naturalização comum. A Constituição estatui: "São brasileiros...", etc., sem subordinar êsse "são" a algum diploma. As próprias Constituições de 1934 e 1937 respeitaram o direito solidificado dos já tàcitamente naturalizados, a fim de evitar que brasileiros verdadeiros deixassem de ser brasileiros. Tal naturalização opera-se automaticamente, sòmente pelo encontro, na mesma pessoa, dos três pressupostos constitucionais. É o que ensinam os nossos constitucionalistas. Assim, CARLOS MAXIMILIANO doutrina: "O título declaratório é meio de prova, apenas, e não a condição para adquirir a nacionalidade; declara, documenta direito adquirido pelo preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 69, ns. 4 e 5, os quais podem ser provados por outros

meios de direito" ("Comentários à Constituição Brasileira", 1923, 2ª ed., pág. 409).

"No mesmo sentido EDUARDO ESPÍNOLA ("Direito Internacional Privado", página 181) e PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição Federal", 1938, vol. 3, pág. 311).

"Esta é a jurisprudência do egrégio Tribunal Federal ("Rev. do Supremo Tribunal Federal", vol. 18, pág. 289; "Rev. de Jurisprudência Brasileira", vol. 35, página 243, e "Rev. de Direito", vol. 140, nº 281).

"O ônus da prova da intenção de não mudar de nacionalidade cabe a quem contesta, a quem afirma ter havido manifestação em contrário. Deve-se atender ao conjunto das circunstâncias, e não a fatos isolados ou insulados do resto. Há mister que a intenção investigada seja expressada pela forma e no tempo devido", e a expressão "natural de Portugal" não equivale à manifestação clara de querer conservar a nacionalidade de origem, devendo entender-se como indicado, apenas, o lugar do nascimento do declarante, e não a nacionalidade, como afirma o acórdão divergente. E, aliás: o que tem decidido o Supremo Tribunal Federal ("Rev. de Jurisprudência Brasileira", vol. 17, pág. 328).

Finalmente, o egrégio Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário número 5.296, em acórdão do qual foi relator o eminente ministro FILADELFO AZEVEDO, estabeleceu os seguintes princípios:

"1º) que o estrangeiro que se achava no Brasil em 1889 é presumido brasileiro, até que se exiba manifestação específica em contrário, que tenha sido feita, nos 6 meses após a proclamação da República;

"2º) que manifestações posteriores a essa data não prevalecem;

"3°) que título declaratórìo não é condição mas meio probatório;

"4°) que a designação de "italiano" em documento público indica tão-sòmente a naturalidade ("Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", vol. 19, pág. 42).

"Aplicando êstes princípios, vemos que foi feita a prova de que o finado Manuel Lopes de Barros se dizia e se considerava brasileiro e o fato de ter declarado "natural de Portugal" não constitui prova de que quisesse conservar a nacionalidade. Ao tempo em que se tornou brasileiro pela ocorrência dos três requisitos, não existia restrição do dec.-lei nº 389. Já estava naturalizado tàcitamente. É oportuno recordar que sendo a naturalização um favor e um ato político, a orientação do govêrno é abolir quaisquer restrições em relação à imigração portuguêsa e é sabido que o eminente Sr. presidente Getúlio Vargas, num requerimento de cidadão luso solicitando sua permanência no país em caráter definitivo, deu o despacho que teve a mais profunda repercussão no Brasil e além-mar: "deferido por ser português".

"É que é uníssono o pensamento nacional de que entre nós não há distinção entre brasileiros e portuguêses quando se consideram os altos interêsses do Brasil. Em face do exposto, é dado provimento ao recurso para restaurar a decisão de primeira instância".

Inconformada a essa solução, D. Guiomar Lopes de Carvolina, pelo espólio de Manuel Lopes de Barros, veio com recurso extraordinário, admitido pelo Exmo. Sr. desembargador presidente, hoje nosso eminente colega Sr. ministro EDGAR COSTA. O recorrente procura esforçar o apelo nas letras *a* e *d* do dispositivo constitucional. Lê-se nas razões das partes: (*lê*). E a Procuradoria Geral da República disse:

O caso não é de recurso extraordinário, em face dos textos restritos do art. 101, III, da Carta de 1937, porquanto não deixou de aplicar o acórdão recorrido, nem a Constituição, nem a lei federal.

"Conhecendo, porém, do recurso, deve-lhe o egrégio Tribunal negar provimento, porque bem andou a decisão recorrida no apreciar o art. 69 da Constituição de 1891, "bem como o disposto no dec.-lei n° 389, de 25 de abril de 1938.

"O título declaratório não é essencial para a aquisição da nacionalidade, no caso do inciso V do art. 69 da Constituição de 1891, mas apenas meio de prova, meio decisivo, contra o qual nenhuma outra prova pode prevalecer, enquanto subsistente o título declaratório.

"E isto porque a sua expedição pressupõe o exame das condições legais para a aquisição da nacionalidade.

"Mas a sua falta não exclui o concurso dessas condições que, uma vez provadas e não se argüindo contra elas razões relevantes, especialmente quanto à manifestação da vontade, devem ser atendidas.

"É o entendimento que mereceu o apoio de ESPÍNOLA ("Tratado de Direito Civil" vol. V, pág. 414), PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1937", III, pág. 313), ARAÚJO CASTRO ("A Constituição de 1937", pág. 298) e BENTO DE FARIA ("Código Penal Comentado", 1, página 339).

"Antes da Constituição de 1934 assim se haviam manifestado CARLOS MAXIMILIANO ("Comentários à Constituição", página 409), RODRIGO OTÁVIO ("Direito Internacional Privado", vol. I, 2ª parte, página 91, nota 73) e a exaustiva jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ver RODRIGO OTÁVIO, "Dicionário de Direito Internacional Privado", verb. "Título Declaratório", "Rev. de Direito Administrativo", "vol. III, págs. 137 e segs.).

"Mesmo à jurisprudência administrativa, embora os têrmos do dec.-lei n° 389 (artigo

Finalpag. 190

25, não tem escapado êste entendimento, embora nem sempre pacificamente vencedor (ver "Arquivos do Ministério da Justiça", vol. 2, pág. 138, vol. 1, pág. 130, vol. 3, pág. 152, vol. 7, pág. 131, vol. 13, pág. 148, etc.).

Embora se me afigure perfeita a observação do ministro COSTA MANSO de que o título declaratório é o meio especifico para aquisição da nacionalidade

pelo artigo 69, nº V, da Constituição de 1891, e que a declaração de nacionalidade deve ser ato do Executivo, também não me parece exclusivo de apreciação judicial a existência "*in concreto*" e, para a apreciação de determinada relação jurídica, da aquisição da nacionalidade pelo estrangeiro.

"Equivale isto a dizer que, embora ato de soberania a aquisição da nacionalidade, de modo que, para o julgamento da controvérsia, seja necessário apurar a nacionalidade de um dos litigantes ou de parte na relação jurídica, cabe ao Poder Judiciário entrar no mérito da questão, não para atribuir a nacionalidade, mas apenas para verificar qual a nacionalidade do interessado.

"Esta a diferença da manifestação dos dois poderes no exame da nacionalidade e na manifestação sôbre o assunto.

"Ora, na espécie dos autos, apreciou o Tribunal recorrido da ocorrência dos elementos integrantes na nacionalidade brasileira e, para o efeito de resolver a relação de direito, decidiu que, efetivamente, a lei aplicável era a brasileira, porquanto havia o interessado, na controvérsia judicial, adquirido a nacionalidade brasileira *ope legis*, pelo concurso dos elementos previstos na Constituição.

"Não há como intervir êste egrégio Tribunal na demanda, porque não há lei federal a restaurar, porquanto ela, foi aplicada e, segundo me parece ainda, bem aplicada, pelo douto Tribunal de Apelação do Distrito Federal.

"Rio de Janeiro, 31 de julho de 1946. - Temístocles Brandão Cavalcanti, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): As questões sôbre a naturalização tácita, através da interpretação do artigo 69 da Constituição de 1891 e do dec.-lei nº 389, de 25 de abril de 1938, têm sido versadas neste Supremo Tribunal, através de recursos extraordinários, conhecidos por amor das ondulações que tornam intranqüila a jurisprudência. Para o venerando acórdão recorrido o estrangeiro que, estando no Brasil em 1889, não manifestasse em seis meses o intuito de guardar a nacionalidade de origem, adquiria *ope legis* a nacionalidade brasileira, não passando o titulo declaratório de meio de prova, sem que constitua condição mesma da aquisição da nacionalidade brasileira, que se operava *ipso facto atque iure*. E essas

proposições nem sempre encontram voga desimpedida e curso desembaraçado na jurisprudência, o que autoriza, o conhecimento do recurso na base da letra *d*.

Quanto ao mérito, á concordância de meu voto com o acórdão recorrido é pontual e completa.

A interpretação do texto da primeira Constituição republicana do pais não pode ser desenvolvida à luz de critérios hoje dominantes e que desvelam manifesta hostilidade à naturalização tácita.

O eminente professor HAROLDO VALADÃO lembra, ao propósito, os conceitos de LEREMBOURS-PIGEONNIERE e acrescentou na exposição de motivos do anteprojeto que serviu de base ao dec.-lei nº 389, de 25 de abril de 1938:

"A aquisição de nova nacionalidade pelo estrangeiro deve ser um ato de lealdade e sinceridade para com o país em que se naturaliza. Se concede direitos, traz deveres, e quem deseja o exercício dos primeiros deve assumir obrigações dos segundos em tôda a sua plenitude. Propusemos, assim, e foram aceitos pela subcomissão, que os nossos trabalhos se orientassem, na medida do possível, por êsses dois princípios: 1º) a naturalização só deve ser concedida com a manifestação expressa, positiva, da vontade de ser brasileiro, abolida a naturalização tácita ou automática; 2º..." ("Estudos de Direito Int. Privado", pág. 618).

Mas, no início da vida republicana do país outro era o espírito que dominava o assunto e que se marcava, segundo RODRIGO OTÁVIO, ao aludir ao dec. nº 12-A, de 26 de novembro de 1889, e ao de n° 58-A, de 15 de dezembro de 1889, de "funesto liberalismo" (*apud* VALADÃO, liv. cit., pág. 621).

Pelo art. 69, nº V, da Constituição de 1891 cidadão brasileiro era o estrangeiro que possuísse imóveis no Brasil ou tivesse filhos, brasileiros, contando que aqui residisse, salvo se manifestasse a intenção de não mudar de nacionalidade. Essa declaração não obedecia a forma preestabelecida. Qualquer forma bastava, desde que autêntica e inequívoca. E, no caso dos autos, não se verificou semelhante manifestação, ao passo que os requisitos mencionados preencheram-se indiscutivelmente. A declaração de ser "natural de Portugal" não foi julgada suficiente a pôr de manifesto a intenção de não mudar de nacionalidade. E a meu ver muito razoavelmente. Trata-se de indicação - aliás exata - de lugar do nascimento e que não exprime, inequivocamente, a intenção de não mudar de nacionalidade, como, de resto, se tem julgado em casos simílimos, não se podendo, a

essa conta, rejeitar ao aresto a balda, de ofensor no nº V do art. 81 da Constituição de 1891. É pura injustiça atribuir-se, por êsse motivo, ao aresto o crespíssimo êrro de afirmar que o estrangeiro que preenche as condições exigidas no nº V do citado artigo brasileiro se torna, ainda que manifeste a vontade de manter a nacionalidade de origem.

No caso, o acórdão, penetrando o exame de elementos de fato, concluiu não haver o "*de cujus*" manifestado o ânimo de manter a nacionalidade de origem. E porque se verificassem as condições da lei, entendeu tratar-se de caso de naturalização tácita, em face do art. 69, nº V, da Constituição de 1891, que, assim, ao invés de malferida pelo acórdão recorrido, nêle deparou respeito e fidelidade.

Na aceitação de critérios aferidores do ânimo de conservar a nacionalidade de origem e na inteligência do citado artigo da primeira Constituição republicana, guarda o acórdão harmonia com a jurisprudência dêste Supremo Tribunal.

Há, ainda, entretanto, que indagar da procedência da increpação de haver o aresto recorrido tratado o dec.-lei nº 389, de 25 de abril de 1938, acuso que se desenvolve nestes têrmos:

"Atentou ainda o acórdão recorrido contra o dec.-lei nº 389, de 25 de abril de 1938, que exige como meio exclusivo de prova da nacionalidade o título declaratório, pois, admitindo, como admitiu, outros meios de prova de nacionalidade, infringiu essa lei, que regula a matéria. Aliás, o acórdão recorrido, invadindo atribuições exclusivas da União, resolveu outorgar título de cidadania a estrangeiros, mediante simples alegações de que o mesmo aqui se achava quando da proclamação da República (artigo 16, nº III, da Constituição de 1937)".

Quanto à última parte da argüição, ela se enovela em equívoco fàcilmente destramável. Não se trata de outorgar a estrangeiro título de cidadania, o que estaria, evidentemente, fora das raias da competência do Poder Judiciário, senão de verificar se o caso é ou não de naturalização tácita admitida na lei maior, independentemente de quaisquer outras condições além da que ela própria estabeleceu, o que cabe nas balizas daquela competência. A verificação da ocorrência das condições estabelecidas para a aquisição *ope legis* da nacionalidade, em função da eficácia de determinado ato jurídico (a adoção, no caso dos autos), é função própria e específica do Poder Judiciário.

Quanto ao dec.-lei nº 389, de 25 de abril de 1938, êle é certo que êsse diploma legal preceitua em seu art. 25, § 2º:

"A prova da nacionalidade brasileira para as pessoas a que se refere êste artigo (trata-se das que adquiriram a nacionalidade nos têrmos do art. 69, ns. 4 e 5, da Constituição da 1891) será sempre o título declaratório".

Na ementa do acórdão recorrido está que "O título declaratório não é condição ou formalidade substancial. É... meio de prova. Declara o preenchimento dos requisitos constitucionais, que podem ser provados por outros meios de direito".

Com êsse teor de decidir, teria o aresto, na versão do recorrente, vulnerado, em sua própria medula, o dispositivo legal. Tenho, ao revés, que êle deu o vero sentido e desvendou-lhe o genuíno significado.

Se o título declaratório se considerasse - contra a sua própria designação - condição e não simples prova de aquisição de nacionalidade tácita, deixaria esta, contra o que deriva do texto constitucional de 1891, de operar *ope legis*, com a só restrição da discordância do interessado.

A cidadania, no caso, não provém do título, que não é atributivo, senão declaratório da aquisição da nacionalidade.

E que se trata de meio de prova, opinião é em que conspiram juristas da maior suposição: EDUARDO ESPÍNOLA, PONTES DE MIRANDA, RODRIGO OTÁVIO, FILADELFO AZEVEDO, PEDRO LESSA, CARVALHO MOURÃO, CARLOS MAXIMILIANO. O título de que se trata, ensina CARLOS MAXIMILIANO, *documenta* o direito "adquirido pelo preenchimento dos requisitos exigidas pelo artigo 69, ns. 4 e 5, os quais podem ser provados por outros meios de direito" ("Com. à Const.", 2ª ed., pág. 409).

E. ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO esclarecem:

"...Já verificamos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de não ser indispensável o título declaratório para prova de naturalização tácita.

"Como decidir depois que o dec.-lei número 389 afirmou que a prova da nacionalidade brasileira, no caso do art. 69, ns. IV e V, será sempre o título declaratório concedido pelo ministro da Justiça?

"Antes de mais nada, cumpre reconhecer que a naturalização é concedida pela Constituição desde que se verifiquem os requisitos por ela estabelecidos. Por isso, o próprio decreto-lei dispõe que são brasileiros os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos têrmos do art. 69, ns. IV e V, da Constituição de 1891. A êsses fica assegurado o direito de pedir o título declaratório. Bastariam essas condições para se concluir que ao Poder Judiciário cabe, a despeito do que determina o decreto-lei, verificar e decidir se o título declaratório não podia ser recusado e se, ainda sem a apresentação do título, a nacionalidade foi adquirida..." ("Tratado de Dir. Civ. Bras.", vol. 5, "Da Nacionalidade Brasileira", pág. 402).

Vê-se, pois, que o acórdão recorrido só se põe em concreto com a jurisprudência através,

Finalpag. 192

pelo menos, de suas manifestações mais numerosas, como se conforta com o magistério de opinadíssimos jurisconsultos. O recurso, pois, não merece prosperar.

E o mesmo passa quanto aos extremos do recurso de revista. No caso, deu-se-lhe abrigo, porque em cotejo de arestas, entendeu o ilustre Tribunal haver ocorrido a divergência que o autoriza. E a consideração de que um dos acórdãos divergentes estava, de seu turno, submetido a outro recurso de revista e, pois, não era final, não é poderosa a inutilizar o que foi julgado com detrimento injusto de esforços e dispêndios.

Nego provimento.

DECISÃO

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

Impedidos os Exmos. Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e EDGAR COSTA.

*

EXECUTIVO CAMBIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE A EXECUÇÃO

- Pode a mulher casada intervir, na qualidade de terceiro, para defesa de seus direitos, na ação executiva cambial, movida por credor de seu marido, de quem se acha desquitada, com sentença homologatória do desquite, na primeira instância. É considerada em fraude a dívida do marido, para pretender, na execução, envolver bens que devem caber, pelo desquite, à mulher.

Nélson Corniceli *versus* Olga Salva

Rec. ext. nº 15.171 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam, em Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma julgadora e por voto unânime - vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 15.171, do Estado de São Paulo, entre partes Nélson Corniceli e Olga Salva, recorrente e recorrido respectivamente, - em não conhecer do recurso, de acôrdo com o voto do relator constante das notas anexas da assentada do julgamento. Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 25 de outubro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: O recorrente propôs, no fôro da capital de São Paulo, uma ação executiva contra Romeu Estanislau Micheletti para haver dêste a importância, de Cr$ 150.000,00, representada por duas notas promissórias e uma letra de câmbio, títulos em que figura como avalista dos aceitantes. Não efetuado o pagamento, fêz-se a penhora que recaiu no imóvel de residência da família do executado. A mulher dêste, - a ora recorrida, - intervindo no processo, alegou, em contestação, que a propriedade penhorada não mais pertencia ao executado em virtude do desquite do casal, tendo o referido prédio tocado a ela, por acôrdo já ratificado e, portanto, irretratável, não podendo, assim, responder por dívidas do marido contraídas posteriormente à mencionada ratificação; trata-se, pois, de dívida contraída em fraude de execução; demais disso, aquêle bem fôra comprado por ela e uma filha, fruto do trabalho de ambas, com grandes sacrifícios. Concluiu pedindo, com a improcedência da ação, a condenação do autor ao pagamento de custas e honorários de advogado.

O juiz, na sentença proferida afinal (fls. 60), deixou de acolher a primeira alegação, atendendo a que o desquite homologado por sentença de 1ª instância não havia sido ainda confirmado em 2ª, de modo a transitar em julgado e produzir os efeitos legais, quanto aos bens do casal. Acolheu, porém, a segunda, relativa à fraude com que teria agido o autor, em conluio com o réu, para, evidentemente, prejudicar a ré, simulando uma dívida inexistente. E a essa conclusão chegou examinando o conjunto de motivos resultantes dos autos, e, em especial, o depoimento pessoal do próprio autor, as condições financeiras do réu-marido, e o desquite, acentuando que "os anais forenses registram freqüentemente "situações idênticas". Por êsse fundamento, julgou improcedente a ação e insubsistente a penhora. Em grau de apelação, a 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça confirmou unânimemente essa sentença por seus próprios fundamentos (fls. 89 v.). O autor, inconformado, impugna êsse acórdão pelo presente recurso extraordinário, com base nas letras *a* e *d* do art. 101, III, da Constituição federal, por contrariar os arts. 14 e 51 do dec. nº 2.044, de 1908, quanto à responsabilidade do avalista e à defesa que ao mesmo é facultada, e divergir, na interpretação dêsses dispositivos, das decisões, que invoca, dêste Tribunal e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (fls. 91). O recurso foi arrazoado às fls. 96 e contrariado às fls. 104.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Argumenta o recorrente que os dispositivos legais que entende violados pelo acórdão recorrido, fixam que "para a validade do aval é suficiente a simples assinatura

Finalpag. 193

do próprio punho do avalista ou do mandatário especial no verso ou anverso da letra" (art. 14) estabelecendo, por outro lado, que a defesa na ação cambial sòmente é admissível fundada no direito pessoal do réu contra o autor, em defeito de forma do título e na falta de requisito essencial necessário ao exercício da ação" (art. 51). O acórdão recorrido, entretanto, possibilitando defesa ampla, sem restrições, ao avalista - ainda que representado por sua mulher, - contrariou aquêles dispositivos.

Não procede a argüição: a decisão de 1ª instância, confirmada pelo acórdão recorrido, não negou nenhuma das teses legais invocadas, ou seja, a da responsabilidade do avalista e dos limites da defesa na ação cambial. Deixou intata aquela responsabilidade do réu-avalista, e da sua defesa não cogitou,

porque êle não ofereceu nenhuma; cingiu-se a acolher a da mulher do mesmo réu, como terceira, ante o desquite já homologado em 1ª instância, concluindo, face às provas e circunstâncias constantes dos autos, pela existência de fraude, em relação à ora recorrida, na obrigação assumida pelo réu. Caso não é, assim, de recurso extraordinário, de que, portanto, preliminarmente não conheço.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso. Decisão unânime.

Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

ENDOSSO - MANDATO - EXCEÇÕES PESSOAIS

- Embora não se conteste que o endôsso pleno seja um ato normal, se o portador se declara simples mandatário do sacador-endossante, esta circunstância permite que se conheçam das exceções pessoais do sacado contra o sacador.

Banco Nacional da Cidade de São Paulo S. A. *versus* Sociedade Oceano de Turismo e Indústria Ltda.

Rec. ext. nº 9.571 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 9.571, do Distrito Federal, recorrente Banco Nacional da Cidade de São Paulo S. A., recorrida Sociedade Oceano de Turismo e Indústria Ltda.:

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

Custas como de lei.

Supremo Tribunal Federal, 26 de dezembro de 1947. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Pela sentença de fls., do então juiz Dr. MÁRIO GUIMARÃES FERNANDES PINHEIRO, foi denegada a falência da Sociedade Oceano de Turismo e Indústria Ltda.

Disse o ilustre magistrado:

"O despacho de fls. impediu o sacrifício do direito da requerida, que tão mal interpretou a disposição de clareza meridiana do § 2° do art. 10 do dec. nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, pretendendo a concessão do tríduo dêsse parágrafo antes da apresentação da defesa, quando tal concessão pressupõe defesa oferecida nas 24 horas do anterior § 1º e fundada em matéria relevante que, dada a remissão ao artigo 4º, outra não pode ser que qualquer dos fatos mencionados nesse artigo.

"Assim, tôda a matéria das petições de fls. deverá ter sido articulada nas 24 horas seguintes à citação de fls., integrando a petição de fls., porque sòmente à vista da matéria alegada, poderia êste juízo reconhecer a sua relevância para o efeito da concessão do tríduo probatório.

"Acresce que essa concessão tem por fim facilitar a produção das provas que não possam ser produzidas *incontinenti* com a defesa, sendo regra a instrução imediata das alegações.

"Endossatário-mandatário, o requerente afastou-se das ordens da endossadora-mandante que por seu representante, prestou o depoimento pessoal de fls. O laudo pericial de fls. comprova a devolução das mercadorias.

"Não se tratando de endôsso translativo, impunha-se cautela ao requerente, pois não poderia ignorar-lhe seriam oponíveis os direitos pessoais da requerida (lei número 2.044, de 31 de dezembro de 1908, artigo 51). Assim, não se justifica a conduta do requerente em face das razões do não pagamento aduzidas pela requerida no ato do protesto (fls.). A circunstância do endôsso de fls. se revestir de forma translativa não exclui a sua natureza; de endôsso-mandato, uma vez que essa natureza é confessada pelo próprio requerente na inicial de fls. Houve, pois, relevante razão de direito,

exclusiva da responsabilidade da requerida (cit. art. 4° do dec. nº 5.746, nº 7). Pelos motivos expostos e por outros de direito, indefiro a petição de fls., denegando a falência da Sociedade Oceano de Turismo e Indústria Ltda., com sede à rua Uruguaiana nº 118, sala nº 814."

Houve agravo e a sustentação do juiz expandiu-se nestes têrmos:

"Surpreende o desembaraço com que o agravante, um estabelecimento de crédito, sustenta na minuta, fundado, exclusivamente, na linguagem literal do endôsso de fls., que êsse endôsso é pleno, próprio ou transativo (fls.), quando na inicial qualificasse mesmo endôsso de endôsso-mandato (fls.) e, como mandatário, levou a duplicata endossada a protesto (fls.). A carta de fls. revela, ainda, essa posição, em que pêse à falta de técnica da expressão "cedentes", no sentido de endossantes ou endossadores, porque, fôsse o endôsso próprio, pleno ou translativo, o agravante seria livre em seu procedimento e não estaria adstrito a instruções e ordens da endossante ou endossadora. Consta do instrumento do protesto a razão pela qual a agravada se recusou a pagar o crédito representado pela duplicata protestada (fls.). O depoimento pessoal de Ubaldo Cavaguai, sócio da endossadora Ottos Produtos Ltda., esclarece, perfeitamente o ocorrido (fls.), como esclarece o exame nos livros dessa sociedade (laudo de fls.). A sentença agravada não se afastou dos têrmos da inicial de fls. Pretende agora o agravante, na minuta, que a duplicata de fls. se acha vinculada a um contrato de caução registrado no Reg. de Tits. e Documentos sob o n° 7.588, do 1º B7, fls. 166, em 6 de julho de 1944 (fls.). Mas, além de que êsse contrato não foi junto aos autos, inadmissível seria essa mudança na causa do pedido (Cód. de Processo Cível, art. 181). Houve, de fato, a caução, como reconhece a agravada (fls.). Entretanto, isso não impedia que o agravante, sem prejuízo de garantia e do seu crédito, acautelasse a situação agravada, liquidando o título caucionado com a endossadora ou solicitando a sua substituição por outros de correspondente valor. A carta de fls. contraria a vontade da endossadora, expressa no depoimento de seu sócio a fls. Demais, permanecendo ignoradas as cláusulas do contrato de caução, a presunção é de que ao caucionante facultado seria como de uso, a retirada de determinados títulos, em troca de outros equivalentes, prática que, mantendo a garantia dada, assegura as relações diretas, entre o vendedor e o comprador. Pelos motivos expostos e pelos da contraminutada de fls., mantenho a sentença agravada".

O ilustre Tribunal do Distrito Federal, em acórdão da lavra do Exmo. Sr. Des. CÂNDIDO LOBO, não deu provimento ao agravo, *verbis:*

"O despacho agravado a fls., sustentado a fls., colocou bem a questão e deu-lhe solução jurídica e doutrinária. A prova, quer quanto à carta de fls., quer quanto ao depoimento de fls., foi bem interpretada pelo doutor juiz *a quo*. A retirada de títulos caucionados, em troca de outros; é uma presunção em favor do caucionante. Consoante a regra do dec. nº 2.044, de 1908, através do seu art. 51, não encontramos a exclusão das características do "endôsso-mandato" só porque o de fls. tem forma translativa e isso muito especialmente levando em conta a confissão feita na inicial. Devia o requerente da falência agir com cautela dado que êle não podia ignorar que a requerida podia opor-lhe defesa pessoal. A sentença está certa e a sustentação de suas conclusões ainda mais convencem de sua palavra".

Daí o presente recurso extraordinário admitido pelo desembargador presidente, hoje nosso eminente colega Sr. ministro EDGAR COSTA.

Lê-se no pedido de fls.:

I. O acórdão recorrido esposou a argumentação da sentença de que o endôsso do título de fls., apesar de lançado em prêto, constitui "endôsso-mandato". Reconheceu a forma translativa do endôsso sem, contudo, emprestar-lhe sua verdadeira natureza jurídica. O acórdão, portanto, firmou a tese de que o endôsso-simples, puro, que transmite a propriedade do título, pode ser considerado como mandato em face de elementos externos ao próprio título. A existência de atos que rodearam a apelação, mas que não constam, materialmente, do título, autoriza, segundo o acórdão recorrido, a considerar-se mandato o endôsso translativo da propriedade. Esta tese choca-se, flagrantemente, com a adotada pelo acórdão, proferido pelo Tribunal de Apelação de São Paulo, na ap. nº 9.320 da capital daquele Estado, e constante da Rev. dos Tribunais", vol. 27, pág. 235.

"Diz o aresto:

"No caso, não se trata de endôsso-mandato pois êste só existe quando traz expressa a cláusula por procuração, a qual não consta do aludido endôsso".

"O acórdão citado refere-se a um endôsso em branco, fato que nenhuma alteração traz ao tema, pois, quer em branco, quer em prêto, o endôsso transmite a propriedade do título. Lutam, assim, as decisões: a 1ª, reconhecendo que o endôsso-mandato pode existir num endôsso em prêto, e a 2ª reclamando para a existência daquela forma expressa, constante do título.

Ora, os acórdãos interpretaram divergentemente a mesma lei federal, isto é, a lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908,

Finalpag. 195

§ 1º do art. 8º, e, como são emanados de tribunais de Estados diferentes, legitimam o recurso, na forma da letra *d*.

II. A principal razão do recurso, entretanto, repousa no próprio art. 8º da lei nº 2.044, visto agora sob o aspecto do endôsso em prêto. Êste transfere a propriedade do título, não comportando indagações sôbre as condições de seu lançamento. Tirou-lhe o recorrido sua peculiaridade, sua função específica, quando admitiu que tal endôsso fôsse classificado como mandato. Hipótese idêntica à dos autos apreciou o Tribunal de Apelação de São Paulo, no acórdão publicado na Rev. dos Tribunais, vol. 137, pág. 259, dando-lhe, no entanto, solução oposta. Os casos são de uma geminalidade impressionante. Trata-se, em ambos, de compra e venda de mercadorias cuja duplicata foi aceita e endossada a terceiros. Exigida do aceitante, alegou êste, em defesa, a qualidade de mandato no endôsso que fôra lançado em prêto. Ambos os aceitantes tentaram provar o alegado com franco auxílio do endossante. Reprodução exata do ocorrido nêstes autos. O acórdão recorrido reconheceu, entretanto, que os fatos ocorridos entre endossante e aceitante influem nas relações do endossatário com o segundo.

Afirma, enfim, que, se o título foi dado à cobrança, o endôsso mesmo lançado em prêto não transfere a propriedade do mesmo. Afirma o acórdão paulista que, mesmo que o título tenha sido dado em cobrança, se o endôsso é translativo de propriedade, o endossatário se apresenta como legítimo possuidor e pode cobrá-lo do devedor.

Mais nítida divergência não encontramos até hoje em nossos casos profissionais. Transcreve, de seguida, o recorrente, o acórdão paulista, da lavra do Exmo. Sr. desembargador PAULO COLOMBO:

Por esta ação ordinária, pretende o apelante anular duas duplicatas de seu aceite, emitidas por Dante de Bartolomeu S. A. e por esta endossadas à Fábrica de Fósforos N. Sª do Amparo Ltda., sob a alegação de que elas não têm mais causa, uma vez que foi desfeita a compra e venda de barricas para transporte de carne, negociada entre êle e o emitente. Sustenta que o endôsso feito por esta à Fábrica de Fósforos N. Sª do Amparo foi à cobrança, não tendo havido a transferência da propriedade dos títulos. Segundo as certidões a fls., os endossos das duplicatas se fizeram com os seguintes dizeres: Pague-se à ordem

da Fábrica de Fósforos N. Sª do Amparo Ltda." Mas, diz o autor, cartas escritas pela endossatária à endossante mostram que o endôsso foi para o fim de cobrança, isto é, por procuração. Ter-se-ia, no caso, uma simulação da natureza do endôsso. BONELLI dá a solução:

"Quando la clausula por procura, por in-casso, o simile, non appare nella girata, questa produce di fronte ai terzi gli d'una girata di proprietà anche se nell'intesa tragirante e giratario, o in forza di convenzione scritta o verbale fra loro, la cambiale sia stata trasmessa o solo per lo scopo d'incassarla nell'interesse del gigante e per qual si voglia motivo non siasi voluto esprimere nel titolo el rapporto di semplice mandato che s'istendera di creare (Della Cambiale, dell'Assegno Bancario e del Cont. di Conto Corrente", pág. 246).

Explica BONELLI que esta circunstância é uma relação interna entre endossante e endossatário, que só produz efeito *inter partes*.

Externamente, isto é, em face do devedor e de terceiros, o endossatário se apresenta como legítimo possuidor, ainda que o devedor saiba e possa provar que a cambial, se bem que com endôsso ordinário, tivesse sido transmitida ao endossatário para que êle creditasse em benefício do endossante, ou melhor, ùnicamente para que êle a cobrasse. Esta opinião do comercialista italiano deve ser aceita entre nós porque está de acôrdo com a regra estabelecida no artigo 8° da lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, de que o "endôsso transmite propriedade da letra de câmbio". Assim, não pode o autor anular as duplicatas endossadas à Fábrica de Fósforos N. Sª do Amparo Limitada".

Prossegue o recorrente:

"O acórdão anteriormente citado, constante do vol. 27 da Rev. dos Tribunais, pág. 235, assinala a mesma diversidade com o recorrido, acrescida, entretanto, do aspecto de ter sido o título negociado em conta de caução.

"Em nada influi o fato de ter sido a referida letra dada em caução ao autor, por que o proprietário de uma letra de câmbio que a empenha, lançando nela endôsso em prêto ou em branco, transfere-a ao endossatário ou portador nas relações cambiárias, e só fora delas é que poderia valer-se do contrato de penhor para qual quer fim, inclusive o de pedir contas ao credor, e, por isso, o endossatário ou portador pode cobra-la no vencimento, mesmo do próprio endossante, que a deu em caução (PAULO DE LACERDA, A Cambial, 2ª ed., pág. 90, nota 135; LYON CAEM et RENAULT, Traité de Droit Com.", 4ª edição, vol. 4°, pág. 99, nº 122-*bis*; DALLOZ, Rep.", vol. 20, v. "Eff. de Com.", nº 429, *in fine*, pág. 213 e respectiva nota).

Afirma o acórdão paulista que o endôsso em prêto transfere o título ao endossatário. Sabe-se que a autonomia do título cambial é intestável e, conseqüentemente, intangíveis são as cláusulas dêle constantes.

Finalpag. 196

A decisão indicada como divergente examinou a transferência do título em conta de caução. E a mesma espécie dos autos. Nestes, entretanto, a decisão admitiu a sujeição do título participante da conta à regra das relações cambiais, tanto que transformou o endôsso em prêto em endôsso-mandato.

O acórdão do Tribunal paulista só permite pedido de contas ao credor fora das relações cambiárias, admitindo a cobrança do título contra o próprio endossante. Releva notar que a cobrança dêstes autos foi dirigida contra o aceitante, fato que torna mais grave a dissensão entre os dois tribunais.

Estas divergências, portanto, demonstram, novamente, a viabilidade do recurso com o mesmo fundamento anterior.

O acórdão recorrido reveste o endôsso do título de fls. com a condição de mandato, e, por êsse motivo, denegou a falência, de vez que o mandante teria dado instruções contrárias ao mandatário.

Dispõe o art. 8°, § 1º, da lei nº 2.044:

"A cláusula por procuração, lançada no endôsso, indica o mandato com todos os poderes, salvo o caso de restrição, que deve ser expressa no mesmo endôsso.

Se, para argumentar, considerarmos mandato o endôsso em questão, sòmente poder-se-ia entendê-lo com todos os poderes, pois não há nenhuma restrição expressa, como requer a lei. Do título nada consta.

Nos autos, também não se encontra restrição alguma, expressamente, proibindo o suplicante de requerer a falência do aceitante.

Dessa forma, o acórdão configurou o endôsso-mandato com linhas estranhas às determinadas pela lei; ao instituto feição diversa da consagrada no diploma federal. Decorre daí a via para o recurso extraordinário, com fundamento na letra *a* do artigo 101, nº III, da Constituição, porque a decisão foi contrária à letra da lei federal, sôbre cuja aplicação se questionou.

Razoaram as partes: (*lê*). E o eminente procurador geral da República, Exmo. Sr. Dr. LUÍS GALLOTTI, ofereceu êste parecer:

"O recurso parece-nos cabível com apoio na alínea *d* do art. 101, nº III, da Constituição, em face da apontada divergência de jurisprudência. Opinamos, porém, que, se lhe negue provimento, para confirmar o acórdão que manteve a jurídica decisão de fls., do ilustre juiz, hoje desembargador MÁRIO GUIMARÃES FERNANDES PINHEIRO, bem sustentada a fls. e com a qual concordou o Dr. curador das Massas (fls.)".

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Se a dissidência jurisprudencial, indicada pelo recorrente e reconhecida pelo Exmo. Sr. Dr. procurador geral, autoriza o conhecimento de recurso na base da letra *d* do dispositivo constitucional, o estudo dos autos, ao que tenho, leva a que se recuse o provimento por que peleja o Banco Nacional da Cidade de São Paulo S. A.

Foi a falência denegada por haver o juiz, em sentença confirmada pelo venerando acórdão recorrido, reconhecido a ocorrência de relevante razão de direito excludente da responsabilidade da ora recorrida, nos têrmos do art. 4º do dec. nº 5.746, nº 7.

Contra a decisão se argúi haver considerado como endôsso-mandato o que consta do título de fls.: "Pague-se à ordem do Banco Nacional da Cidade de São Paulo S. A., quando o caso é de endôsso em prêto, intransformável em mandato por via de influências de elementos extremos na vida da cambial."

Os princípios que, ao propósito, o recorrente invocou são verdadeiros. Uma coisa é endôsso e outra endôsso-procuração.

O primeiro é translativo da propriedade do título, ao passo que, no segundo, continua o endossador a ser o titular de direito. O endossatário fica na situação de seu representante e lhe dará, ao endossador, conta de seus atos.

O endôsso-procuração, como disse MAGARINOS TÔRRES, é simplesmente um mandato (Nota Promissória, 4ª ed. nº 105). Mas, a controvérsia que influi na solução do caso dos autos não diz respeito a conspícuas diferenças entre as duas figuras jurídicas nem à diversidade dos efeitos que elas originam.

O que se argúi contra a decisão recorrida é haver identificado no caso ocorrência de endôsso-procuração, quando o de que si trata é de endôsso normal, translativo da propriedade do título, expresso em forma usual e legal: "Pague-se à ordem de...."

Não se pode negar que a declaração lançada no verso do título de fls. reveste forma de endôsso translativo, de verdadeiro endôsso. As outras formas, a procuratória e a pignoratícia, exigem declaração expressa, embora não reclamem o uso de palavras sacramentais.

Como observou MAGARINOS TÔRRES "o endôsso translativo de propriedade é que é a regra, embora a lei admita que o ato assuma natureza e efeitos diferentes, mediante declarações expressas" (liv. cit pág. 109).

No caso ocorreu endôsso completo. E que se exprimiu na mais usual e corrente de suas formas.

De resto, como adverte, WHITAKER, qualquer que seja sua forma, a declaração indicando o beneficiário é válida, desde que exprima positivamente a intenção de transmitir (Letra de Câmbio, 3ª ed. nº 63, pág. 123; *in fine*). É certo, pois, que, na hipótese,

Finalpag. 197

o endôsso não tomou o aspecto e a forma do endôsso-mandato, que em geral se traduz mediante a cláusula por procuração, que, aliás, não é sacramental, podendo ser substituída por outra equivalente, a intenção do endossante (WHITAKER, liv. cit., nº 79).

Ora, nem a cláusula por procuração nem, qualquer outra equivalente consta no endôsso do título de fls. Dúvida, pois, em face da declaração, não remanesce de que se trata de endôsso normal, vale dizer, no translativo de propriedade.

Mas, a sentença de fls. e o venerando acórdão que a confirmou, não lançaram em oblívio essas noções, que, aliás, têm voga desembaraçada. Apenas, em face das circunstâncias, que indicam chegarem à conclusão que, sob a perfeita aparência do endôsso normal, o que ocorreu na verdade foi o endôsso procuratório.

Objeta o recorrente que, ainda assim, e em face de terceiros, prevalece o endôsso translativo e o acórdão do ilustre Tribunal de São Paulo citado pelo recorrente tira a lume, ao propósito, a lição de BONELLI:

Quando la clausula per procura per incasso o simile non apparete nella girata questa produce di fronte ai terzi gli effetti d'una girata di proprietà, anche se nell'intesa tra girante e giratario, o in forza de convenzione scrita o verbale fra loro, la cambiale sia stata trasmessa solo per lo scopo d'incassarla nell'interesse dei girante e per qual si voglia motivo non siasi soluto esprimere nel titolo el rapporto di semplice mandato che s'intendera di creare" (Della Cam.", pág. 246).

E a mesma lição de WHITAKER:

"Se acontecer que o endossante, com a intenção de conferir mandato, tenha, de fato, transferido a letra com a fórmula completa ou em branco, do endôsso translativo de propriedade... tal transferência considerar-se-á puramente fiduciária em relação às partes contratantes, mas produzirá seus efeitos normais em relação aos terceiros, para os quais é sempre decisiva a forma externa da declaração cambiária. Ao endossatário que assim detiver o título como seu proprietário formal, não podem ser opostas as exceções pessoais, que caberiam contra seu endossante... salvo, é claro, o caso de simulação..., em fraude de direitos alheios (liv. cit., nº 81, página 139).

Mas, no caso dos autos, a afirmativa de tratar-se de endôsso estabelecido ao fito, apenas, de conferir mandato partiu do próprio recorrente e foi na declarada qualidade de mandatário do endossante, e não de titular do crédito, que o recorrido pediu a falência do devedor. E essa circunstância altera fundamentalmente os têrmos da questão. O endôsso é ato formal, sem dúvida, e no caso, não encerra a cláusula no mandato. Mas, se o autor mesmo proclama a simples condição de mandatário - aliás corroborada pelas circunstâncias a que alude o juiz - não pode, ao depois, estabelecer a controvérsia naquele plano, alterar-lhe a fisionomia, everter-lhe os declarados fundamentos para restringir e angustiar os lindes das exceções oponíveis no pleito.

Daí dizer o juiz, na sustentação de fls., que a sentença agravada não se afastou dos têrmos da petição inicial de fls. Não foi assim, ao que tenho e julgo malferido o texto do art. 8º da lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, e nem o do seu § 1º.

Mas, quanto a êste, se argüiram violação também da lei, porque a decisão da justiça local restringiu os poderes do mandante, sem embargo do aludido § 1°

do art. 8º exigir que a restrição conste expressamente no endôsso. E certo é que nêle se dispõe indicar a cláusula "por procuração" lançada no endôsso; "mandato com todos os poderes, salvo o caso de restrição, que deve ser expressa no mesmo endôsso.

E pelo art. 18 da Lei Uniforme, em tais casos, le porteur peut exercer tous les droits dérivant de la lettre de change...". Como escreveu o Prof. LORENZO MOSSA, "*il giratario per procura esercita tutti i diritti cambiari che possono spettare al girante"* ("La Cambial Secondo la Nuova Legge, nº 465, pág. 497).

E, na observação de PAULO DE LACERDA, o endossatário é o mandatário ilimitado operando *ad libitum* como representante do endossador ("A Cambial, nº 81, pág. 88).

Mas, no caso, a sentença aludiu às recomendações do endossador e reconheceu, sem lesão na lei, oponibilidade de exceções irrepulsáveis, por não proceder o endossatário *iure proprio*. E, nestes têrmos, sem necessidade de desconhecer o ilimitado dos poderes do endossatário, concluiu pela ocorrência de causa excludente da falência.

Quanto à questão da causa, ficou bem decidido ser inadmissível a mudança na causa do pedido, nos têrmos do Cód. de Processo Cível.

E a juntada, agora, do contrato de fls. é ineficaz, dada a índole do recurso extraordinário.

Conheço preliminarmente do apêlo de fls. e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e negaram-lhe provimento com a concordância de todos os votos.

Impedidos os Exmos. Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e EDGAR COSTA.

Finalpag. 198

*

DUPLICATA - COMPRA E VENDA "ACTIO VENDITI"

- A lei não estabelece as condições em que o comprador pode resilir a compra e venda mercantil, prevendo, apenas, os casos em que o comprador será multado, em ação fiscal, porque não haja devolvido a duplicata. Diverso, entretanto, é o caso de mera "actio venditi", em que o comprador pode, com justa causa, não aceitar a coisa vendida.

Teodoro Muller *versus* J. I. Silva & Cia.

Rec. ext. nº 15.469 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.469, do Pará, em que é recorrente Teodoro Muller, sendo recorridos J. I. Silva & Cia.:

Acordam, em 2ª Turma, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal, não, conhecer do recurso, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 24 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: No Juízo da 3ª Vara da Comarca de Belém, Teodoro Muller pediu a condenação de J. I. Silva & Cia., obrigados ao pagamento de Cr$ 56.650,00, juros da mora e custas, conforme duplicatas, que os réus não aceitaram.

Em sentença de 14 de março de 1949 (fls. 42 v.), o Dr. SADI MONTENEGRO DUARTE acolheu parcialmente o pedido do autor, tendo em vista o disposto no Cód. Comercial, arts. 191 a 220, e na lei nº 187, de 15 de janeiro de 1936, art. 13, *b*.

Ao acórdão de 3 de junho, que confirmou a sentença (fls. 57), o autor opôs recurso fundado no art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição, pela infração dos arts. 12 e 14 da lei nº 187, que deve ser observada, segundo a jurisprudência, para que o comprador se exonere dos compromissos assumidos, recusando o aceite de duplicata (fls. 60). As alegações do recorrente (fls. 62) foram contrariadas pelos recorridos (fls. 68).

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): A lei nº 187 de 15 de janeiro de 1936, não estabelece as condições em que o comprador pode resilir a compra e venda mercantil, mas apenas determina os casos em que o comprador será multado, em ação fiscal, porque não haja devolvido a duplicata (art. 30).

O caso, entretanto, não é de ação fiscal, mas de mera *actio venditi*.

Verificou-se que o comprador teve justa causa para não aceitar a coisa vendida.

Não podia, assim, ser violada a letra dos arts. 12 e 14 da citada lei nº 187, nem o acórdão impugnado divergiu da jurisprudência na causa discutida.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram de conhecer do recurso, sem divergência de votos. Deixou de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

HIPOTECA - INSCRIÇÃO - CANCELAMENTO - PAGAMENTO

- A sentença, proferida sôbre o cancelamento de atos constantes do registro de imóveis, não adquire força material de coisa julgada, a respeito do pagamento, que se havia de provar em processo litigioso.

- A entrega de um traslado de escritura pública, ainda que o primeiro, ao devedor não autoriza a presunção de pagamento.

- A convenção tácita da remissão só resultaria da entrega de um quirógrafo.

Mercedes Sanchez Queirós e outros *versus* José Antônio Marques Braga Sobrinho

e outra

Rec. ext. nº15.264 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.264, do Rio de Janeiro, em que são recorrentes Mercedes Sanchez Queirós e outros, sendo recorridos José Antônio Marques Braga Sobrinho e Luísa Sanchez:

Acordam em 2ª Turma, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso e dar-lhe provimento, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 20 de dezembro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: No Juízo da 1ª Vara de Niterói,

Finalpag. 199

Mercedes Sanchez Queirós, viúva de Carlos de Queirós e inventariante da herança, propôs, com os herdeiros, ação contra José Antônio Marques Braga Sobrinho e Luísa Sanchez, sucessoras de Rafael Sanchez e Romaguera Sanchez, para cobrança do pagamento devido por êstes, conforme escritura pública de 1898.

Os réus alegaram prescrição e pagamento, porque Carlos de Queirós entregara aos devedores o primeiro traslado da escritura de seu crédito (fls. 69).

Os autores negaram a prescrição e sustentaram que havia coisa julgada, que não considerou realizado o pagamento (fls. 101), pois, em apelação interposta pela autora, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação, em acórdão de 11 de setembro de 1944 (fls. 105), decidiu que o réu podia obter o cancelamento da inscrição da hipoteca pela caducidade, e não pelo pagamento, desde que a presunção do art. 945 do Cód. Cível se refere ao título particular.

A prescrição foi, porém, acolhida em sentença de 14 de março de 1945 (fls. 126), e rejeitada pelo acórdão da 2ª Câmara, de 15 de maio de 1945 (fls. 137), ao qual se opôs recurso extraordinário, de que a 2ª Turma não conheceu, em julgamento de 4 de setembro de 1945 (fls. 181).

Pela sentença de 14 de outubro de 1946 (fls. 214), a ação não teve feliz êxito, considerando-se feito o pagamento.

Em acórdão de 17 de julho de 1947, a 1ª Câmara julgou procedente a ação porque havia coisa julgada, contrária, na espécie, à presunção do art. 945 do Cód. Cível (fôlhas 247).

Em Câmaras Reunidas, pelo acórdão de 18 de agôsto de 1948 (fls. 269), o Tribunal de Justiça restaurou a sentença de fls. 214, porque, em face do art. 288 do Cód. Cível, não podia produzir coisa julgada, a respeito do pagamento, a decisão sôbre o cancelamento do registro da hipoteca, e a posse do primeiro traslado pelos réus firma a presunção de pagamento, que não foi contrariada.

Os autores impugnam a decisão pelo art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição (fls. 283), alegando ofensa à coisa julgada e que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Arquivo Judiciário, vol. 50, pág. 328) só aplica o preceito do art. 945 do Cód. Cível ao título que prova o ato jurídico e é constitutivo do direito.

Os recorridos ofereceram razões contrárias (fls. 294).

Deu-se por impedido o Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA (fls. 310).

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): O processo de cancelamento de atos constantes do registro de imóveis não envolve litígio, embora possa tomar feição contenciosa. O cancelamento resultará freqüentemente da sentença proferida sôbre uma ação, mas seu processo não é adequado à solução de uma lide; não é adequado a que se declare extinta a obrigação garantida pela constituição de direito real. A extinção da dívida, negada pelo credor, sòmente pode ser reconhecida por sentença dada em ação própria. Não é, assim, possível que a sentença proferida sôbre o cancelamento possa adquirir fôrça material de coisa julgada, sôbre a remissão, cuja prova havia de ser apreciada em processo litigioso (Código de Proc. Cível, arts. 287 e 288).

No caso, o cancelamento da inscrição foi autorizado pelo acórdão de 11 de setembro de 1944 (fls. 105), porque a hipoteca não foi reconstituída em título e inscrição novos (Cód. Cível, art. 817).

Não aceito, pois, a primeira alegação do recurso.

O acórdão impugnado divergiu, no entanto, do que proferiu o Tribunal do Distrito Federal, no acórdão de 10 de abril de 1939 (Arq. Judiciário, vol. 50, pág. 328), segundo o qual o art. 945 do Cód. Cívil só diz respeito aos títulos, que o são, ao mesmo tempo da dívida e da prova do ato jurídico e, portanto, uma vez devolvidos ao devedor, não há como exigir o credor o seu pagamento, porque não mais aptos para provar a obrigação.

Nada autoriza admitir-se, em nosso direito, a presunção que, por defeituosa inteligência dada à doutrina de POTHIER, o Cód. Cívil francês consagrou no art. 1.283, POTHIER baseava-se no texto de PAULO: "*Si debitori meo rediderim cautionem, videtur inter nos convenisso, no peterem"* (D. 2.14.2 § 1). Mas acrescentava que essa presunção não era aceitável quando o documento fôsse "*la crosse d'un contrat de constitution, ou d'une obligation dont'il y a une minute*. O cit. art. 1.283 estabelece o oposto.

Se a obrigação consta das notas de um oficial público, a entrega de um traslado, embora o primeiro, ao devedor não significa que o credor se tenha privado do instrumento necessário ao exercício de seu direito. A convenção tácita da remissão resulta da entrega de um quirógrafo, e não de traslado das notas tomadas por um oficial público, visto que esta cópia não contém, como o título original e particular do crédito, o *ius obligationis* (GIORGI, "Teoria delle Obbl.", VII, 7ª ed., págs. 411 e segs., ns. 312 a 318). O anteprojeto do Cód. das Obrigações dispõe, assim, que, quando a obrigação consta de título particular, a entrega dêste ao devedor faz presumir, até prova em contrário, a extinção da dívida (art. 270).

Não se pode, afinal, entender o disposto no cit. art. 945, em sentido contraditório ao do art. 1.053 do Cód. Cívil, que requer, para a convenção tácita, capacidade do credor para alienar, e do devedor para adquirir; entrega voluntária do título da

Finalpag. 200

obrigação e título consistente em escrito particular.

Conheço, pois, do recurso e lhe dou provimento, para julgar procedente o pedido dos autores, ora recorrentes.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, não se pode admitir prova de pagamento por simples indução. Tratando-se de quantias pequenas,

ainda é admissível a prova por meio de testemunhas. Admitir o pagamento por simples indução, porém, não é possível em hipótese alguma.

De acôrdo com o Sr. ministro relator, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, a decisão proferida na apelação interposta no processo administrativo entendeu haver coisa julgada. Houve recurso, tornando-se, assim, litigioso o processo. Nestas condições, entendo que a decisão, proferida tem o caráter de coisa julgada. Com êste fundamento, dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Acompanho o voto do eminente Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, em todos os seus têrmos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e deram provimento, unânimemente. Impedido o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA. Deixou de comparecer, por se achar em gozo de licença, o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

PERÍCIA - CONDIÇÕES LOCAIS

- A verificação pericial feita em pleno sertão legitima a acomodação das exigências rigorosas da lei às condições locais.

Cia. de Seguros Cruzeiro do Sul **versus** Tufic Mourão & Cia.

Rec. ext. nº 19.041 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma. do Sup. Trib. Federal, em 20 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.122)

*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SEQÜESTRO LIMINAR DA POSSE

- Seqüestro liminar da posse, em interdito recuperatório, não autoriza o recurso extraordinário.

Augusto Pasquali e outros **versus** Ottmar Fleck e sua mulher

Rec. ext. nº 7.705 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 12 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.123)

*

TERCEIRO PREJUDICADO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- A incidência da sentença sôbre o patrimônio de terceiro prejudicado é matéria de fato, que não enseja o recurso, extraordinário.

M. Soares Filho **versus** Dr. Kerginaldo Cavalcânti de Albuquerque

Rec. ext. nº 8.873 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 12 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.124)

*

IMPENHORABILIDADE - BENS, FRUTOS E RENDIMENTOS

- E válida a cláusula de impenhorabilidade de bens, frutos e rendimentos.

Arlindo Cardamone **versus** Banco Nacional Imobiliário S. A.

Rec. ext. nº 19.653 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 30 de outubro de 1951.

(Arq. da REVISTA FORENSE - Cív. 8.125)

*

LEI RESTAURADORA - EFEITOS

- As leis restauradoras ou ripristinatórias vigoram a partir da data de sua publicação.

Paulo Charles Fretin e outros **versus** Fazenda do Estado de São Paulo

Rec. ext. nº 16.146 - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.126).

Finalpag. 201

*

PERDAS E DANOS - LUCROS CESSANTES JUROS DA MORA

- A condenação em perdas e danos não abrange, necessàriamente, os lucros cessantes, dependentes de apuração na execução.

- Contam-se da inicial os juros da mora, quando o pedido é alternativo, para restituição da coisa ou pagamento de perdas e danos.

Alfredo Galvão **versus** Raimundo Germano de Sousa

Rec. ext. nº 18.163 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 23 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.127)

*

NULIDADE PROCESSUAL - ARGÜIÇÃO

- As nulidades processuais são argüíveis por aquêle a quem aproveita a sua decretação. Se êste deixar de fazê-lo, porque vencedor na causa, não pode suscitá-las o vencido.

Estado de Minas Gerais **versus** Venina da Silva Lima

Rec. ext. nº 15.945 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 23 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.128)

*

MANDADO DE SEGURANÇA - PRAZO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Esgotado o prazo para o recurso administrativo, daí começa a ser contado o prazo de decadência do mandado de segurança, para o funcionário público.

Edson Amaral **versus** União Federal

Rec. de mand. de seg. nº 1.499 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal (sessão plena), em 9 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.129)

*

REIVINDICAÇÃO - CITAÇÃO

- Na reivindicação, é indispensável a citação daqueles em cujo nome está transcrito o imóvel, pouco importando a alegação de simulação de sua aquisição.

Benedita Cândida Candia **versus** Aluísio Conceição

Aç. resc. nº 249 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal (sessão plena), em 28 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.130)

*

RECURSO - PRAZO – "DIES A QUO" - SÁBADO

- O prazo para recurso, quando contado da publicação da sentença em audiência, não afasta a regra **dies a quo non computatur in termino**.

- Prorroga-se para segunda-feira o prazo terminado em sábado.

Piratininga; Cia. Nacional de Seguros Gerais e Acidentes do Trabalho **versus** Manuel Rosa

Rec. ext. nº 18.502 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 12 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.131)

*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - ALEGAÇÃO NÃO CONSTANTE DA APELAÇÃO - RENÚNCIA E CESSÃO DE HERANÇA

- A divergência jurisprudencial é inoperante, quando só diz respeito a um dos fundamentos da decisão atacada pelo recurso extraordinário.

- Alegação abandonada pela parte, ao apelar, não pode ressurgir no recurso extraordinário.

- A renúncia de herança não se confunde com a cessão de direitos hereditário, em sucessão aberta. E só àquele se refere o art. 1.583 do Cód. Cívil.

Isaura Rolemberg de Andrade e outros **versus** Raul de Faro Rolemberg e outros

Rec. ext. nº 18.194 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 15 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.132)

*

IMPÔSTO DE RENDA - PROFESSÔRES

- Os professôres estão isentos do impôsto de renda, sob qualquer modalidade ou aspecto.

União Federal **versus** Amália Silveira do Prado

Rec. ext. nº 19.501 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 23 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.133)

*

PROVA - INSTRUMENTO PARTICULAR - TESTEMUNHAS

- Não sendo a forma escrita da substancia do ato, o instrumento, destituído dos requisitos legais, mas proveniente da pessoa a quem é oposto, vale como princípio de prova, que pode ser completada por testemunhas.

Finalpag. 202

Espólio de Antônio Gonçalves Setenta **versus** Salústio Correia de Melo

Rec. ext. nº 10.285 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 21 de agôsto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.134)

*

TRANSPORTE TERRESTRE - ESTRADA INTERMEDIÁRIA

- A responsabilidade da estrada intermediária, no transporte terrestre combinado, só se configura mediante prova de que a perda ocorreu em suas linhas.

A Piratininga, Cia. Nacional de Seguros Gerais e Acidentes do Trabalho **versus** Rêde Mineira de Viação e outro

Rec. ext. nº 16.793 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 31 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.135)

*

PODER DE POLÍCIA - ATO DISCRICIONÁRIO CONTROLE JUDICIÁRIO

- O poder de polícia está sujeito à censura do Poder Judiciário. Cabe a êste apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos do ato discricionário.

Prefeitura Municipal de Cataguases **versus** Rádio Cataguases S. A.

Rec. ext. nº 17.126 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 31 de agôsto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.136)

Finalpag. 203

Tribunal Federal de Recursos

FUNDAÇÃO DA CASA POPULAR – TAXA - EXTINÇÃO DE USUFRUTO

- Nas extinções de usufruto, em que não há translação do domínio, não é devida a taxa instituída em favor da Fundação da Casa Popular.

Agravante: Maria Elsa da Piedade Sotto Mayor Matoso

Ag. nº 1.901 - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 1.901, do Distrito Federal, em que é agravante Maria Elsa da Piedade Sotto-Mayor Matoso e agravado o Juízo da 3ª Vara de órfãos e Sucessões:

Acordam os juízes da 1ª turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos e nos têrmos do voto do relator, de fls. 47 a 49, em conhecer do recurso que tem fundamento expresso em lei, o art. 842, inciso X, do Cód. de Proc. Cívil, e em dar-lhe provimento, para o fim de, reformada a decisão agravada, declarar indevida a exigência feita no sentido do recolhimento da taxa criada em favor da Fundação da Casa Popular, no processo de extinção de cláusula de usufruto em que é interessada a agravante.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 10 de julho de 1951. - *Cunha Vasconcelos Filho*, presidente; *Elmano Cruz*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: D. Maria Elsa da Piedade Sotto-Mayor Matoso pleiteou, perante o Juízo da 3ª Vara de Órfãos e Sucessões da Justiça local, a extinção da cláusula de usufruto, pedido êsse processado em apenso aos autos de inventário de seu avô Cândido Sotto-Mayor.

O Dr. 1º procurador da Fazenda Municipal, por ocasião de seu pronunciamento sôbre o cálculo, pediu voltassem os autos ao contador, a fim de ser incluída no *quantum* a pagar o impôsto previsto no dec.-lei número 9.777, de 6 de setembro de 1946, contribuições para a Fundação da Casa Popular.

A pleiteante da extinção se insurgiu contra o requerido, e o fêz nestes têrmos (*ler fls*. 3 *em baixo*). Voltando os autos à procuradoria municipal, esta resolveu, então, pedir a assistência do Dr. procurador da República, de vez que ligado à União e não à Fazenda Municipal o interêsse determinante do conflito. O Dr. 2º procurador da República deu então êste parecer (ler fls. 4).

Em divergência com os dois procuradores fiscais se mostrou o Dr. curador de Resíduos, entendendo indevida a exigência (*ler fls*. 4 *em baixo*).

O juiz da 3ª Vara de Órfãos, o douto e provecto Dr. XENÓCRATES JOÃO CALMON DE AGUIAR, assim decidiu: (*ler fls*. 5).

Daí o agravo interposto com fundamento no art. 842, inciso X, do Cód. de Processo Civil, tempestivamente usado.

A Fundação da Casa Popular foi ouvida no recurso (fls. 29), insistindo pela apuração do impôsto (*ler*).

O juiz, depois de converter o julgamento em diligência, para que o contador informasse (fls. 34-35), assim sustentou a sua decisão (*ler fls*. 36).

A Subprocuradoria da República se manifestou no sentido do não provimento do recurso (fls. 42).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Preliminarmente, entendo que o caso é de agravo com o fundamento invocado, desde que o juiz decidiu efetivamente a respeito de êrro de cálculo, isto é, entendeu que errado estava o cálculo feito, não se computando o *quantum* julgado cabível, em favor da Fundação da Casa Popular.

Usado em tempo, dêle conheço, eis que efetivamente só a êste Tribunal Federal de Recursos pode caber, contenciosamente, dirimir controvérsia sôbre o cabimento ou não de tributo ou cota, que se diz atribuível à Fundação, subsidiada e criada pela União Federal, sob cujo amparo e supervisão exerce sua atividade.

Conhecendo do agravo, dou-lhe provimento, nos têrmos do parecer do Dr. curador de Resíduos, já lido ao Tribunal, e que, por mera omissão, creio eu, deixou de ser ouvido no recurso ora em apreciação.

Trata-se de extinção de clausula de usufruto, operando-se a extinção em favor do nu-proprietário, por morte do usufrutuário Dr. Cândido Sotto-Mayor Júnior.

Não adquiriu, porém, a ora agravante, pelo fato de morrer o usufrutuário, a propriedade em questão, eis que já a tinha desde a morte do testador, pois no usufruto a transladação do domínio da pessoa do *de cujus* para a pessoa do nu-proprietário, se opera logo, embora o uso da propriedade seja confiado ao usufrutuário. Não é como no fideicomisso, em que há um domínio resolúvel, na pessoa do fideicomissário.

Finalpag. 204

Aberta a sucessão com a morte do testador, os bens legados em usufruto são desde logo transcritos em nome do nu-proprietário. Em nome do usufrutuário se faz a inscrição do direito real que lhe é conferido na forma do testamento e do art. 674, nº III, do Cód. Cívil.

A diferenciação entre transcrição e inscrição é de assinalar-se, dados os efeitos e conseqüências de uma e outra, no direito imobiliário brasileiro.

O dec.-lei nº 4.857, de 1939, que disciplina os registros públicos, claramente estabelece que o *usufruto* será inscrito (artigo 178, letra *a*, nº XI e 252), ao passo que os atos translativos de propriedade, como o que se passa entre o testador e o nu-proprietário, são levados a transcrição (art. 241).

Na instituição do usufruto, coexistem as pessoas do usufrutuário e do nu-proprietário, e, como assinalou o emérito SERPA LOPES, "O usufruto está compreendido no título II do Cód. Cívil, referente aos direitos reais sôbre coisas alheias, e a sua inscrição não é possível sem a *transcrição* da propriedade da coisa, a menos que se trate de um ato *inter vivos*.

Já em parecer proferido aos 19 de março de 1940, quando exercia eu o cargo de promotor público junto à Vara de Registros Públicos, tive oportunidade de acentuar a legitimidade da *inscrição* de um usufruto, à margem da transcrição respectiva.

A extinção do ônus, que constitui uma servidão pessoal (FILOMUSI GUELFI, "Enciclopedia Giuridica", pág. 287; BUTERA, Della Servitù, §§ 53-55), se extingue pelo modo e na forma previstos no art. 739 do Cód. Civil, não operando a extinção uma transferência de domínio, que já preexistia a ela, na pessoa do nu-proprietário.

Ora, o dec.-lei nº 9.777, de 1946, que institui a taxa em favor da Fundação da Casa Popular, estabelece ser a mesma devida sôbre o valor do imóvel adquirido, qualquer que seja a forma jurídica da aquisição, juntamente com o impôsto de transmissão. Ora, se o nu-proprietário não adquire ao tempo da extinção da cláusula nenhuma propriedade, pois já a tinha, tanto que sôbre ela incidia a cláusula constitutiva do direito real, regularmente inscrita, é óbvio que nenhum impôsto será devido ao se operar a inscrição.

Sustenta-se, em vértice oposto, que tôda a vez que devido fôr o impôsto de transmissão, será devida a taxa de que trata o art. 3° do dec.-lei n° 9.777, de 1946. *Quid inde*? Nos casos de extinção de cláusula, não é devido o impôsto de transmissão, mas na realidade o impôsto de extinção de usufruto, calculado de forma diversa daquela pela qual se calcula o impôsto de transmissão *causa mortis*, em havendo imóveis.

É a renda dos imóveis gravados, nos últimos seis anos, que serve de base ao cálculo, e não o valor do imóvel em face da avaliação feita pelos avaliadores judiciais.

Por tôdas estas razões, dou provimento ao recurso, para julgar indevida a exigência do pagamento da taxa criada em favor da Fundação da Casa Popular, nos casos de extinção de cláusula de usufruto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento ao recurso, por unanimidade. Os Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS e DJALMA DA CUNHA MELO votaram com o relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - MÉDICAS - TÉCNICOS DE LABORATÓRIO

- Cargos e funções médicas, tècnicamente falando, são aquelas para as quais não se dispensa o diploma profissional.

Impetrantes: Dr.Arlindo Raimundo de Assis e outros

Mand. de seg. nº 388 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 388, do Distrito Federal, em que são impetrantes o Dr. Arlindo Raimundo de Assis e outros:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por voto de desempate do presidente, em conceber o mandado impetrado, tudo na conformidade dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas pela ré.

Tribunal Federal de Recursos, 18 de agôsto de 1949. - *Armando Prado*, presidente; *Rocha Lagoa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, os Srs. Arlindo Raimundo de Assis, Abdon Elói Estelita Lins, Antônio Pinheiro de Ulhoa Cintra, Amadeu da Silva Fialho, Anísio Cerqueira Luz, Carlos da Costa Pereira, Fábio Carneiro de Mendonça e Mário Fróis de Abreu, médicos domiciliados nesta cidade, impetraram mandado de segurança, argüindo: terem sido nomeados assistentes do Departamento Nacional de Saúde Pública na vigência do regulamento

aprovado pelos decs. ns. 14.354, de 15-9-920, e 16.300, de 31-12-923; que êsses cargos, eram privativos de médicos e assim designados (arts. 54, 129, 227 e 1.200 do dec. n° 16.300); que o seu provimento

Finalpag. 205

inicial era feito mediante concurso, para o qual se exigia certidão de registro do respectivo diploma, dado que, entre as atribuições dos referidos cargos, figuravam algumas só permitidas aos diplomados pelas escolas médicas oficiais ou equiparadas, na forma da lei; que, pelas tabelas anexas à lei nº 284, de 1936, que reorganizou os quadros e carreiras do funcionalismo público federal, os cargos dos impetrantes passaram a ser designados como de técnicos de laboratórios; que, sem embargo dessa nova nomenclatura dos cargos e da carreira correspondente, a citada lei assegurou o uso da denominação antiga constante do regulamento acima aludido, art. 6º, ressalvando ainda expressamente, aos impetrantes, como ocupantes efetivos dos cargos anteriores, a situação pessoal, os direitos e as vantagens de que estavam investidos (art. 28); que tanto a citada lei número 284 como o dec.-lei nº 1.713, de 28-10-939 (Estatuto dos Funcionários, artigo 7º), determinaram que as atribuições de cada cargo e carreira seriam definidas em regulamento, embora nunca tenha sido dado cumprimento a êsses dispositivos legais; que, em conseqüência, continuaram os impetrantes a exercer as sus atribuições primitivas, nas quais se compreendem, como acima ficara demonstrado, atividades só permitidas pela legislação vigente a médicos diplomados; que, ao ser promulgada a lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, o primeiro, segundo, terceiro, quarto, sexto e sétimo impetrantes haviam chegado ao fim da carreira, padrão M, o quinto ao padrão K e o oitavo ao padrão L, tendo portanto direito indiscutível a ser beneficiados pelo art. 13 da lei citada, *in verbis*

São assegurados vencimentos e salários iniciais e finais correspondentes, respectivamente, aos vencimentos das classes K e O para os cargos e funções médicas de qualquer natureza e especialização:

que, tratando-se de dispositivos de aplicação imediata e automática, o Poder Executivo atribuiu, em todos os Ministérios, aos que se encontravam em início de carreira, os vencimentos da classe "K"; aos que se encontravam em situação intermediária os vencimentos da classe "M", e aos que se encontravam em final de carreira os vencimentos da letra "O"; que, aos impetrantes, deixaram de ser pagos, inexplicàvelmente, em novembro, os novos vencimentos estipulados no artigo 13 da lei referida, a que têm direito desde agôsto do ano p. passado: que, diante do ocorrido, o sexto impetrante, Dr. Carlos da Costa Pereira, na qualidade de diretor do Laboratório de Saúde Pública, formulou ao Sr. ministro

da Educação e Saúde, em 26 de novembro de 1948, uma representação a respeito, solicitando, em seu nome e no dos demais impetrantes, que lhes fôssem asseguradas aquelas vantagens; que o pedido dos impetrantes não foi atendido nos meses subseqüentes, sendo-lhes novamente negados os vencimentos a que têm direito; que, procurado pessoalmente por um dos impetrantes, o Sr. ministro da Educação declarou que não podia deferir o pedido, porque entendia que a situação dos impetrantes dependia da reestruturação da carreira de técnico de laboratório, para o que já teria elaborado uma exposição de motivos e a correspondente Mensagem, a ser submetida ao Poder Legislativo pelo Exmo. Sr. presidente da República; que, com a devida vênia de Sua Exª, formularam então os impetrantes o protesto (doc. A, fls. 9 e seguintes dos autos), e que, finalmente, não tendo o Sr. ministro da Educação modificado sua anterior deliberação, que reputam atentatória de seu direito líquido e certo, resolveram impetrar o presente mandado de segurança. E concluem pleiteando lhes seja assegurado o direito à percepção dos vencimentos correspondentes às classes "O", "N" e "M", consoante o acima especificado, bem como a diferença devida desde agôsto de 1948.

Instruíram o pedido com os autos do protesto, por êles formulado contra o não pagamento dos seus vencimentos, e com vários outros documentos, como cópia fotostática dos títulos de nomeação para os diferentes cargos por êles desempenhados na carreira de laboratorista.

Determinei fôssem requisitados esclarecimentos ao Sr. ministro da Educação, que nos prestou no ofício de fls. 49, onde S. Exª se reporta ao parecer prestado pelo consultor jurídico daquele Ministério e assim concebido (fls. 50-52).

"Dispõe o art. 13 da lei nº 488, de 15 de novembro de 1948:

Art. 13. São assegurados vencimentos e salários iniciais e finais correspondentes, respectivamente, aos vencimentos das classes "K" e "O" para os cargos e funções médicas de qualquer natureza e especialização.

"Que se deve entender, à falta de regulamentação legal por "cargos e funções médicas de qualquer natureza"?

"Sem dúvida, são "cargos e funções médicas" aquêles para cuja investidura a lei não dispensa a exigência do diploma profissional.

"Se a Constituição e as leis condicionam o exercício de determinadas profissões à presunção de capacidade de que o diploma respectivo faz prova, mesmo na

qualidade de servidor público; claro não pode alguém merecer aquelas profissões sem atender aos devidos requisitos da lei.

A exigência da prova de capacidade profissional é ampla e geral. O exercício das

profissões liberais, mesmo numa função pública, não lhe tira por isso o seu caráter eminentemente técnico.

"Donde condicionarem as leis e os regulamentos à apresentação do diploma profissional a nomeação para certos cargos ou funções.

"A exigência legal ou regulamentar do diploma profissional é, a meu ver, o critério objetivo, a cuja luz se há de caracterizar as funções ou cargos de médicos.

"O trabalho próprio a certo cargo ou função é técnico, não dispensa a capacidade especializada que a lei exige e que o diploma profissional de médico presume? Então, o cargo ou função é, sem sombra de dúvida, de médico.

"Caracteriza, portanto, no serviço público, as funções ou cargos de médicos, aquêles para cuja investidura a lei ou seus regulamentos exigem o diploma profissional.

"Êste critério é objetivo e seguro. Fora dêle escorregaríamos no terreno movediço das opiniões subjetivas, onde cada cabeça gera cada sentença. E nos levaria êle ao caso, falta de unidade administrativa, à injustiça pela justiça desigual que se faça.

"Só um critério legal e objetivo nos poderá pôr a coberto desta desorientação. E o critério não pode ser outro senão aquêle.

"Sem dúvida, pode-se alegar que um funcionário exerce muitas vêzes funções próprias de médicos, sem que o seu cargo seja de médico.

"Mas a solução aí não é deixar ao arbítrio do intérprete o definir ou não a natureza técnica dêste cargo. A solução é modificar a lei para que na aparência seja ela o que é na essência.

"Pode um funcionário ser médico, bacharel ou engenheiro e estar exercendo cargo de oficial administrativo. Para a investidura neste, evidentemente, não lhes condicionaram a apresentação de diploma técnico. Nem por isso, porque o seu titular tem um diploma técnico, êste cargo passa a ser técnico.

"Na espécie, médicos e não médicos exercem cargos na carreira de técnico de laboratório. Para a investidura neste cargo a lei não exige requisitos especiais, como a apresentação de diploma de médico.

"Para o desempenho destas atribuições, no serviço público ou fora do serviço público, a lei não exige prova de capacidade profissional. Logo, fôrça é concluir-se que êstes cargos ou funções, para os devidos efeitos legais, não são cargos ou funções de médicos.

"Se o trabalho que exerciam é privativo daquela profissão, cabe ao legislador reconhecer-lhes a natureza e então condicionar o seu exercício à apresentação do diploma.

"Enquanto não o fizer, enquanto não se entender necessário fazê-lo, não há como caracterizar-se como de médico funções ou cargos para cuja investidura não se exige prova de capacidade especializada".

Nesta instância, assim se manifestou o Dr. subprocurador-geral da República (fls. 54-55):

"A notificação lida a fls. 10-14 não teria qualquer valimento no sentido de alterar a contagem do prazo previsto no artigo 331 do Cód. de Proc. Civil.

"Tal prazo computa-se, em verdade, da data da vigência da lei nº 488, de 15 de novembro de 1948.

"Para o exercício das funções ocupadas pelos impetrantes, a lei não exige diploma médico nem mesmo simples conclusão do curso ginasial, como declaram os próprios interessados a fls. 12, item 6°.

"Procedentes, portanto, são, a todo ponto, as ponderações consignadas nas informações consignadas nas informações do Ministério da Educação, tendentes a demonstrar o descabimento do pedido.

"Reportando-nos a essas fundamentadas informações, insistimos pelo indeferimento da medida, que, de sorte alguma, tem a seu prol um daqueles

direitos líquidos e certos a que alude o preceito constitucional regulador do mandado de segurança".

Como na inicial houvesse menção a certidões requeridas ao ministro da Educação e se pedisse fôssem requisitadas, diretamente, aquelas certidões, determinei se oficiasse, nesse sentido, ao ministro, que, pelo oficio que se encontra a fls. 60, encaminhou as referidas certidões, as quais foram juntas aos autos.

Dessas certidões verifica-se, quanto ao cargo ocupado pelo impetrante Carlos da Costa Pereira, que "conjugando-se os dispositivos legais pertinentes ao assunto, é forçoso concluir-se que o cargo de assistente do Laboratório Bromatológico era privativo de médico, devendo responder-se afirmativamente, dêsse modo, ao item 2 da petição de fls. 1".

Neste item, o requerente pedia se certificasse se o cargo de assistente era privativo de médico, quando para o mesmo foi nomeado, por fôrça do disposto no decreto número 16.300, de 31 de dezembro de 1923.

Relativamente ao impetrante Mário Fróis de Abreu, a certidão está nestes termos:

"...quanto ao item 2: "a denominação do cargo para o qual o requerente foi nomeado por decreto de 4 de maio de 1931, do chefe do Govêrno Provisório, é "chefe de laboratório" da Inspetoria da Profilaxia da Lepra e das Doenças Venéreas do Departamento Nacional de Saúde Pública, não constando dos registros desta Divisão do Pessoal elementos que permitam certificar se o referido cargo era privativo de médico".

Finalpag. 207

A terceira certidão é relativa ao impetrame Abdon Elói Estelita Lins e diz o seguinte, quanto ao item 2:

"Os arts. 54 e 1.270 do dec. nº 16.300, de 31-12-923, dispõem respectivamente: "Serão nomeados, pelo diretor-geral do Departamento, os secretários das diretorias, os chefes de distritos, os inspetores e subinspetores sanitários rurais da Diretoria de Saneamento Rural, o assistente e os ajudantes-médicos da Inspetoria de Estatística Demógrafo-Sanitária... os chefes de serviços da Diretoria de Saneamento Rural, os médicos do Laboratório Bacteriológico... os funcionários técnicos do Laboratório Bromatológico... os médicos microscopistas, os farmacêuticos dos hospitais e lazaretos....".

Nos mesmos têrmos a certidão passada em relação ao impetrante Arlindo Raimundo de Assis, assim como as relativas aos impetrantes Antônio Pinheiro de Ulhoa Cintra, Amadeu da Silva Fialho e Fábio Carneiro de Mendonça, transcrevendo sempre os textos regulares.

Como me cumpria, mandei que o doutor subprocurador geral da República tivesse vista dos documentos juntos ao processo, após a parecer de S. Exª, que assim se expressou (*lê a fls*. 78).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Sr. Presidente, os impetrantes fundam seu pedido no art. 13 da lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, que reza:

"São assegurados vencimentos e salários iniciais e finais correspondentes, respectivamente, aos vencimentos das classes "K" e "O" para os cargos e funções médicas de qualquer natureza e especialização".

Alegam, também, que, ao ingressarem na carreira, foram nomeados para os cargos de assistentes do Departamento Nacional de Saúde Pública, na vigência do regulamento aprovado pelos decs. ns. 14.354, de 15-9-1920, e 16.300, de 31-12-1923. Êsses cargos eram, então privativos de médicos, consoante dispõem os arts. 54, 129, 227 e 1.200 do dec. número 16.300 citado. Reza o art. 54:

"Serão nomeados pelo diretor-geral do Departamento: os secretários das diretorias, os chefes de distritos, os inspetores e subinspetores sanitários rurais da Diretoria do Saneamento Rural, o assistente e os ajudantes-médicos da Inspetoria de Estatística Demógrafo-Sanitária e da Inspetoria de Profilaxia da Lepra e Doenças Venéreas, os chefes de serviços da Diretoria de Saneamento Rural, os médicos do Laboratório Bacteriológico e os médicos-assistentes da Inspetoria de Fiscalização do Exercício da Medicina, os funcionários técnicos do Laboratório Bromatológico, o químico especialista, os auxiliares de laboratório e os médicos microscopistas, os farmacêuticos dos hospitais e lazaretos", e demais funções.

O art. 129, também, dispõe:

"O assistente será nomeado, em comissão, por proposta do inspetor, podendo ser um inspetor sanitário ou médico de reconhecida competência no assunto, estranho à repartição.

Como se vê, exigia-se que a nomeação - que era em comissão - recaísse, ou no inspetor sanitário, ou em médico de reconhecida competência no assunto. E os cargos dos impetrantes eram, justamente, os de assistente.

Finalmente, o art. 1.280 prescreve:

"Aos assistentes incumbe:

1º efetuar os estudos, as pesquisas e todos os trabalhos de ordem técnica e exercer as comissões que lhes forem distribuídas pelo diretor, ou, na sua falta, pelo chefe de serviço;

2º, fazer os plantões de acôrdo com o disposto no artigo dêste regulamento.

§ 1° - Ao assistente, destacado para os trabalhos de anatomia patológica, incumbirá a execução das necrópsias que forem necessárias aos serviços do Departamento Nacional de Saúde Pública, e de tôdas as pesquisas relativas à sua especialidade, podendo ser dispensado dos plantões, quando assim o exigirem as necessidades do serviço.

§ 2º, O assistente; especialista em entomologia médica e helmintologia, ficará incumbido de todos os trabalhos de sua especialidade, sem prejuízo do disposto na alínea 2ª dêste artigo".

Vê-se daí que êsses assistentes até então eram escolhidos entre técnicos, médicos e médicos especializados.

Pelas tabelas anexas à lei nº 284, de 28 de novembro de 1936, que reajustou os quadros e vencimentos dos funcionários públicos, passaram êles a ser designados técnicos de laboratório. Entretanto, o art. 6° dêsse diploma legal dispõe que as novas nomenclaturas de carreiras e cargos não excluem o uso, nas repartições, de outras denominações aconselhadas pela necessidade do serviço e que contrariam o seu respectivo regulamento. E dispõe a lei nº 284, no seu art. 28:

"Aos atuais ocupantes efetivos de cargos extintos, assim como os ocupantes

efetivos de cargos cujas funções passem a ser exercidas em comissão, é assegurada sua situação pessoal, direitos e vantagens de que estão investidos, com os vencimentos constantes das tabelas anexas".

Posteriormente, o Departamento Administrativo do Serviço Público, em instruções - veja bem o Tribunal - que expediu, regulando concursos para o provimento de cargos da classe inicial da carreira de técnicos de laboratório, do Ministério da Educação e Saúde, deixou de exigir, como requisito para inscrição, o diploma de médico e, até mesmo, uma simples conclusão do curso ginasial.

Em virtude dêsse concurso, alega-se (não há prova), que um antigo servente alcançou o pôsto de técnico de laboratório.

Sobrevindo a lei invocada (nº 488, de 15-11-48), cujo art. 13 assegurava vencimentos e salários iniciais e finais correspondentes a vencimentos das classes "K" a "O", para cargos e funções médicas de qualquer natureza, os impetrantes, que entendem desempenhar função de natureza técnica, função médica, requereram lhes fôssem pagos os vencimentos nessa proporção. Foi indeferida essa pretensão, e dai o presente pedido de mandado de segurança que defiro, por entender que não assistia ao Departamento Administrativo do Serviço Público a faculdade de derrogar os preceitos regulamentares por simples instruções: Preceitos regulamentares que consideravam funções técnicas as de técnico de laboratório. Ainda que não houvesse tais preceitos regulamentares, a boa razão estava aconselhando a exigir-se o diploma de médico para o exercício dessas funções. O mandado é requerido por aquêles que tiveram sua investidura ao tempo em que se exigia essa condição de médico para o ingresso na carreira, pelo que entendo satisfeita perfeitamente a exigência legal do desempenho de funções médicas para lograrem o aumento de vencimentos. A circunstância acidental de um servente qualquer ter alcançado êsse pôsto de técnico de laboratório não retira àquelas funções a natureza de função técnica. De resto, permito-me lembrar aqui, ao egrégio Tribunal, que, na afamada Escola de Engenharia de Ouro Prêto, antiga Escola de Minas, hoje Escola de Metalurgia da Universidade do Brasil (não sei porque lhe mudaram o nome), houve serventes de laboratório (três, pelo menos) da maior eficiência. Eram os serventes das cadeiras de química, de botânica e de mineralogia. Êstes homens, após exercer as suas funções por vários lustros, tornaram-se verdadeiros especialistas naquelas matérias, e o eminente colega ministro HENRIQUE D'ÁVILA esta-me informando da existência de um servente nessas condições na Escola Politécnica, hoje Escola Nacional de Engenharia.

Possìvelmente, trata-se, neste caso, de um dêsses homens que, pelo longo convívio, pelo longo trato das matérias, se tornaram práticos Mas possuem apenas conhecimentos empirícos. Evidentemente, isso não deve impossibilitar o reconhecimento dos direitos daqueles, que, ao ingressar na carreira, tiveram que satisfazer aquela condição de serem médicos. E, como mostrei, êles exercem funções altamente especializadas. São encarregados de exames que só devem ser atribuídos a um técnico especialista, quer dizer, que nem mesmo um médico qualquer estaria em condições de realizar.

Por êsses fundamentos, Sr. presidente, defiro o mandado, para que, aos impetrantes, sejam assegurados vencimentos nos têrmos do art. 13 da lei n° 488, de 1948. Quanto à discriminação dos padrões, caberá à Administração fazê-lo, oportunamente.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Peço vistas dos autos, Sr. presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Prefiro dar voto desde logo, porque recebi memorial da parte e tive tempo de habilitar-me para votar.

Também defiro o mandado. Tanto o dec. nº 16.300, de 1923, como o dec. número 14.354, de 15-9-1920, que aprovaram o Regulamento para o Departamento Nacional de Saúde Pública, tanto um como outro, quando trataram do Laboratório Bacteriológico (para cujos quadros foram nomeados os impetrantes), estabeleceram:

"Art. 826. Ficam a cargo do laboratório os seguintes serviços:

a) Exames e pesquisas destinadas ao diagnóstico das doenças transmissíveis, para os efeitos das medidas de profilaxia;

b) Pesquisas destinadas à verificação do valor de quaisquer substâncias que tenham de ser empregadas como antissépticos, para os efeitos da concessão da licença pelo Departamento Nacional de Saúde Pública;

c) Análise do solo, da água e do ar, que interessem às medidas de profilaxia ou à higiene em geral;

d) Pesquisas bacteriológicas, ou quaisquer outras necessárias a elucidar diagnósticos, para os efeitos da concessão de licenças ou de aposentadorias e para todos os intuitos que interessem aos serviços do Departamento;

e) Verificação bacteriológica das desinfecções, quando requisitadas pelas autoridades competentes;

Finalpag. 209

f) Autópsias que se façam necessárias à verificação da *causa mortis*, nos casos suspeitos de doença transmissível;

g) Exames e pesquisas bacteriológicas requisitados por particulares ao Departamento Nacional de Saúde Pública, quando tais exames, direta ou indiretamente, possam interessar à saúde pública" (dec.-lei nº 14.354, de 15 de setembro de 1920).

No quadro dêsse laboratório, que exercia funções nitidamente de saúde pública, só médicos podiam exercer atividades.

Assim, o art. 87 prescreve:

"Aos assistentes incumbe:

1° - efetuar os estudos, as pesquisas e todos os trabalhos de ordem técnica e comissões que lhes forem distribuídos pelo diretor, ou, na sua falta, pelo chefe de serviço;

2º - fazer os plantões de acôrdo com o disposto no art. 851 dêste regulamento".

Êste art. 851 diz respeito ao plantão de serviço de defesa sanitária:

"Os serviços sanitários do pôrto do Rio de Janeiro ficarão a cargo das seguintes dependências da Diretoria: Inspetoria da Profilaxia Marítima, Inspetoria de Saúde do Pôrto, Hospital Paula Cândida e Lazareto da Ilha Grande".

E mais:

"Art. 837, 2º, § 1º. Ao assistente destacado para os trabalhos de anatomia patológica caberá a execução das autópsias que forem necessárias aos serviços do Departamento Nacional de Saúde Pública, e tôdas as pesquisas relativas à

sua especialidade, podendo ser dispensado dos plantões, quando assim o exigirem as necessidades do serviço".

Pela enumeração de todos os dispositivos que regulam e regulavam as atividades dos então assistentes de laboratório, verifica-se que, na verdade, só médicos podiam exercer tais funções. E o diploma de médico era então condição exigível para a nomeação.

Veio a lei nº 284, de 1936, reajustando os quadros e os vencimentos do funcionalismo público Cívil da União, e estabeleceu, no seu art. 6º, uma nova nomenclatura para os cargos de carreira existentes, ressalvando, entretanto, que a nova nomenclatura não exclui o uso nas repartições de outras de nominações, aconselhadas pela necessidade do serviço e que constarem dos respectivos regulamentos".

Òbviamente, os dispositivos dos decretos. ns. 14.354 e 16.300, de 1920 e 1923, respectivamente, ficaram de pé, porque ressalvados na exceção do art. 6°.

E o art. 28 estabeleceu:

"Aos atuais ocupantes efetivos de cargos extintos, assim como aos ocupantes efetivos de cargos cujas funções passem a ser exercidas em comissão, é assegurada sua situação *pessoal*, direitos e vantagens de que estão investidos, com os vencimentos constantes das tabelas anexas".

Só foram ressalvados os direitos pessoais adquiridos pelos titulares efetivos ao tempo da lei nº 284. Esta lei foi que mandou se classificassem como de "técnicos de laboratório" as funções até então exercidas pelos chamados "assistentes".

Como bem acentuou o Sr. ministro relator, as instruções do D. A. S. P. que excluíram, dentre os documentos exigidos para inscrição o diploma de médico, não podiam revogar nem o regulamento de 1920, nem o de 1923, nem estavam de acôrdo com os mandamentos da lei nº 284, que assegurou aos atuais ocupantes de cargos extintos os direitos pessoais e vantagens de que estavam investidos.

De modo que, quando surgiu o recente decreto que mandou enquadrar nos padrões "K" e "O" aquêles que exerciam funções especificamente de médicos, situação pessoal, os impetrantes, que estavam em tal caso, tinham que ser beneficiados, evidentemente, pouco importando que existisse um servente entre êles. Isso não é razão para que se excluam aquêles diplomados que têm direito

aos benefícios outorgados pela lei, nº 488 a todos os outros médicos de todos os outros ministérios.

Além do mais, êste Tribunal, julgando o mandado de segurança nº 284, impetrado contra quatro ministros de Estado, pediu informações aos ministros da Educação, da fazenda, da Agricultura e da Viação e os quatro, antes que fôsse julgado o mandado, atenderam aos então impetrantes, todos médicos, mandando enquadra-los dentro das classes fixadas pelo art. 13 da lei nº 488, de 1948, razão por que foi julgado prejudicado o mandado.

Acompanho, portanto, o Sr. ministro relator concedendo o mandado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento, por indicação do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, tendo votado no sentido de deferir o pedido para que sejam assegurados vencimentos nos têrmos do art. 13 da lei nº 488, de 15 de novembro

Finalpag. 210

de 1948, os Srs. ministros relator e ELMANO CRUZ. Os demais ministros aguardaram o voto do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA. Impedido o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ARMANDO PRADO.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Os impetrantes, antigos assistentes do Departamento Nacional de Saúde Pública, invocando a qualidade de médicos diplomados, pretendem lhes sejam assegurados, nos cargos que ora ocupam, de técnicos de laboratório, carreira funcional essa criada pela lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, os vencimentos que a recente lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, em seu art. 13, atribui aos servidores públicos federais que exerçam cargos ou funções médicas de qualquer natureza.

Fundam o seu direito no fato de que a própria lei nº 284, dando nova nomenclatura aos cargos que vinham exercendo, ressalvou, em seu art. 28, a situação pessoal, direitos e vantagens de que estavam investidos, bem como os vencimentos que percebiam.

Compulsei a legislação sob cujo domínio foram os impetrantes admitidos como assistentes de laboratório em repartições diversas do Departamento Nacional de Saúde Pública. Em nenhum texto expresso dêsse volumoso repositório legal, porém, pude encontrar formalizada a exigência de diploma profissional de médico como condição *sine qua non* do provimento do antigo cargo de assistente de laboratório, mediante concurso ou independentemente dêle.

Não se compreende possam ser havidos por cargos ou funções médicas aquêles ou aquelas para cujo ingresso se não exigia, pelo menos de maneira expressa e indubitável, o competente diploma profissional. Esse o critério objetivo que deve presidir a todo e qualquer esfôrço no sentido de bem ajuizar dos fins e objetivos consignados na norma consubstanciada no art. 13 da lei nº 488.

Em meu entender, portanto, a lei número 284, de 1936, não invocou nem criou solução de continuidade, no que tange ao assunto, como não contemplou como requisito indispensável - ao ingresso na nova carreira por ela estruturada, e em cujos escalões se integraram os impetrantes - o diploma acadêmico.

Os antigos cargos de assistentes podiam, como os atuais de técnicos de laboratório podem, ser providos, independentemente daquele requisito. Pelo menos, nada em contrário demonstram os impetrantes; e pouco convincente se me afiguram as razões alinhadas, com o descortino e clareza de sempre, pelo eminente senhor ministro relator, em sentido oposto. Não estando suficientemente esclarecido, como não está, que as funções exercidas pelos impetrantes, quer antes, quer agora, possam ser conceituadas como de exclusivo desempenho médico, o direito postulado perde, em conseqüência, a característica de certeza e liquidez exigível para o seu reconhecimento pela via escolhida. Razão por que indefiro o pedido, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, de quem lamento discordar.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Sr. presidente, acompanho o voto do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: *Data venia* do voto proferido pelo ministro HENRIQUE D'ÁVILA, fico com o entendimento do Sr. ministro relator, atendendo ao fato de que as funções dos impetrantes devem ser exercidas por médicos.

Acompanho, pois, o Sr. ministro relator.

VOTO.- VENCIDO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: De acôrdo com o voto do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO ARMANDO PRADO (presidente): Estando o julgamento empatado, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento por indicação do Sr. ministro presidente, depois de haverem votado deferindo o mandado os Srs. ministros relator, ELMANO CRUZ e MOURÃO RÚSSEL, contra os votos dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA, DJALMA DA CUNHA MELO e SAMPAIO COSTA, o que deu como resultado um empate. Impedido o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro presidente ARMANDO PRADO.

VOTO DE DESEMPATE

O SR. MINISTRO ARMANDO PRADO (presidente): O exame das fotocópias juntas à inicial do mandado de segurança e conferidas a fls. 44 v., conjugado com a leitura das certidões de fls. 61-75 v., prova que os impetrantes, Drs. Arlindo Raimundo de Assis (doc. de fls. 16 e cert. de fls. 68 v.),

Finalpag. 211

Abdon Elói Estelita Lins (doc. de fls. 18 e cert. de fls. 66 v.), Antônio Pinheiro de Ulhoa Cintra (doc. de fls. 19 e 20 e cert. de fls 70), Amadeu da Silva Fialho (doc de fls. 21 e cert. de fls. 72 v.), Carlos da Costa Pereira (doc. de fls. 23 e 24 e cert. de fls. 61 v.), e Fábio Carneiro de Mendonça (doc. de fls. 25 e cert. de fls. 74, *in fine*, e 75) foram nomeados assistentes do Laboratório Bacteriológico do Departamento Nacional de Saúde Pública; outrossim, que os impetrantes Drs. Anísio Cerqueiro Luz (doc. de fls. 22) e Mário Fróis de Abreu (doc. de fls. 26 e cert. de fls. 64 v.) foram nomeados, respectivamente, assistente da Inspetoria de Profilaxia da Lepra e chefe de laboratório, da referida Inspetoria, também do Departamento Nacional de Saúde Pública.

As nomeações e a existência dos cargos, em que os impetrantes se viram investidos, não foram postas em dúvida pelas informações de fls. 49-52 e pelo parecer do Sr. Dr. subprocurador geral, que objurgam os documentos por outros aspectos, a que me referirei oportunamente.

Ficou também esclarecido, sem impugnação, que os peticionários foram nomeados sob a vigência do Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, aprovado pelos decs. ns. 14.354, de 15 de setembro de 1920, e 16.300, de 31 de dezembro de 1923.

O art. 70 do primeiro dêsses decretos declarou que seriam nomeados pelo diretor geral do Departamento, entre outros funcionários, os ajudantes-médicos da Inspetoria de Profilaxia da Lepra e Doenças Venéreas e os médicos do Laboratório Bacteriológico.

O dispositivo foi mantido pelo art. 54 do dec. nº 16.300, de 1923.

Basta a leitura da citada disposição e de algumas outras dêsse decreto e o fato alegado e não contestado e nem contrário ao conjunto das provas dos autos (C. F. C., art. 209), de serem médicos os impetrantes, para convencer de que, até então, como com acêrto afirmou o Sr. relator, os assistentes da Inspetoria de Profilaxia da Lepra e Doenças Venéreas e do Laboratório Bacteriológico eram escolhidos, só podiam ser escolhidos entre médicos especializados.

As tabelas anexas à lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, deram aos cargos exercidos pelos impetrantes a designação, de cargos técnicos de laboratório, o que, porém; em virtude do disposto no art. 6° da mesma lei, não exclui o uso nas repartições de outras denominações, aconselhadas pela necessidade do serviço e que constassem dos respectivos regulamentos.

Além de assim estatuir, a lei foi frisante no art. 28, em que, aos ocupantes efetivos de cargos extintos, assim como aos ocupantes efetivos de cargos cujas funções passassem a ser exercidas em comissão, assegurou sua situação pessoal, direitos e vantagens de que estavam investidos, com os vencimentos constantes das tabelas anexas.

Significa que os impetrantes continuaram a exercer as atribuições que, como médicos; vinham desempenhando, porque sòmente a médicos e até especializados podiam elas ser atribuídas, tão importantes eram e continuam a ser para a saúde pública e tão acentuado o seu caráter científico, como bem ponderou em seu voto o Sr. ministro ELMANO CRUZ. Havia, pois, a respeito

da matéria, preceitos regulamentares, muito claros e, ainda quando não existissem, a boa razão, a que aludiu muito judiciosamente o Sr. ministro relator, estava aconselhando a se exigir o diploma de médico para o exercício das mencionadas funções.

Ressalvada pela lei nº 284, de 1936, a situação dos postulantes, e ainda quando fôsse lícito admitir que meras instruções pudessem derrogar regulamentos aprovados pelo presidente da República, de acôrdo com autorizações legais, o que me parece absurdo, o que se verifica é que os impetrantes não podiam de modo nenhum ser atingidos, ainda que indiretamente, pela portaria do Departamento Administrativo do Serviço Público, em virtude da qual não se exigiu nem diploma de médico nem simples conclusão de curso ginasial em um concurso para provimento em cargos da classe inicial da carreira de técnico de laboratório, a que correspondem funções que eu não sei como possam ser, sem perigo para a saúde pública, preenchidas por quem não seja médico e proficiente.

Com a devida vênia dos eminentes ministros que pensam de maneira contrária à minha, parece-me incontestável que os impetrantes foram nomeados para cargos e funções médicas, nas quais foram mantidos pela legislação posterior à sua investidura.

Acompanho, pois, a opinião do Sr. ministro relator e, com S. Exª e com os doutos ministros que concederam o mandado de segurança, penso que os impetrantes satisfizeram a exigência legal a fim de obterem os vencimentos assegurados, para os cargos e funções médicas de qualquer natureza e especialização, pelo disposto no art. 13 da lei nº 488, de 15 de novembro de 1948.

Não me demove dessas conclusões o argumento desenvolvido nas informações ministeriais de fls. 49-52, às quais se reportou o ilustre Dr. subprocurador geral (fls. 54-55) e que mereceu a respeitável acolhida que lhe deram os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA, DJALMA DA CUNHA MELO e SAMPAIO COSTA, dos quais lamento ter que divergir, pois acho que o direito dos impetrantes é líquido e certo, em face dos textos expressos dos arts. 70 e 54, respectivamente, dos decs. ns. 14.354, de 15 de setembro de 1920 e 16.300, de 31 de dezembro de 1923.

Disse com a costumeira precisão o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA que, compulsando

a legislação sob cujo domínio foram os Impetrantes admitidos como assistentes de laboratório, não achou texto expresso que formalizasse a exigência de diploma profissional de médico como condição *sine qua non* da provimento do antigo cargo de assistente de laboratório. E, pois, não compreendia pudessem ser havidos por cargos ou funções médicas para cujo ingresso se não exigia pelo menos, de maneira expressa e indubitável, o competente diploma profissional, exigência que, na opinião valiosa de S. Exª é o critério objetivo para todo e qualquer esfôrço no sentido de bem julgar dos fins e objetivos consignados na norma consubstanciada no art. 13 da lei nº 488.

Os decretos ns. 14.354, de 1920, no artigo 70, e 16.300, de 1923, no art. 54, corroborado por outros, quando tratam da estruturação da Inspetoria da Profilaxia da Lepra e Doenças Venéreas e do Laboratório Bacteriológico, aludem em termos expressos, à nomeação de ajudantes-médicos e de médicos. O dec. nº 16.300 ainda é expresso quando reserva para médicos os cargos de assistentes da Inspetoria de Estatística Demógrafo-Sanitária e da Inspetoria de Fiscalizarão do Exercício da Medicina e os de microscopistas, circunstância em que, todavia, não insiste quando trata das outras funções enumeradas no texto em aprêço, como as de auxiliares de laboratório, etc.

Não vivia nem vive o Brasil, felizmente, em regime de liberdade profissional. Não há, portanto, médico que não seja portador de um diploma profissional, conquistado após um curso científico regular e completo. Se todo o médico tem forçosamente diploma profissional, se os decretos, como é incontestável, aludem a nomeação de médicos, a conclusão lógica, de caráter vigorosamente silogístico, é esta: os decretos se referem à nomeação de portadores de diploma profissional. Portanto, bastava a lei exigir a qualidade de médico. A referência ao diploma era uma redundância, assim como seria redundância exigir do candidato exibição do diploma de médico e a qualidade de médico. Nesse exagêro não incorreu, por exemplo, o art. 66 do dec. nº 35, que é mais uma prova de que se reservavam a médicos os lugares de assistentes do Laboratório Bacteriológico.

Penso, pois, com a devida vênia, que, para compreender os propósitos e objetivos do disposto no art. 13 da lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, quando alude a cargos e funções médicas de qualquer natureza e especialização, é tão objetivo o critério que consistiria em exigir a exibição do diploma de médico quanto o de exigir a qualidade de médico, porque uma coisa supõe necessàriamente a outra e porque não é lícito presumir e ninguém se lembrou nem sequer de alegar que, fazendo a nomeação de médicos, para

funções que a lei reservava a médicos, o govêrno deixasse de saber ou de verificar

que os nomeados eram portadores de diplomas de médicos.

Acompanhando o Sr. ministro relator e a ala dos que outorgaram o mandado de segurança, defiro o pedido, para que sejam assegurados aos impetrantes os vencimentos de que trata o art. 13 da lei nº 488, de 1948.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: pelos votos dos Srs. ministros ROCHA LAGOA, relator, ELMANO CRUZ e MOURÃO RÚSSEL e voto de desempate do Sr. ministro presidente, o Tribunal concedeu o mandado de segurança impetrado a fim de que sejam assegurados aos peticionários vencimentos nos têrmos do art. 13 da lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, contra os votos dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA, DJALMA DA CUNHA MELO e SAMPAIO COSTA, que indeferiram o pedido. Impedido o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ARMANDO PRADO.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - PRAZOS COMPETÊNCIA

- O prazo para impetrar mandado de segurança se conta do ato concreto e não da norma ou da lei a que êle se reporta.

- A competência do juízo de primeira instância não fica prejudicada pelo fato de o ato impugnado, qualificado pela autoridade sujeita a sua jurisdição, se basear em lei ou regulamento assinado pelo presidente da República.

Standard Oil Company of Brazil e outra *versus* Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas.

Rec. de mand. de seg. nº 1.157 – Rel.: MIN. CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.157, do Distrito Federal:

Acordam, por unanimidade, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e na conformidade das notas táquigráficas *retro*, em dar provimento ao recurso, para o efeito de, reformando a sentença, ordenar que o juiz *a quo* julgue o mérito do pedido.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 24 de setembro de 1951. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Cunha Vasconcelos*, relator.

Finalpag. 213

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: As recorridas, Standard Oil Company of Brazil e The Caloric Company, receberam, em abril do ano corrente, as notificações constantes, por fotocópias, de fls. 10 a 13, pelas quais o I. A. P. E. T. C. as convidava para, às 14 horas do dia 24 de abril de 1951, na sede de ambas, sob as penas do art. 8º do regulamento aprovado pelo dec. número 29.124, de 12 de janeiro de 1951, apresentar os elementos necessários à apuração do débito proveniente da aplicação da taxa de Cr$ 0,09 sôbre litro de carburante entregue ao consumo (gasolina comum, gasolina de aviação, querosene, óleo combustível é óleo diesel), de acôrdo com o art. 4º, inciso 4, alínea *b*, do dec.-lei número 651, de 26 de agôsto de 1938, combinado com o art. 69, inciso III, letra *b*, e demais dispositivos correlatos do regulamento do Instituto, referentemente ao período de janeiro de 1947 a fevereiro de

1951 (fls. 11).

Recebendo essas notificações, para fim expresso - nas duas está isso mencionado - as companhias citadas ajuizaram, tempestivamente, ou seja, em 21 de maio de 1951, no Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, desta Capital, o pedido de mandado de segurança, dizendo na inicial:

"Acontece que o decreto do Executivo nº 22.367, de 27 de dezembro de 1946, artigo 69, letra *b*, restabeleceu, como receita do Instituto, o produto de uma taxa de Cr$ 0,09 por litro de carburante entregue ao consumo", quando essa mesma taxa, estabelecida pelo dec.-lei nº 651, de 26 de agôsto de 1938, fôra revogada pela lei constitucional n°, 4, de 20 de setembro de 1940.

Constituição federal, de 18 de setembro de 1946, manteve o mesmo princípio consagrado pela lei constitucional número 4, declarando, no nº III do art. 15, competir à União decretar impostos sôbre:

"Produção, comércio, distribuição e consumo e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos e gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se êsse regime no que fôr aplicável aos minerais do país e à energia eletrica".

"O § 2° do art. 15 diz:

"A tributação de que trata o número III terá a forma de impôsto único, que incidirá sôbre cada espécie de produto".

"O inciso 4º da alínea *b* do dec.-lei número 651, de 26 de agôsto de 1938, que disse ser elemento da receita do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas o produto de uma taxa de Cr$ 0,09 por litro de carburante entregue ao consumo, foi formalmente revogado pela lei constitucional nº 4, regulada pelo § 1º do art. 1º do dec.-lei número 2.615, de 21 de setembro de 1940.

"Quando a Constituição diz outra coisa que a lei ordinária anterior, dá-se a revogação, e é o que ocorreu no caso à apreciação de V. Exª.

"Êstes princípios já foram em vários julgamentos devidamente apreciados, quer pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, nos embargos à apelação cível nº 8.463, quer pelo Tribunal Federal de Recursos, conforme apelação cível nº 2.718, externando-se assim o ministro CÂNDIDO LÔBO, em decisão unânime:

Sr. presidente, nego provimento ao recurso, aliás, de acôrdo com os meus votos anteriores em processos absolutamente iguais ao presente, acolhendo a norma jurisprudencial dêste Tribunal, que tem seguido na matéria em foco a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na qual se apoiou e bem a sentença apelada.

"Basta ler a lei constitucional nº 4, em que se baseou o dec.-lei n° 2.615, de 21 de setembro de 1940, para verificarmos que as leis anteriores foram por ela ratificadas, mantendo, pois, o mesmo princípio de isenção, quando determina:

"O tributo sôbre combustíveis e lubrificantes líquidos terá a forma de impôsto único, incidindo sôbre cada espécie de produto.

"Assim, não pode haver dúvida de que, em se tratando de impôsto único, não há que falar em taxa, além dêsse impôsto, porque, se assim fôsse, êle deixaria de ser único, como quis a lei que assim fôsse. A taxa, portanto, que se cobrar já está destruída pelo impôsto que tem o característico de único e conseqüentemente já está essa taxa incorporada àquele impôsto. Mesmo que assim não fôsse, à questão estaria definitiva e completamente resolvida em favor do ponto de vista da sentença apelada, por isso que na fixação daquele impôsto o govêrno adicionou a taxa que hoje se pretende cobrar isoladamente, o que seria uma dupla cobrança, e isso porque, ao calcular o impôsto único, o govêrno incluiu a taxa e agora continua a querer cobrar a mesma taxa, porque argumenta que o que é único é o impôsto e não a taxa que com êle não se confunde. A discussão é irrisória e até acadêmica. O Conselho Nacional do Petróleo decidiu, com aprovação do Sr. presidente da República (fôlhas.71 *usque* fls. 97), "Substituir todos os múltiplos impostos e taxas federais, estaduais e municipais, que oneram cada espécie de mercadoria, por um impôsto único e equivalente, lançado e arrecadado pela

Finalpag. 214

União. E mantendo essa isenção, já êste Tribunal recentemente decidiu, mais uma vez, a espécie na apelação cível nº 294.

"Em resumo, o decreto que instituiu o impôsto único em favor dos lubrificantes, quis precisamente evitar as múltiplas cobranças que até então sôbre êles incidiam, porém teve o cuidado de reunir todos os tributos que faziam essa incidência, somá-los e fixar a cifra num único impôsto, que é o atual. Assim procedeu o govêrno, que, por isso mesmo, não pode vir agora dizer que as taxas continuam a incidir sôbre a cobrança do referido impôsto. Nego provimento ao recurso.

O ministro MARINHO deu o seguinte voto:

Nego provimento ao recurso *ex officio* e ao voluntário da ré, concordando assim.com o Sr. ministro relator.

A sentença recorrida se justifica à conta de seus próprios fundamentos. Interpretrou o direito como devera, num assunto.em que a jurisprudência certa já se manifestou, tanto a do egrégio Supremo Tribunal Federal quanto a dêste Tribunal Federal de Recursos. E a propósito dessa última afirmativa, lembro o aqui decidido na apelação cível n° 294, em cujo julgamento, de 26 de outubro

de 1949, tomei parte, sendo voto vencedor juntamente com o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA e meu colega ELMANO CRUZ (fls. 1-3).

Depois de transcrever êsses dois eminentes votos, no sentido de se apoiar em entendimentos, quanto à ilegitimidade de acréscimos ao impôsto único sôbre lubrificantes e carburantes, a parte concluiu assim:

Em *initio litis*, V. Exª deferiu a intimação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, na pessoa do seu presidente, para que, com sede no Distrito Federal e ação, conforme o regulamento, em todo o território nacional, cessasse todo e qualquer constrangimento até decisão do mandado de segurança.

"O presidente do I. A. P. E. T. C., porém, apesar de notificado para cessar todo e qualquer constrangimento, referente à revogada e inconstitucional taxa de Cr$ 0,09 por litro de combustível, por intermédio de seus delegados ou prepostos da presidência, insiste em desconsiderar as ordens emanadas por V. Exª, criando vexames e não cessando o constrangimento, ilegalmente impôsto até apreciação final do mandado de segurança, conforme faz certo o telegrama junto.

"Assim, diante do exposto, as impetrantes, mais uma vez, vêm requerer a V. Exª se digne mandar oficiar ao presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas para que cesse e, bem assim, faça com que os seus prepostos ou delegados nos Estados cessem todo e qualquer constrangimento, em matéria de cobrança da taxa de Cr$ 0,09, até o julgamento do mandado de segurança, sob pena de praticar atos de desobediência previstos em lei" (fls. 3-4).

Sr. presidente, essa petição, de que li os trechos transcritos, é posterior ao ajuizamento do pedido. Tenho por desnecessário ler tôda a petição inicial, uma vez que memoriais minuciosos foram distribuídos, por ambas as partes, a todos os juízes desta Casa. Agora mesmo me acaba de chegar um memorial do Instituto. Vou continuar dando notícia do que se passou no processo e alertar o Tribunal para a conclusão a que terei de chegar, em meu voto, face aos têrmos da sentença.

O Instituto, notificado na forma da lei, informou ao Juízo, longamente, de fôlhas 64-86.

Tenho aspecto preliminar a propor. Se o Tribunal não o acolher, serei, então, mais minucioso no relatório, para efeito de julgamento do mérito.

Falou pela União o Dr. procurador da República, e o juiz em exercício na Vara, depois de fazer um longo relatório da hipótese, que se estende de fls. 115 a 119, verso e anverso, concluiu com esta sentença:

"Os atos impugnados, seja a notificação para que as impetrantes exibam seus livros, ou a aplicação de multa conforme alegam as impetrantes - derivam todos da execução do dec. nº 22.367, de 27 de dezembro de 1946, que regulamentou o decreto-lei nº 651, de 26 de agôsto de 1938.

"Trata-se, pois, da impugnação do dito dec. nº 22.367, de 27 de dezembro de 1946 - intempestiva, portanto, a medida de segurança só agora proposta" (fls. 119 v.).

A cobrança em causa refere-se aos exercícios de 1947 e 1948.

Diz o juiz:

"Trata-se, pois, da impugnação do dito dec. nº 22.367, de 27 de dezembro de 1946 - intempestiva, portanto, a medida de segurança só agora proposta".

Peço a atenção da Casa para êste ponto. O Dr. juiz entende que intempestivo é o pedido de segurança, porque se trata do dec. nº 22.367, de 27 de dezembro de 1946, sendo o pedido, como disse, de maio de 1951.

"Ademais, o ato inconstitucional, que seria, no caso, o próprio dec.-lei nº 651, de 26 de agôsto de 1938, emanou do Exmo. Sr. presidente da República, de modo que, se.o pedido de segurança não fôsse tardio, era de ser encaminhado ao egrégio Supremo Tribunal Federal, face à sua competência originária, nos termos do art. 101, nº I, alínea *i*, incompetência *ratione materiae*, que pode ser decretada *ex officio* pelo juiz.

"Por tais fundamentos, indefiro a segurança requerida a fls. 2 *usque* 9, em conseqüência de que, fica revogada a medida

Finalpag. 215

liminar que havia sido deferida a fls. 96 (fls. 119 v.-120).

Esta sentença é datada de 20 de maio de 1951. Em 31 dêsse mês, as duas companhias impetrantes recorreram para o Tribunal, arrazoando, longamente, de fls. 122 a 128, juntando pareceres de juristas pátrios, no sentido do seu ponto de vista, e pleiteando que o Tribunal dê provimento para conceder o mandado.

O Dr. subprocurador geral da República ofereceu o parecer de fls. 195, parecer que S. Exª se propõe a ler, o que agradeço.

Sr. presidente, como disse, em face da sentença, que li, há teses que serão discutidas à guisa de preliminares. Parece-me que, para êsse efeito, o relatado é bastante. Se o Tribunal não acolher essas preliminares, estender-me-ei mais minuciosamente.

Está feito o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, como acentuei, deu causa ao presente pedido de mandado de segurança a notificação da fiscalização do Instituto, notificação, datada de 20 de abril de 1951, determinando que as companhias recorrentes apresentassem seus livros no dia 24 do referido mês, às 14 horas, para efeito de verificação da taxa de Cr$ 0,09 sôbre litro de carburante entregue ao consumo, de acôrdo com o art. 4°, inciso IV, alínea *b*, do dec.-lei nº 651, de 26 de agôsto de 1938, combinado com o art. 69, inciso III, letra *b*, e demais dispositivos correlatos do regulamento do Instituto, referentemente ao período de janeiro de 1947 a fevereiro de 1951.

O dispositivo referido no dec.-lei nº 651, que regulou, alterou e organizou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns, estabeleceu, criando o Instituto, que a receita seria constituída, entre outras fontes, por esta: pelo produto de uma taxa de Cr$ 0,09 por litro de carburante entregue ao consumo, que seria arrecadada e recolhida ao Instituto pelas emprêsas distribuidoras, conforme viesse a ser estabelecido no regulamento.

Trata-se de decreto-lei de 1938, assinado pelo então presidente GETÚLIO VARGAS e referendado pelo ministro VALDEMAR FALCÃO.

Posteriormente, em 27 de dezembro de 1946, surgiu o Regulamento do I.A.P.E.T.C., regulamento êsse fundado naquele decreto-lei e no dec.-lei nº 9.683, de 30 de agôsto de 1946, que, no art. 15, dispõe:

"Art. 15. O presidente da República expedirá novo regulamento para o I.A.P.E.T.C. no prazo de 30 dias, de acôrdo com o disposto na alínea *a* do artigo 12 do dec.-lei nº 651, de 26 de agôsto de 1938".

Observa-se, Sr. presidente, que, na sentença que proferiu nestes autos, o Dr. juiz de primeira instância chegou a uma conclusão que, presumo, será rejeitada pelo Tribunal. Há incongruência, porque o magistrado, depois de declarar a intempestividade do pedido, alude à sua própria incompetência. A meu ver, esta prejudicaria o exame daquela. Há incongruência porque, pela primeira razão, que seria a impugnação do dec. número 22.367, de 20 de dezembro de 1946, haveria. S. Exª, na conformidade do segundo *consideranda* da sentença, de dar-se por incompetente, pois o regulamento é, igualmente, da autoria do presidente da República.

Ora, não procede a sentença por nenhum de seus dois fundamentos: nem pela intempestividade, nem pela incompetência. Não procede, no que diz respeito à intempestividade, porque o Tribunal tem entendimento tranqüilo: não se conta o prazo do art. 331 do Cód. de Proc. Civil da lei ou da norma de caráter geral, mas do ato concreto que lhe dá execução. No caso, o ato concreto que deu início a execução do estabelecido na lei que se impugna foram aquelas notificações, que li ao Tribunal, sòmente de dias anteriores ao ajuizamento do pedido. Não procede o segundo fundamento da sentença (lei de autoria do presidente da República). Tôdas o são. E o Dr.Juiz, depois dessas considerações, concluiu pelo indeferimento do pedido.

Indeferimento, a meu ver, pressupõe exame de mérito. O juiz terá pretendido *não* tomar conhecimento do pedido, primeiro por intempestividade, segundo por incompetência. Parece-me que não será necessário desenvolver melhor fundamentação, para a conclusão a que chego: dar provimento ao recurso, em parte, para, reformando à decisão, dados os fundamentos por ela adotados, mandar que o Dr. juiz decida o mérito como entender de direito, por não procederem os fundamentos da sentença.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Vossa Exª dá licença para uma ponderação? Pelo que acabo de ouvir, V. Exª reforma a sentença. Ora, se reformamos a sentença e como se trata de mandado de segurança peço licença a V. Exª para ponderar a questão da medida liminar, que foi suspensa nessa decisão que V. Exª acaba de reformar e pode ocorrer que, até que os autos baixem á primeira instância, para a decisão de Vossa Exª ser cumprida, a companhia se veja na situação de receber nova intimação. Assim, não seria o caso de acrescentar, ao voto de V. Exª, que a medida liminar fôsse restabelecida, até que o juiz julgue o mérito?

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Agradeço a ponderação de V. Exª, mas creio desnecessária a declaração, porque•

o juiz reconsiderou a decisão liminar, na conclusão de sua própria sentença, que eu li ao Tribunal. Nessa conformidade, se o Tribunal dá provimento ao recurso, reforma a sentença e manda que o juiz julgue o mérito, anula os efeitos dessa sentença integralmente. Subsistirá a concessão liminar, porque a sentença que a revogou se torna sem efeito.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Mas só a partir da data em que tiver ciência. Mesmo porque é possível que haja voto vencido e haverá embargos.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª, assim, está alertando o Tribunal para o aspecto. Para mim, entretanto, não obstante o alto sentido com que V. Exª o mencionou, entendo que não me parece se imponha uma declaração expressa do Tribunal, porque resulta tècnicamente desnecessária. Se o Tribunal dá provimento ao recurso, reforma a sentença e manda que o juiz julgue o mérito, anula, assim, a sentença na qual se cassou a ordem liminar, restabelecendo-se o que anteriormente existiu no processo.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Sr. presidente. A sentença recorrida contém duas afirmativas decisórias: a primeira, de ter sido intempestiva a impetração; a segunda, de caber ao presidente da República a decisão final da cobrança reclamada.

Quanto à intempestividade da impetração, estou com o eminente Sr. ministro relator. Não há a intempestividade alegada. Aliás, em outra decisão, que me foi presente em memorial, o douto juiz, e hoje ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, afastou esta preliminar, tanto que sentenciou no, feito, e a causas eram idênticas; variavam, apenas, as companhias-autoras.

Quanto à outra preliminar - de caber ao presidente da República solucionar a questão - não estou bem esclarecido para decidi-la.

Ouvi afirmações de que as companhias, ou o I.A.P.E.T.C., tinham pedido ao presidente da República se manifestasse sôbre essa cobrança.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Permita-me V. Exª o esclarecimento.

V. Exª confundiu o que eu disse com o que disse, da tribuna, o advogado. O Dr. advogado foi quem disse que, se voltasse a falar sôbre o mérito, argüiria essa preliminar, porque as companhias teriam recorrido para o presidente da República e estaria, assim, nas mãos do chefe de Estado a solução definitiva. Mas não disse eu, nem está na sentença, que o juiz houvesse decidido, como segundo fundamento, por depender afinal de solução do presidente da República. O segundo fundamento da sentença é êste:

"Ademais, o ato inconstitucional, que seria no caso o próprio dec.-lei nº 651, de 28; de agôsto de 1938, emanou do Exmo. Senhor presidente da República, de modo que, se o pedido de segurança não fôsse tardio, era de ser encaminhado ao egrégio Supremo Tribunal Federal, face à sua competência originária.

O que o juiz quis dizer é que, sendo a lei de 1938, da autoria do presidente da República, não caberia a êle, juiz de primeira instância, mas sim ao Supremo Tribunal Federal, conhecer da impetração, porque, então, seria contra ato do presidente da República.

Creio ter, assim, esclarecido V. Exª.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Obrigado a V. Exª. Sr. presidente. Desde que o Tribunal afirma, tão-sòmente que o fato da lei nº 651. emanar do Poder Executivo não torna o. Sr. presidente da República autoridade coatora, acompanho o voto do. Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, ouvi o advogado, da tribuna, dizer que o Sr. presidente da República determinou fôsse ouvido o Sr. ministro da Justiça e que, até agora, o Sr. ministro da Justiça não resolveu o caso. Trata-se de alegação feita e que, partindo de quem partiu, tomo em consideração para sôbre ela bordar meu raciocínio.

Assim, a meu ver, não está em causa, por enquanto, essa situação de fixar desde já se é ou não S. Exª o Sr. presidente da República quem está em causa na presente controvérsia.

Desde que se trata, de tempestividade, fixada pelo Sr. ministro relator com tôda a propriedade, visto como não há caso concreto, senão o que a parte reclama como ato impugnado, - a intimação para autuação, - positivamente tempestivo é o mandado.

Quanto à outra parte, também acompanho o voto do Sr. ministro relator, sem qualquer restrição, data vênia do Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

Peco, entretanto, vênia a V. Exª e ao Tribunal para insistir no meu primeiro ponto de vista, porque estou convencido das palavras que proferi.

Se a sentença acaba, pelos três votos que foram proferidos, de ser reformada, e se ela, na sua conclusão, suspende a medida liminar dada na inicial, a meu ver, e *data vênia*, o Tribunal, devolvendo os autos ao juiz para julgar novamente o mérito, teme que restabelecer essa medida liminar, *si et quantum*, porque, do contrário, enquanto vão os autos para que S. Exª profira nova sentença,

Finalpag. 217

a medida liminar estando por S. Exª suspensa numa sentença que foi reformada, a parte requerente do mandado está sem garantia de espécie alguma. De resto, não posso, *a priori*, saber se o julgamento de hoje será unânime ou não. Quando êstes autos baixarão, se houver embargos?

Estou votando em terceiro lugar. A parte obteve, na inicial, a medida liminar. Se a perdeu, na reforma final, por disposição expressa que mandou levantá-la e se os autos vão voltar a S. Exª para que profira nova sentença sôbre mérito, parece-me que é de curial justiça que se garanta à parte a medida liminar suspensa na sentença de primeira instância.

De maneira que, insistindo no meu ponto de vista, concordo com o voto do Sr. ministro relator, mas acrescento: restabelecida, porém, a medida liminar até que S. Exª profira nova sentença.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Com o relator, reconhecendo, porém, de acôrdo com o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO, que a concessão da medida liminar permanece, de pé.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento ao recurso, unânimemente, sendo que o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES o fazia com restrições, e os Srs. ministros CÂNDIDO LÔBO e MOURÃO RÚSSEL declaravam restabelecer a medida liminar concedida. Os Srs. ministros

CÂNDIDO LÔBO, ARTUR MARINHO, ELMANO CRUZ e JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS votaram de acôrdo com o relator.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro MACEDO LUDOLF. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO - CONTRÔLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO

- O arquivamento de inquérito policial não influi na esfera administrativa, devendo subsistir a pena disciplinar quando apurada a falta pelos meios regulares.

Osório Neves da Cruz *versus* Estrada de Ferro Central do Brasil

Ap. n° 1.578 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam, em 2ª Turma, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, negar, provimento ao recurso, nos têrmos das notas taquigráficas *retro*.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 12 de maio de 1950. - *Rocha Lagoa*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Trata-se de ação ordinária movida por Osório Neves da Cruz, ex-foguista da Estrada de Ferro Central do Brasil, contra esta, para ser decretada a nulidade do seu ato demitindo-o daquela função, ordenada a imediata reintegração no cargo que exercia, com tôdas as vantagens asseguradas, condenando-se a ré a pagar os salários e abono familiar que deixou de receber desde a data da demissão, com juros de mora, custas do processo e honorários de advogado.

A ré contestou a ação a fls. 16, alegando que a demissão do autor decorreu de processo administrativo a que foi submetido, onde se apurou o desvio de telhas praticado por aquêle, caracterizando-se assim seu procedimento irregular.

A fls. 74 dos autos encontra-se a sentença do julgador de primeira instância, julgando a ação improcedente, condenado o autor nas custas.

Inconformado, apelou o autor, a fls. 80, alegando que serviu como funcionário da ré durante dezessete anos consecutivos, possuindo fé de ofício das mais dignas; que, ocorrendo o desvio de 500 telhas de um vagão que se achava no pátio da estação de Deodoro, foi-lhe imputada a autoria dê furto, pela circunstância única de haver sido visto conduzindo uma carrinho de mão, o qual estava vazio; que o inquérito policial instaurado a respeito foi arquivado no juízo criminal, por não oferecer elementos suficientes para denúncia; que o inquérito administrativo aberto pela ré, ora apelada, tornou-se nulo, porque o funcionário designado para presidi-lo induziu em êrro o apelante, fazendo-o assinar declarações que não prestara, sob promessa de reintegração imediata; que a própria comissão de inquérito concluiu pela volta dêle, apelante ao serviço da apelada, o que não foi aceito pela administração; que, não estando provado dos autos qualquer procedimento irregular de sua parte, impõe-se a reforma da sentença apelada, deferindo-se o pedido contido na inicial.

A apelada veio com suas contra-razões a fls. 86, salientando ter havido confissão da falta grave atribuída ao apelante, sendo inoperante, no terreno administrativo, para

Finalpag. 218

repressão daquela falta, o arquivamento do inquérito policial.

Nesta instância, o Sr. Dr. subprocurador geral assim se pronunciou:

"Os irrepreensíveis fundamentos da MM. sentença de fls. 74-78, corroborados pelas razões de fls. 86-87 da Estrada de Ferro Central do Brasil, demonstram a improcedência da ação, e, daí, a necessidade de negar-se provimento ao apêlo interposto (fls. 93).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Meu voto é negando provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida. A circunstância de ter sido arquivado o inquérito policial instaurado contra o apelante nenhuma influência tem, a meu ver, na esfera administrativa, onde se exige, para a aplicação de pena disciplinar, menos rigor que na caracterização do ilícito criminal.

É fora de dúvida ter ficado provado, mesmo pelas próprias declarações do apelante, haver êste praticado um desvio de telhas de certo carregamento existente no pátio da estação de Deodoro. É possível ter havido excesso de rigor por parte da administração da Estrada na apreciação daquela falta, se levasse em consideração o tempo de serviço do apelante. Ao Poder Judiciário, porém, não cabe entrar nesse terreno, eis que sua função se limita a examinar, tão-sòmente, se a demissão se revestiu, ou não, de legalidade. Ora, na espécie, a exoneração do apelante encontra fundamento no artigo 238 do Estatuto dos Funcionários Públicos, eis que comprovado ficou o procedimento irregular do funcionário em questão.

Assim, confirmo a sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento ao recurso, tendo os Srs. ministros revisor e ALFREDO BERNARDES anuído aos têrmos do voto do Sr. ministro relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA.

*

APOSENTADORIA - SERVIDOR DO BANCO DO BRASIL - AUTORIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – JURO COMPETENTE

- Compete ao Juízo da Fazenda Pública o processo e julgamento de ação para anular ato de aposentadoria de servidor do Banco do Brasil mediante autorização do presidente da República.

- Interpretação do dec.-lei nº 914, de 1-12-38.

Mário Ferreira de Queirós *versus* Banco do Brasil, S. A.

Ag. nº 715 - Relator: MINISTRO CUNHA MELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 715, do Distrito Federal, agravante Mário Ferreira de Queirós e agravado Banco do Brasil, S. A., etc.:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, 1ª Turma, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, na forma e pelos fundamentos das notas taquigráficas de fôlhas 44 até 48, integrado neste o relatório de fls. 41 *usque* 43.

Custas na forma da lei.

Tribunal Federal de Recursos, 28 de fevereiro de 1950. - *Afrânio Antônio da Costa*, presidente; *Djalma da Cunha Melo*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: No instrumento respectivo (a fôlhas 14 e 15), como devido (Cód. de Proc. Civil, art. 845), está transladada a decisão a que se prende o agravo. Ei-la:

"Esta ação é proposta contra o Banco do Brasil, exclusivamente. A União foi chamada a assistir ao réu, di-lo claramente a inicial. E qualquer dúvida a respeito apagar-se-ia com a declaração do autor, a fls. 43, de que a ação não é movida contra a União, e, sim, "apenas e tão-sòmente contra o contestante, o Banco do Brasil; Sociedade Anônima, do qual a União Federal é a principal acionista". Se a União não é a ré, o que não se discute, resta examinar a legitimidade da pretendida assistência sua ao Banco do Brasil, determinando a competência especial desta Vara de Fazenda. A União assiste, por intermédio de seus procuradores, às autarquias por ela criadas (dec.-lei nº 986, de 27 de dezembro de 1938, art. 9°, inciso V, e dec.-lei número.1.215, de 24 de abril de 1939, art. 1°). O Banco do Brasil não é autarquia. É uma sociedade de economia mista de que à União tem a maioria de ações e cujos diretores são por ela nomeados. Logo, nas ações em que o Banco intervém não há lugar para a intervenção da União, como assistente. E, se assim é, não há como se enquadrar na competência dêste Juízo a presente causa. Dir-se-á que a União é litisconsorte passivo necessário porque o ato do presidente do Banco que aposentou o autor, e cuja nulidade êste pleiteia, foi autorizado pelo presidente da República. Há um equívoco nesse raciocínio. A nulidade do ato do Banco não afeta o da autorização para praticá-lo. O presidente da República, apenas,

autorizava o Banco a aposentar determinado funcionário. Não o obrigava a fazê-lo. Ao Banco era livre aposentar ou não. O que êle não podia fazer era aposentar sem estar autorizado.

Finalpag. 219

Ora, não aposentar e anular a aposentadoria significa a mesma coisa: ato inexistente. Se a aposentadoria podia deixar de ser praticada sem violação do ato do presidente da República, êsse ato não será violado se anular a aposentadoria. A União seria litisconsorte se a nulidade da aposentadoria decorresse de vício da autorização presidencial a que estava condicionada. Mas tal não se alega nem êsse poderia ser o fundamento do pedido, eis que aquela condição constituía uma limitação ao arbítrio do Banco, e, conseqüentemente, uma garantia para os funcionários. Ante o exposto, declino da competência que se me atribui para o conhecimento dêsse feito e mando que, dada a baixa na distribuição, sejam os autos remetidos à Justiça do Trabalho, a quem compete decidir a espécie, *ex vi* do art: 123 da Constituição.

Na minuta (fls. 2 até 5), e em abono da competência do Juízo da Fazenda Pública para oficiar na lide e para solver, decidir, o que na mesma se controverte, sustenta o agravante, em resumo, isto: (*lê*). Veio com essa minuta certidão de um acórdão dêste Tribunal (fls. 8 até 8), que passo a ler: (*lê*). O Banco do Brasil, agravado, contraminutou assim (fls. 17 até 22): (*lê*). Dos documentos trazidos com a contraminuta (fls. 23 até 33), dou esta súmula: (*lê*). O procurador da República (fls. 34) sufragou as considerações do patrono do Banco do Brasil. Mantida, a decisão, subiram os autos, sendo dada vista dos mesmos ao representante do Ministério Público junto a êste Tribunal, que também se reportou, como o procurador da República o havia feito, à contraminuta do Banco do Brasil.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO (relator): Dou provimento ao agravo tempestivo e adequado (Cód. de Processo Civil, arts. 841 e 842, inciso II), a fim de que a ação prossiga na Vara em que foi aforada e cujo titular é o juiz natural da lide, o magistrado competente para oficiar nos autos respectivos e para julgar o que nêles se debate. Com efeito, a petição inicial da demanda a que concerne o agravo, transcrita no instrumento (fls. 10 v. até 13), mostra o *desideratum* do pleito. Pretende êle, funcionário aposentado do Banco do Brasil, que o Judiciário anule o ato da sua aposentadoria. Esse ato,

transcrito, na íntegra, na referida petição (fls. 11 v. e 12) e em documento transladado para os autos a requerimento do Banco do Brasil (fls. 30), tem a seguinte redação: Autorizado pelo despacho de 1º de novembro de 1939 do Exmo. Sr. presidente da República, e atendendo a interêsse do serviço, resolvo aposentar compulsòriamente, nos têrmos do art. 1º do dec.-lei nº 914, de 1º de dezembro de 1938, o quarto escriturário graduado dêste Banco, Sr. Mário Ferreira de Queirós. Rio de Janeiro, 9 de novembro de 1939. - (a) *Marques dos Reis*.

Também figura nos autos, a pedido do próprio Banco do Brasil (fls. 17 e 29 v.), o pedido de autorização dirigido ao presidente da República e seu deferimento. Ei-lo:

"Banco do Brasil - Rio de Janeiro, 26 de outubro de 1939. - Exmo. Sr. presidente da República. Vimos à presença de.V. Exª solicitar a necessária permissão para aposentar compulsòriamente, nos têrmos do art. 1º do dec.-lei nº 914, de 1º de dezembro de 1938, o quarto escriturário graduado dêste Banco, Sr. Mário Ferreira de Queirós, de vez que êste afastamento atende ao interêsse do serviço, conforme

se apura do anexo relatório apresentado pela Comissão encarregada do inquérito a que respondeu dito serventuário. Com protestos de elevada consideração. Pelo Banco do Brasil, o presidente. - (a) *Marques dos Reis"*. (Estava estampado um carimbo de protocolo com os dizeres: ilegíveis.) (Carimbo de protocolo da Presidência da Re

pública - Secretaria do presidente.) Número 30.834-939. - Despacho: "Autorizado. - Em 1º de novembro de 1939. - (a) *G. Vargas*".

O interêsse da União Federal, numa lide em que se colima a declaração de Insubsistência de ato precedido de plácito do presidente da República, é algo que se não pode obscurecer. E é ingênuo pretender que o presidente da República interveio, autorizando a aposentadoria compulsória, como representante do Tesouro Nacional, o maior acionista, nessa sociedade de economia mista que sói ser o Banco do Brasil. Sua intromissão se processou em conformidade com o dec.-lei n° 914, de 1º de dezembro de 1938, cujo art. 1°, parte geral, e parágrafo estão assim redigidos:

"Os funcionários do Banco do Brasil poderão ser aposentados; independentemente de inspeção de saúde, quando ocorra interêsse do serviço ou conveniência do regime".

"A decretação dessa aposentadoria dependerá de prévia aprovação do presidente da República".

A Constituição, no art. 201, parte geral, e parágrafo (*mutatis mutantis* o que se dizia na Carta de 1937, art. 108, parte geral, e parágrafo), é ao respeito nítida, faz dia, apreciada em combinação com a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal. Mais de uma vez decidimos nesse propósito da competência do juiz *a quo*.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: De acôrdo com o relator.

Finalpag. 220

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: De acôrdo com o relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento, para declarar competente o Dr. juiz *a quo*, unânimemente.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

AUTARQUIAS - PESSOAL – PROMOÇÃO - I. A. P. M.

- A competência do presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos para promover os seus servidores está adstrita às normas expedidas pelos órgãos de controle da mesma autarquia.

Requerentes: Lauro Sodré Borges e outros

Mand. de seg. nº 360 - Relator: MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 360, do Distrito Federal, em que são requerentes o Dr. Lauro Sodré Borges e outros, e requerido o Exmo. Sr. ministro do Trabalho, Indústria e Comércio:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, desprezada a prejudicial de decadência do direito postulado, por votação unânime, em indeferir o pedido, por maioria de votos, por não se apresentar a pretensão ajuizada com a certeza e liquidez requeridas, tudo conforme o consignado nas notas taquigráficas juntas e que integram a presente decisão.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 6 de maio de 1949. - *Afrânio Antônio da Costa*, presidente; *Henrique d'Ávila*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Os Drs. Lauro Sodré Borges, Francisco Dillor de Figueiredo, Odilon Duarte Batista, Públio Bamba e Armando Amaral, todos médicos do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, brasileiros, casados, residentes nesta capital, impetram, com fundamento no artigo 141, § 24, da Constituição federal, mandado de segurança, pelos motivos e para os efeitos que adiante se seguem:

Que as instruções para a ampliação e reajustamento dos quadros do pessoal do Instituto dos Marítimos, baixadas por despacho da Presidência do Conselho Nacional do Trabalho, de 26 de julho de 1942, consignaram, no tocante ao corpo médico; em seu item 19, letra *a*: "a criação de uma carreira "de médico padrão máximo de "M" e mínimo de "I".

Que, por despacho exarado a 24 de maio de 1943, no processo CNT-15.828-42, e publicado no Diário Oficial de 14 de junho de 1943, ainda a Presidência do Conselho Nacional do Trabalho manifestou-se a propósito do preenchimento dêsses cargos, nos têrmos seguintes:

"Nesta conformidade, adotando em suas linhas mestras o critério das instruções aprovadas para o funcionalismo em geral do Instituto, determino que o reajustamento do pessoal dos serviços médicos obedeça às normas específicas abaixo enumeradas, sem prejuízo da aplicação dos princípios estabelecidos nas referidas instruções, no que não contrariarem o que segue:...

"*d)* as promoções em geral, dos médicos ora reajustados, reger-se-ão por normas especiais que serão elaboradas pelo Departamento de Previdência Social, por intermédio de sua Consultoria Médica, e aprovadas pelo presidente do Conselho Nacional do Trabalho.

Em obediência à norma acima referida, foram, pela Consultoria Médica da Previdência Social, baixadas instruções visando disciplinar a maneira por que deviam ser escolhidos os nomes dos profissionais que constituiriam a lista para a promoção por merecimento nas vagas resultantes da última etapa da carreira médica e decorrentes da ampliação do quadro. Tais instruções foram aprovadas, e, em conseqüência, organizou-se a comissão de promoções, constituída dos Drs. Gentil Feijó, médico do I. A. P. I.; Ari Borges Fortes, médico do I. A. P. C.; Serafim Ferreira da Silva, inspetor-médico da Previdência; Osvaldo Correia de Araújo e Ernâni da Costa Campos, para, na, forma da portaria nº 2.106, de 26 de dezembro de 1.945, manifestar-se sôbre as promoções, em causa. Finalmente, a comissão aludida, a 31 de janeiro de 1946, apresentou relatório em que justificou a orientação adotada, da maneira que se segue:

A comissão abaixo assinada, nomeada pelo ex-interventor do Instituto (portaria nº 2.106 de 26 de dezembro de 1945) e reconduzida por V. Exª (portara nº 361, de 29 de janeiro de 1946), para proceder aos estudos necessários para processamento das promoções na carreira de médico do I. A. P. M., tendo terminado seus estudos de classificação, por merecimento, dos médicos do referido Instituto, tem a honra de trazer ao conhecimento de Vossa Exª o resultado de sua missão. Reunida pela primeira vez no dia 26 de dezembro de 1945, a comissão delineou seus estudos tendo em vista o parecer emitido pela

Finalpag. 221

Consultoria Médica do Ministério do Trabalho (processo nº 15.828-42, datado de 29-1-43) acêrca do reajustamento dos médicos do I. A. P. M. Ficou assentado que o *merecimento absoluto* dos candidatos a promoção seria a soma dos pesos conferidos aos *merecimentos funcional e profissional*. Desde logo, procurou-se dar maior valor às atividades dos candidatos no I. A. P. M. Foi tomado em consideração também pelo L. A. M. do Instituto (emitido pelo diretor do D. A. M., em 4-11-45). O *merecimento*

funcional foi desdobrado em 7 itens, cada um dos quais merecedor de notas de O a 10, assim discriminados: 1) Análise da ficha funcional; 2) Pontualidade horária; 3) Urbanidade para com os doentes, disciplina e respeito hierárquico; 4) Assiduidade e dedicação ao serviço; 5) Tempo na classe; 6) Tempo na instituição; 7) Cargos e funções que exerce ou exerceu na instituição. O

merecimento profissional foi também desdobrado em 4 itens, cada um dêles recebendo notas de O a 10, assim discriminados: 1) Títulos idôneos; 2) Atividades e comissões médicas na Previdência Social e fora dela; 3) Trabalhos apresentados em sociedades ou publicados e que pudessem ser analisados pela Comissão; 4) Concursos. Tendo ficado assentado êste critério, que permite o mais amplo estudo das atividades dos médicos dentro do Instituto e no campo de sua profissão, antes e depois de seu ingresso na Previdência Social, a comissão passou a analisar as fichas funcionais, os boletins de merecimento, as estatísticas do D. A. M., os informes acêrca do tempo de cada um na classe e na Previdência, e finalmente os títulos e publicações apresentados pelos candidatos".

Seguem-se dois desenvolvidos capítulos: "Merecimento Funcional", com o estudo de sete itens: "Análise da ficha funcional, Pontualidade horária, Urbanidade, Disciplina e respeito hierárquico, Assiduidade e dedicação ao serviço. Tempo na classe, Tempo na Previdência, Cargos e funções que exerce ou exerceu na instituição"; e Merecimento profissional, com exame de 4 itens: Títulos idôneos, atividades e comissões médicas na Previdência Social e fora dela. Trabalhos apresentados em sociedade ou publicados e que foram presentes à Comissão, e Concursos de provas ou títulos na Previdência Social ou fora dela" (fôlhas 50-51).

E, a seguir, conclui o citado relatório:

"A expressão merecimento absoluto" era a que constava do referido processo CNT-15.828-42, e se lia na publicação das decisões ali tomadas e publicadas no Diário da Justiça de 13 de junho de 1943; *c)* nenhum médico poderá ser enquadrado em classe superior à que fica imediatamente acima do seu atual vencimento, sendo, em conseqüência, vedado o aproveitamento de qualquer dêles, na classe "M", cujas vagas deverão ser providas, futuramente, de acôrdo com as possibilidades econômico-financeiras do Instituto, *mediante promoção, pelo critério de merecimento absoluto, entre os ocupantes de cargos da classe imediatamente inferior* ("L") fôlhas 50-51).

De posse do relatório, o presidente do A. P. M. entendeu de encaminhá-lo ao diretor do D. S. G., que opinou pela rejeição pura e simples das indicações feitas, pela comissão, sem apontar qualquer contradição ou infringência daquela peça às normas anteriormente baixadas para regular o assunto.

Aceitando afinal o parecer do diretor de Serviços Gerais, que, em contraposição ao critério do merecimento absoluto adotado pela comissão de promoções,

pendeu para a do merecimento relativo, resolveu o presidente do I. A. P. M. promover os ora impetrantes.

Inconformados, recorreram os Drs. Valdemar de Almeida, Ernesto Gonçalves Carneiro, Ascânio Ferreira, Antônio Soares Brandão e Jaime Monteiro Abelha, para o diretor geral da Previdência Social que, por despacho publicado no Diário Oficial de 8 de janeiro de 1947, deu provimento ao recurso, nos seguintes termos:

Dia 8 de janeiro de 1947 - Processo "MTIC-367.055 (D. 14-1) - Interessados: "Dr. Valdemar de Almeida, Ernesto Gonçalves Carneiro, Ascânio Ferreira, Antônio Soares Brandão e Jaime Monteiro Abelha.

Assunto: Recorreram do ato do I.A.P. dos Marítimos em virtude da situação em que ficaram no quadro, em conseqüência das novas promoções. Despacho: De acôrdo com o parecer do Sr. assistente, que adoto como razão de decidir, resolvo dar provimento aos recursos dos Drs. Valdemar de Almeida, Ernesto Gonçalves Carneiro, Ascânio Ferreira, Antônio Soares Brandão e Jaime Monteiro Abelha, para o fim de considerá-los providos a partir de 11-2-46, data da publicação no Diário Oficial das promoções dos médicos do I.A.P.M.

"2) Em conseqüência, deverão ser tornadas sem efeito as promoções dos Drs. Sodré Borges, Armando Amaral, Odilon Duarte Batista, Francisco Dilon Figueiredo e Públio Bainha, por terem sido providos em desacôrdo com as instruções especiais elaboradas pela C. M., segundo as quais deveria a promoção dos médicos seguir a rigorosa ordem do merecimento apurado pela comissão de promoções, constantes às fls. 23 do processo. - *Moacir Cardoso de Oliveira*, diretor-geral".

É o seguinte o parecer do Sr. assistente:

"Senhor diretor-geral.

"Com a ampliação da carreira de médico do Instituto dos Marítimos, ficou, entre outras, determinado que:

Finalpag. 222

"as promoções... dos médicos... reger-se-ão por normas especiais que serão elaboradas pelo Departamento de Previdência Social, por intermédio da sua Consultoria Médica..."(fls.), sendo que os cargos da classe "M", final, seriam providos mediante promoção pelo critério de merecimento absoluto.

"2) Em 7 de julho de 1945, ao despachar o proc. CNT-6.022-45, determinou V. Sª procedesse o Instituto à constituição da comissão de promoções que iria elaborar um relatório, de acôrdo com as normas que haviam sido sugeridas pelo C. M. no processo CNT-15.828-42.

"3) Por portaria datada de 26 de dezembro de 1945, do então interventor do I. A. P. M., ficou a referida comissão constituída de cinco membros, dos quais três eram médicos de instituições congêneres (fls.).

"4) Encetou a comissão os trabalhos de que havia sido incumbida, quando, por força da mudança que então se operou na administração do Instituto, ficou, em conseqüência, alterada a composição da mesma comissão, com a retirada de apenas um de seus membros (fls.).

5) O relatório foi apresentado em 31 de janeiro de 1946 (fls. 1 a 24) ao presidente do I. A. P. M., com a classificação dos médicos para efeito de promoção. Êste, em vez de proceder à concretização das sugestões da comissão, encaminhou o processo no mesmo dia ao diretor do D. S. G., que, em 1 de fevereiro de 1946, ou seja, no dia seguinte, em longo mas contraditório parecer, opinou pela rejeição pura e simples das indicações feitas pela comissão, não porque esta tivesse acaso desobedecido às normas especiais elaboradas *ad hoc* pela C. M., mas, segundo tudo indica, paradoxalmente, por ter, ao contrário, procedido na conformidade das mesmas, as quais reputa deficientes.

"6) A argumentação em que se tenta escudar tal conclusão carece, a meu ver, de qualquer fundamento; e isso se depreende da circunstância mesma de não caber ao Instituto entrar na discussão das normas aprovadas pelo presidente do C. N. T., e expedidas no uso de atribuições legais, mormente depois de já haver a comissão de promoções feito as indicações, - circunstâncias que empresta ao caso uma feição ainda mais delicada; em verdade, a modificação do critério prévia e pacificamente aceito pelo I.A.P.M., com a substituição de alguns dos nomes apontados pela comissão como portadores de maior mérito, permitiria - e não sem-razão - interpretar um tal procedimento de modo desfavorável à elevação, à imparcialidade e ao prestígio de que se devem revestir os atos da Administração.

"Quanto à invocação do decreto-lei. nº 8.616, de 10 de janeiro de 1946, houve, evidentemente, um equívoco na informação de fls. 35, ao se afirmar ser "da exclusiva competência" do presidente do Instituto "a aprovação das promoções do quadro médico..."

"Nesse sentido, determinava o referido decreto-lei, em seu art. 2º, bem ao contrário, que: "As condições de provimento dos cargos... serão fixadas na legislação própria da autarquia ou órgão parestatal, ou, quando omissas essas, *pelas normas expedidas pelos órgãos controladores próprios* (o grifo não é do original).

"O texto acima, de uma clareza meridiana, não admite duas interpretações: as promoções, como forma de provimento (art. 12, II, do Estatuto dos Funcionários), estavam forçosamente adstritas às normas expedidas pelo C. N. T., na qualidade de órgão jurisdicionador, através da C. M. do D. P. M.

"7) Nada há, sob o aspecto legal, que autorize a impugnar os resultados apresentados pela comissão; tampouco poderá prevalecer a substituição feita pela Administração, por ilegal e lesiva dos legítimos interêsses dos médicos que, dêsse modo, foram preteridos.

"8) Parece-me, assim, evidente a solução a ser dada aos cinco recursos que se encontram a êste anexados: cabe anular as promoções feitas em desacôrdo com as indicações da comissão de promoções, com a conseqüência da reparação devida aos que foram preteridos.

Por provocação dos ora impetrantes, veiculada mediante recurso regular, a decisão do diretor da Previdência Social veio a final a ser mantida por despacho publicada no Diário Oficial, de 1 de outubro de 1948, do Exmo. Sr: ministro do Trabalho.

Solicitei, como se impunha, as necessárias informações à autoridade coatora, que as prestou, reportando-se ao longo e minucioso parecer do Dr. consultor-geral da República, que serviu de único sustentáculo e arrimo ao despacho ministerial.

A fls. 39, os impetrantes interpuseram a suspensão liminar do ato impugnado, com fundamento no art. 324, § 2º, do Cód. de. Proc. Civil. Indeferi, pelo despacho de fls. 42, a medida excepcional pretendida, por se me afigurar desautorizada no caso.

Com vista dos autos, emitiu o Excelentíssimo Sr. Dr. subprocurador geral o parecer de fls. 71 a 75 em que, preliminarmente, argüida, mais uma vez, a prejudicial de decadência do direito postulado, dada a circunstância de só ter vindo aquêle ilustrado patrono da União Federal a tomar conhecimento do caso

após o decurso dos 120 dias a contar do ato impugnado (art: 331 da Cód. de Proc. Civil), nada obstante o pedido

Finalpag. 223

haver ingressado na Secretaria dêste Tribunal antes de esgotado o aludido prazo.

Quanto ao mérito, S. Exª expressa-se do seguinte modo: No mérito, somos pela denegação do mandado, de acórdão com as justas ponderações do parecer lido a fls. 47-69, muito especialmente a fls. 61-69, do eminente Dr. consultor-geral da República.

"O despacho ministerial visado decidiu com acêrto.

"O critério para a composição da Comissão de promoções foi o mesmo, como relembra o Dr. consultor-geral, adotado no regime universitário brasileiro, para a seleção do corpo docente (dec. nº 19.851 de 11-4-31, art. 54).

"E, fora de dúvida, a delegação a pessoas estranhas à entidade, da incumbência de aferir o merecimento, atende a conhecidos imperativos de imparcialidade num assunto em que os interêsses se apresentam tão vivos e tão de perto.

"Além do diploma citado, tocante ao regime universitário, poderíamos, aliás, citar, igualmente, a lei nº 113, de 1947, reguladora das promoções dos membros do Ministério Público Federal.

De resto, há a considerar, no caso em exame, que à comissão cumpria apurar merecimento decorrente de fatos completamente à margem da vida funcional dos candidatos, quais os referentes à sua atividade profissional pròpriamente dita, a teor do conceito de merecimento absoluto.

"E, a todo modo, a malsinada atribuição da comissão estava compreendida, implìcitamente, dentro do critério fixado no art. 2° do dec.-lei nº 8.616, de 1946.

"Reportando-nos, ainda uma vez, ao parecer em referência, insistimos pela denegação da medida, que, aliás, não exibe, a seu prol, qualquer fundamento legal específico, se, por desventura das leis e princípios invocados, não prevalecer a preliminar suscitada" (fls. 74-75).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): A preliminar de decadência, ora suscitada, é a reprodução, em todos seus têrmos, de igual também argüida e desprezada unânimemente por êste Tribunal, no mandado de segurança nº 337, de que fui relator. Por ocasião do julgamento daquele caso, entendeu o Tribunal que a data da entrada da inicial do pedido na Secretaria é que deve balizar a contagem do prazo de decadência para os efeitos do art. 331 do Cód. de Proc. Civil. Não tenho motivos próprios, nem o ilustrado Dr. subprocurador-geral invocou razões novas capazes de informar as em que se estribou o Tribunal para recusar a prejudicial focalizada. Coerente com meu pronunciamento anterior, rejeito a preliminar.

VOTO - PRELIMINAR

(Decadência)

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: De acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: De acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: De acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL De acôrdo.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Em mandado de segurança é a entrada da petição em juízo que define a tempestividade, ou não.

Com o Sr. ministro relator.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Sr. presidente. Não há como admitir-se, como pretendem os impetrantes, competência exclusiva e incontrolável do presidente do I. A. P. M., em matéria de provimento de cargos da referida autarquia. O disposto no art. 2º do dec.-lei nº 8.616, de 10 de janeiro de 1946, no particular, é sobremaneira claro e eloqüente:

"As condições de provimento dos cargos... serão fixadas na legislação própria da autarquia ou órgão parestatal; ou, quando omissa essa, pelas normas expedidas pelos órgãos controladores próprios".

As promoções em causa não podiam, como assunto não previsto na legislação específica, fugir à regra, ou seja: à disciplinação inerente aos órgãos superiores de contrôle. Daí a intervenção, no caso, do Conselho Nacional do Trabalho, para estabelecer o critério segundo o qual devia operar-se a promoção da carreira de médico do I. A. P. M.

Ditando normas especiais que foram estritamente observadas pela comissão de promoções, constituída em sua maioria por elementos estranhos ao quadro médico da autarquia, o que redundou em maior garantia de imparcialidade e lisura, andou acertadamente e em consonância com a lei, o órgão supervisor, no caso o C. N. T.

As referidas normas adotaram para tais promoções o critério de merecimento absoluto,

Finalpag. 224

critério êsse a que se ateve a comissão no relatório que elaborou e submeteu à presidência do Instituto. E por fôrça de tal critério não tocaria aos impetrantes a promoção que pleiteiam.

Vê-se, desde logo, que o direito postulado não se apresenta com as características de liquidez e certeza, sem as quais perde êle o privilégio de vir a ser proclamado, sem maior ou detido exame, pela via excepcional do mandado de segurança.

Pelo contrário, êle se oferece prenhe de dúvidas e incertezas, que desaconselham o amparo pretendido.

Face ao exposto, indefiro o pedido.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Acompanho o Sr. ministro relator.

VOTO - MÉRITO

O. SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Eu também; Sr. presidente, acompanho o Sr. ministro relator.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Peço, vista dos autos.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Acompanho o Sr. ministro relator. Acrescento apenas que no Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública existe, para julgamento, um mandado de segurança, que foi convertido em diligência, exatamente dos que foram promovidos pela desclassificação dêsses impetrantes. O mandado não foi julgado porque se ficou aguardando a decisão do ora em julgamento.

Estou inteiramente de acôrdo com o Sr. ministro relator em que não existe direito líquido e certo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: preliminarmente, por unanimidade de votos, desprezaram a preliminar da decadência. No mérito, foi adiado o julgamento, por haver pedido vista o Sr. ministro ELMANO CRUZ, após haverem votado, indeferindo o pedido, por não se apresentar líquido e certo, o Sr. ministro relator e os Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO, ARTUR MARINHO e MOURÃO RÚSSEL. O Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS declarou aguardar o voto do Sr. ministro ELMANO CRUZ. Deixou de tomar parte no julgamento o Sr. ministro ROCHA LAGOA, por não ter assistido ao relatório.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

VOTO - MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente. Ao ser iniciado o julgamento do pedido de mandado de segurança originário, usado pelos Drs. Lauro Sodré Borges e outros médicos do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos contra o Sr. ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, o eminente Sr. ministro relator, VASCO HENRIQUE D'ÁVILA, votou no sentido de denegar a segurança impetrada, por entender não ser líquido e certo o direito dos postulantes.

O fundamento do voto de S. Exª reside no disposto no art. 2º do dec.-lei nº 8.616, de 10 de janeiro de 1946, transcrito por Sua Exª em seu voto, e que foi presente por cópia, artigo êsse que estabelece:

"As condições de provimento dos cargos serão fixadas na legislação própria da autarquia ou órgão parestatal, ou, quando omissa esta, pelas normas expedidas pelos órgãos controladores próprios".

Ora, de acôrdo com tais, premissas, Sua Exª concluiu pela denegação do mandado; ainda aqui, encontrei eu elementos que me levam, muito a contragôsto, a divorciar-me do entendimento adotado por S. Exª, pedindo vênia para justificar a minha divergência.

É certo que, em regra, as condições de provimento dos cargos nas autarquias e entidades parestatais devem obedecer ao critério estabelecido na legislação específica, das próprias autarquias, e; na falta de disposição expressa, segundo as normas expedidas pelos órgãos controladores.

No caso dos impetrantes, foi exatamente a desobediência à determinação do órgão *controlador*, no caso o Conselho Nacional do Trabalho, que justificou o uso do mandado de segurança ora em apreciação.

O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos passou por uma grave fase administrativa, tendo sido, até, o seu diretor, submetido a processo e afastado durante o tempo em que o mesmo transcorreu.

Pelo dec.-lei nº 7.245, de 15 de janeiro de 1945, foi a administração do mesmo Instituto dos Marítimos submetida às regras do Regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, aprovado pelo dec. nº 1.918, de 1937.

No tocante às promoções à última classe da carreira de médicos - é êste o caso de que se trata, - o órgão controlador da autarquia, o Conselho Nacional do

Trabalho, baixou, em 22 de fevereiro de 1945, a portaria CNT-11, na qual estabeleceu como premissa:

"O presidente do Conselho Nacional do Trabalho, no uso das atribuições que lhe confere o art. 2º, letras *g* e *i*, do dec.-lei

Finalpag. 225

nº 3.710, de 14 de outubro de 1941, combinado com o disposto no art. 5° do dec.-lei n° 7.245, de 15 de janeiro de 1945, e atendendo ao que dispõe o Departamento de Previdência Social, na exposição de motivos nº DPB-109, de 21 de fevereiro de 1945, quanto à necessidade de permitir ao I. A. P. dos Marítimos sua imediata aplicação ao regime estabelecido nesse último diploma legal e sem prejuízo dos estudos mais demorados para a organização dos seus serviços, resolve:"(fls. 24).

E no item 4º dispôs: (*ler fls. 24, item 4º*).

Ao mesmo tempo em que determinava o presidente do Conselho Nacional do Trabalho - órgão controlador - a aplicação subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos da União ao pessoal do Instituto, a portaria CNT-11, de 1945, dispôs, ainda, no item 6º: (*ler item 6°, fls. 24*).

Essa portaria foi expedida, como se disse no seu preâmbulo, em conseqüência e razão da exposição de motivos feita pelo próprio diretor do Departamento de previdência Social, que, entre outras medidas, preconizou a revogação expressa do "obsoleto regimento interno do I. A. P. dos Marítimos (*ler fls. 24*)

Em conseqüência, pois, da portaria C. N. T.-11, de 1945, as promoções no quadra do pessoal do I. A. P. dos Marítimos passaram a obedecer, *lato sensu*, ao critério da legislação específica das autarquias, no caso, o dec. nº 1.918, de 1937, Regulamento do Instituto dos Industriários, mandado aplicar ao I. A. P. M. pelo dec.-lei n° 7.245, e, subsidiàriamente, pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, dec.-lei número 1.715, de 28 de outubro de 1939.

Pelo dec. nº 1.918, de 1937, - como em regra nos decretos que regulam as promoções nos quadros administrativos - o ato é da competência do órgão executivo, isto é, do presidente, tal como estabelece a própria Constituição no tocante ao provimento dos cargos públicos em geral, exceção feita dos órgãos do Poder Legislativo e do Judiciário.

No caso concreto, o art. 103 do decreto nº 1.918, de 1937, dava ao presidente do I. A. P. dos Marítimos a atribuição específica e taxativa de nomear e demitir os servidores da autarquia, estando no conceito de nomear incluído òbviamente o de promover, coisa promoção é uma forma de provimento de cargo (dec.-lei nº 1.713, art. 12, nº II).

É sabido, por outro lado, que o critério generalizado para a promoção aos últimos cargos de qualquer carreira é o da promoção por merecimento.

Assim dispõem o Estatuto (art. 44) e o Regulamento de Promoções (dec: nº 2.990, de 1938).

Assim prescreve, também, o art. 159. do dec. nº 1.918, de 1937, *in verbis*:

"As vagas que se verificarem nos cargos efetivos do Instituto, salvo os iniciais, serão providas por promoção, exclusivamente por merecimento, entre os funcionários das respectivas carreiras".

Ora, a apreciação do merecimento está ao arbítrio da autoridade que deva, promover, desde que a sua escolha se faça dentro da lista que lhe é presente. Assim se observa até no tocante aos provimentos dos cargos do Poder Judiciário, e eu mesmo já tive oportunidade de sentir até onde vai êsse arbítrio quando classificado em 1º lugar em concurso de provas, e em 1º lugar na lista de merecimento para promoção, o Executivo promoveu o terceiro colocado na mesma lista, o juiz HUGO AULER.

Teremos que considerar dois pontos de vista paralelos: 1°, as instruções elaboradas pela Consultoria Médica, e que falavam em merecimento absoluto, estavam em vigor, e foi êsse o fundamento do ato que tornou sem efeito as promoções dos impetrantes; ou 2º, as referidas instruções não estavam em vigor, pois explìcitamente revogadas pela portaria CNT-11, de fevereiro de 1945. A êste último ponto de vista me filio inteiramente, mas quero acentuar que, mesmo em face do ponto de vista oposto, isto é; mesmo que se considerem vigorantes as instruções, ainda assim legítimo foi o primeiro ato da presidência do I. A. P. dos Marítimos, promovendo os impetrantes.

Organizou-se uma lista de vinte nomes de médicos do Instituto, todos êles com interstício na classe e, portanto, todos promovíveis quanto ao aspecto da legalidade examinado no tempo.

Tinha, assim, o presidente do I. A. P. M., à sua frente, para o provimento de oito cargos da classe final da carreira, pelo critério exclusivo do merecimento, vinte nomes entre os quais escolher os que deviam ser promovidos.

Admitido o critério comum em tais promoções, poderia a mesma lista ser acrescida, ainda, de quatro nomes, isto é, apontar vinte e quatro médicos à promoção, em listas tríplices, para dentre êles escolher o presidente do I. A. P. M. os que deveriam ser promovidos (dec. nº 2.290, de 1938, art. 5º).

Presentes os vinte nomes, dentre êles escolheu o presidente do I. A. P. M. aquêles que, segundo o seu ponto de vista, às mesmas faziam jus, já que lhe cabia escolher, como órgão executivo, os médicos que deveriam ser promovidos.

Poderia daí resultar alguma injustiça aos não promovidos - não ponho dúvidas nos caso - mesmo porque um dos não agraciados com a promoção servira durante alguns

Finalpag. 226

anos como chefe do Serviço Médico, e não lograra o beneplácito do presidente do I. A. P. M.

Quid inde? A injustiça de não ter sido o escolhido não tornava ilegal a escolha dos outros, desde que a promoção por merecimento está sempre, dentro da lista de promovíveis, a critério de quem faz ou incumbe fazer a nomeação.

Assim, o primitivo ato do presidente do I. A. P. dos Marítimos era legítimo, bem promovidos foram os impetrantes, pois, escolhidos em lista de merecimento e todos eles com interstício para a promoção.

Líquidos e certos, pois, se me afiguram os direitos dos impetrantes e ao serem mantidos nos cargos para os quais foram legítima e regularmente nomeados pelo presidente do I. A. P. dos Marítimos e dos quais se viram posteriormente despojados pelo ato ministerial.

Concedo, pois, o mandado.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, face ao estudo que acaba de ser pronunciado pelo Sr. ministro ELMANO CRUZ, voto de acôrdo com S. Exª. Também concedo o mandado.

DECISÃO

Como consta da ata de 6-5-49, a decisão foi a seguinte: concluindo o julgamento, foi indeferido o mandado, contra os votos dos Srs. ministros ELMANO CRUZ e CUNHA VASCONCELOS.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AÇÃO REGRESSIVA - CITAÇÃO DO FUNCIONÁRIO

- Interpretação do art. 194 da Constituição.

Recorrido: Alfredo Ernesto Porret

Ap. nº 1.337 - Relator: MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados êstes autos de apelação cível nº 1.337 do Distrito Federal em que é apelante *ex officio* o juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e apelado Alfredo Ernesto Porret:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, em 2ª Turma julgadora, negar provimento ao recurso, de conformidade com as notas taquigrafadas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 27 de abril de 1949. - *Rocha Lagoa*, presidente; *Henrique d'Ávila*, relator para o acórdão (art. 81 do Regimento).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Moveu Alfredo Ernesto Porret a presente demanda contra a União Federal, pleiteando a indenização de Cr$ 22.500,00, pelos danos no automóvel de sua propriedade, chapa 73-58, decorrentes de violento abalroamento pelo caminhão G. T. da Aeronáutica, licença número 8-75-24, a 1º de abril de 1947, na rua 24 de Maio desta cidade, por onde trafegava êste último veículo com grande velocidade e contra a mão

de direção. Argüiu o autor estar caracterizada a culpa *in eligendo* da União, pela má escolha de seu motorista, que conduzia o caminhão em flagrante desrespeito ao Cód. Nacional de Trânsito. Concluiu pedindo fôssem incluídos na condenação os juros da mora, custas e honorários de advogado.

Contestando a ação, alegou a ré não ter sido observado o disposto no parág. único do art. 194 da Constituição, eis que não foi feita a citação do causador do dano cuja existência foi alegada; que não há nos autos elementos de convicção dos quais se infira com segurança o nome do causador do fato que deu origem à ação não se sabendo, assim, se trata de funcionário público ou simples empregado, sendo certo que nesta última hipótese estaria afastada a possibilidade da condenação da União; que o cálculo dos consertos do automóvel danificado se baseou apenas em afirmações formuladas sem maior fundamento, sendo outrossim incabíveis os pleiteados honorários de advogado.

A sentença de primeira instância, que se encontra a fls. 47, julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento da quantia pedida na inicial e arbitrados em 20% os honorários de advogado.

Houve recurso *ex officio*, não tendo havido recurso voluntário.

Nesta instância, o Sr. Dr. subprocurador geral proferiu o seguinte parecer (fls. 56):

"I. A MM. sentença, como anteriormente, sob certos aspectos, o despacho saneador, apresenta-se deficiente; eis que deixou de apreciar circunstâncias relacionadas com clareza e ordem na contestação de fls. 17, as quais, de resto tiveram, em parte, a refutação, lida a fls. 22.

"Assim, houve silêncio absoluto no tocante ao não cumprimento da exigência figurada no art. 3° do dec. nº 22.957, de 19-7-33, bem como no relativo à responsabilidade da União, dentro na *letra* constitucional,

Finalpag. 227

apenas pelos atos de funcionários.

"Quanto à falta de citação do causador do dano - único ponto que mereceu ingresso no seio da MM. sentença - verificou-se caso singular, uma vez que, sem mais palavras, se decretou a improcedência da alegação precisamente pelo motivo evidente que a conforta.

"Justamente porque tem cabimento ação regressiva é que se impunha a citação de quem, em razão daquela possibilidade, tinha interêsse em acompanhar o desenrolar do feito.

"II. No mais, limitou-se a MM. sentença a homologar o laudo pericial da polícia e a endossar a conta suspeitíssima de fls. 11, onde nem se acha reconhecida a assinatura do recebedor.

"Tudo, como se vê, foi feito um tanto apressadamente. Entretanto, em tema de pressa, muito se criticou o motorista".

É o relatório.

VOTO

SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Não tem procedência a alegação de haver sido violado, na espécie, o art. 194 da Constituição, que não exige, de modo algum, a citação do funcionário da pessoa jurídica de direito público, responsável pelo dano por aquêle causado, na ação de indenização contra ela movida.. Ao contrário, está expresso no parág. único que lhe caberá ação regressiva contra êle, quando tiver havido culpa sua. No mérito, desde que não expressamente atacada na contestação a desvalia do documento de fls. 11, ficou êle convalescido de qualquer vício porventura existente, nos têrmos do art. 209 do Cód. de Proc. Civil, eis que, do conjunto das provas produzidas, nada resultou contra o fato atestado nêle.

Nos têrmos da sentença recorrida, tenho como perfeitamente caracterizada a autoria e a responsabilidade da União, por culpa *in eligendo*, e, assim, nego provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Estou de inteiro acordo com o voto de V. Exª. Sr. presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Estou de acôrdo com V. Exª, Sr. presidente. Excluída a questão do art. 194 da Constituição, que não tem relevância, ainda ouvi relatório que nem sequer se pode saber se trata de funcionário ou não da União. Pois bem: admitindo que não fosse funcionário, de modo a não se fundar a ação no art. 15 do Cód. Civil, seria ela baseada, pelo

menos, no art. 159. E a culpa que deixasse de ser *in eligendo*, seria *in vigilando*, porque o poder público deixasse de olhar para seu material existente deixado manejar por mãos inexperientes.

Reitero meu voto, que, assim, passa a integrar julgamento de unanimidade da Turma.

DECISÃO

Como consta, da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA.

*

PREVIDÊNCIA SOCIAL - CONTRIBUIÇÕES - ABONOS

- Não se tratando de abono, mas de aumento de vantagens incorporadas ao salário, sobre elas são devidas contribuições de previdência social, na espécie.

Lojas Brasileiras de Preço Limitado S. A., *versus* Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários

Ag. nº 725 - Relator: MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 725, de Pernambuco, em que são agravantes Lojas Brasileiras de Preço Limitado S. A., e agravado o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em 2ª Turma julgadora, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, de conformidade com as notas taquigráficas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 29 de abril de 1950. - *Henrique d'Ávila*, presidente e relator:

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários propôs contra a executada, Lojas Brasileiras de Preço Limitado S. A., no foro de Recife, executivo fiscal para cobrar-se da quantia de Cr$ 20.717,80, proveniente de contribuições de previdência social não recolhidas no devido tempo.

Finalpag. 228

Procedeu-se à penhora, cujo auto consta de fls. 5, e vieram os embargos, que defluem de fls. 6 a 8, onde a embargante argúi em resumo, o seguinte: que as contribuições que lhe são exigidas não provém de um aumento regular de salários de seus empregados, mas, sim, de um abono provisório, que não foi incorporado a êsses salários; que; por isso, não se aplica ao caso o disposto nos decretos-leis ns. 5.977, 5.978, 5.979 e, principalmente, 6.223, em virtude dos quais nenhum aumento de salário seria concedido ao empregado sem que fôsse incorporado definitivamente a seus vencimentos; que, por outro lado, a portaria do Ministério do Trabalho nº 79, de 15 de maio de 1947, dispondo sôbre as exorbitâncias e cavilosas interpretações dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, veio a prescrever que as contribuições referentes à previdência somente seriam exigidas a partir de 1 do referido mês, e incidindo única e exclusivamente sôbre o salário normal do empregado resultante da incorporação dos abonos, consoante o dec.-lei número 6.223, sem abranger outros abonos concedidos por generosidade do empregador ou estabelecidos em dissídios coletivos.

Êsses embargos foram, a fls., contestados pelo Dr. procurador do exeqüente, e o MM. julgador *a quo* proferiu, afinal, sua decisão, de fls. 29 a 30 v., que está concedida assim:

"O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, Delegacia de Pernambuco, quer, por um executivo, haver das Lojas Brasileiras de Preço Limitado S. A. o pagamento das quantias de Cr$ 7.575,40 e de 13.142,40, de principal e juros, referentes às contribuições de previdência de agôsto de 1945 a março de 1946, e de abril de 1946 a outubro de 1947, respectivamente, de acôrdo com as certidões de fls. 2 dêstes autos, e fls. 3 do processo anexo.

"Realizada a citação da executante e a penhora de bens, em ambos os processos, foram opostos embargos a cada um dêles, alegando defeitos das certidões de dívida por falta de referência à origem; e, quanto ao mérito, a improcedência da cobrança. Afirma a embargante estar em dia com o pagamento das contribuições de previdência devidas ao embarcado, na base dos salários de seus empregados, sendo injustificável e ilegal a cobrança ora feita,

por incidir sobre a importância dos abonos concedidos aos ditos empregados, abonos que estão isentos de tais contribuições, em face do decreto nº 3.813, de 10 de novembro de 1941, cujas determinações foram revigoradas por tempo indeterminado, pelo dec.-lei n° 4.356, de 4 de junho de 1942.

Contestando os embargos opostos neste processo, alega o autor que a dívida ajuizada não resulta de contribuições sôbre a importância dos abonos concedidos pela embargante aos seus empregados, mas das contribuições exigíveis sôbre o aumento de salário dos mesmos, concedido em virtude de homologação do dissídio coletivo suscitado pelo Sindicato dos Empregados no citado comércio do Recife, segundo consta do documento de fls. 14 a 15. E conclui pela improcedência dos embargos. Tendo vista para falar aos que foram opostos no segundo processo, limitou-se a embargada a requerer a anexação do mesmo aos presentes autos, o que foi deferido.

"Dado o despacho saneador, deixou de se realizar a perícia pedida pela embargante, visto não se ter feito a louvação no devido tempo (fls. 21).

"E, requisitado o processo administrativo em que foi levantado o débito em cobrança, realizou-se a audiência, em que as partes se limitaram à apresentação de razões orais. Tudo visto e examinado:

"Não procede o alegado contra o valor das certidões de inscrição das dívidas ajuizadas, eis que elas mencionam, realmente, a origem dêsses débitos - as contribuições sobre salários, no período de agôsto de 1945 a outubro de 1947 (fls. 2 dêstes autos e fôlhas 3 do apenso).

"Quanto ao mérito, é de considerar que a embargante não provou que as contribuições em cobrança incidem sôbre a importância do *abono* porventura concedido a seus empregados, sendo, assim, óbvio discutir se o abono estava ou não sujeito à contribuição de previdência social.

"Acresce estar provado que, a partir de 1 de agôsto de 1945, passou a vigorar o aumento de salários por fôrça do dissídio coletivo homologado pelo Tribunal Regional do Trabalho desta 6ª Região, no qual são interessados diversos Sindicatos, inclusive o dos Empregados no Comércio do Recife (documento de fls. 14 a 15).

"Assim, está visto que a cobrança de contribuições incide sôbre o aumento do salário

vigorante desde agôsto de 1945, motivo, pois, não havendo para ser considerada ilegal.

"Do processo administrativo em que se fêz o levantamento dos débitos se vê que êstes foram calculados na base do aumento de salários aprovado no processo do referido dissídio coletivo, pouco importando as considerações feitas pelo delegado do I. A. P. C., Sr. Alberto Glusner, em referência aos abonos, visto que êstes não foram contemplados no cálculo.

"Conseqüentemente, são líquidas e certas as dívidas em cobrança.

"Pelo exposto e constante dos autos, julgo improcedentes os embargos opostos neste processo e no apenso, subsistentes as penhoras constantes de fls. e condeno a embargante nos pedidos, juros da mora e custas. P. I. R.".

Come essa decisão não se conformou a executada, Lojas Brasileiras de Preço Limitado

Finalpag. 229

S. A., que agravou, em tempo útil, para êste Tribunal.

O recurso foi minutado e contraminutado e, nesta superior instância, limitou-se o Dr. Alfredo Veiga da Cunha Lôbo, digníssimo procurador da República adjunto, a reportar-se às considerações de fls. 39 para insistir pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Nego provimento ao recurso para manter, por seus próprios fundamentos, a decisão recorrida. Ficou inequivocamente demonstrado, no decorrer do processo, que as contribuições exigidas não se referem ao abono provisório concedido pela executada; mas decorrem de aumento real de salários, resultante de dissídio coletivo vencido na Justiça do Trabalho por seus empregados. Esse aumento incorporou-se, necessàriamente, aos salários e sôbre êle devia incidir sem dúvida a sobretaxa de previdência incriminada. Essa a realidade dos fatos, a autorizar a conclusão a que chegou o despacho recorrido, e da qual não há como fugir.

Nego, em conseqüência, provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Nego provimento ao recurso, acompanhando o voto de V. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, de dois casos tenho notícias, julgados pelo egrégio Tribunal Pleno, em que essa situação foi debatida. Um dêles, em mandado de segurança, vindo de São Paulo, relatado pelo Sr. juiz ELMANO CRUZ, e, outro, também de São Paulo, relatado por mim. Em ambos os casos o Tribunal Pleno sustentou que o abono, naquelas espécies, não se incorporava a vencimentos. E que apreciou a situação de uma lei que considerava provisório o aumento de salários feito espontâneamente pelo empregador, dentro do período de seis meses, não se incorporando, assim, aos salários. Mais tarde, outra lei prorrogou êsse prazo - parece, até, que disse, impròpriamente, adiou. Teve-se, então, que a fixação foi por prazo indefinido, embora pudesse surgir controvérsia sôbre a impossibilidade de prescrição, maior do que o prazo definitivo. E, assim, o Tribunal concedeu o mandado de segurança para o efeito da não cobrança da contribuição.

Mas, no caso particular de que se cogita, V. Exª realçou que, pelo menos, não há prova, por parte da embargante, de que se tratasse daquele abono a que se refere a legislação a que me reportei, mas sim de aumento definitivo de salários e, até, aumento que teria cedido, ou cedeu, a ordem judiciária da Justiça do Trabalho, em decisão de dissídio coletivo.

Conseqüentemente, o Dr. juiz *a quo* agiu acertadamente e V. Exª, retificando essa sentença, encontra também o meu apoio, pedindo vênia para adotar os pontos de vista fundamentadores do seu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento ao recurso, por votação unânime. Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

*

TRANSPORTE TERRESTRE - RECLAMAÇÃO - PRESCRIÇÃO.

- O prazo de um ano se refere à liquidação da indenização da esfera administrativa e não ao direito de ação.

Cafeeira Pinhal Vergueiro Ltda *versus* Estrada de Ferro Santos a Jundiaí (P. N.)

Ap. nº 2.480 - Relator: MINISTRO CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.480, de São Paulo:

Acordam; por maioria, os juízes da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, em negar provimento aos recursos, desprezadas, por unanimidade, as preliminares, tudo na conformidade das notas taquigráficas *retro*.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 14 de agôsto de 1951. - *Cunha Vasconcelos Filho*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Reporto-me ao relatório da sentença, que passo a ler:

"Vistos êstes autos de ação ordinária proposta por Cafeeira Pinhal Vergueiro Ltda., comissária estabelecida em Santos, à rua Comércio, contra a Estrada de Ferro Santos a Jundiaí e contra a União Federal:

"Veio a autora com esta ação contra as rés a fim de lhes cobrar a quantia de Cr$ 20.858,40, juros da mora, custas e honorários de advogado. Para tal fim alega, em resumo, a fls. 2, que, no exercício de suas atividades, tem recebido consideráveis quantidades de café, as quais vêm sendo entregues pela Estrada-ré, mas boa parte

Finalpag. 230

dessa mercadoria, à chegada, tem acusado apreciável perda de pêso através da repesagem feita na ocasião do desembarque; que, pela relação de fls. 5, se verificou no período de 23 de fevereiro de 1948 à data da inicial de fls. 2, ter havido perdas de café de 2.522 e 1/2 kg e, embora em 18 certificados de repêso

figurem outras firmas como consignatárias, era a autora a portadora legítima dos conhecimentos que estão em poder da Estrada-ré, pelo que, nessa qualidade, determinou fôsse a mercadoria entregue às Companhias de Armazéns Gerais Anchieta e Ipiranga (fls. 30 e 31); que, pela lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, são as estradas de ferro responsáveis pela perdas total ou parcial das mercadorias que receberem para transportar (art. 1º), pelo que se justifica o pedido, valendo o repêso como o protesto do art. 8º da lei, e notando-se que a indenização deve ser equivalente ao preço corrente no tempo e lugar em que a mercadoria devia ter sido entregue (art. 6º), mas, no caso, essa indenização deve ser do valor pedido, porque do total de Cr$ 22.835,80 deverá ser abatido o pêso de 218 kg dos papéis de fls. 6 e segs., no valor de Cr$ 1.977,10.

"Instruída a ação com os documentos aludidos, contestou-a apenas a Estrada de Ferro Santos a Jundiaí (fls. 47), dizendo, em suma, que os cafés lhe foram entregues por outras estradas no estado em que, por seu turno, os entregou aos seus destinatários, de sorte que deveriam ser citadas também ditas entidades para integração da contestação; que, aliás, a diferença de pêso reclamada está dentro do limite de tolerância previsto no Regulamento Geral de Transportes (art. 165, letra *h*), não chegando mesmo a atingir dito limite: que é de se notar também que o art. 165 dêsse regulamento estabelece os diversos casos de irresponsabilidade das estradas transportadoras; que o simples repêso não equivale ao *protesto* ou reserva; que a autora é carecedora do pedido porque não tem qualidade para demandar as diferenças dos cafés, pois não provou ser titular dessa mercadoria e alegou ser mera comissária da praça de Santos: que ocorre ainda estar prescrita a ação, pois não opôs a autora em tempo hábil o seu pedido, eis que, nos têrmos do art. 9º da lei nº 2.681, prescreve em um ano a liquidação da indenização; que os cafés reclamados, para alcançarem o destino - Santos - percorreram grandes distâncias e, verificando-se os casos de irresponsabilidade previstos no art. 165 do regulamento aludido, e bem assim o caso do art. 119 do dec. nº 15.673, de 7 de setembro de 1922, não deve a Estrada-ré responder pelas faltas descritas, notando-se que as verificações de falta de mercadoria não foram feitas com observância do que dispõem os arts. 120, do dec. nº 15.673, e 148 e 150, daquele regulamento, eis que a autora apenas reclamou o repêso dos cafés; que o art. 756 do Cód. de Proc. Civil exige o protesto que, inexistindo, faz presumir a entrega da mercadoria em bom estado e na conformidade do documento de transporte; que o embarque dos cafés foi feito pelos remetentes conforme o disposto no art. 165, letra *f*, do regulamento citado, e isso isenta a Estrada de responsabilidade, como também o disposto no art. 109 do Cód. Comercial, art. 1º, nº 2, da lei número 2.681, e art. 118 do dec. nº 15.673, de 1922; que o preço-base do pedido, a título de indenização, é absurdo, pois os cafés eram inferiores, com cotações menores, e

de nada valem em contrário as informações de fls. 33, 34 e 35; que, em face das disposições legais citadas, deve o pedido ser julgado improcedente.

Apresentou a Estrada-ré os conhecimentos de fls. 73 *usque* 96 e os documentos de fls. 69 e segs.

"O Dr. procurador da República, apenas adotou a contestação da Estrada de Ferro Santos a Jundiaí (fls. 97) e falou a autora a fls. 99 sôbre as preliminares argüidas.

"Pelo despacho saneador de fls. 104, considerou êste Juízo que a autora tem ação contra a Estrada-ré, consoante o que prescreve o art. 14 da lei nº 2.681, de sorte que ficou ressalvada a via regressiva contra as estradas intermediárias; e, quanto ao mais ficou decidido nesse despacho que as demais questões suscitadas seriam decididas na sentença final.

"Dêsse despacho saneador brotou o recurso de agravo no auto do processo, de fls. 106, tomado por têrmo a fls. 107.

"E realizada a audiência de julgamento, por mim presidida (fls. 109), veio-me o processo para a sentença que passo a proferir (fls. 120-122).

E o juiz assim decidiu:

"Conforme foi exposto no relatório supra, pretende a autora cobrar a quantia aludida, a título de indenização, por falta de quantidade de cafés que alegou ter sido verificada nos *repesos* aludidos nos documentos de fls. 8 e segs.

"Pretende a autora que as estradas de ferro são responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para o transporte, conforme o disposto no art. 1º da lei nº 2.681, de 1912.

"Não admitiu a autora que a invoca do limite de tolerância estabelecido no Regulamento Geral de Transportes seja excludente da responsabilidade aludida, porque tal regulamento é mera portaria ministerial, que não tem a virtude de modificar o preceito legal referido (fls. 115), e quanto à prescrição argüida, disse a autora

Finalpag. 231

(fls. 116) que o prazo do art. 9° da lei nº 2.681 não é atinente à prescrição da ação e, quando o fôsse, não se verificou o decurso de um ano para o início da

presente ação quanto às verbas cobradas (Revista dos Tribunais, vol. 82, pág. 541).

"Cumpre, pois, preliminarmente, decidir sôbre o assunto da prescrição. E o fazendo, na conformidade do que tem decidido o Tribunal Federal de Recursos, concluo pela improcedência da alegação de prescrição.

"É que, sendo as rés pessoas que incarnam a Fazenda Pública, não é de ser aplicado o prazo de um ano do art. 9º da lei nº 2.681, pois o prazo de prescrição seria o qüinqüenal, de cinco anos (acórdão do Tribunal Federal de Recursos, no agravo nº 406, de São Paulo, de 24 de dezembro de 1948, de que é agravante Caledonian Insurance Company e agravada a Estrada de Ferro Central do Brasil).

"Nesse julgado do Tribunal Federal ficou decidido que o prazo prescricional, consignado no art. 9º da lei nº 2.681, se refere à liquidação de indenização no administrativo ou extrajudicial e não para o exercício do direito às ações judiciais, que obedecem às regras comuns. *No caso, seria invocável a prescrição de cinco anos, visto cogitar-se de autarquia*.

Aqui, na questão dêstes autos, é de se afirmar as mesmas conclusões e, por conseguinte, não tem procedência a alegada prescrição.

"Por igual, em face do art. 10 da lei número 2.381, tem a autora direito de intentar esta ação, mesmo não sendo proprietária dos cafés pois não contestou a Estrada-ré que a Companhia Armazéns Gerais, a quem foram consignados os cafés (informações de fls. 30 e 31) e que recebeu os mesmos, fôsse mandatária da autora para o seu recebimento.

"Diz o art. 10 da lei que a ação pode ser intentada *por quem tem direito a receber a mercadoria*; daí resulta que a autora, sendo legítima portadora dos conhecimentos, como está referido nos documentos de fls. 30 e 31, e como está em parte, confirmado pelos próprios conhecimentos de fls. 75 e segs., que referem o nome da autora, tem direito a acionar, como o fêz, as rés.

"Apegou-se a ré, Estrada de Ferro Santos a Jundiaí, à alegação de que o "repeso" não equivale ao protesto ou reserva de que trata o art. 8° da lei n° 2.681, e, por isso, sustenta estar exonerada da indenização pedida.

O assunto tem sido objeto de larga controvérsia e tem gerado grande dissídio na jurisprudência (Rev. dos Tribunais, volume 88, pág. 466; vol. 104, pág. 303; volume 82, pág. 541). Contudo, como já tem êste Juízo decidido, com base no

acórdão do Tribunal paulista, que se vê na revista citada, vol. 104, pág. 309, o repeso da mercadoria equivale à reserva ou protesto exigido no art. 8° da lei nº 2.681 e art. 755 do Cód. de Proc. Civil.

"É que a expressão "reserva ou protesto" não equivale à reclamação de que tratam os arts. 135 e 137 do dec. nº 10.204, de 30 de abril de 1913 (anterior Regulamento Geral de Transportes). Antes, é compreensiva de quaisquer atos do consignatário, *reveladores de sua vontade de não dar a Estrada por exonerada da obrigação contratual.*

"Assim, improcede a invocação da ré sôbre a ausência de protesto.

"Quanto ao mérito, propriamente dito, é de se ver que a lei nº 2.681 dispõe: Será sempre presumida a culpa (das estradas) e contra esta presunção só se admitirá alguma das provas excludentes que enumera nos incisos do seu art. 1º. Efetivamente, o regulamento não prepondera sôbre a lei. Por conseguinte, desde que a ré reconhece que os cafés da autora foram entregues com *diferenças*, e para tanto diz que não atingiram os *limites de tolerância* estabelecidos no art. 68, § 3º, do Regulamento Geral de Transportes, segue-se que é de se concluir que devia provar as isenções invocadas, como também devia provar as demais causas excludentes que invocou para se eximir da responsabilidade estabelecida no dito art. 1° da lei nº 2.681, e que estão nos incisos dêsse mesmo artigo.

"E não tendo feito nenhuma prova dessas causas, segue-se que deve ser condenada, juntamente com a União Federal, ao pagamento da indenização.

"Mas, impugnou a ré os valores dos cafés, subestimando as informações de falhas 24 e também, virtualmente, a *quantidade das faltas* quando contestou os limites da tolerância (art. 165, letra *h*, do regulamento).

"Portanto, nessa parte, caberia à autora fazer prova, pois é com a demonstração de que houve *falta em determinadas quantidades e valores certos de mercadorias transportadas que se presume a responsabilidade* bem definida das estradas transportadoras pela indenização prescrita no art. 1 da lei nº 2.681, de 1912.

"E na hipótese *sub judice* a documentação oferecida pela autora não provou *qual foi exatamente a perda dos cafés* a serem recebidos.

De todo o exposto, julgo procedente a ação para o efeito de condenar a Estrada de Ferro Santos a Jundiaí e a União Federal a pagarem à autora a quantia que

fôr liquidada na execução relativamente aos cafés reclamados, com juros da mora e honorários de advogado de 20% sôbre a quantia total que fôr fixada.

Finalpag. 232

Custas afinal.

"Apelo *ex officio* para o colendo Tribunal Federal de Recursos (fls. 122-125).

Apelou a autora, pleiteando a reforma do julgado na parte em que se remeteu à execução a apuração da indenização (fls. 127).

Apelou, também, a Estrada de Ferro, que pretende a reforma integral da sentença, pelos seguintes motivos: ilegitimidade de autora *ad causam*; prescrição do direito; falta de protesto por ocasião de entrega da mercadoria e verificação das faltas.

Nesta instância, disse o Sr. Dr. subprocurador geral da República:

A União Federal, assistente no feito, não tem o que acrescentar às ilustradas razões de fls. 133-143, oferecidas pela Estrada de Ferro Santos a Jundiaí, para também pedir e esperar a reforma da MM. sentença, e, em conseqüência, a decretação da improcedência da ação (fls. 159).

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Pràticamente, a Estrada de Ferro, 2ª apelante, abandonou seu agravo no auto do processo (fls. 106-107), não só porque não o fundamentou, como porque ao mesmo não faz a menor referência no arrazoado de sua apelação. Entretanto, cumpre decidir. Nego provimento a êsse recurso. Agravou a Estrada porque o juízo não admitiu a citação das outras estradas que intervieram no transporte. Lembrou o magistrado que, se fôr caso, na forma do art. 15 do decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, à agravante toca a via regressiva contra aquelas estradas, não sendo oportuno seu chamamento para integrar a contestação.

Nego provimento à apelação. No tocante à preliminar de prescrição, agravou-se o magistrado, na decisão dêste Tribunal, proferida no agravo de petição nº 406, de 24 de dezembro de 1948. Decidiu esta Côrte que o prazo de um ano, do art. 9º do dec. número 2.681, aplica-se à liquidação de indenização no administrativo, extrajudicialmente, não se referindo ao exercício do direito de ação que obedece às regras de direito comum.

A legitimidade da parte foi implìcitamente decidida no despacho saneador - mormente se proferido, nenhum recurso foi interposto.

Quanto ao mais, a sentença mantém-se por si. Desde que as faltas exceder ao permitido pela lei e desde que a prova de seu valor não foi feito cumpridamente, o jeito é a execução.

Nego provimento a todos os recursos.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Estou com V. Exª quanto à prescrição. No mérito, discordo, em parte. Por ocasião do julgamento da apelação cível número 1.824, proferi o seguinte voto:

"Eis o que dispõe o decreto legislativo n° 2.681, de 7 de dezembro de 1912, no.art. 1º, parte geral, e ns. 2 e 4:

"Art. 1º As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar.

"Será sempre presumida a culpa e contra essa presunção só se admitirá alguma das seguintes provas:

".....

"2º, que a perda ou avaria se deu por vício intrínseco da mercadoria ou causas inerentes à sua natureza;

".....

"4º, que a perda ou avaria foi devida ao mau acondicionamento da mercadoria ou a ter sido entregue para transportar sem estar encaixotada, enfardada ou protegida por qualquer outra espécie de envoltório".

"Veio mais tarde, em 7 de setembro de 1.922, o dec. nº 15.673 e aprovou o Regulamento Geral de Transportes, cujo art. 119 teve esta redação:

"A estrada tem o direito de objetar contra o recebimento de volume mal acondicionado para o transporte. Se, porém, o remetente insistir no despacho, a estrada é obrigada a fazer o transporte, consignando o fato na nota da expedição

e ficando isenta de responsabilidade pelas avarias resultantes de acondicionamento imperfeito.

"Parág. único. Se de mau acondicionamento das mercadorias oferecidas a despacho puder resultar danos para outras mercadorias ou para o material da estrada, durante a estadia em armazém ou durante o transporte, a estrada se poderá recusar a receber as referidas mercadorias".

"Os documentos trazidos com a petição inicial, constantes dos autos, fls. 6 *usque* 85, mostram que a transportadora, ao receber e examinar a mercadoria, constatou seu mau acondicionamento, escrevendo, nos conhecimentos respectivos, as observações – "sacas usadas, com furos", "sacas remendadas e furadas", "sacas usadas, recos turadas e com furos", "sacas com bôcas descosturadas", "carregamento, descarna e pesagem acôrdo contrato sacas velhas", "sacas velhas, com marcas antigas, algumas rasgadas e descosturadas" e assim em quase tôda a carga, sendo de apontar observações sôbre certa quantidade de sacas não apresentadas, que o dono da mercadoria se obriga a entregar adiante, oportunamente

Finalpag. 233

Questiona-se aqui sôbre perda de mercadoria cujo "mau acondicionamento" está *quantum satis* demonstrado.

"De assinalar que foi insignificante, em proporção da quantidade embarcada, a que se perdeu, eis que a diferença do pêso na estação de embarque para o pêso verificado no local de destino da mercadoria, segundo os próprios mapas juntos pela autora, constantes de fls. 87 até 90, mapas que rubriquei na data do relatório, positiva que se

perdeu, num longo percurso, com várias baldeações, Manhassu-Santos e Caratinga-Santos, menos de 5% da mercadoria mal acondicionada. Saíram 1.281.077 kg e chegaram 1.216.077 kg. Perda de 65.000 quilos, em 1.281.077 kg de café, que fêz longo percurso em sacas furadas, é perda mínima. O fato constitui até boa propaganda, para a ré, que transporta grande partida de café acondicionada em sacas furadas; rasgadas, duma grande distância, com perda inferior a 5% do pêso da carga na estação em que a recebeu. Consignando o "mau acondicionamento" da mercadoria, como inquestionàvelmente consignou, ficou a ré, nos têrmos do art. 119 do precitado Regulamento Geral de Transportes, e dos ns. 2 e 4 do art. 1° do também referido dec. nº 2.681, inteiramente isenta de ressarcir as diferenças de peso reclamadas. O dec. nº 2.681, art. 13,.não lhe permitia recusar o transporte, consentia, só, na ressalva

feita, ao meu ver bastante. Quando isso não fôsse, duas outras circunstâncias exoneram a ré de quaisquer desembolsos, no concernente ao que se irroga à mesma nestes autos. A primeira resulta do texto do art. 109 do Cód. Comercial:

"Não terá lugar reclamação alguma por diminuição ou avaria dos gêneros transportados, depois de se ter passado recibo da sua entrega sem declaração de diminuição ou avaria".

"Resulta por igual dos arts. 117 e 120 do pré-falado dec. nº 15.673:

"Art. 117. Na estação de destino poder-se-ão retificar os erros de peso e de frete porventura cometidos na estação de despacho.

Neste caso, quando a pesagem ou contagem forem feitas a pedido do destinatário, as despesas correspondentes a tais operações correrão por conta deste, uma vez que se apure igual ou maior quantidade de que a consignada no conhecimento.

".....

"Art. 120. As verificações que os destinatários tiverem de fazer, na estação de destino, sôbre as mercadorias que apresentem sinais externos de falta ou avaria, deverão ser feitas em presença do agente e de mais duas testemunhas".

"A mercadoria foi retirada sem qualquer ressalva.

"E a segunda, do fato assinalado no parecer por fotocópia a fls. 186 e 187. Café sujeito a armazenamento prolongado, onde o clima seja sêco ou quente, apresenta perda de umidade e, conseqüentemente, de pêso. Chega a perder, um café comum, um quilo por ano para cada saca. Chega a acusar diferença de 200 gr por litro. E está explicitado no Regulamento Geral de Transportes, art. 118, parág. único:

"Em qualquer caso, se terá em consideração a diminuição espontânea de pêso, conforme a natureza da mercadoria e o grau de fragilidade do objeto transportado em relação aos abalos naturais do meio de transporte".

"Pelo exposto, reformo a sentença, julgo improcedente a ação. Dou assim provimento ao recurso *ex officio* e ao apelo da ré e tenho como prejudicado o pedido da autora".

Pelos fundamentos dêsse voto, excluo da condenação a verba de referência às mercadorias perdidas como resultado de defeitos na embalagem respectiva, vício êsse assinalado em conhecimentos constantes dos autos, o que melhor se deslindará em liquidação da sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade, desprezaram-se as preliminares; no mérito, confirmou-se a sentença, vencido o Sr. ministro revisor, que a reformava, para excluir da condenação as mercadorias cujo mau acondicionamento ocasionava a perda. Funcionou como vogal o Sr. ministro ELMANO CRUZ. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. ministro MOURÃO RÚSSEL.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO – ACUMULAÇÃO REMUNERARA - DISPONIBILIDADE

- A acumulação remunerada a que se refere o art. 24 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição compreende tanto a de funções técnicas como a de outras quaisquer.

União Federal e C.A.P.F.C.B. *versus* Guálter de Almeida e outros

Rec. de mand. de seg: nº 584 - Rela: MIN. AFRÂNIO COSTA

Finalpag. 234

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança número 584, do Distrito Federal, recorrentes União Federal e Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Central do Brasil, e recorridos Guálter de Almeida e outros:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, conforme o relatório e notas taquigráficas.

Custas pelo recorrente.

Tribunal Federal de Recursos, 15 de maio de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: A impetração funda-se no art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Dizem os Impetrantes... (*lê fls. 3 a 5*).

A seguir expõem extensa argumentação sôbre o cabimento da medida e sua procedência, citando doutrina e decisões de 1ª instância proferidas em casos anteriores e já conhecidos dêste Tribunal, porque os apreciou em julgados anteriores.

A fls. 29 a 33, publicação no "Diário Oficial" de despacho ministerial mandando reverter os impetrantes em disponibilidade (*lê um dos despachos*).

As informações da autoridade - presidente da Caixa, - fundam-se na portaria do Sr. presidente da República, parecer do Dr. procurador geral da República e a portaria do Sr. ministro do Trabalho, nestes têrmos... (*lê fls. 49*).

Sustenta a seguir a ilegitimidade da presidência para ser demandada pelos impetrantes, de vez que se trata de ato do ministro. A seguir, utiliza-se, para exegese, do confronto entre os arts. 24, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e 96 e 185 da Constituição, repetidamente invocados em casos tais. O juiz deferiu o mandado afinal nestes têrmos (*lê fls. 85*). Houve apelação da União e da Caixa e contra-razões dos recorrentes.

A argumentação expedida é idêntica à já trazida ao processo.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Sr. presidente. Em que pêse a uma lúcida inteligência e brilhante espírito do Exmo. Sr. subprocurador geral da República, não veio por terra tôda a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos no tocante à interpretação do art. 24 do Ato das Disposições Transitórias. Diz o art. 24:

"Os funcionários que, conforme a legislação então vigente, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas e que, pela desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e dec.-lei nº 24, de 29 de

novembro do mesmo ano, perderam cargo efetivo, são nêle considerados em disponibilidade remunerada até que sejam reaproveitados, sem direito aos vencimentos anteriores à data da promulgação dêste Ato".

O que se verifica do art. 24, Sr. presidente - e isso não escapou à observação do Tribunal, e muitas vêzes foi focalizado êsse aspecto, a que se referiu o eminente subprocurador geral da República, - foi uma reparação para tôdas essas pessoas que, diplomadas, exerciam profissões liberais: cumulando diversas funções técnicas e também funções de professor.

Não se pode entrever no art. 24 essa restrição sustentada pelo eminente subprocurador geral da República de que a Constituição apenas se referiu a um técnico e um cargo de professor, alternativamente. Não é isso. O art. 24 fala em funções de magistério, funções técnicas, ou funções científicas. Quer dizer, qualquer delas, e não apenas técnicas, de magistério e científicas. Isso não está na Constituição. De sorte que, Sr. presidente, a mim não passou despercebido êsse detalhe, focalizado agora pelo eminente Dr. subprocurador. Eu já o tinha notado anteriormente e desprezei-o exatamente dentro do raciocínio que agora mais uma vez mostrei ao Tribunal. No caso, porém, o único ponto a merecer atenção seria a questão da ilegitimidade do presidente da Caixa para ser apontado por autoridade coatora e que, se procedente, traria a incompetência do juiz de 1ª instância para o processamento e julgamento do mandado, mas o Dr. juiz *a quo* mostrou claramente a improcedência do argumento. A portaria ministerial não revogou, absolutamente, os atos anteriores do ministro. O ministro deferira aos recorridos a reintegração nos cargos. A portaria mais tarde publicada, não revogou êsse ato, apenas deu a entender às repartições subordinadas ao Ministério que os processos deveriam ser novamente submetidos ao ministro para que êle tornasse a estudá-los. Não houve revogação, nem suspensão do ato. *Si et in quantum* cumpria ao presidente da Caixa dar execução à portaria do ministro, coisa que êle não fêz.

De modo que, sôbre qualquer aspecto que se encare o recurso, a meu ver, não tem qualquer procedência a argumentação da Caixa, nem da União, que assiste a essa entidade autárquica. Nego provimento aos recursos.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Trata-se de acumulação de funções?

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Pelo menos é o que consta dos autos. Não há

afirmação em contrário da União, nem da autarquia, nem os recorrentes esclarecem. São empregos federais.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, o suplicante do mandado de segurança funda-se no art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias. Refere-se êste artigo a funcionários. Não gozam de tal conceito os empregados de autarquia. Essa, porém, a única restrição que poderia caber na hipótese; desaparece, como já se estudou, neste Tribunal, diante dos próprios têrmos do art. 24, que fala em desacumulação ordenada pelo dec.-lei nº 24, de 29 de novembro de 1937. Esta lei, no art. 1º, estendeu a proibição do art. 150 da Carta de 1937 aos empregados da Caixa Econômica, do Banco do Brasil, do Lóide Brasileiro do Instituto Nacional de Previdência e Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões.

Há, portanto, que se entender o art. 24 com o sentido amplo, abrangedor, de que, na forma do art. 159 da Constituição e na forma do dec.-lei nº 24, que ampliou a vedação constitucional de então, todos aquêles foram beneficiados pelo constituinte de 1946.

Se a situação dos autos retrata qualquer dessas hipóteses, não há como se reformar a sentença, porque, não obstante a engenhosa construção do Dr. subprocurador geral da República, estou com o Sr. ministro relator em que essa construção não tem procedência *data vênia*, como não tem procedência aquela outra, tão invocada, da necessidade de interpretação, em consonância do art. 24 da Disposições Constitucionais Transitórias com o art. 185 do corpo da Constituição.

Tudo isso já é matéria velha e vencida. Estou, por essas considerações, de inteiro acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Está escrito no art. 24 das Disposições Transitórias da Constituição: (*lê*). A reparação visou a tôda e qualquer acumulação de cargos anterior à Carta de 1937; ao dec.-lei nº 24, de novembro de 1937? Acho que não. Teve em mira somente atos injustos, considerados como tais aquêles que puseram em ignição acumulações que ela mesma, no texto permanente, no art. 185, reputara toleráveis, possíveis.

Nada mais.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Acompanho o voto do Sr. ministro relator, ressaltando que a questão tem sido amplamente debatida, por várias vêzes, perante êste Tribunal, logrando, sempre, o mesmo entendimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento ao recurso, para se manter a decisão recorrida, por maioria de votos, contra o do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, que lhe dava provimento.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

FUNCIONÁRIOS – EXTRANUMERÁRIOS MANDATO ELETIVO - VEREADOR MUNICIPAL

- Não há como justificar-se paguem os cofres públicos federais vencimentos a quem não presta serviços à União.

Sebastião Fernandes de Oliveira e outra *versus* Estrada de Ferro Central do Brasil

Rec. de mand. de seg. nº 449 - Rel.: MIN. ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êste autos de recurso de mandado de segurança nº 449, do Distrito Federal, em que são recorrentes Sebastião Fernandes de Oliveira e outro, e recorrida a União Federal:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, para o fim de confirmar a decisão recorrida, por seus fundamentos, tudo nos têrmos dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo é que dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 18 de agôsto de 1949. - *Afrânio Antônio da Costa*, presidente; *Elmano Cruz,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sebastião Fernandes de Oliveira e Joaquim José Ferreira, vereadores do município de Três Rios, Estado do Rio de Janeiro, impetraram ao juiz da 1ª Vara da Fazenda um mandado de segurança contra o diretor da Central do Brasil, que mandou considerar os impetrantes licenciados, sem vencimentos, durante o prazo em que exercerão o cargo eletivo de vereadores.

Sustentam os impetrantes a ilegalidade do ato de licenciamento sem vencimentos, o que fazem pela forma seguinte (ler inicial).

O diretor da Central do Brasil prestou as seguintes informações: (ler fls. 21-23).

Sentenciou o juiz denegando a segurança impetrada pelas razões seguintes. (ler fls. 52-52 v.).

Surgiu recurso dos impetrantes, que já agora colocam em novos moldes a controvérsia, isto é, encaram-na por prisma jurídico novo, razão por que merecem leitura as razões do recurso (ler fls. 55-56).

Finalpag. 236

Nesta 2ª instância, exarou o Dr. subprocurador geral o parecer seguinte (ler fôlhas 76-77).

É o relatório.

PROPOSTA E VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Sr. presidente, no mandado de segurança nº 251, em que se tratava de invocação do art. 182, V, da Constituição federal, o Tribunal decidiu submeter o feito à prática do art. 97 do Regimento Interno. Era o caso do tenente Lino Machado.

Assim, proponho, também, neste caso, a prática do art. 97, por se tratar de hipótese idêntica.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, eu aceitaria a proposta do Senhor ministro ELMANO CRUZ se tratasse de decidir matéria constitucional. Entretanto, o dispositivo invocado tem aplicação especial aos militares. Não vejo nenhum dispositivo constitucional invocado, de respeito aos funcionários públicos. No Estatuto dos Funcionários Públicos não vejo nenhuma disposição relativa ao assunto. Logo, a meu ver, se torna prescindível decretar inconstitucionalidade de ato, porquanto os princípios invocados são estabelecidos para militares.

Voto contra.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Entendo que pode ser julgado, desde logo, o processo, porque, senão rigorosamente idêntico ao anterior, a que se fêz referência, com invocação do art. 182, V, da Constituição, há traços de família. E, assim sendo, não é estranha, ao Tribunal, a hipótese.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Também dispenso a publicação do relatório.

Hipótese análoga à vertente já foi decidida por êste Tribunal, em recurso de que fui relator. E, assim sendo, não há lugar para prática configurada no art. 97 do Regimento Interno.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Dispenso a publicação, à base da praxe adotada aqui no julgamento dos processos referentes à taxa adicional de renda e à taxa de algodão.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Que o assunto envolve matéria constitucional não há dúvida alguma, mais do que no caso do mandado de segurança nº 251, porque ali tínhamos disposição explícita para verificar se aplicava ou não ao caso que se focalizava.

Aqui, há uma invocação de princípios que se entroncam na Constituição e, por paridade, disposição predominante naquele caso. Daí o parentesco a que se referiu o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS. Mas Vossas Exas., *mutatis mutandis*, terão, òbviamente, salvo reconsideração, que transpor o entendimento manifestado no mandado de segurança nº 251 para o caso presente.

Assim, parece que todos estamos perfeitamente esclarecidos sôbre a matéria a debater. E eu, que não transigia na prática do art. 97, como homenagem aos elaboradores do Regimento Interno, não posso ser mais regimentalista do que quem o elaborou e, assim, dispenso a publicação.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: O Sr. ministro relator sugeriu a prática do art. 97, naturalmente porque se baseou em matéria constitucional.

Estou de acôrdo com a publicação do relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Conheço do recurso que foi tempestivamente interposto, conforme se apura da certidão lavrada pelo zeloso escrivão do 1º Ofício da 1ª Vara da Fazenda Pública, de referência à data em que foi publicada na "Diário da Justiça" a decisão recorrida.

Dêle conhecendo, nego-lhe, porém, provimento, nos têrmos de meu voto proferido no mandado de segurança nº 251, a que se refere o Dr. subprocurador geral da República, com os quais, aliás, estão em plena e integral consonância os fundamentos da decisão recorrida, aduzidos pelo juiz ALCINO PINTO FALCÃO.

Não há como justificar-se paguem os cofres públicos federais vencimentos a quem não presta rigorosamente serviços à União.

Se bem que relevante, relevantíssimo mesmo, seja o exercício da função eletiva de vereador, pois os municípios são indiscutìvelmente as células do organismo nacional não é possível que se regule dêste modo, à falta de disposição expressa, assim estabelecendo a remuneração daqueles que prestam serviços de interêsse do Município, pelos cofres públicos da União.

A honraria do exercício da função, se não basta por si só - o que é evidente para atender às necessidades da subsistência condigna do cidadão que exerce aquêle múnus, deve ser acompanhada de provento ou vantagens a cargo do próprio Município mas não onerando os cofres da União.

Verifico até que, no caso, o diretor da Central agiu com alto espírito de compreensão,

Finalpag. 237

São, no que toca ao segundo impetrante, a quem, na verdade, socorre o art. 23 do Ato

das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nego, pois, provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente. No mandado de segurança impetrado por um militar, e a que se faz referência desde o relatório, votei pela concessão do mesmo, tendo em vista as disposições constantes da Constituição que, explicitamente, manda que tais servidores da nação, enquanto perceberem vencimentos pelos cargos temporários, inclusive eletivos, não vençam pelos seus postos ou graduações. No caso, tratava-se de uma função eletiva, não gratificada.

Em face do texto expresso, entendo que implicitamente dêle decorria que a perda de vencimentos como militar só poderia ter lugar enquanto percebesse êle vencimentos por outro cargo. Não percebendo êle vencimentos por outro cargo, evidentemente faria jus àqueles do cargo que estava exercendo efetivamente. A hipótese dos presentes autos é diversa, porque referente a funcionário civil. Dela não cogita a Constituição. Verifico, porém, que há lei ordinária nesse sentido e, por outro lado, que o cargo é remunerado. Nestas circunstâncias, acompanho o relator nas conclusões porquanto, mesmo que se quisesse equiparar os casos, neste há remuneração do cargo eletivo, o que não acontecia naquele. Não os equiparo, entretanto, Sr. presidente, porque considero os preceitos atinentes aos militares completamente estanques a êles.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: V. Exª me permite um esclarecimento? O preceito relativo aos militares é mais de interpretar-se a *contrario sensu*, isto é, no pressuposto de que, no mandato eletivo, não haja vencimentos. Não é só,

porém, o artigo relativo aos militares que entra em jôgo. No caso dos autos, há que se cogitar do art. 50 da Constituição.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: O afastamento se pode dar, também, por licença, e os funcionários continuam percebendo.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Isso, em se tratando de cargo efetivo; não, aqui, onde há um extranumerário que apenas exerce função.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Mas êsse caso, Sr. presidente, seria o da observação que fiz a V. Exª, qual seja o do dispositivo indicado e que é o 182. Não vejo onde assentar o meu voto, com a devida vênia de V. Exª, no 182. Voto, no entanto, no sentido das conclusões de V. Exª. Entendo que, mesmo que se quisesse estabelecer a analogia, tinha de assim proceder, dado que o cargo eletivo, embora de vencimentos inferiores, é remunerado. Tenho, por isso, de aplicar a lei ordinária, que não considero infringente da Constituição.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Realmente, Sr. presidente, verifico que, votando nesse mandado de segurança, tive a honra de me pôr de acôrdo com o Sr. ministro SAMPAIO COSTA, que concedeu a medida com apoio no art. 182, § 5º. Naquele caso, um militar, eleito para cargo estadual, reclamava contra ato do ministro da Guerra que lhe recusara o pagamento de vencimentos. Entendia êle que êsse procedimento carecia de apoio legal e pediu mandado de segurança, com invocação do art. 182, à 5°. Realmente a *contrario sensu* se chegou à conclusão de que o militar afastado da ativa pelo exercício de cargo permanente, ou temporário, só perde direito aos vencimentos. quando êste cargo fôr remunerado. Lago, se o cargo não é remunerado, como no caso concreto, fez jus aos vencimentos próprios. Infelizmente, a Constituição não tratou do mesmo modo o funcionário civil, porquanto no art. 50, capítulo denominado "Do Poder Legislativo", tratando das disposições preliminares, diz que:

"Enquanto durar o mandato, o funcionário público ficará afastado do exercício do cargo, contando-se-lhe tempo de serviço apenas para promoção por antiguidade e aposentadoria".

Não lhe reconhece outras vantagens.

Não encontro apoio para conceder a ordem.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente. Não tenho dúvida alguma em acompanhar o voto do eminente Sr. ministro relator. Tanto mais, Sr. presidente, que, tendo relatado o recurso de mandado de segurança nº 251, a que aludiu o Sr. ministro relator, noto que o voto de S. Exª neste caso se harmoniza perfeitamente com o que proferi naquela oportunidade.

Nego, por isso, também provimento a presente recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: De acôrdo com o relator.

VOTO

O SR.. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente. Quando se julgou o mandado de segurança nº 251, a indagação fundamental que fazia a mim mesmo era: "Deve a União Federal pagar vereadores locais?" E me respondi que não, explicando por que assim entendia.

É a mesma a situação da atualidade. É semelhante, afirmativa idêntica a feita pelo ilustre Dr. juiz *a quo*. E agora, por maioria

Finalpag. 238

de razão, porque ali tínhamos uma ausência completa de remuneração aos vereadores e aqui nós temos alguma.

Sr. presidente, como também chego às mesmas conclusões do Sr. ministro relator, meu voto é acompanhando o de S. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Estou de inteiro acôrdo com o Sr. ministro relator, principalmente tendo em vista o disposto no art. 50 da Constituição federal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: dispensada a publicação do relatório, nos têrmos do art. 97 do Regimento Interno, contra os votos dos Srs.

ministros relator e MOURÃO RÚSSEL, conheceu-se do recurso e negou-se-lhe provimento.

Não compareceu, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO – VENCIMENTOS - REDUÇÃO

- A lei pode reduzir vencimentos dos funcionários; sòmente os dos magistrados gozam do privilégio da irredutibilidade.

Artur Iberê de Lemos *versus* União Federal

Ap. nº 1.523 - Relator: MINISTRO CUNHA MELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.523, do Distrito Federal, apelante Artur Iberê de Lemos, apelada a União Federal, etc.:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, 1ª Turma, por unanimidade de votos, negar provimento à apelação na forma e pelos fundamentos das notas taquigráficas de fls. 61 até 65, integrado neste o relatório de fls. 52 até 56.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 29 de março de 1949. - *Armando Sampaio Costa*, presidente; *Djalma da Cunha Melo*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Artur Iberê de Lemos, funcionário público, propôs ação ordinária contra a União Federal, no Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública (*vide* fls. 2 e 3), para os efeitos seguintes: (*lê*).

O processo veio instruído pelos documentos de fls. 5, 6 e 7.

A Procuradoria Geral da República ofereceu contestação (*vide* fls. 13 a 14), nos seguintes têrmos: (*lê*).

Após percorrer a causa os trâmites regulares, decidiu-a o juiz pelo modo seguinte:

"Na inicial há uma flagrante contradição. Assim é que o autor declara que pretende anular o ato do presidente da República consubstanciado no dec.-lei número 9.617, de 21 de agôsto de 1946", mas, em vez de demonstrar a nulidade pretendida, passa, ao exame do ato da sua demissão em 1931 e formula o pedido, não daquilo que disse inicialmente pretender, mas da sua reintegração nos direitos perdidos com a sua demissão.

"Só depois é que veio esclarecer que a objetivo desta ação era a invalidação dos efeitos do dec.-lei nº 9.617.

"Êsse aditamento à inicial foi aceito pelo despacho saneador, depois de ouvida a ré.

"Cumpre-me, pois, decidir apenas a "questão da nulidade do dec.-lei nº 9.617, por isso que a da demissão do autor é objeto de outra ação que, aliás, pode ter influência decisiva sôbre esta, pois que, se o autor conseguir ser reintegrado (e não me cumpre, aqui examinar a possibilidade ou não de o ser), não tem objetivo o que pleiteia nesta ação, uma vez que outro seria o curso da sua vida funcional.

"Pela petição de fls. 24, com que o autor aditou a inicial, vê-se que êle. aproveitado na classe "L", foi depois elevado à classe "N".

"Pretende ocorra, aí, uma ilegalidade.

"O autor foi beneficiado pelo dec.-lei número 8.565, de 7 de janeiro de 1946, que criou uma situação privilegiada para os funcionários lotados no Ministério da Educação.

"Por êste decreto pulou êle da classe "L" para a "N", pela, simples eventualidade de

estar lotado no Ministério da Educação.

"Enquanto isso, os funcionários dos outros Ministérios permaneceram na situação em que se achavam.

"O dec.-lei nº 9.617, contra que se insurge o autor, revogou o de 7 de janeiro, que criara aquela situação privilegiada e que, aliás, estava com sua execução suspensa pelo dec.-lei nº 8.994, de 13 de fevereiro.

"Fê-lo no art. 6º, que assim dispôs:'

"Fica revogado, a partir de 1º de fevereiro de 1946, o dec.-lei nº 8.565, de 7 de janeiro de 1946".

"Podia fazê-lo?

"Para a resposta haveremos de examinar os dois aspectos em que a questão se, apresenta: o da revogabilidade da lei e a dos efeitos da revogação sôbre as situações criadas pela lei revogada.

Finalpag. 239

"O princípio da revogabilidade é absoluto. Está expresso no art. 2°, § 1°, da Lei de Introdução ao Cód. Civil:

"A lei posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare", etc.

"Na espécie, a revogação se deu por declaração expressa do citado art. 6° da lei nova. O segundo aspecto da questão, o dos efeitos da revogação, desdobra-se, por seu turno, em dois outros: o da aplicação imediata aos funcionários beneficiados pela lei anterior e o da sua retroação ao momento em que aquela entrou em vigor, abolindo, assim, totalmente os seus efeitos, como se lei alguma houvera existido.

"A primeira questão, a da aplicabilidade `imediata da lei nova, é pacífica.

"O poder de reduzir vencimentos decorre de fixá-los e êste pertence ao Legislativo, função que o presidente da República exerceu durante a vigência da Carta de 1937, nos têrmos do seu art. 180, e no exercício da qual expediu o dec.-lei nº 9.617.

"São irredutíveis, apenas, os vencimentos dos magistrados, por vedação constitucional expressa.

"É que, como ensina PONTES DE MIRANDA. "A relação entre funcionário público e o Estado pode ser modificada pelas leis novas, com efeito imediato,

salvo quando exista regra constitucional que o vede" (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1946", vol. III, pág. 220).

"A segunda, a da retroatividade da lei, para alcançar situação jurídica já consolidada, mereceria maior consideração se a lei nova houvesse sido promulgada na vigência da Constituição atual, que fixou o princípio da irretroatividade da lei.

"Nem o dec.-lei nº 9.617 foi promulgado quando vigente a Carta de 1937, que deixou a regra ao critério da lei ordinária.

"Nada impedia, antes de 18 de setembro de 1946, que uma lei abrangesse as situações jurídicas anteriores para modificá-las, em prejuízo de alguém.

"Por conseguinte, o dec.-lei nº 9.617, que alterou a situação funcional do autor, não colidia com a lei constitucional, então vigente.

"Cumpre assinalar que, promulgada a Constituição atual o Congresso votou a proposição nº 5, revogando aquêle decreto-lei, sendo a referida proposição vetada pelo presidente da República e o veto confirmado pelo Congresso.

"Não há, assim, em que se apóie o pedido do autor.

"Ante o exposto e ao mais que dos autos consta:

"Julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas" (fls. 34 a 37).

No tempo próprio, apelou o proponente da demanda, dizendo, nas razões de fls. 40-42, em suma o seguinte: (*lê*).

A Procuradoria da República se limitou no seu contra-razoado a pedir a confirmação da sentença. Neste Tribunal, o Dr. sub-procurador geral da República emitiu a propósito o seguinte parecer: (*lê*).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO (relator): Nego provimento à apelação. O que se decidiu nestes autos, sôbre redutibilidade de vencimentos de funcionário público e sôbre retroatividade de lei na vigência da Carta de 1937, está escrito. O Sr. CARLOS MAXIMILIANO, no seu "Direito

Intertemporal", ed. 1946, nº 288, apoiando-se noutros juízes, os autorizados STOLFI, ROUBIER e JÈZE, diz que vantagens de funcionários públicos alteram-se *ad nutum*, quanto a pagamentos futuros, e que a irredutibilidade respeitável é a que ressaltada Constituição, citando para exemplo a dos juízes.

Nos "Comentários à Constituição Brasileira", 4ª ed., vol. III, 1948, nº 512, escreveu, o mesmo e conspícuo publicista: cabe ao poder público a faculdade de aumentar ou restringir as obrigações dos funcionários bem como as condições da aposentadoria, reforma ou jubilação, *diminuir os vencimentos, emolumentos e custas*...

Quanto à retroatividade da lei. Hoje, que a regra jurídica emana de Parlamento legitimamente constituído, a retroatividade esbarra, como ao tempo da Constituição de 1934, com uma proibição, a constante do § 3° do art. 141 da superlei. Mas a demanda versa sôbre fatos verificados ao tempo da Carta de 1937, que não manteve como princípio constitucional o da irretroatividade das leis, de sorte que a regra se mantinha como lei ordinária, nos têrmos do Cód. Civil, podendo ser afastada em relação a qualquer outra lei que se declarasse em caráter retroativo (ESPÍNOLA, "Tratado de Direito Civil Brasileiro", vol. I, ed. 1939, nº 15). Havia pior. Como consectário da irretroatividade, no proceder do imperativo da Constituição, bastava que uma lei se declarasse interpretativa para que à mesma se atribuíssem eficácia capaz de pôr em ignição direitos adquiridos, situações jurídicas consolidadas (ESPÍNOLA, "Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", vol. I, edição 1943, nº 113). A pretensão do apelante ressente-se de base jurídica.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: De acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (presidente): De acôrdo com o Sr. ministro

relator.

Finalpag. 240

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade de votos, negaram provimento à apelação, para confirmar a decisão recorrida.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - AJUDA DE CUSTO - REINTEGRAÇÃO

- Ao funcionário transferido cabe o direito de receber ajuda de custo; enquanto não fôr pago não é obrigado a reassumir o exercício do cargo em outro local.

- Não pode ser demitido por abandono de cargo o funcionário que, transferido, deixa de reassumir o exercício por falta de pagamento de ajuda de custo.

Armando Hor-Meyll Fraga *versus* Estrada de Ferro Central do Brasil

Ap. nº 1.468 - Relator: MINISTRO ALFREDO BERNARDES

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação cível nº 1.468, do Distrito Federal, em que, é embargante Armando Hor-Meyll Fraga e embargada a Estrada de Ferro Central do Brasil:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em Tribunal Pleno, por maioria, contra os votos dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e DJALMA DA CUNHA MELO, respectivamente relator e revisor, em receber os embargos do autor-embargante para reintegrá-lo no cargo que exercia na Estrada de Ferro Central do Brasil, de conformidade com o relatório e as notas taquigráficas, que a êste integram.

Tribunal Federal de Recursos, 14 de julho de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Alfredo Bernardes*, relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Armando Hor Meyll Fraga propôs na 3ª Vara da Fazenda Pública ação ordinária contra a Central do Brasil, que o afastou de seu serviço por abandono de emprêgo, visando a êle retornar como se nunca houvera sido dêle afastado. Alegou, em seu prol, o seguinte: que, havendo esgotado o período de férias regulamentares em cujo gozo se

encontrava, apresentou-se para reassumir o exercício de seu cargo em dezembro de 1943; que, a seguir, foi removido para Belo Horizonte, por conveniência do serviço, que, dado o direito inequívoco que lhe assistia à ajuda de custo, nos têrmos do art. 137 do Estatuto dos Funcionários Públicos, insistiu junto à ré no sentido de lhe ser paga a verba em questão, de que carecia para locomover-se para o seu novo pôsto; que, além de não atendido nesta sua pretensão, veio a ser exonerado por abandono de emprêgo, apesar de suas reiteradas afirmações de que não pretendia abandoná-lo, mas tão-sòmente prover-se de recursos indispensáveis à sua locomoção.

A decisão de primeira instância mandou reintegrá-lo no cargo após invalidar, por injurídico, o ato de demissão. O venerando acórdão embargado de fls. 180, todavia, por maioria de votos, deu provimento, em parte, à apelação da ré e aos recursos de oficio e da União Federal, para apenas readmitir o autor no cargo de que fôra afastado.

O autor, ora embargante, pretende que se restaure a decisão de primeira instância, prestigiada na Turma pelo voto vencido do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS: (*lê*). E, com êsse *desideratum*, articula o seguinte (fls. 182 a 197): (*lê*).

O recurso foi impugnado de fls. 201 a 206, pela embargada, Estrada de Ferro Central do Brasil. E a fls. 208, o eminente Sr. subprocurador geral da República opina pela não acolhida dos embargos, reportando-se às razões oferecidas pela Central do Brasil.

É o relatório.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente. Não resta dúvida que, ao funcionário transferido por conveniência de serviço, cabe o direito a ajuda de custo, nos têrmos do art. 137 do Estatuto dos Funcionários Públicos, ficando a juízo da Administração, apenas a fixação do montante daquela ajuda, tendo-se em vista as despesas de transporte e outras indispensáveis à locomoção do servidor removido. Mas, por outro lado, se não justifica a recalcitrância do funcionário, obstinando-se em não assumir suas novas funções, sob o único pretexto de que não lhe fôra abonada de pronto a devida ajuda de custo. Tal maneira de proceder importa rebeldia e desrespeito inequívoco ao estatuído em lei. É certo que a Administração poderia ter sido mais expedita. Mas, em nenhum caso, se legitimaria a atitude de franca rebeldia assumida pelo embargante, na espécie. Nada obstante, entendo que o venerando

acórdão embargado obrou com acêrto, assegurando ao embargante, por eqüidade, o direito à readmissão no cargo de que se viu privado. Em nenhuma hipótese, porém, acederia com a reintegração postulada, de todo sem cabida no caso. Mantenho, por isso, o venerando acórdão embargado, rejeitando o embargos.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Com o relator.

Finalpag. 241

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Sr. presidente, lastimo dissentir dos eminentes ministros relator e revisor. A impressão que me ficou na leitura dos autos é tôda favorável ao embargante. Reconhecido, como ficou, pelo Tribunal o seu direito de ser removido só depois do recebimento de ajuda de custo, tôda e qualquer relutância sua em ocupar o novo cargo é relutância legal.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: O Tribunal não reconheceu...

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES:...reconheceu que o funcionário removido tinha o direito de receber uma ajuda de custo. Ora, esta ajuda de custo é precisamente para ajudar o custo da instalação no novo local. A meu ver, era direito do embargante o de não sair do lugar em que se achava para o que foi removido, enquanto o governo não cumprisse com a sua obrigação, isto é, não efetuasse o pagamento da ajuda de custo.

A demissão ilegal do embargante trouxe-lhe prejuízos, que devem ser reparados por completo, mas que não o serão se tal ressarcimento se cingir à readmissão dêle ao cargo de que foi demitido.

Recebo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, precisava saber, do Sr. ministro relator, apenas isto: o que estamos discutindo nos embargos. Se há uma parte em que o voto vencido está de acôrdo com o acórdão, nela não podemos entrar.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Não entrei nessa parte. Os honorários foram excluídos. Trata-se sòmente de reintegração ou readmissão.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, dar ao govêrno, ou a qualquer poder de administração, o direito de movimentar funcionária sem a respectiva ajuda de custo, a meu ver, é faca de dois gumes. Fato, aliás, que se observa no presente caso, em que, justamente por um ato culposo da Estrada de Ferro Central do Brasil, que deixou de cumprir dispositivo do Estatuto dos Funcionários, foi demitido um funcionário por abandono de cargo, visto ter deixado de tomar posse, mas, diz o funcionário, que não possuía meios pecuniários para transferir-se ao novo local para onde fôra transferido. Essa situação foi reparada na sentença e no acórdão, que mandaram readmitir o embargante.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Mandaram readmiti-lo por eqüidade, porque tanto a sentença como o acórdão reconheceram ter havido processo administrativo, que correu regularmente, para verificar o abandono.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Abandono êsse proveniente do não cumprimento, por parte da Central do Brasil, do dispositivo do Estatuto dos Funcionários que manda dar a metade da ajuda de custo antes da partida do funcionário transferido. Assim determina o Estatuto dos Funcionários porque, via de regra, os funcionários não são obrigados a se locomover à sua própria conta.

O resultado, porém, é que, dando-se essa arma à autoridade que tem poderes para, movimentar funcionários, teremos demissões em massa, pois, pelo menos, a maioria dos funcionários não estaria em condições de se locomover para diferentes lugares à sua custa. Era só não darmos a metade da ajuda de custo e teríamos demissões em massa, por abandono de cargo, por falta de meios pecuniários a fim de tomar posse no novo cargo.

Estou de acôrdo com o voto do Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, *data vênia* dos Srs. ministros relator e revisor. Também dou pela procedência dos embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente. Por gentileza do Sr. ministro relator, passei a vista no processo, quando aqui cheguei, e convenci-

me de que a sentença do douto Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, para mim, representava ponto de vista elegível.

Já se vê que recebo os embargos, mesmo porque a discussão subseqüente me trouxe a convicção de que converter a reintegração em readmissão, por eqüidade, não me parece se justifique bem, pois a competência para readmitir é, sobretudo, da Administração e não do Judiciário, tanto que os requisitos para que o servidor público seja readmitido conduzem, inequivocamente, à conclusão a que venho chegando: ato típico da Administração, como iniciativa dela, e não do Poder Judiciário.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: V. Exª dá licença para um aparte?

O Constituinte de 1934 e o de 1946, aquêle no art. 18, êste no art. 30, teriam ensejado ao Judiciário, precisamente, uma orientação diversa em centenas de demissões e aposentadorias ilegais - vamos dizer assim – não dando vencimentos atrasados. Exatamente, portanto, uma hipótese de readmissão. A readmissão difere da reintegração sòmente em que, naquela, o prejudicado não recebe indenização e nesta recebe tôdas as vantagens que deixou de ganhar. Parece-me que o próprio constituinte conferiu ao juiz o poder de não só reintegrar, mas também de readmitir. Estaríamos seguindo orientação que o próprio constituinte, nas duas Constituições, teria conferido ao Judiciário. Desculpe V. Exª trazer êste refôrço em abono do seu voto.

Finalpag. 242

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Agradeço o aparte brilhante e esclarecedor. Mas, exatamente nesse aparte, encontro elementos para sustentar minha tese, porque, tôda vez que o legislador pretendeu afastar-se dos pontos de vista em que estava colocando a situação como regra, teve de ser explícito.

Há, no art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946, em combinação com o art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, alguma coisa que fortifica, sem dúvida, o ponto de vista em que V. Exª se coloca, mas temos que êsse legislador precisou explicitar que o conceito de readmissão, numa hipótese, e o de reintegração, noutra, se mantêm íntegros, e tôda vez que os efeitos do passado, no tocante a patrimônio, são negados, na reintegração é preciso dizer como é que êles se excetuam.

Se o Constituinte tivesse dito, pura e simplesmente, reintegra, não poderíamos, de modo algum, limitar os efeitos patrimoniais pelo passado. O constituinte,

portanto, quando quis limitar o não pagamento de vencimentos atrasados, teve de ser explícito, porque surge a boa norma, segundo a qual se legisla para a regra numa compreensão ampla e legisla-se para a exceção numa compreensão restrita ou imposta na própria disposição de lei.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Entendi que limitou aquêles casos de readmissão porque, exatamente, estava na faculdade ampla do Judiciário fazer as duas coisas.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Naqueles casos, perfeito.

Nem é tão amplo assim, porque V. Exª, como juiz, ou nós outros, Poder Judiciário, não poderíamos dar vencimentos atrasados nos casos do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946. Não poderíamos. Seria defeso para nós.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Proíbe, exatamente porque poderíamos fazê-lo.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: A nossa jurisprudência, aqui, já chamou a isso uma reintegração mitigada; ou classificada. Deu todos os efeitos de reintegração, tais como contar tempo para efeito de aposentadoria e outros, menos para o de pagar efeitos do passado quanto a patrimônio.

Foi uma reintegração minguada, restrita, pelo próprio legislador. Conquanto sejam bem interessantes as observações de V. Exª. minhas considerações cedem ao ponto de vista da competência. Digo que, como regra, a competência para readmitir é do Poder Executivo. Competência para reintegrar é do poder administrativo, quando êle próprio confessa seus erros, ou desvios da normalidade, nos casos em que os atos administrativos são revogáveis, ou então em grau de revisão pelo Judiciário, quando se reconhece a existência de ilegalidade.

Ora, no caso particular de que se cogita, houve por parte do Executivo, um ato reconhecidamente demissório. Essa ilegalidade pode ser maior ou menor, mas a. verdade é que o funcionário foi acusado de desobedecer a ordem que se considerava legal, ou seja, a de transportar-se para outro local, sem ajuda de custo. Foi tido como insubordinado, renitente. Entretanto, essa insubordinação, essa renitência, eram autorizadas por lei, talvez porque lhe faltassem até elementos materiais indispensáveis para se locomover. Daí a ilegalidade do ato, e tôda a ilegalidade cede a pontos que são reintegráveis, e não de readmissão,

conforme o próprio Estatuto dos Funcionários, que já vem, e vinha, a êsse tempo, da lei nº 284, de 1936.

Eis aí o fundamento do meu voto, mesmo porque sei que, em realidade, nem sempre se paga ajuda de custo à funcionários. Pelo menos um servidor público, que desde dezembro de 1937 adquirira o direito de haver certo pagamento para transportar-se do lugar em que se achava, após a disponibilidade, não logrou receber o que lhe era devido. Êsse servidor público era o ex-juiz federal ARTUR DE SOUSA MARINHO, que não logrou, a despeito de tudo, receber o transporte pessoal do lugar em que se achava, como juiz em disponibilidade para esta Capital. Sòmente depois de muito trabalho conseguiu receber, em parte, um pouco de transporte para seus livros.

Eis aí, Sr. presidente, como doeu em minhas próprias carnes deixar fazer, a talante, a própria Administração!

Daí não sei se, no caso concretizado, era mesmo propósito do apelante sabotar a alta Administração ou se era a Administração, que procurava; por linhas oblíquas, levar o apelante a se tornar faltoso.

Recebo os embargos, com a restrição feita pelo Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS no seu voto, que não concedeu honorários de advogado, porque não se coadunam com. o art. 64 do Cód. de Proc. Civil.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, a impressão que colhi foi a de que o voto do eminente ministro CUNHA VASCONCELOS, vencido na Turma, enfrentou realmente o, caso, dentro da sua mais exata realidade, *data vênia* dos que pensam em sentido contrário.

Trata-se de antigo funcionário da Estrada de Ferro Central do Brasil, que foi removido *ex officio*, funcionário êsse que, por tal circunstância, tinha direito a receber ajuda de custo.

Essa ajuda de custo, no seu verdadeiro conceito jurídico, visa ocorrer a despesas não só de transporte como, também, do primeiro estabelecimento do funcionário no local para onde foi removido. Dentro dêsse conceito,

não era possível admitir-se a fluência de prazo, em virtude da qual se pretendeu alegar o abandono do cargo por parte do apelante. E o motivo - fôrça maior, - que está patente, é aquêle que levou o referido funcionário a não se dirigir para a cidade onde deveria passar a ter, exercício.

Não vi, também, através dos debates travados, que êsse abandono fôsse apurado numa situação processual que, a rigor, traduzisse a sua perfeita feição jurídica, conforme dispõe o Estatuto dos Funcionários.

Não há dúvida de que o cogitado abandono só poderia ser motivo de exoneração do funcionário depois dêle apurado em inquérito administrativo, onde ficasse assegurado pleno direito de defesa.

Se a Administração procurou de certa maneira cumprir a lei no sentido dessa defesa, ainda assim não posso capacitar-me devidamente da legitimidade do ato baixado, sobretudo quando me impressiona o fato preponderante do não recebimento da questionada ajuda de custo, em virtude da qual ó funcionário teria tido possibilidade de fazer o seu transporte para o novo local.

O assunto ficou amplamente debatido, como tive ocasião de acentuar, não só através do voto vencido na Turma, como neste momento em que estamos examinando os embargos opostos pelo apelante.

Assim, acompanho os colegas que se manifestaram de modo favorável aos citados embargos, o voto no sentido de serem os mesmos recebidos, *data vênia* dos que votaram em sentido contrário.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, reconsidero meu voto proferido na Turma. Verifico, mais atentamente, que as disposições do direito positivo asseguram ao funcionário ajuda de custo paga em duas prestações: a primeira por ocasião de seu desligamento, e a segunda na repartição onde vai servir. Quando pronunciei meu voto, estava na convicção de que a ajuda de custo era devida; porém, que a lei não marcava prazo determinado para sua prestação, e, assim, o funcionário que tinha o direito de recebê-la não tinha o direito de se furtar ao exercício do cargo, na repartição para a qual fôra transferido, sob alegação de ainda não ter recebido ajuda de custo. Verifico, entretanto, meu equívoco. Realmente, a leitura do processo revela que o funcionário foi recalcitrante. Na realidade, a Administração não lhe deu a ajuda de custo. Mas êle não assumiu o cargo por uma questão de capricho. Isso é que se evidencia nos autos. E por não ter atentado bem na disposição legal,

manifestei-me naquele sentido, dando apenas a readmissão de acôrdo com as conclusões do voto do Sr. ministro relator de então, dado que não podia concordar com S. Exª quanto à conversão em suspensão do período que vai do afastamento do funcionário à sua readmissão, porquanto o Poder Judiciário não pode graduar penas administrativas, nem impô-las aos jurisdicionados; não pode se transformar em órgão administrativo.

Por estas considerações, Sr. presidente, e apenas por elas, modifico meu voto. Recebo os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam-se os embargos, por maioria, contra os votos dos ministros relator e revisor, que os rejeitaram. Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ESTÁGIO PROBATÓRIO - DEMISSÃO

- Ainda que não tenha completado o estágio probatório, não pode o funcionário ser demitido sem processo administrativo com oportunidade de defesa.

R. de G. N. *versus* União Federal

Ap. nº 1.069 (embs.) - Relator: MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado, na apelação cível nº 1.069, do Distrito Federal, em que são embargantes R. de G. N. e a União Federal, e embargados os mesmos:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, em desprezar os embargos de ambas as partes para que subsista o venerando acórdão embargado, tudo consoante as notas taquigráficas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 28 de maio de 1950. - Ábner de Vasconcelos, presidente; *Henrique D'Ávila*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: R. de G. N. fôra admitido por concurso nas funções de advogado de ofício da Justiça Militar, por decreto de 5 de dezembro de 1941, para ter exercício na Primeira Auditoria, junto à 3 a Região Militar. Essa nomeação se fêz, como é óbvio, para o estágio probatório, consoante o determinado no artigo 16 do dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Estatuto dos Funcionários Públicos

Finalpag. 244

Civis). Antes, porém, de concluído aquêle período de experimentação funcional, veio o ora embargante a ser exonerado a 3 de janeiro de 1943, sob o fundamento, aliás seguro e irrespondível, de que não revelara aptidões para o exercício do cargo. Inconformado, acionou a União visando anular por ilegal o ato que o afastara do serviço. A sentença de primeira instância acolheu, em parte, o pedido, assegurando-lhe o direito à percepção de vencimentos até a data do encerramento do prazo do estágio a que estava sujeito. E isto tão-sòmente porque sua exoneração se dera com inobservância do preceito estatutário que faculta ao estagiário o oferecimento de defesa no prazo de cinco anos. Em grau de recurso, essa decisão foi mantida pela egrégia 1ª Turma contra o voto do Sr. ministro CUNHA MELO, que provia o apêlo da União para julgar a ação improcedente, e com restrições de parte do Sr. ministro relator, CUNHA VASCONCELOS, que anulava a exoneração do autor, por defeito de forma, assegurando todavia à Administração o direito de afastá-lo regularmente do serviço mediante inquérito regularmente processado, tudo conforme se depreende dos têrmos do venerando acórdão de fls. 30. A êste aresto opuseram ambas as partes litigantes, em tempo hábil, seus embargos de nulidade e infringentes do julgado. O autor insiste em seus embargos pela reintegração no cargo de que fôra ilegalmente afastado, sem quaisquer limitações (fls. 91 *ut* 94): (*lê*). E a União, por seu turno, bate-se em seu articulado (fls. 95 a 97) pela prevalência do voto vencido do eminente Sr. ministro CUNHA MELO: (*lê*). Cada uma das partes, como lhe assistia, refutou as razões de sua antagonista, consoante deflui de fls. e fls.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Sr. presidente, rejeito os embargos de ambas as partes a fim de que subsista o venerando acórdão

embargado e com êle a jurídica e bem lançada decisão de primeira instância. Embora militem em prol da Administração pública motivos de alta valia, no caso, a autorizar o afastamento do primeiro embargante, no interêsse do serviço, dada a manifesta ausência de aptidão por êle revelada para o exercício da função que lhe foi confiada e que, ainda, desempenhava condicionalmente, sob o regime de estágio probatório, não se justificava, todavia, aquêle afastamento, sob a forma sumária de que se revestiu. A audiência prévia do estagiário impunha-se com condição *sine qua non* para a validade do ato demissório, *ex vi* da exigência contida no art. 16, § 3°, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis. Descumprido êsse pressuposto legal, a conseqüência lógica seria a decretação da insubsistência do ato, com o retôrno do estagiário ao cargo do qual poderia vir a ser afastado novamente, mediante procedimento hábil e regular. Mas, dada a circunstância averiguada nos autos de que o período do estágio já se ultimara, a única solução a considerar é a que foi adotada pelo aresto embargado, ou seja o ressarcimento patrimonial da data do afastamento à do término do período experimental. Mantenho, por isso, o acórdão embargado.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO (revisor): Nomeado, após concurso, para um cargo de advogado de ofício da Justiça Militar, o autor, apelante, nêle se empossou em dezembro de 1941 (fls. 20), sendo exonerado ano e mês depois, em janeiro de 1943 (fls. 24), por inadimplemento das condições do estágio probatório (dec.-lei número 1.713, de 28 de outubro de 1939, artigo 93, § 1°, parte geral, e letra *c*).

Vigorava a Carta de 1937, em cujo artigo 158, letra *c*, estava escrito:

"Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

.....

c) Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e em todos os cargos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que sejam ouvidos e possam defender-se".

Note-se que, no concernente ao autor, apelante, a Constituição de 1946 não seria melhor.

Veja-se o art. 188:

"I, depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II, depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parág. único. O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão".

E o 189:

"Art. 189. Os funcionários públicos perderão o cargo:

I, quando vitalício, sòmente em virtude de sentença judiciária;

II, quando estáveis no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante

Finalpag. 245

processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

Parág. único. Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis".

O Estatuto, à base do qual se verificou a exoneração, autorizava o ato.

O autor, apelante, foi nomeado para estágio.

Atravessados os 730 dias previstos no artigo 16 do Estatuto, havia que êle ser tido e havido como funcionário reconhecidamente estável.

Durante os 730 dias, porém, estava o govêrno no direito de interromper o estágio e exonerar o estagiário, se colhidas, por fonte fidedigna, provas relevantes, de inteira, inadequação com o emprêgo.

Foi o que se deu.

Está escrito no documento de fls. 19:

"Apelação nº 8.761 - Rio G. do Sul - "Crime culposo. Homicídio.

"Relator: ministro CARDOSO DE CASTRO.

"Apelante: Adão Érico de Oliveira, soldado do contingente do C. P. O. R. da 3ª R. M.

"Apelado: O Conselho de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª R. M.

"Vistos e relatados êstes autos de apelação-crime, recurso interposto pelo soldado do contingente do C. P. O. R., da 3ª R. M., Adão Érico de Oliveira, da sentença do Conselho de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª R. M., que o condenou à pena de um ano, seis meses e quinze dias de prisão com trabalho, grau submáximo do art. 151 do Cód. Penal Militar, dada a predominância da agravante do § 16 sôbre a atenuante do art. 37, § 7°, do mesmo Código, por ter, culposamente, produzido a morte do seu camarada, soldado Edmar Ricordi, pertencente à 3ª Formação Sanitária Regional:

"Acordam, em Tribunal, negar provimento à apelação para confirmar a sentença apelada, atendendo a que a denúncia atribui crime culposo e a apelação é do réu.

"E, assim decidindo, o Tribunal recomenda ao Dr. advogado oficial mais dedicação no desempenho das suas funções em beneficio da defesa das praças confiadas ao seu patrocínio.

"Supremo Tribunal Militar, 23 de setembro de 1942. - *Raul Tavares*, presidente; *Cardoso de Castro*, relator; *Bulcão Viana Barbosa*; *Almério de Moura*; *Manuel Rabelo*; *Castro Silva*; *Pacheco de Oliveira*; *Azevedo Milanez*; *Amílcar V. Pederneiras*; *Vaz de Melo*.

"Fui presente. - *Valdomiro Gomes*".

E no documento de fls. 21 (ofício do ministro presidente do Supremo Tribunal Militar ao ministro da Guerra):

"Submeto à elevada consideração de V. Exª os presentes papéis, referentes ao advogado de 1ª entrância, padrão "F", R. de G. N.

"Segundo informação prestada pelo auditor da 1ª Auditoria da 3ª R. M., em ofício "Reservado", de nº 615, de 29 de outubro de 1942, o referido advogado

de ofício "...é incapaz, por falta de conhecimentos profissionais, de desempenhar tão delicada quão nobre função".

"R. de G. N. *foi nomeado,* em virtude de concurso prestado, por decreto de 3 de dezembro de 1941, sendo designado para a 1ª Auditoria da 3ª Região Militar. Tomou posse e prestou o compromisso legal em 20 do mesmo mês e ano, tendo entrado em exercício a 6 de fevereiro do corrente ano.

"Tendo em vista o que consta das informações prestadas, e considerando o determinado no nº I do art. 44 e art. 16 do Estatuto dos Funcionários Públicos, baixado com o dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, sou de parecer de que não há conveniência para os serviços da Justiça na permanência do citado funcionário".

No de fls. 22:

"*c)* esclarece ainda o auditor que o advogado R. de G. N. nada entende da profissão, chegando as suas defesas orais a causar hilaridade, tendo em certa ocasião o presidente do Conselho Permanente de Justiça sugerido que fôsse enviado um telegrama ao Supremo Tribunal Militar pedindo a substituição do aludido funcionário, tais os disparates que pronunciou;

"*d)* no item VI de sua informação, o auditor ressalta a mentalidade do advoga do R. sôbre o fato de se ter inscrito no Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado, como bombeiro voluntário, e termina dizendo (item VII) ser necessária uma providência a fim de que as praças submetidas a processo não fiquem sem defesa, pois o advogado é incapaz, por falta de conhecimentos profissionais, de desempenhar tão delicada quão nobre função;

"*e)* no acórdão de 23 de setembro findo (cópia de fls. 6), o Supremo Tribunal Militar recomendou ao advogado em aprêço mais dedicação no desempenho das suas funções - em benefício da defesa das praças confiadas ao seu patrocínio;

f) no seu ofício de fls. 8, o Excelentíssimo Sr. presidente do Supremo Tribunal Militar declara que não há conveniência, para os serviços da Justiça, na permanência do dito funcionário.

"R. de G. N. foi nomeado para o lugar de advogado, padrão "F", da Justiça Militar, por decreto de 5 de dezembro de 1941, estando, pois, em exercício, em estágio probatório, nos têmos do art. 16 do dec.-lei nº 1713, de 28 de outubro

de 1939, segundo o qual tem de confirmar, dentro de dois anos, possuir as qualidades enumeradas nos incisos de ns. I a VI do dito artigo.

Finalpag. 246

"Ora, o funcionário de que se trata não satisfaz os itens II e VI do art. 16, isto é, não revelou aptidão nem eficiência no desempenho do cargo, pelo que pode ser demitido livremente, nos têrmos do § 6° do mesmo art. 16 do Estatuto já citado".

Que mais seria preciso para, olhos fitos nos preceitos do Estatuto em que se esteou a exoneração, art. 93, § 1º, *c*, reputá-la ato legítimo, adequado, legal?

Falam o art. 16 dêsse mesmo Estatuto, parte geral, e incisos II, V e VI, que a conveniência da confirmação no cargo dependerá de aptidão, devotamento ao serviço e eficiência, entre outros requisitos.

Na hipótese, não foi um chefete de repartição qualquer quem averiguou a inconveniência da confirmação. Foi como se acaba de ver, o então Supremo Tribunal Militar (Carta de 1937, art. 112), em acórdão unânime.

Além do Supremo Tribunal Militar, outros elementos, ponderáveis, relevantes, enumerei, abonadores do ato visado pela demanda.

O estágio probatório, o *testing program*, corporifica uma nomeação condicional. Se durante 730 dias nada mostrar a inconveniência da confirmação, esta se dará automàticamente, pelo decurso dêsse prazo, dentro nêle, notada, vista de modo seguro, a inconveniência da confirmação, a inaptidão do estagiário, sua ineficácia no serviço, interrompe-se, no interêsse superior do Estado (presumivelmente pelo menos é o interêsse do Estado que deve vir à dianteira), o *testing program*, exonera-se o candidato inadequado.

Nada mais legítimo.

PONTES, comentando a Constituição de 1946, escreveu comentário que bem se ajusta à letra *c* do art. 156 da Carta de 37:

"O direito administrativo brasileiro conhece hoje quatro classes de funcionários públicos, no sentido mais amplo, segundo o grau das suas garantias. A primeira classe é estranha ao conteúdo do art. 188: os vitalícios. Da segunda cogita o art. 188, I. A terceira é constituída pelos que se acham nas condições do art. 188, II.

A quarta, pelos que são funcionários públicos, e não se acham na primeira classe, nem podem invocar qualquer proteção do art. 188, I e II.

".....

"A quarta classe é a daqueles que, tendo sido nomeados em virtude de concurso, ainda não têm mais de dois anos de exercício, a que se refere o art. 188, II; sido nomeados em virtude de concurso, ainda não passaram do qüinqüênio de exercício, a que se refere o art. 188, II".

Com estas considerações, por mim expendidas quando do julgamento da apelação, rejeito os embargos do autor e recebo os embargos da União Federal.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Recebo os embargos da União e desprezo os do autor.

Entendo que, durante o período de estágio, o funcionário não tem garantia alguma de permanência no cargo e assim provado; como ficou, que êle serviu mal, podia ser exonerado como o foi.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, o funcionário, se bem que não tivesse estabilidade, não era demissível *ad nutum*. Nós conhecemos uma classe intermediária, estabelecida pela lei, entre o conceito *ad nutum* e aquêle que cede à dispensa do serviço após inquérito ou processo administrativo próprio. O Estatuto dos Funcionários Públicos menciona, em coordenação com o que se estabelece na Lei Suprema, que o funcionário nomeado por concurso assim o é para um estágio probatório de dois anos, traduzidos em número certo de dias, nos têrmos do Estatuto: e se destina à verificação se o funcionário, no serviço, merece a confirmação subseqüente. O Estatuto mesmo, nos têrmos combinados dos arts. 14 e 16, estabelece requisitos para o observador verificar a boa adaptação do funcionário ao serviço sob os pontos de vista. Aos poucos e paulatinamente, a Administração vai, pelos órgãos competentes, anotando, em ficha ou no que fôr, a vida do funcionário durante êsse tempo. Posteriormente e ainda aí, subordinando à questão de tempo certo, isto é, pelo menos quatro meses antes de esgotado o prazo de dois anos, é que a Administração começa a fazer uma verificação global de resultado, confirmando ou não o funcionário no cargo para o qual foi provisoriamente nomeado. Tão importante é isso que podemos dizer que

aquêles assentamentos, notas e dados constituem um processo administrativo paulatino, ao longo do estágio probatório. E o ministro de Estado julga, antes de submeter o resultado à autoridade maior. A única diferença que há para o processo administrativo regular, a fim de expungir o funcionário do cargo, é a de que - acredito eu; - no estágio probatório, não é preciso que se ouça o estagiário, porque nesse ponto entra o ato de discrição do administrador. Mas, como se vê, a discrição temperada ou qualificada, a que coloca o problema dentro da situação intermediária entre a demissibilidade *ad nutum* e aquela que resulta de inquérito, quando o funcionário tem estabilidade.

O caso me põe em mãos a razão de ser do estágio probatório, no próprio conceito da Administração que o instituiu. Todos sabemos que êsse estágio não existia no direito brasileiro e que foi instituído pela lei nº 284, de 1936, a ótima lei do reajustamento

Finalpag. 247

que traçava um programa dos mais sadios para a administração do pessoal neste país. Encaminhando o anteprojeto de Estatuto dos Funcionários Públicos, que mais tarde foi o dec.-lei nº 1.713, de 1939, um ano antes, em 8 de outubro de 1938, o DASP, em exposição de motivos encaminhada ao presidente da República (o DASP se apresentava como núcleo de sabedores legítimos dêsses problemas) tinha oportunidade de frisar o seguinte: "tardou o Brasil em adotar semelhante estágio que, em outros países, como na América do Norte, Itália e Bélgica, por exemplo, constitui, pràticamente, uma segunda fase das provas de seleção a que se devem submeter os candidatos à função pública. O simples concurso feito antes da nomeação provisória não deve nem pode bastar para a admissão definitiva. É preciso que o funcionário demonstre, em *serviço*, a sua real e efetiva capacidade para o desempenho do cargo".

Essas são palavras que aplaudo, porque não hei de obscurecer os serviços que o Estado Novo prestou ao direito nesse setor, só lastimando que a atitude dêsse mesmo Estado Novo não se possa dizer uniforme em todos os setores da Administração.

Eis aí, Sr. presidente, como se demonstra, à luz do direito positivo legislado letra *a* letra, que o estágio probatório é uma garantia, tanto para a Administração, de um lado, como para o servidor público, doutro lado. E desde que não pode haver um afastamento do funcionário dentro do período de dois anos, sem motivação que documente aquêles assentamentos a que se refere o artigo 16, temos que, no caso de que se cogita, o autor na ação tem em seu prol tôdas as razões de direito. Não se encampa demissão livre.

Em conseqüência, Sr. presidente, recebo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, rejeito todos os embargos, na conformidade do voto do Sr. ministro relator.

Votei no sentido de ressarcimento, ao autor, de vencimentos, porque o ato demissório não obedeceu às prescrições da lei. Os votos vencedores do acórdão embargado não alegaram estabilidade do autor da ação. Alegaram apenas que o Estatuto dos Funcionários Públicos estabelecia um conjunto de formalidades mediante as quais seria possível a demissão do autor. O govêrno, no entanto, entendeu de não obedecer a prescrição alguma. E, *ad libitum*, exonerou o funcionário.

Sempre me tenho aqui pronunciado no sentido de que o Judiciário aprecie, nesses casos, apenas a legalidade do ato. Não vai ao mérito da questão, o que é da competência do Poder Executivo. O ato da autoridade que demitiu o autor era vicioso, contrário à lei, sem obediência aos requisitos por ela estabelecidos.

Mas, nesta situação, por exceção, entrei - e declarei expressamente - no merecimento da demissão, por entender que havia pronunciamento do egrégio Supremo Tribunal Militar a que a apreciação do Judiciário, em caso que tal, não invadia atribuição do Executivo, porque não iria tolher nenhuma atribuição própria. E, por isso, achei que o ato podia ser mantido, tinha sido justo. Nem por isso, entretanto, fôra legal. E se o ato foi ilegal, a conseqüência natural é responder aquêle que infringiu a lei pelos, consectários de direito. Eis por que mantive a decisão recorrida.

E, ainda agora, os argumentos aduzidos pela União não me convenceram do contrário. Poderia estender-me em considerações doutrinárias em tôrno do voto que proferi. Reputo, no entanto, desnecessário e mantenho o acórdão recorrido em todos os seus têrmos.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: A sentença de primeira instância julgou procedente, em parte, o pedido, para reconhecer, ao autor, o direito aos proventos do cargo, até a terminação do período de estágio probatório, ou seja desde a data da demissão até 5 de dezembro de 1943.

Apelou o interessado e, em meu voto, dei provimento a êsse recurso para restabelecer a integralidade dos direitos do apelante. A situação é, realmente, especiosa. Não é demais que se definam rumos do Judiciário. Neste processo, tive a responsabilidade de relator, do estudo direto. Em razão disso, me manifestei:

"O autor, apelante e apelado, prestou concurso, perante o Supremo Tribunal Militar, e foi nomeado advogado de ofício. Na forma do art. 188 da Constituição atual e do art. 156 da Carta de 1937, o funcionário, nomeado por concurso, tem estabilidade depois de dois anos de exercício. E, na conformidade do art. 192 do Estatuto dos Funcionários Públicos, o funcionário estável só pode ser demitido em virtude de sentença judiciária, ou mediante processo administrativo.

"O autor, entretanto, ainda não tinha os dois anos que lhe garantiriam a estabilidade no cargo, podendo, pois, frente à Constituição, ser livremente exonerado.

"Não obstante, o Estatuto dos Funcionários Públicos, ampliando a segurança constitucional, determinou, expressamente, que o funcionário, em geral, seria nomeado para estágio probatório, quer se tratasse de cargo público de provimento efetivo, isolado ou de carreira e ainda que preenchido por concurso. Por outro lado, porém, pôs entrave à livre demissão porque, estabelecendo no art. 16 o que se entende por estágio

Finalpag. 248

probatório e quais os requisitos que devem ser verificados e que autorizariam o afastamento, em caso de conclusão desfavorável, expressa que, nesta última hipótese, feita a representação, pela comissão de eficiência, e é claro, onde não a houver como não havia, no Ministério da Guerra, ao tempo dos fatos, qual mencionou o digno juiz de primeira instância, - após apuração final por quem de direito, seja dada vista, pelo prazo de 5 dias, ao interessado evidentemente para que se defenda. Só após essa vista, e julgado o parecer ou a indicação da autoridade competente, assim como a defesa - conforme refere expressamente o parágrafo seguinte, - o ministro de Estado entender aplicável a demissão, fará remessa do processo ao presidente da República, com o decreto.

"Vê, portanto, o Tribunal, que o Estatuto dos Funcionários criou, inequìvocamente, uma formalidade a ser preenchida e atendida para os funcionários públicos em geral - os nomeados por concurso; os nomeados sem

concurso, para cargos de carreira ou para cargos isolados, - ampliando, assim, a garantia constitucional.

"Da inobservância dessa determinação da lei ordinária queixa-se o apelante, também apelado. Insiste em que foi exonerado sem ser ouvido, sem que se lhe houvesse assegurado o direito de defesa. Realmente, a prova está nos autos. Não foi ouvido; foi exonerado. Fica, assim, definido o aspecto legal da controvérsia.

"O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: V. Exª dá licença? Aí é que eu digo: êle próprio ser ouvido, eu não chegaria a isso, exigência tola, porque o processo é de julgamento e não há auto-julgamento. Foi aí que estabeleci uma distinção entre o processo administrativo, para expungir o funcionário estável do serviço, e o processo especial, para verificar capacidade de estagiário.

"O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Muito obrigado.

"O douto juiz, decidindo, assegurou ao autor o recebimento dos vencimentos, no período decorrido entre a data da exoneração e a em que se concluiriam os dois anos de estágio probatório, porque, acentuou:

"Dado, porém, que apresentou, dentro no prazo de estágio, evidentes condições de incapacidade para o exercício das funções, inútil e ilógica será a sua recondução, quando já expirado o prazo de estágio que se findou em 5 de dezembro de 1943, para, em seguida, determinar a sua exoneração, por não ter sido confirmado no cargo que exercia sob *condição*, vê-se que o íntegro magistrado entrou no mérito dos motivos que determinaram a demissão. Fico, entretanto, na preliminar da ilegalidade do ato de demissão. Se êle se verificou com inobservância da lei, com violação flagrante de texto expresso, omitindo o direito de defesa, foi, positivamente, ilegal e não pode prevalecer.

"É inequívoco - e o declaro para que o Tribunal se pronuncie em plena consciência e conforme o entendimento de todos que os autos estão recheados de provas da incapacidade, da inaptidão do apelante-apelado para o exercício das funções para as quais fôra nomeado, de modo estranho, após concurso perante o Superior Tribunal Militar.

"Todavia, considero êsse lado um sub aspecto.

"Fico na ilegalidade do ato, para que os poderes públicos procedam como de direito. Tenho o período de estágio como interrompido pela demissão. Entendo que, se anulado o ato, reintegrado o funcionário, êsse período de estágio

continuará a fluir e, então, dentro dêsse prazo restante a autoridade administrativa poderá proceder conforme lhe faculta a lei.

Entretanto, desde que se me traz ao conhecimento o aspecto vicioso, ilegal, do procedimento, tenho que o reconhecer. E; assim, reconhecendo, não posso deixar de dar a êsse reconhecimento o efeito necessário - anular o ato de demissão.

"Meu voto, portanto, é para negar provimento ao apêlo da Fazenda, reformar a sentença e anular o ato de demissão, a fim de que a autoridade administrativa proceda como de direito".

Os embargos do autor pleiteiam exatamente essa conclusão. Dou-lhes provimento, *in totum*, e rejeito os embargos da Fazenda.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria, desprezaram-se ambos, os embargos, sendo que recebiam os do autor, os Srs. ministros ARTUR MARINHO e CUNHA VASCONCELOS, e os da União os Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO e ALFREDO BERNARDES.

Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, por não ter assistido ao relatório.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Finalpag. 249

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

MINISTÉRIO PÚBLICO - ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

- Por organização judiciária se entende o estatuto dos tribunais e juízes e dos serviços auxiliares.

- Os agentes do Ministério Público não são órgãos judiciários, não exercem jurisdição; tampouco são auxiliares do Judiciário. A corporação é histórica e constitucionalmente formada de agentes do Poder Executivo.

- Não compete aos Tribunais de Justiça propor a criação de cargos do Ministério Público; tal iniciativa, no Distrito Federal, cabe exclusivamente ao presidente da República.

Proposta da Procuradoria Geral da Justiça do D.F. - Relator: DESEMBARGADOR CÔRTES DE LACERDA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Resolve o Tribunal Pleno, por unanimidade de votos, por proposta unânime da Comissão, julgar-se incompetente para encaminhar ao Congresso Nacional, como proposta de alteração da Lei de Organização Judiciária, nos têrmos do art. 124 da Constituição, o pedido no oficio *retro*, do ilustre Dr. procurador geral, cabendo a S. Exª dirigir-se, para os fins expostos no mesmo ofício, ao Poder Executivo, para que o mesmo se dirija ao Legislativo, se assim o entender. O art. 124 da Constituição, realmente, faz depender de proposta do Tribunal de Justiça qualquer alteração da organização judiciária. Mas, por organização judiciária se entende o estatuto dos Tribunais e juízes e dos seus serviços auxiliares, entre êstes últimos devendo-se incluir os serviços auxiliares dos Tribunais, referidos no art. 97, I, da Constituição, bem como os auxiliares dos juízes, como sejam as escrivanias. Os agentes do Ministério Público não são órgãos judiciários, não exercem jurisdição; tampouco são auxiliares do Judiciário. O. Ministério Público, dispõe o art. 125 da Constituição, é organizado por lei, lei que não depende da iniciativa dos Tribunais. A corporação é, histórica e constitucionalmente, formada de agentes do Poder Executivo, cuja função consiste em promover a execução das leis perante o Judiciário, notadamente das leis de ordem pública, como sejam, em especial, as penais.

O Ministério Público pleiteia ou promove essa execução perante os órgãos daquele Poder, juízes e Tribunais; são agentes executivos, como sempre foram considerados em França; e foram os princípios franceses acêrca do Ministério Público que informaram e informam, entre nós, a organização dessa chamada magistratura de pé. Pouco importa seja ali, porventura, mais rígido o princípio da subordinação hierárquica, a ponto de condicionar-se a ação do membro do Ministério Público à "oportunidade", ao passo que, entre nós, tal ação é governada pela "legalidade", segundo opina PONTES DE MIRANDA. O que é incontestável e que a função do Ministério Público é pleitear e promover a execução, a aplicação, a observância das leis, o que constitui função eminentemente executiva. Não há subordinação entre Ministério Público e

magistratura, mas independência. Se o Ministério Público fôsse serviço auxiliar da magistratura, então os membros da Procuradoria Geral, junto ao Tribunal de Justiça, teriam que ser nomeados pelo Tribunal, assim como os funcionários da Secretaria da mesma Procuradoria, em virtude do art. 92, I, da Constituição. É certo que a organização do Ministério Público do Distrito Federal, antes constante de leis especiais, foi incorporada ao vigente Cód. de Organização Judiciária. Mas, essa circunstância, acidental, não desnatura o Ministério Público, não lhe retira o caráter de agente executivo, caráter que lhe reconhece, em seu comentário ao título da Constituição que o regula, PONTES DE MIRANDA, criticando o sistema de 1934, que investia a corporação de poder coordenador dos demais poderes, nas suas atividades. Também não importa haja sido proposta pelo Tribunal, na; última reforma judiciária, a criação de cargos no Ministério Público, proposta aceita pelo Congresso: o presidente da República não vetou, por inconstitucional, o projeto, mas podia vetá-lo. Nestas condições, entende o Tribunal que a iniciativa da criação de cargos do Ministério Público cabe exclusivamente ao presidente da República, nos têrmos do art. 87, § 2º, da Constituição, visto não serem seus agentes auxiliares dos Tribunais, mas, antes, auxiliares do presidente da República, como órgão e representante do Poder Executivos, na execução das leis.

Distrito Federal, 7 de março de 1951. - *Eduardo Sousa Santos*, presidente; *Romão Côrtes de Lacerda*, relator.

*

IMPOSTO DE CESSÃO - PROMESSA DE VENDA - TERCEIRO

- A cessão de promessa de venda não poderá ser equiparada à transmissão de propriedade.

- Uma vez que o promitente-comprador indicou o nome de terceiro, a sua posição

Finalpag. 250

não é a de um cedente, mas, de acôrdo com as características do contrato, passa a simples mandatário do comprador.

Cia. Internacional de Capitalização e outro *versus* Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 3.554 - Relator: DESEMBARGADOR EMANUEL SODRÉ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 3.554, em que é apelante a Prefeitura do Distrito Federal, e, *ex officio*, o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, e apelados a Companhia Internacional de Capitalização e o Banco Continental S. A.

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça dêste Distrito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. A hipótese é a seguinte: a Société Anonime du Gaz e a Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro, em outubro de 1943, prometeram vender a Mário Pinto e Paulo R. Alves, por Cr$ 9.340.000,00, dois prédios à rua da Assembléia ns. 93 e 95. Pinto e Alves, por sua vez, cederam ao Banco-apelado, em abril de 1944, por.....Cr$ 6.062.000,00, todo o direito àquela compra; em maio de 1946, o mesmo Banco transferiu igual direito à apelada, pelo preço de Cr$ 10.360.000.00. A ré, ora apelante, cobrou o impôsto de Cr$ 977.704,00, pelas duas cessões, e agora, na presente ação, alegou, preliminarmente, que os autores, que vieram pleitear a restituição daquela importância, a pagaram voluntàriamente, mas essa preliminar foi depois renunciada expressamente pela ré (fls. 59). Quanto ao mérito, pròpriamente: É impressionante os grandes lucros auferidos a cada cessão do tal negócio da promessa de venda dos dois prédios: cada cedente auferia mais de 1 milhão de cruzeiros, e mesmo a última "cessionária", conforme as alegações da ré, vai lucrar acima de três milhões. O valor daqueles dois imóveis teria aumentado, em menos de três anos, em quase cem por cento. É razoável que a coletividade participe de tão descompassados lucros, e o faça através das repartições arrecadadoras: mas tudo está em saber de que maneira se há de entender o impôsto. O direito do fisco, por isso mesmo que é um ônus, e, às vêzes, bem pesado sacrifício impôsto ao contribuinte, tem que ser líquido e certo, insofismável em sua percussão. Juridicamente, a cessão de promessa de venda não poderá ser equiparada à transmissão da propriedade. Assim já decidiu esta mesma 8ª Câmara. Não vale invocar a natureza de direito real que recente legislação veio dar a êsses contratos de promessa de venda, quando satisfeitas certas condições. O desembargador SERPA LOPES, que tanto ilustrou a Vara de Registros Públicos, prolatou notável decisão em que bem acentuou a natureza do "contrato por pessoa a declarar", que se hão confunde com a cessão, nem com o "contrato em favor do terceiro". "Uma vez que o promitente-comprador indicou o nome de terceiro, a sua posição não é a de um cedente, mas, de acôrdo com os característicos do contrato, passa a simples mandatário do comprador, situação jurídica perfeitamente análoga à do seguro por conta de a quem "pertencer". ("Arq. Judiciário", vol. 59, página 409). Não se poderá, pois, dizer a rigor que houvesse cessão, pois o contrato inicial de promessa de venda facultava aos promitentes-compradores indicarem

de futuro outros nomes, que substituíssem os seus. Tal direito foi cedido ao primeiro autor e por êle, por sua vez, transferido à co-autora. Poder-se-á dizer que pràticamente os dois imóveis andaram de mão em mão; acentue-se, porém, como acima já se fêz, que a imposição de um tributo há de atender a dispositivo legal estreme de qualquer dúvida.

Custas pela recorrente.

Distrito Federal, 14 de janeiro de 1949. - *Guilherme Estelita*, presidente; *Emanuel de Almeida Sodré*, relator; *Eduardo Espínola Filho*.

Ciente, em 27 de janeiro de 1949. - *Romão C. Lacerda*

*

EMPRESA INDIVIDUAL - PERSONALIDADE JURÍDICA - INDIVISIBILIDADE PATRIMONIAL - CONVENÇÃO ANTENUPCIAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SOCIEDADE CONJUGAL

- Afastada pelo direito pátrio a idéia da responsabilidade limitada do comerciante individual, constitui uma heresia jurídica, dentro da noção clássica do contrato de sociedade, a construção da personalidade moral da emprêsa individual erigida em sociedade unipessoal.

- A ausência de inscrição do pacto antenupcial não acarretando a nulidade da convenção que subsiste em relação aos cônjuges, não obstante a omissão daquela formalidade substancial, determina todavia a sua ineficácia em relação a terceiros com os quais qualquer dêles contratar.

- Declarada a ineficácia em relação a terceiros da convenção antenupcial, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que o marido ou a mulher praticar no exercício de sua profissão comercial em nome individual.

Importadora Goldpar Ltda. *versus* Ida Rozembaum

Ag. nº 2.220 - Relator: DESEMBARGADOR HUGO AULER

Finalpag. 251

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do agravo de petição nº 2.220, em que é agravante Importadora Goldpar Limitada e é agravada Ida Rozembaum:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para o efeito de reformar a sentença agravada e julgar improcedentes os presentes embargos de terceiro senhor e possuidor.

Custas *ex lege*.

Decretada a falência de Moise Rozembaum, comerciante ambulante, por sentença proferida em 23 de dezembro de 1950 pelo Juízo de Direito da 6ª Vara Cível, cujo têrmo legal retroagiu a 25 de setembro de 1950, em virtude de requerimento formulado pela credora Kampela & Cia. Limitada em 13 de fevereiro de 1950 (doc. de fls. 93), foi posteriormente determinado o seqüestro de todos os bens do devedor e que se estendeu aos de sua mulher, que também é comerciante, em virtude do pedido de extensão ao cônjuge dos efeitos da declaração daquele estado de insolvência comercial (doc. de fôlhas 4-7). Por êsse motivo foi que Ida Rozembaum ingressou em juízo com os presentes embargos de terceiro senhor e possuidor, alegando em resumo que, sendo comerciante em nome individual e casada com o falido pelo regime da separação de bens, na conformidade dos arts. 256 e 276 do Código Civil, tinha direito à restituição de todos os seus bens individualmente seqüestrados, em face do regime de seu casamento, tudo nos têrmos do art. 79 do dec.-lei, número 7.661, de 21 de junho de 1941, e dos arts. 707-710 do Cód. de Proc. Civil (doc. de fls. 2-3). O cônjuge confessou os embargos (doc. de fls. 22), os quais, todavia, foram contestados pela firma Kampela & Cia. Limitada, requerente da declaração do estado de insolvência do marido da embargante, e pela importadora Goldpar Limitada, a quem fôra deferida a sindicância da falência de Moise Rozembaum, os quais alegaram a promiscuidade das atividades comerciais do casal, cujo casamento pelo regime da separação de bens tivera por fim ilícito a fraude contra credores, sendo impossível separar os patrimônios aparentemente distintos (documentos de fls. 30-40). No tríduo legal, foi produzido um exame pericial, na escrituração comercial do falido e da embargante (docs. de fls. 90-95; de fls. 107-116; e de fls. 130-140), tendo sido, outrossim, tomada prova testemunhal (depoimento de fôlhas 86-89 e de fls. 102-105). O Dr. 2º curador de Massas Falidas exigiu que a embargante fizesse a prova da inscrição da escritura pública da convenção antenupcial, nos têrmos do art. 261 do Cód. Civil (cota de fls. 176), havendo a mulher do falido confessado a omissão dêste ato substancial, alegando, entretanto, em sua defesa, que se não deveria aplicar na espécie normas de direito civil quando regulam a matéria as regras de direito mercantil, acrescentando que sòmente em

relação aos bens imóveis é que se faz necessária a inscrição (doc. de fls. 179-183). Oficiou afinal o Dr. 2º curador de Massas Falidas opinando pela improcedência dos embargos (cota de fls. 201-202). E, finalmente, o Dr. juiz de direito da 8ª Vara Cível houve por bem julgar provados os embargos para o efeito de excluir da arrecadação os bens da mulher do falido, sob o fundamento de que; na qualidade de comerciante em nome Individual, tinha ela personalidade jurídica distinta da pessoa física de cônjuge e, em conseqüência, não poderiam ser seqüestrados os elementos integrantes do respectivo fundo de comércio, e de que, funcionando apenas em relação aos imóveis a norma do art. 281 do Cód. Civil, por dividas do marido não, poderiam ter a mesma sorte os móveis de sua propriedade particular, em face do princípio da incomunicabilidade (doc. de fôlhas 209-217). E justamente contra esta decisão é que foi interposto o presente agravo de petição, com arrimo no art. 79, § 2º, da lei de falências em vigor (doc. de fls. 223), e que foi contraminutado a fls. 225-236 dêstes autos, oficiando a fls. 241-242 o Dr. 2º subprocurador-geral do Distrito Federal.

É o relatório.

A sentença agravada merece cassação.

E assim decidem, por unanimidade de votos, os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal porque a decisão recorrida incidiu em êrro grave quando arrimou o julgamento dos presentes embargos de terceiro senhor e possuidor em teses insustentáveis no campo da filosofia do direito e da legislação civil em vigor.

Com efeito, o Dr. juiz *a quo* partiu do princípio de que, dizendo o legislador que são pessoas jurídicas de direito privado as sociedades mercantis, que continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais, nos têrmos do art. 16, II, § 2º, do Cód. Civil, para concluir que a embargante tinha personalidade jurídica, distinta da pessoa física de cônjuge, por ser comerciante em nome individual.

Ora, quer no campo da filosofia do direito, quer à luz da legislação civil e comercial de todos os povos cultos, a personalidade jurídica sòmente existe para constituir sujeito de direito quem, não sendo uma pessoa física, um ser humano, como bem diz LÉON MICHOUD, deve ter capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações ("La Théorie de La Personnalité Morale", Paris, Ed. R. Pichon-Durand-Auzias, 1932, Parte 1ª, tomo I,. nº 1, págs. 3-4). A concepção que se tem através dos tempos, desde que,

em Roma, surgiram as comunas e os municípios, as associações constituídas pelas sociedades de publicanos, os colégios dos clérigos, as confrarias dos artezãos, feita a clássica distinção entre *universitas personarum e universitas bonorum,* é a que explica a existência da pessoa moral como um processo dê unificação das formas de associação. Conf.: MACKELDEY ("Manuel de Droit Romain", Bruxelas, Ed. Wahlen & Cie., 1841, §§ 142-143, pág. 88), GIRARD ("Manuel Elémentaire de Droit Romain", Paris, Ed. A. Rousseau, 1906, 4ª ed., págs. 233-234), RAYMOND MONIER ("Manuel Elémentaire de Droit Romain", Paris, Ed. Domat-Montchrestien, 1947, vol. I, nº 243, pág. 339). E a personificação jurídica da associação de pessoas para um fim comum que, considerada como um todo integral, assume a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações. A personalidade jurídica não é uma máscara, uma ficção, uma construção especulativa, um processo artificial para qualificar atividade autônoma e individual, mas uma forma jurídica que a lei empresta a certos fenômenos de unificação através dos processos comuns de organização ou de associação de pessoas para um fim único e comum. Nesse sentido é a lição clássica de FRANCESCO FERRARA, para quem "a personalidade jurídica é um modo de regulamento, um processo de unificação, a configuração que certos fenômenos de associação e de organização assumem por fôrça do direito objetivo. É um puro produto da ordem jurídica, sendo vã qualquer tentativa no sentido de surpreender a pessoa jurídica tal como se fôra um organismo volitivo, psicológico ou social que a lei esteja obrigada a reconhecer como tal. A personalidade jurídica é a veste jurídica com que tais grupos de homens ou estabelecimentos se apresentam na vida do direito, a configuração legal que recebem para participar do comércio jurídico" ("Le Persone Giuridiche", Turim, Utet, 1939, nº 15, pág. 31).

Projetando-se esta noção da personalidade jurídica para o campo do direito comercial, logo se está a ver que a pessoa física, porque seja sujeito de direito, pressuposto da capacidade de adquirir direitos e assumir obrigações, não se constitui em pessoa jurídica por exercer individualmente qualquer atividade comercial, eis que tal natureza legal o direito objetivo somente outorga aos processos societários de associação de pessoas que se reúnem numa organização destinada à prática de atos de comércio com autonomia perfeita ou imperfeita de patrimônio social. E não se há de argumentar contra esta conclusão com a tentativa de adoção da sociedade unipessoal em que se englobam nas mãos de uma só pessoa física tôdas as cotas ou ações sociais. Dentro da noção clássica do contrato de sociedade, constitui uma verdadeira heresia jurídica, a sociedade unipessoal, pois o substantivo *sociedade* e o adjetivo *unipessoal* estão em flagrante contradição, sòmente havendo sido

admitida para introduzir no terreno jurídico a idéia da responsabilidade limitada do comerciante individual, mas que teve recentemente a sua solução na criação da emprêsa individual de responsabilidade limitada, preconizada pelo jurista austríaco PISKO e que inspirou sua adoção nos artigos 834-896 do Código de 1926 do Principado de Lichtenstein (P. CARRY, "La Responsabilité Limitée du Commerçant Individuel", Genebra, 1928, pág. 34). A idéia de introduzir na legislação o sistema de emprêsa individual de responsabilidade limitada foi objeto de um projeto de lei do deputado OSCAR ROSITO na Argentina ("Diário de Sesiones - *Câmara de Diputados de la Nación*", 11 de setembro de 1940, página 2.801), e, na França, durante o Govêrno de Vichy, por ocasião dos trabalhos de um organismo denominado Conselho Superior de Economia Industrial e Comercial, foi preconizada a autonomia patrimonial da emprêsa individual, o que levou JEAN ESCARRA a afirmar desalentadoramente que se pode calcular quanto de moralidade comercial se perdeu com a introdução na França da sociedade de responsabilidade limitada e por êsse motivo é de olhar-se com ceticismo para a oportunidade de ser introduzido na legislação esse novo tipo de emprêsa individual com responsabilidade limitada... ("Cours de Droit Commercial Complémentaire," Paris, "Les Cours de Droit", 1949, pág. 76).

Mas à verdade é que, em nossa legislação comercial em vigor, a tese da sentença agravada não poderia ser sustentada através de uma idéia de isolamento do fundo de comércio da pessoa física de seu titular que exerça individualmente atos de comércio por profissão; É que, em face da noção do fundo de comércio como universalidade de fato, e, conseqüentemente, da indivisibilidade do patrimônio do comerciante individual, determinando a responsabilidade ilimitada do devedor, não há que falar em distinção entre a universalidade jurídica do fundo de comércio e a pessoa física do seu titular. E essa despersonalização do fundo de comércio que o confunde com o patrimônio pessoal do seu titular é justamente o divisor das águas entre as concepções germânica e latina acêrca da separação da emprêsa individual do resto da fortuna do seu titular. No sistema germânico, o registro de comércio é a pedra de toque do estatuto do comerciante e da emprêsa comercial que, em virtude da inscrição, surge como entidade independente a destacar-se da fortuna do seu dono. Em outros têrmos: o patrimônio de afetação comercial é isolado da fortuna do comerciante, criando

assim uma hipótese de fortuna terrestre a exemplo do que ocorre com a fortuna do mar. Ao direito germânico não repugna esta separação entre a fortuna comercial e a fortuna geral do indivíduo, admitindo êle, como admite, múltiplas

fortunas independentes, blocos de bens estanques, cada um dêles com ativo e passivo peculiares, afastando o patrimônio de afetação comercial da pessoa física do comerciante. E nesta hipótese o registro do comércio outorga ao fundo de comércio a natureza de uma universalidade jurídica, limitando à sua capacidade e responsabilidade individual do comerciante. E daí a emprêsa individual de responsabilidade limitada que, segundo SOLA CAÑIZARES, não é outra coisa senão a última fase da evolução jurídica da noção de responsabilidade, esta mesma evolução que se iniciou ao tempo em que o devedor pagava com a própria vida, depois com a liberdade, mais tarde com os seus bens, acabando modernamente por pagar sòmente com a perda de algumas ações de sociedade anônima ou algumas cotas de sociedade de responsabilidade limitada... ("L'entreprise individuelle à responsabilité limitée", *in* "Revue Trimestrielle de Droit Commercial", Paris, Recueil Sirey, 1948, volume I, pág. 384).

Mas, no estado atual de nossa legislação; dominada pela idéia de indivisibilidade do patrimônio do comerciante com firma individual e, portanto, pela noção da responsabilidade ilimitada do devedor, forçoso é concluir que a embargante, ora agravada, na posição de comerciante individual, não tem isolado em compartimento estanque o seu patrimônio de afetação comercial, eis que responde ilimitadamente com todos os seus bens pelas dividas que contrair no exercício de sua atividade profissional. Onde a questão se torna mais complexa é com o saber se, em face da indivisibilidade do patrimônio da mulher comerciante, se comunicam ao marido os valores por ela adquiridos e as dívidas por ela contraídas no desempenho de sua atuação comercial. Comentando o art. 246 do Cód. Civil, o egrégio CLÓVIS chega a esta conclusão: "O direito que êste artigo atribui à mulher casada não altera o regime dos bens. Se fôr o da comunhão universal ou limitada, abre-se uma exceção apenas à administração do marido. Os valores adquiridos pela mulher são comuns, porém, administrados por ela como se estivesse separada. Se o regime fôr o dotal ou de separação, os bens adquiridos pela indústria da mulher são parafernais ou próprios" ("Código Civil", Rio, Ed. Francisco Alves, 5ª ed., 1937, vol. II, pág. 141). Tudo, pois, está a depender da natureza do regime de casamento. E na espécie *sub judice*, esta condição está a depender da conclusão a que se chegar, acêrca da eficácia, em relação a terceiros, da convenção antenupcial celebrada, por escritura pública seguida do casamento do falido com a embargante, ora agravada, nos têrmos do art. 256 do Cód. Civil.

Ora, como já confessado plenamente pela embargante, celebrada por escritura pública a convenção antenupcial, estabelecendo o regime da mais completa separação de bens, se lhe seguiu o casamento mas não se verificou a inscrição do respectivo instrumento no registro de imóveis, na conformidade do art. 261

do Cód. Civil e do art. 178, letra a, inciso II, do dec. nº 4.857, de 9 de novembro de 1939. E dêste modo, na ausência desta solenidade substancial, é de aplicar-se na espécie a regra de que as convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de inscritas, em livro, especial, pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges, sob pena de entender-se, não obstante a sua validade entre os próprios cônjuges, como sendo o casamento regido pela comunhão universal. A lei faz presumir na hipótese que para terceiros não houve convenção antenupcial, de modo a dar aplicação ao art. 258 do Cód. Civil. E outro não é o ensinamento da doutrina, pois até AMÉRICO MENDES DE OLIVEIRA CASTRO, truncadamente citado na contraminuta do presente agravo, que timbrou apenas em transcrever o azedume causado ao insigne jurista pela disposição contida no art. 261 do Cód. Civil, é o primeiro a reconhecer amplamente, sem fazer qualquer exceção, que "as convenções antenupciais participam de tôdas as exigências de fundo e de forma, estabelecidas por lei para qualquer ato jurídico, conforme o disposto no art. 82 do Cód. Civil. Entretanto, todos êsses requisitos podem ter sido preenchidos escrupulosamente e, não obstante isto, a convenção, para poder ser oposta a terceiros, depende, imprescindìvelmente da observância de outra formalidade. Com efeito, o art. 261 do Cód. Civil ordena que as convenções antenupciais só poderão ser opostas a terceiros desde a data de sua transcrição em livro apropriado, pelo oficial do Registro de Imóveis". E mais incisivamente: "Boa ou má, porém, a medida do art. 261 do Cód. Civil deverá ser rigorosamente observada e, enquanto ela não fôr cumprida, o pacto antenupcial não poderá ser invocado contra terceiros, para os quais o casal se encontra, enquanto não fôr cumprido o dispositivo aludido, submetido ao regime legal" ("Regimes Matrimoniais", Rio, Ed. "O Social", 1927, nº 127, pág. 149, e nº 128, pág. 151). No mesmo sentido é a opinião de PONTES DE MIRANDA: "As convenções antenupciais só têm efeito se não foram registradas, entre os cônjuges. Os terceiros têm interêsse em reconhecer o regime matrimonial e, em geral, o que se passou entre os que se casaram, porém, não podem nem precisam ir além do registro de que cogita o art. 261

Finalpag. 254

do Cód. Civil. Credores do marido e credores da mulher, se não houver registro, sòmente consultam a lei sôbre o regime comum". ("Tratado de Direito de Família", São Paulo, 1947, vol. II, § pág. 176). E outra não é a lição de SERPA LOPES: "A inscrição não é substancial à integração do ato, mas apenas condição de publicidade em relação a terceiros. Se não constar do registro o pacto antenupcial, êle, nada obstante, valerá em relação às partes contratantes. Para os terceiros, vigorará o regime legal, enquanto não registrado o

convencional" ("Tratado dos Registros Públicos", Rio, Ed. "A Noite", 2ª ed., 1948, volume II, nº 265, pág. 207).

Dêste modo não procede a alegação de que sòmente nulas poderão ser consideradas as convenções antenupciais que senão façam por escritura pública ou que se não lhes siga o casamento, segundo a regra do artigo 256, parág. único, incisos I e II, do Código Civil, eis que na espécie não ë necessário recurso â nulidade para admitir-se o princípio de que, em relação a terceiros, o falido e a embargante, ora agravada, estão casados pelo regime legal. E que a ausência de inscrição dos pactos antenupciais acarreta a respectiva ineficácia em relação a terceiros e jamais a nulidade de tais convenções. A ineficácia é uma situação distinta da nulidade, envolvendo a idéia de uma validade-jano: o ato é válido em relação aos próprios cônjuges mas ineficaz em relação a terceiros com os quais ambos, ou um dêles, contratar. Como bem o diz STOLFI, ao contrário da nulidade que é a conseqüência de um ato vulnerado completo ou incompletamente em sua intima constituição, a ineficácia supõe um negócio jurídico vàlidamente formado e, portanto, suscetível de execução, mas que é sem efeito ou privado de efeito pela circunstância eventual de verificar-se, ou não, um fato determinado ou uma certa condição que, muitas vêzes, poderá depender da ausência de uma formalidade que limita a determinadas pessoas os efeitos da convenção ("Teoria del Negozio Giuridico", Pádua, Cedam, 1947, § 32, pág. 96). E EMÍLIO BETTI, em uma síntese feliz, apresentou a seguinte distinção: A nulidade é o tratamento correspondente a uma carência intrínseca do negócio no seu conteúdo preceitual; a ineficácia se apresenta como a resposta mais adequada a um impedimento de caráter extrínseco que incida sôbre o pretendido regulamento de interêsses na sua prática atuação ("Teoria Generale del Negozio Giuridico", Utet, Turim, 1950, nº 57, pág. 458). A convenção antenupcial celebrada por escritura pública e seguida do casamento é um ato jurídico perfeito em sua mais íntima constituição, o que afasta qualquer idéia de nulidade, mas tem a sua eficácia limitada exclusivamente aos próprios cônjuges se não foi levado à inscrição. A ausência desta formalidade legal de publicidade, sem anular a convenção, impede que ela tenha eficácia em relação a terceiros, restringindo os seus efeitos unicamente aos cônjuges, pois que para, os demais há a presunção legal de inexistência da convenção e, portanto, tudo ocorre como se o regime do casamento fôsse o da comunhão universal.

Também não merece acolhida o argumento de que a exigência do art. 261 do Cód. Civil e do art. 178, letra *a*, inciso II, do dec. nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, é restrita aos bens imóveis dos cônjuges, não tendo em relação aos bens móveis qualquer aplicação. A lei não faz a mínima distinção e impõe a ineficácia da convenção ante nupcial por falta de inscrição de um modo

genérico e, portanto, sem lhe abrir qualquer exceção, tanto mais quanto a circunstância do art. 261 do Cód. Civil determinar que seja feita no registro de imóveis do domicílio dos cônjuges, a inscrição está a demonstrar a inanidade da alegação. Ademais, há a ponderar que tanto o art. 261 do Cód. Civil e o art. 170, letra *a*, inciso II, do dec. número 4.857, de 9 de novembro de 1939, se referem aos bens móveis que em relação aos bens imóveis o legislador fêz questão de exigir, outrossim, a averbação das convenções antenupciais em relação aos imóveis existentes ou posteriormente adquiridos e que forem atingidos pela cláusula exclusiva do regime legal, como se verá da letra *c*, inciso I, da última daquelas disposições legais, o que levou SERPA LOPES a afirmar que, dêste modo, em se tratando de imóveis, "já não é bastante a inscrição sem a medida complementar da averbação" ("Tratado dos Registros Públicos", Rio, Ed. Jacinto, 1942,. vol. IV, nº 541, pág. 164).

Portanto, reconhecido em relação a terceiros, credores do marido e credores da mulher, como sendo de comunhão universal o regime do casamento da embargante, ora agravada, com o falido, por inobservância do art. 261 do Cód. Civil, domina o princípio da comunicabilidade dos bens de ambos os cônjuges, adquiridos anterior e posteriormente à formação da sociedade conjugal, os quais passam assim a responder solidàriamente pelas obrigações que qualquer um dêles contrair no exercício de duas distintas ativadades profissionais. E bem verdade que o egrégio CLÓVIS afirma que "o patrimônio adquirido pela mulher e por ela administrado não deve ser atingido pelas dívidas do marido, e assim as dívidas que a mulher contrair em razão dos direitos que lhe atribui o art. 246 do Cód. Civil não devem atingir os bens administrados pelo marido. Nesta situação, cada patrimônio suporta as próprias dívidas; cada administrador responde pelos próprios atos" (ob. cit., vol. II, pág. 141). Mas assim o dizendo, o insigne civilista não atentou na regra de que entram na comunhão os frutos civis do trabalho ou

Finalpag. 255

indústria de cada cônjuge, ou de ambos, no regime da comunhão universal, contida no art. 271, VI, do Cód. Civil e olvidou o princípio de que, qualquer que seja o regime do casamento, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que a mulher praticar, consagrado no art. 254 do mesmo diploma legal, o que levou o mesmo CLÓVIS a fazer esta afirmação: "A mulher, nos casos do art. 247, na aquisição de coisas necessárias à economia doméstica, ou no exercício de uma profissão autorizada, não age no seu interêsse individual e, sim, no interêsse comum da família. No primeiro caso, quer se trate de compras, ainda a crédito, quer de empréstimos para atender às necessidades domésticas, é a dona da casa, a diretora da economia interna do

lar, que contrata, representando a família e no interêsse dela. No segundo é ainda êsse interêsse comum, que a lei considera preponderante, porque sê a mulher exerce uma indústria ou profissão lucrativa, é sempre em benefício da família" (ob. cit., vol. II, págs. 158-157). E se assim ocorre com as dívidas da mulher, contraídas na economia doméstica do lar ou no exercício de uma atividade profissional, outra não poderá ser a solução em se tratando de débitos contraídos pelo marido no desempenho de uma profissão comercial sob responsabilidade individual, desde que o regime do casamento seja o da comunhão universal. Com efeito, se os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada um ou de ambos os cônjuges entram na comunhão por fôrça do disposto no art. 271, VI, do Cód. Civil, é de concluir-se necessàriamente pela responsabilidade solidária do casal por tôdas as dívidas que qualquer um dêles contrair, as quais, no regime da comunhão, são consideradas débitos da sociedade conjugal. Ademais, se, qualquer que seja o regime do casamento, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que a mulher praticar na economia doméstica do lar ou no exercício de uma profissão, segundo o disposto no art. 254 do mesmo diploma legal, também pelos mesmos atos que o marido praticar deverão responder igualmente os cônjuges no regime da comunhão universal.

Tôdas essas considerações de ordem jurídica e legal não autorizavam, pois, que o Dr. juiz *a quo* decidisse pela procedência dos presentes embargos de terceiro senhor e possuidor visto como, pelo contrário, estavam a indicar a rejeição. É que, na espécie, sendo os cônjuges considerados *ope legis* em relação a terceiros, credores do marido e credores da mulher, como se fôssem casados pelo regime da comunhão universal, com responsabilidade ilimitada por tôdas as dívidas que viesse cada um dêles a contrair no exercício de suas distintas atividades comerciais, os bens comuns do casal passaram a responder por tôdas as suas obrigações civis e comerciais. A ausência de separação entre o fundo de comércio e o resto do patrimônio do seu titular, confundindo na mesma pessoa física todos os seus direitos e obrigações civis e comerciais e a comunicabilidade de todos os bens dos cônjuges comerciantes, em face do regime da comunhão universal, impunham a extensão da falência do marido aos bens de sua. mulher que se confundem no patrimônio particular do casal e no qual estão incluídos os respectivos patrimônios de afetação comercial.

Todavia, há a acrescentar a circunstância de que existe, outrossim, nestes autos *facta concludentia* a impor a conclusão de que os cônjuges mantinham promíscua atividade comercial. Conforme a embargante, ora agravada, faz questão de confessar na petição de fls. 63 dêstes autos, vivia ela maritalmente com o falido e já usava o apelido dêle antes do casamento, dedicando-se ao comércio de jóias irregularmente. No dia 8 de julho de 1950, compareceram ao

Cartório do 14º Ofício de Notas desta Cidade e celebraram por escritura pública um contrato antenupcial, estabelecendo o regime da mais completa separação de bens que deveria presidir ao respectivo casamento (cert. de fôlhas 11). Posteriormente, no dia 27 de julho de 1950, a agravada arquivava no Departamento Nacional de Indústria e Comércio o registro de sua firma individual com o gênero de negócio relativo ao comércio de jóias e relógios, instalado na porta do prédio da rua do Catete nº 63, nesta Cidade (doc. de fls. 12): E, finalmente, no dia 22 de agôsto de 1950, a agravada e o falido celebraram o casamento perante o oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais da 9ª Circunscrição desta Cidade (doc. de fls. 9). E enquanto o marido, na qualidade de comerciante ambulante de jóias e outros objetos, desempenhava esta atividade comercial, sua mulher exercia idêntica profissão, em seu estabelecimento, usando apenas o apelido do cônjuge, estabelecendo uma verdadeira e perfeita confusão (doc. de fls. 125). Esta negociação promíscua e comum está demonstrada pelo fato do falido receber as mercadorias que eram adquiridas pela embargante; ora agravada, que, por sua vez, recebia as que pelo seu cônjuge eram adquiridas. Assim é que as notas de entrega de fls. 117, 118, 119, 120 e 121 dos autos se referem a mercadorias faturadas em nome da embargante e, no entanto, foram recebidas pelo falido, ao passo que as notas de entrega de fls. 122, 123 e 124, correspondentes a mercadorias faturadas em nome do falido, foram recebidas pela embargante. A prova testemunhal é unânime em afirmar que sempre tiveram os credores a impressão de que trabalhava de parceria. o casal (depoimentos de fls. 103, 103 v. e 104). Todos

Finalpag. 256

êsses indícios e tôdas essas circunstâncias tornam por demais manifesta a promiscuidade das atividades comerciais dos cônjuges, apesar de distintas aparentemente. E como se não ignora, a identidade do gênero de negócio é um dos índices de atividade promíscua do casal, identidade que por êsse motivo foi proibida pela jurisprudência de França, que, segundo JEAN ESCARRA, exige, na hipótese, que a mulher tenha um comércio distinto e separado daquele do marido, sob pena de presumir-se, até prova em contrário, que ao marido sòmente caiba a qualidade de comerciante ("Manuel de Droit Commercial", Paris, Recueil Sirey, 1947, vol. I, nº 171, página 102).

Por todos êsses fundamentos é que se impõe o provimento do presente recurso, para o efeito de reformar a sentença agravada e julgar não provados os embargos de terceiro senhor e possuidor interpostos com apoio no art. 79 da lei de falências.

Distrito Federal, 30 de outubro de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Hugo Auler*, relator; *Eduardo Espínola Filho*.

Ciente, em 3-12-51. - *Jorge de Godói*.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - RELAÇÃO DE EMPRÊGO

- A relação jurídica, entre o Estado e o funcionário deixou de ser contratual para tornar-se legal ou estatutária.

- As condições vigentes ao tempo da investidura do funcionário, quanto ao cargo, ou à carreira, podem ser alteradas sem ofensa a qualquer direito subjetiva.

Manuel Ildefonso Jansen Müller e outros *versus* Câmara do Distrito Federal

Ap. nº 6.420 - Relator: DESEMBARGADOR PRUDENTE DE SIQUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, de apelação no mandado de segurança número 6.420, em que são impetrantes-apelantes Manuel Ildefonso Jansen Müller, Anésia Pinheiro Machado, Sidnei da Cruz Sêco, Maria José Fernandes, Josélia Clapp de Paiva, Vicente Janussi, Valdemar de Andrade Melo, Eulina de Carvalho Colombo, Maria Helena Ribas, Resendo Marinho de Oliveira, Jaime Dormund Martins e Carlos Augusto Ribas Ferreira, e impetrada-apelada a Mesa da Câmara Municipal do Distrito Federal:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em desprezar a preliminar apresentada pelo desembargador EMANUEL SODRÉ sôbre serem ouvidos terceiros interessados, apoiada pelos desembargadores revisor, ROMÃO CORTES DE LACERDA, EURICO PAIXÃO, MARIO FERNANDES PINHEIRO e GUILHERME ESTELITA; e, *no mérito*, em negar provimento à apelação, para o efeito de confirmas a sentença, contra os votos dos desembargadores revisor, RIBAS CARNEIRO, NELSON HUNGRIA e FREDERICO SUSSEKIND.

E assim decidem pelos fundamentos que se seguem:

Quanto à preliminar, ela é de uma improcedência manifesta, desnecessárias sendo maiores considerações para demonstração do asserto. Com efeito, sendo o mandado de segurança um remédio especial para assegurar direito líquido e certo, versando, pois, o seu objeto exclusivamente sôbre matéria de direito, dispensável é de todo a audiência de quaisquer terceiros interessados, que só podiam trazer à colação matéria de fato, coai a produção de alegações e provas. E sendo o mandado de segurança, inconstestàvelmente, apenas um remédio de direito de natureza especial, como sucedâneo do *habeas corpus*, para garantia de outros direitos, e não uma ação com todos os seus característicos processuais, absurda seria a intervenção em geral de quaisquer terceiros, ainda que intimamente ligados ao objeto jurídico em controvérsia.

"No Cód. de Processo", escreve CARVALHO SANTOS, "o mandado de segurança é considerado como processo especial. Êsse processo, porém, não tem forma nem figura de juízo. A lei limita-se a estabelecer as formalidades essenciais, ùnicamente para que o juiz possa decidir com pleno conhecimento de causa. O processo de que se trata, reduzido à sua expressão mais simples, consiste no pedido da parte, devidamente documentado, e na defesa de pessoa jurídica de direito público, também acompanhada da necessária documentação (cf. voto do Sr. ministro COSTA MANSO, no ac. do Supremo Tribunal Federal, de 21 de maio de 1937, na "REVISTA FORENSE", vol: 71, pág. 507") ("Código de Processo Civil Interpretado", vol. IV, pág. 332). Se não se trata de *ação*, como admitir-se a intervenção de terceiros?

A aceitar-se como procedente a tese que a preliminar envolve, seria desvirtuar e desnaturar de um modo absoluto a natureza e efeitos processuais do instituto do mandado de segurança, já hoje tão bem delineados em doutrina, com inteiro assentimento na jurisprudência dos nossos tribunais, o que acarretaria tumulto e confusão, e quiçá mesmo paralisação na administração da Justiça, dados os abusos que fatalmente seriam postos em prática. Improcedente; destarte, a preliminar argüida, e assim também considerada pela maioria dos juízes dêste Tribunal, passemos a apreciar o mérito, decidido com

Finalpag. 257

acêrto pela sentença apelada no sentir da mesma maioria.

No uso de atribuição legal (Lei Orgânica do Distrito Federal, arts. 12, § 4º, e 14, § 1º), a Câmara Municipal decretou e promulgou a resolução que tomou o nº 35, de 1 de novembro de 1948, que "regulariza a situação do Quadro do Pessoal da Secretaria da Câmara do Distrito Federal", reformando a de nº 23, de 1 de novembro de 1947 (fls. 12 e 16). Na elaboração legislativa dessa

resolução, não há contestar como o fizeram de início os impetrantes, ora apelantes, não mais repetindo a argüição, observadas foram as formalidades legais; elaborada dentro do período legislativo, com a audiência da Comissão Diretora, e aprovada por *quorum* legal - 27 vereadores, - tendo sido feitas as publicações devidas.

Alegam,, porém, os impetrantes que essa resolução, além de lhes trazer graves prejuízos morais e econômicos, feriu-lhes o direito adquirido, constitucionalmente assegurado (Constituição federal, § 3º do art. 141), do acesso normal na carreira, de que sempre gozaram, ao cargo de chefe, hoje denominado diretor de serviço, com a interpolação entre êles e êste de um cargo novo, chamado de assessor, que veio quebrar a hierarquia e carreira.

Dizem mais os impetrantes que, investidos nas funções de redatores-revisores e o último impetrante (Carlos Augusto Ribas Ferreira) nas de oficial legislativo, ainda na vigência da resolução nº 23, que distribuía as classes de redatores nos patrões "L", "M" e "N", tinham todos êles acesso normal ao cargo de chefe, hoje diretor de serviço, padrão "O", na forma da Tabela III, que acompanha essa resolução nº 23, e arts. 42 e 27, que regulam as substituições eventuais e promoções, do Regulamento da Secretaria do Conselho Municipal (parecer nº 22-A, de 1919), promoção essa quebrada com a criação de cargo novo - assessor, - com as funções privativas de substituir o diretor de serviço.

Daí a segurança com o fim de anular, com relação a êles impetrantes, a reforma operada.

Contestando o pedido, afirma a impetrada, ora apelada, que a reforma feita pela resolução nº 35, longe de trazer aos impetrantes qualquer prejuízo moral ou econômico, ao revés, muito lhes beneficiou, porque todos êles foram aumentados de padrão, e padrão já majorado, atingindo os mais categorizados o padrão "O", considerado *teto* por tôdas as normas de reajustamento do funcionalismo civil ou militar, possibilitando-lhes ainda maiores facilidades de acesso, pois, se antigamente para a promoção concorriam na forma do art. 27 do regulamento, para cinco lugares de chefe de seção, padrão "O", com vencimentos mensais de Cr$ 6.000,00, hoje concorrem para 14 lugares de assessores, símbolo "PL-5", com vencimentos mensais de Cr$ 9.400,00, 14 lugares de diretores de serviço, símbolo "PL-3", com vencimentos mensais de Cr$ 11.000,00, e dois lugares de vice-diretores, símbolo "PL-2", com vencimentos mensais de Cr$ 13.000,00, etc.

Informa ainda a impetrada que, nos têrmos do Estatuto do Funcionalismo Público da Prefeitura (arts. 5° e 6°), que define *classe* como "agrupamento de

cargos da mesma profissão e de igual padrão de vencimentos", e *carreira* "como conjunto de classes da mesma profissão, escalonadas segundo os padrões de vencimento", as classes dos impetrantes, de redator-revisor e oficial legislativo, não formam carreira com os cargos de diretor e assessor, que são cargos próprios de chefia e direção, com símbolos especiais, respectivamente, "PL-3" e "PL-5", senão e exclusivamente dentro dos padrões que lhes dizem respeito e são os das letras de "M" a "O" e de "L" a "O". Ora, conclui, dentro dêstes padrões nenhuma outra classe foi intercalada. Acresce que o impugnado cargo de assessor não é nenhum produto de inovação da reforma, senão simples regulamentação modificada dos antigos subdiretores, do regulamento de 1919.

De sorte que, o cargo de assessor, ao ver da impetrada, não veio cortar a carreira dos impetrantes para os efeitos da promoção a diretor e demais cargos superiores, mas representa a introdução de mais um grau ou cargo na escala hierárquica para o acesso, e daí o dizer da sentença que êsse cargo apenas "dificultou o acesso a diretor de serviço".

Êsses os têrmos do pedido e informação, ora sumariados, para firmar bem a relação de direito que se controverte.

A impugnação apresentada pela impetrada, devidamente documentada, teve inteira acolhida pela sentença apelada.

A par de razões de manifesta procedência contidas nas informações da impetrada, como sejam as referentes ao nenhum prejuízo moral ou econômico causado aos funcionários pela reforma, e as que as classes dos impetrantes de redator-revisor e oficial legislativo não formam carreira com as dos cargos de diretor e assessor, vejamos se a decisão recorrida encontra amparo na lei, doutrina e jurisprudência, no ponto nuclear da questão, que diz respeito à existência ou não de atribuição outorgada à Administração pública de reorganizar seus próprios quadros, e se no exercício dessa atribuição houve ou não ofensa a direitos adquiridos dos funcionários.

Não há dúvida que a reforma operada pela resolução nº 35, sem prejuízos morais ou econômicos para a carreira ou promoção, veio criar um cargo novo - o de assessor, símbolo "PL-5", - intercalado entre as classes dos impetrantes e o cargo de diretor de serviço, com as funções privativas de substituição dêste, embora tenha elevado os padrões daqueles até o máximo dos padrões, que é o chamado *teto*, letra "O".

Finalpag. 258

Podia fazê-lo a impetrada? Porventura, à reforma se opunha um direito adquirido dos funcionários?

Nestas indagações reside tôda a tese a ser resolvida no presente mandado. A tese assim focalizada encontra para logo solução e solução exata nas lições que se podem haurir no direito administrativo antigo ou moderno, com os subsídios valiosos que nos dá a boa e sã doutrina já hoje com reflexo na jurisprudência, independentemente das concepções ou formas de govêrno, inteiramente estranhas àqueles ensinamentos, não obstante a confusão que se tentou fazer entre aquela doutrina e êstes regimes políticos.

Assim, e como é sabido, as antigas doutrinas que atribuíam á relação jurídica entre o Estado e o funcionário público um caráter contratual cederam lugar, de há muito, à chamada doutrina estatutária, entendida esta em seus devidos têrmos, segundo a qual as condições vigentes ao tempo da investidura no cargo podem ser alteradas serra que se considere ferido qualquer direito subjetivo do servidor que o ocupa. É que, em substância, a origem dessa relação promana da lei, decreto ou regulamento e não da vontade das partes livremente estipulada em acôrdo. Certo que o poder conferido ao Estado não é absoluto e discricionário, devendo êle encontrar limitações razoáveis, eis que a fonte da obrigação repousa na lei e na relação que se estabelece entre aquela pessoa de direito público e seu servidor, não se pode ver nenhum caráter contratual, como é hoje corrente dominante (RAFAEL ALIBERT, "Le Controle Jurisdictionnel de l'Administration", pág. 12; GASTON JÉZE, "Les Contrats Administratifs", Paris, 1927, vol. I, pág. 182; MAURICE HAURIOU, "Précis de Droit Administratif", Paris, 8ª ed., 1914, págs. 622-623; LÉON DUGUIT, "Traité de Droit Constitutionnel", Paris, 1921, t. III, págs. 95 e segs.; MODESTINO PETROZZIELLO, "Rapporto de Pubblico Impiego", Milão, 1935, pág. LXV e segs.; FRANCESCO D'ALESSIO, "Istituzioni de Diritto Amministrativo", Turim, 1932, volume I, págs. 223 e 241; THOMAS M. COOLEY, "A Treatise on the Constitutional Limitations", Boston, 1898, pág. 311; W. W. WILLOUGHBY, "Principles of the Constitutional Law of the United States", New York, 2ª ed., 1935, pág. 143; H. C. BLACK, "Handbook of American Constitutional Law", St. Paul, 2ª edição, 1897, pág. 613).

JAMES HART, invocando a orientação pacífica da Côrte Suprema dos Estados Unidos, é muito preciso evidenciando a inexistência de qualquer direito contratual - *contratual right* - invocável pelo funcionário, quando assim se externa: "*The broad rule may be stated that the official relation is a public law relation to, the extent at least that the incumbent of a public office has no contractual right the obligation of which is impaired, and no property right of which he is deprived without due process of law, in the state reduces the term*

of his office or its rate of compensation, changes its tenure, or abolishes altogether" ("An Introduction to Administrative Law", New York, 1940, pág. 21).

Essa orientação, que o próprio HART, temeràriamente, denomina *doutrina americana*, na verdade, é a doutrina universal, muito anteriormente aceita pelos juristas da Europa (*vide*, além dos autores citados: EDGARD LOENING, "Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht", Leipzig, 1884, pág. 120; GERHARD ANSCHULTZ, "Die Verfassung des Deutschen Reichs", Berlim, 1933, página 580; L. VON STEIN, "La Scienza della Pubblica Amministrazione", tradução de ATTILIO BRUNIALTI, Turim, 1897, pág. 184).

Èste último, já em meados do século passado, assim ensinava: *"Anzitutto bisogna convincersi che questo diritto nora puo esser regolato secondo le norme relative al contratto; giacchè il rapporto fra l'impiegato non è affatto un contratto, nè è quindi regolato del diritto privato. La disciplina, cui l'impiegato si sottomette, la posizione sociale, ch'egli acquista e che gli deriva dall'ufficio, l'autorita morale della carica ecc. sono cose che non discendono da convenzioni speciali, na dalla stessa natura organica dell' ufficio pubblico e ecialmente dal sua carattere político"* (ob. cit., pág. 191).

Em perfeita consonância com essa afirmação, velha de quase um século, encontra-se o ensinamento de TROTABAS, na última edição do seu valioso "Manuel de Droit Public et Administratif", que acaba de chegar entre nós.

Ensina êle: "*le fonctionnaire est dans une situation juridique exclusivement déterminée par la loi et les règlements, c'est-àdire, fixé unilatéralement par la puissance publique par dispositions légales ou réglementaires et non par contrat librement établi entre l'administration et ses agents*". E noutro passo: "*ainsi, comme toutes les situations légales et réglementaires, qui s'opposent par là aux situations contractuelles, la situation du fonctionnaire public est générale, étant la même pour touts les agents du méme ordre. Elle est aussi souple et mobile, étant à tòut instant modifiable par la loi ou le réglement*". Ainda: *"II ne peut en être autrement, car la fonction publique est dominée par le service public, qui deit fonctionner à tout moment, et au mieux des intérêts du public; il faut adapter, remanier, améliorer, sans que l'administration puisse être empêchée de le faire par la particularité et l'mmutabilité d'une situation contractuelle"*. (LOUIS TROTABAS, "Manuel de Droit Public et Administratrif", Paris, 7ª ed., 1948, págs. 116-117).

Então nós, não é outra a orientação dos nossos escritores e jurisprudência dos Tribunais (ALCIDES CRUZ, "Direito Administrativo Brasileiro", Rio, 1914, pág. 100: LÚCIO BITTENCOURT, parecer in "REVISTA

Finalpag. 259

FORENSE", vol. 98, pág. 309; TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, "O Funcionário Público e seu Estatuto", Rio, 1940, pág. 279; TITO PRATES DA FONSECA, "Lições de Direito Administrativo", Rio, 1943, pág. 136. Entre os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, vejam: "Rev. de Direito", vol. 80, pág. 92, vol. 87, pág. 224, e vol. 99, pág. 316; "Arq. Judiciário", vol. 11, pág. 366, e vol. 6, pág. 32, e vol. 29, pág. 380; "Rev. do Serviço Público", abril, 1943, pág. 112. No mesmo sentido acórdãos dos Tribunais locais, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 88, pás. 222).

Assim, em face da doutrina geralmente aceita, denominada estatutária, perfeitamente harmônica com qualquer regime político em se tratando de serviço público, a reforma operada pela Câmara Municipal nos quadros de sua Secretaria é inatacável e incensurável.

Pretende-se, porém, opor à reforma um imaginário direito adquirido na sua concepção tradicional, bem definido por CLÓVIS, como sendo "um bem jurídico, criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de acôrdo com os preceitos da mesma lei, entrou para; o patrimônio do titular" ("Código Civil", vol. I, obs. nº3, pág. 970). Mas, como é óbvio, se ao Estado é dada a atribuição de, no interêsse público, reorganizar os seus quadros funcionais, claro é que não se pode obstar essa atribuição com a invocação de pseudo direitos adquiridos dos servidores.

Embaraçar essa faculdade, com pretensão de direito adquirido, fundada exclusivamente na lei e não em contrato com particulares, concedida à Administração para o exercício de uma de suas atribuições específicas que é a de servir o interesse da coletividade, é tornar nula ou pràticamente irrealizável essa faculdade. Ou, como nos ensina MARCEL WALINE, "*La raison de cette situation défavorabl du fonctionnaire est double. Si les fonctionnaires pouvaient prétendre avoir un droit acquis à la situation dont ils benéficient à un moment donné, la necessité de respecter cette situation serait un obstacle insurmontable à toute réforme ou reorganization des services publics*" ("Droit Administratif", Paris, 1946, pág. 283).

Como se vê, visou o presente mandado de segurança a um objetivo assaz temerário anular uma reforma administrativa, operada no pressuposto de

melhor reestruturação dos funcionários em geral, a dizer, emprestando-se ao mandado de segurança a natureza ou índole de uma perfeita ação declaratória e para efeitos *ad futurum.* Basta o simples enunciado da tese para logo se concluir pelo absurdo do fim colimador e para o qual até mesmo se tentou desvirtuar um remédio de direito de natureza tão especial como é o mandado de segurança. Se, porventura, deferida fôsse a segurança, aos nomeados é que assistiria o direito líquido e incontestável ora pleiteado. Daí porque inteira razão tem o Dr. procurador geral quando afirmou, em seu parecer, não existir no caso direito adquirido, mas, quando muito, uma simples e mera expectativa de direito, pelo não preenchimento em concreto das condições essenciais à promoção, apreciada na hipótese, apenas em sua potencialidade ou em abstrato. Realmente, não se visou ao provimento de vagas, por inexistentes, mas atacou-se uma reforma! E o que mais, fere o senso comum, como o jurídico, por meio de mandado de segurança! Sem dúvida nenhuma que, nos tempos que correm, se está convertendo êsse remédio especial em uma verdadeira panacéia...

Por outro lado, não há temer da sinceridade da Câmara no seu ato de reforma, eis que para os 14 cargos de assessor nomeou funcionários de padrão ou categoria imediatamente inferior (informação, fls. 61) e, assim, em plena obediência ao estatuído no regulamento.

Havendo no caso simples e mera expectativa de direito, e jamais direito adquirido, nada impede aos apelantes promovam, por ação própria, sua pretensão e respectivos efeitos patrimoniais, na forma do art. 329 do Cód. de Processo.

Assim, e em resumo, a pacífica doutrina estatutária, oposta à de há muito banida contratual, em nada afeta o estado de direito, como em contrário se procurou demonstrar com veemência, sustentando-se que ela é exatamente condizente com o estado contra-direito, ou com os regimes ditatoriais, já impetrante entre nós, pela simples razão de que essa doutrina é a universalmente aceita até mesmo nos países da mais pura democracia, como na América do Norte.

E não fere direitos adquiridos, por inexistentes, a administração que, fundada em lei, reorganiza seus próprios quadros funcionais, desdobrando-os numa reestruturação geral, reorganização essa presumidamente feita no interêsse do serviço, e, pois, do interêsse público, que é o bem jurídico único a se ter em vista e que se deve proteger com o amparo legal.

Por todos êsses fundamentos, impunha-se mesmo a confirmação da sentença, como ora decretada pela maioria, que, em boa hora, negou a segurança impetrada.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 21 de novembro de 1949. - *Adelmar Tavares*, presidente; *José Prudente Siqueira*, relator; *Cândido Lôbo*, revisor, vencido na preliminar e no mérito.

Trata-se de mandado de segurança requerido por funcionários da Câmara Municipal que se dizem prejudicados em seu direito adquirido à promoção por ter uma reforma, feita pela respectiva Câmara, intercalado entre o cargo dos autores e o de chefe de seção um outro com o característico prejudicial de cargo isolado, dentro do qual sairão

Finalpag. 260

os futuros chefes de seção e não mais do quadro a que pertencem os autores.

Preliminarmente, votei para que fôssem ouvidos aquêles que, pela aludida reforma, foram nomeados para êsse cargo isolado, denominado de assessores, por isso que positivamente êles estão diretamente em causa e não foram partes no processo do qual são verdadeiramente terceiros interessados.

De meritis. Entende o acórdão que não há direitos adquiridos e sim simples expectativa, por isso que não há vaga presentemente.

Improcede o argumento porquanto, se a violação só puder ser considerada quando houver vaga, na espécie dúvida absolutamente não haverá de que jamais os autores poderão ser contemplados quando se verificar a vaga e isso pela simples razão de que a reforma tornou expressamente resolvido a caso no sentido de que as vagas só poderão ser preenchidas com exclusão dos autores, dado que foi criado precisamente o cargo, intercalado, entre o dos autores e o de chefe de seção, para daí sair a promoção a chefe de seção. O mandado de segurança foi requerido justamente contra essa intercalação, que, sendo como é, cargo isolado, pode recair até em pessoa estranha ao quadro, como aconteceu nas primeiras nomeações após a vigência da reforma ora impugnada. O acórdão sustenta a autonomia da Câmara para realizar reformas em sua Secretaria. Nada a opor à tese, porém, essa autonomia não é absoluta porque sofre restrição quanto à ofensa de direitos adquiridos, na forma constitucional expressa, art. 141, § 3º. É o caso dos autos. O ato discricionário que tange com a referida

autonomia proclamada pelo acórdão, *data venia*, está sujeito aos jurídicos conceitos da legalidade e da não arbitrariedade. A 8ª Câmara dêste Tribunal, unânimemente, na apelação nº 7.249, de 10 de julho de 1946, fixou a regra de que: "O reajustamento de quadros não pode trazer como conseqüências a intercalação de outras classes entre a do funcionário reclamante e a que era imediatamente superior". Foi isso precisamente o que aconteceu, na espécie em debate, isto é, os autores eram redatores de debates e tinham direito certo e incontestável a serem promovidos a chefes de seção. A reforma intercalou o cargo de assessores, com o característico de cargo isolado, o que quer dizer que para êle podem ser nomeadas mesmo pessoas estranhas ao quadro e dêsses, chefes de seção. Diz o acórdão que com isso nenhum direito adquirido foi molestado. *Data venia*, divergimos dêsse modo de entender, tão claro nos parece o direito dos autores fundamentalmente prejudicado. O *jus imperi* é relativo. Não há privilégios. A controvérsia, portanto, tem que ser encerrada no setor do Direito Constitucional e não sòmente no do Direito Administrativo, como fêz o acórdão, que, por outro lado, argumenta com a falta de vaga, ou seja, com a não concretização do direito dos autores, esquecendo-se, porém, que direito adquirido não é sòmente aquêle que está realizado no patrimônio do cidadão, mas também aquêle que se realiza inalterável a arbítrio de outrem que por isso mesmo não poderá violá-lo, como aconteceu no caso em tela. Foi o arbítrio de outrem, o da Câmara Municipal, que violou o direito adquirido dos autores, direito êsse que era inalterável porque incorporado e de há muito estava no seu patrimônio. Essas as razões que me levaram a divergir da maioria. "*Facta potentiora sun verbis*"; *Edgar Ribas Carneiro*. Vencido, de pleníssimo acôrdo com o brilhante voto do Sr. desembargador CÂNDIDO LÔBO, sendo de lamentar que o Dr. relator permanecesse, na época de hoje, sob o regime da Constituição de 1946, com idéias tão totalitárias ao confirmar uma sentença doutrinàriamente errada, a de "Bielsa" mas a do "Bielsa" convertido ao regime de Perón. Os impetrantes do mandado têm direito certo e líquido - o designado de direito adquirido, êste violentamente violado pela resolução da Câmara de Vereadores, corporação, aliás, que não prima por sua capacidade em matéria de direito. O voto vencido do ilustre Sr. desembargador CÂNDIDO LÔBO, a meu ver, é irrespondível e tem a justiça devida. Daí apoiá-lo em tôda minha consciência de magistrado e de professor de Direito; Nélson Hungria, vencido. Os Impetrantes não tiveram apenas dificultado, com a resolução nº 35, o seu direito de acesso ao cargo ou "grau" de "chefe" ou "diretor de serviço": tal direito lhes foi totalmente suprimido. Pela resolução n° 23, havia entre os cargos dos impetrantes e o de chefe ou diretor de serviço um vínculo de "graduação" ou de "carreira", ou, seja, figuravam em "quadro funcional hierarquizado": os cargos de "redator-revisor" e de "oficial legislativo" eram "cabeça de ponte" para atingir o cargo de "chefe", hoje "diretor de serviço". No entanto, a resolução nº 35 desintegrou da "carreira" o

cargo de chefe ou diretor de serviço e intercalou um novo cargo - o de "assessor", que passou a ser, ao invés do cargo de redator-revisor ou oficial legislativo, o grau imediatamente inferior ao de chefe ou diretor de serviço. Ora, isto representa, iniludìvelmente, uma violação de "direito adquirido", a incidir na censura do art. 141 § 3°, da Constituição de 1946. A qualidade ou condição de inferiores imediatos aos chefes ou diretores de serviço, no quadro da carreira estabelecida pela resolução nº 23, não era simples expectativa de direito", mas direito subjetivo definitivamente integrado no patrimônio dos impetrantes. O seu direito à promoção ao cargo de chefe ou diretor de serviço escapava a qualquer alteração substancial, de cunho arbitrário ou discricionário, por parte da Administração.

Para ladear a evidência de tal situação jurídica, o acórdão socorre-se da "teoria estatutária" sôbre a relação de emprêgo público, mas atribuindo-lhe uma amplitude desconhecida

Finalpag. 261

até mesmo nos regimes totalitários. Sem dúvida, já se acha inteiramente desacreditada a teoria "contratualista pura"; mas não é exato que a teoria prevalente, na atualidade, seja a estatutária, arrimada à unilateralmente do ato de nomeação. A doutrina mais difundida é a do "contrato de direito público", que representa uma espécie de meio-têrmo entre as mencionadas acima. Eis a lição de LENTINI ("Istituzioni di Diritto Administrativo", 1.939, vol. I, pág. 555):

"...il rapporto di impiego é anzitutto contrattuale, perchè per la sua formazione richiede la manifestazione di due volontà concorrente allo stesso scopo. II contratto è bilaterale perchè importa diritti e doveri per entrambe le parti; ed essenzialmente consiste in una prestazione d'opera da parte dell'impiegato, in una remunerazione da parte delle ente. É di diritto pubblico perchë si svolge nel campo político e di quello del diritto pubblico, e ció giustifica talune prerogative della amministrazione di fronte all'impiegato che non escludono la libertà di contrattazione, ma che disciplinato preventivamente alcune modalità del rapporto con norme inderogabili od ammettono eccezionalmente nel pubblico interesse il sacrifício di alcuni diritti quesiti, "esclusi peraltro quelli di carattere economico".

Compreende-se que em países, como a França e Itália, em que o estatuto dos funcionários públicos é emanação quase exclusiva do Poder Executivo, se orientem a doutrina e a jurisprudência no sentido do *sic volo sic jubeo* por parte da Administração pública; mas, no Brasil, com a atual Constituição,

impregnada de liberalismo individualista, desde a epiderme até a medula, tal ponto de vista orça por um "sebastianismo" que tresanda ao crônico "estado de emergência" e à hipertrofia do DASP, que fizeram letra morta a calunia da Constituição de 37. Os funcionários brasileiros já não se encontram "*à la discretion du gouvernement*". Sustentar o contrário é repetir inadequadamente a lição de autores franceses, como reflexo de um regime administrativo diverso do nosso, ou a lição de autores italianos sob o ominoso regime fascista. Não se pode insistir, na linguagem de uma época em que a supremacia do DASP tripudiava até mesmo sôbre os conculcados privilégios da magistratura. As idéias do acórdão não estão reajustadas à Constituição de 46. Os conclamados "interêsses da Administração", com que, nas reformas de tal ou qual repartição, se mascaravam os interêsses do mais despejado favoritismo a apaniguados, já não podem superar o obstáculo que lhes antepõe a reintronização dos "direitos adquiridos" na categoria constitucional, abolida a facultativa retroatividade da lei. O direito à promoção nos cargos de carreira, referidos no art. 186 da Constituição e disciplinados estatutàriamente pela lei ordinária, está resguardado de anulação por lei posterior ao ato de nomeação (a que se tenha seguido a aceitação do nomeado, quer se conceitue esta como elemento de uma sinalagma, quer como manifestação unilateral de vontade em face de outro ato unilateral, que seria a nomeação). Abstraído o fenômeno de patologia estatal, que se chama "totalitarismo", a verdade está com PACINOTTI ("L'Impiego nelle Pubbliche Amministrazioni", pág. 259): o funcionário tem direito ainda às promoções de grau, porque tem direito ao desenvolvimento completo da sua relação de emprêgo tal como foi contemplado *ab initio*. No mesmo sentido, BULRICH ("Derecho Administrativo", 1942, pág. 340): "É indispensável respeitar, "de modo absoluto", o direito ao acesso". Para contrariar os têrmos do acórdão, não há, porém, como transcrever êste trecho de RUIZ Y GOMEZ ("Princípios Generales de Derecho Administrativo", pág. 236): "...*seguiendo la evolución del derecho administrativo que há ido pasando de lo discrecional a lo reglado, originalmente el ascenso és de carácter discrecional; pero progresivamente se han ido dictando normas para evitar los abusos del arbítrio en su empleo*". O acórdão refere-se à tese estatutária como uma espécie de salvo-conduto a tôdas as arbitrariedades da Administração. Ora, jamais semelhante teoria (que seria insustentável, se descambasse para o "unilateralismo" ditatorial) importou negar-se ao funcionário todo e qualquer direito ou prerrogativa. É o que salientou FILADELFO AZEVEDO, em famoso voto no Supremo Tribunal Federal, precisamente a propósito do direito à promoção. Disse êle, com todo acêrto: "Podem os funcionários não ter maiores "garantias, inclusive quanto à própria estabilidade, mas não se lhes pode retirar de todo o acesso, qualquer que seja a conceituação que se prefira, como direito subjetivo, situação jurídica ou direito eventual, sob proteção *sui generis*. Pode convir-se em que a Administração tenha a faculdade de, no interêsse público,

deixar de preencher os cargos vagos ou mesmo suprimi-los. O que, entretanto, é de todo indefensável é que ela possa subverter o direito à promoção aos graus não extintos da carreira". Ora, no caso vertente, foi precisamente o que ocorreu: os impetrantes faziam parte de um quadro hierarquizado ou de carreira, com posto de dois graus, sendo que o superior era o chefe ou diretor de serviço; e a impugnada resolução nº 35 truncou essa graduação, suprimiu a possibilidade de promoção ao cargo superior da carreira, interpolando um cargo novo, que passou a ser o imediatamente inferior ao de chefe ou diretor de serviço e sem ligação com os cargos dos impetrantes. Não se trata aqui, como se disse nestes autos, de preterição de direito à promoção *in concreto* no grau superior (hipótese de direito condicionado à superveniência de vaga), mas de negação *in genere e a priori* de qualquer promoção, ao arrepio do que dispunha a resolução

Finalpag. 262

nº 23. Ocorre, portanto, violação atual de direito subjetivo, líquido e certo, já integrado no patrimônio dos impetrantes. Por tais fundamentos, não duvidei em dar provimento à presente apelação, para segurar os impetrantes contra a inconstitucionalíssima resolução nº 35; *Frederico Sussekind*, vencido, porque reformava a sentença apelada e concedia o mandado de segurança.

Os votos dos eminentes desembargadores CÂNDIDO LÔBO e NÉLSON HUNGRIA, que com satisfação subscrevo, deixaram certo o direito dos apelantes à concessão da medida pleiteada. Seus direitos foram suprimidos pela resolução nº 35, de 1 de novembro de 1948, da Câmara do Distrito Federal. De fato, pela anterior resolução nº 23, de 1 de novembro de 1947, entre os cargos "de carreira", de provimento efetivo, ficou estabelecido o de redatores-revisores (padrões "L", "M" e "N") e, ainda, o de oficiais legislativos (padrões "K", "L", "M" e "N"), subordinando-os a uma hierarquia de acesso "até chefe", das diversas seções (classe "O"), hoje diretor de serviço. Fixados ficaram o início e o fim de cada uma "carreira". O cargo de "chefe" (dos debates, da ata, da contabilidade, de publicações, de expediente) era o de fim de carreira. Os funcionários, como os apelantes; adquiriram o direito a essa chefia, ou ao ápice da carreira. A resolução posterior, de número 35, feriu seus direitos, suprimiu-os mesmo, porque desintegrou da carreira o cargo de chefe ou diretor de serviço, intercalando um novo cargo: o de assessor. Isto representa como bem salientou o desembargador NÉLSON HUNGRIA, uma violação de "direito adquirido", a incidir na censura do art. 141, § 3º, da Constituição de 1946. O ilustre advogado dos apelantes invocou, não só nas suas razões escritas, como da tribuna do Tribunal, o acórdão da 8ª Câmara, por certidão às fôlhas 20, firmando a boa doutrina de que "o reajustamento de quadros não pode trazer,

como conseqüência, a intercalação de "outras classes entre a dos funcionários reclamantes e a que lhe vem imediatamente "inferior". Foi o que procedeu a Câmara do Distrito Federal na resolução nº 35, que considerei arbitrária, uma vez que suprimiu direito adquirido, líquido e certo dos apelantes; *Romão Côrtes de Lacerda*, vencido na preliminar e vencedor no mérito, pelos motivos seguintes:

Quanto à preliminar: Como se vê do quadro sinótico, a fls. 139, e da inicial, pretendem os requerentes que tinham direito a acesso aos 5 cargos de chefe de seção existentes segundo a resolução nº 23, de 1947; que, entretanto, êsses cargos foram transformados pela resolução n° 35, de 1948, em 14 cargos de diretores de serviço, intercalando-se entre êstes e os cargos dos requerentes 14 cargos de assessor de diretor de serviço, passando a cargos isolados os de diretor de serviço e assessor. Assim, os requerentes teriam sido prejudicados no seu acesso a chefes de seção, hoje diretores de serviço, pela criação dos novos cargos de assessor. Contra essa nova situação requerem a medida para que lhes seja assegurado o direito de constituírem a categoria imediatamente inferior, na escala hierárquica, à dos atuais diretores de serviço, antigos chefes de seção. Ora, quando os 6 cargos de chefe de seção passaram a constituir, pela reforma, 14 cargos de diretor de serviço, para tais cargos foram nomeados diversos funcionários, de modo que, se fôr reconhecido o direito de acesso dos requerentes a diretor de serviço, poderão ser prejudicados os direitos dos atuais diretores de serviço, que teriam sido irregularmente providos nos cargos em aprêço. Daí a razão por que me pareceu devessem êsses diretores ser citados, como litisconsortes necessários, dando-se-lhes também o mesmo prazo de 10 dias para se defenderem, prazo que a lei concede à pessoa de direito público interessada e ao coator. É da propedêutica jurídica que vir a Juízo assegurar um direito é propor "ação", seja qual fôr o "processo" a que se recorre. Mandado de segurança, como ensina o ministro CARLOS MAXIMILIANO, em passagem lembrada pelo ministro OROZIMBO NONATO, em acórdão não há muito publicado no "Diário da Justiça", não passa de um ação de processo especialíssima, com fórmulas reduzidas, para assegurar direito líquido. Assegurar direito por meio de processo especial, sumário, ordinário, executivo, etc., é propor ação, usar do *jus persequendi in judicio quod sibi deductur*. O Cód. de Proc. Civil, disciplinando o processo das ações, divide os processos em duas grandes classes: o processo ordinário (Livro III) e os processos especiais (Livro IV), incluindo entre êstes últimos o processo do mandado de segurança (tit. V do citado Liv. IV). Comuns a todos êstes processos, inclusive ao do mandado de segurança, são as regras do Livro I do Código, sob a rubrica "Disposições Gerais". Entre tais regras se incluem as que tratam litisconsórcio necessário (título VIII, cap. II), determinando o art. 91 ao juiz, mande citar, no caso dêsse litisconsórcio, os litisconsortes, para integrar a defesa. Ora, se nesse

processo de mandado fôr reconhecido que os requerentes têm acesso aos cargos de diretor de serviço, claro é que os atuais diretores de serviço nomeados em lugar dêles requerentes perdem o cargo em favor dêstes, em face da compreensão do art. 190 da Constituição. São, pois, litisconcortes necessários, partes necessàriamente prejudicadas pela decisão, se esta fôr favorável aos requerentes, como pode sê-lo. Quando o art. 322 do Cód. de Processo determina a citação, nos mandados de segurança, da autoridade coatora e da pessoa de direito público interessada, claro é que, com assim dispor, não exclui a citação dos litisconsortes necessários, se os houver. Na maioria dos casos, o mandado só interessará ao coator e à

pessoa de direito público; mas sempre que, além dêsses, interesse necessàriamente a terceiro, êste deverá ser citado; também no processo ordinário, o art. 292 do Código sòmente fala da citação do réu; mas é claro que, pelo citado art. 91, deverá ser igualmente citado o litisconsorte necessário. Em nenhum dos processos, ordinário ou especial, o Código fala, em particular, da citação do litisconsorte; porque não há necessidade disso, em face do art. 91, comum a todos os processos, seja qual fôr o seu rito, ordinário, executivo, especial, possessório ou... especial de mandado de segurança. Não se contesta que, viessem os requerentes por processo ordinário, teriam que citar os litisconsortes necessários, para que a sentença fôsse exeqüível contra êstes. E, se assim é, não se saberia por que razão ou principio de direito, sem a citação dêles, será contra êles exeqüível a sentença, proferida em mandado de segurança. Se sou nomeado para um cargo e alguém entende ilegal a nomeação e se julga com direito ao cargo, pedindo seja nêle provido em meu prejuízo, como executar contra mim a sentença que reconhecer o direito do requerente, lançando-me fora do cargo, prejudicando meu patrimônio, "sem que eu seja ouvido?" E princípio constitucional que ninguém pode ser tolhido na sua liberdade ou diminuído no seu patrimônio, em benefício de outrem, sem processo em que seja ouvido, sem a garantia fundamental a que os anglo-saxões chamam o *due process of law*. Entretanto, reivindica-se para o mandado de segurança êste monstruoso privilégio, de permitir essa forma processual, criada em garantia dos direitos líquidos postergados, se condene alguém que não é ouvido ou convencido em Juízo. Alega-se que o mandado de segurança só assegura direito líquido, que nêle só se decide sôbre direito em tese, sôbre questões legais.

Mas, se essa consideração fôsse bastante para permitir a condenação de alguém que não foi ouvido, então, se o requerente perdesse o prazo de requerer o mandado e fôsse pleitear o direito líquido por ação ordinária, bastante seria a

mesma razão para que na ordinária não se citasse o litisconsorte necessário. É claro que o litisconsorte tem direito de alegar as suas "razões de direito", ainda que a questão seja de direito em tese. Mas, não há processo, além disso, sem prova. E a prova, por mais forte e líquida que pareça, pode ser ilidida por outra prova. Assim, seja em mandado de segurança, seja em qualquer outro processo, todo aquêle que puder vir a ser prejudicado necessàriamente pela sentença tem direito de alegar razões de direito contra razões de direito e de opor prova a prova, para o que deverá ser citado, "sob pena de não ser exeqüível contra êle a sentença proferida em "seu prejuízo", porque - é outro princípio cardeal - "as sentenças sòmente são exeqüíveis e podem prejudicar "aos que foram parte no feito".

Lançado fora do cargo o funcionário não citado, a êle caberia, sim, requerer mandado de segurança por estar sendo executada contra êle sentença que o não podia condenar e o não condenou, pois que êle não, foi parte no processo, nem deu procuração, ao coator ou à pessoa de direito público para representá-lo no feito.

Quanto ao mérito: Indeferi o pedido. Na inicial nem mesmo se pleiteia o reconhecimento de direito de promoção dos requerentes a chefes de seção, hoje diretores de serviço. Pede-se que os requerentes seriam considerados ocupantes da categoria imediatamente inferior à dos diretores de serviço, visto que anteriormente eram de categoria imediatamente inferior à dos chefes de seção (*vide* o quadro a fls. 139). Ora, é evidente que uma categoria de funcionários não tem direito algum de permanecer para sempre ocupando categoria imediatamente inferior a outra determinada categoria.

Não se mostra que os requerentes, pela resolução nº 23, anterior, tivessem direito a acesso a chefes de seção, para ter êsse direito de acesso, atualmente, a diretores de serviço, cargos em que se teriam transformado os de chefes de seção. Mas, ainda que, ao contrário disso, os chefes de seção formassem uma "classe de carreira" dos requerentes, nenhum autor e absolutamente nenhum, de direito administrativo, há que sustente não possa a lei suprimir classes nas carreiras ou tornar a classe superior de provimento por nomeação em vez de promoção. No caso, a lei podia suprimir a categoria dos chefes de seção, ainda que ela pertencesse à carreira, como última classe; logo podia "o menos", isto é, transformar essa categoria dos chefes de seção em diretores de serviço e tornar êstes cargos províveis por nomeação. Os assessores figuram na questão como Pilatos no Credo: êles não foram criados como classe da carreira, não são cargos "de carreira", não são categoria de acesso interpolada entre a dos requerente e a dos chefes de seção, hoje diretores de serviço. O que se tem de decidir é se, "admitidos" fossem os antigos chefes de seção classe de carreira,

podia tal classe ser supressa da carreira e transformada em categoria a ser provida mediante nomeação em lugar de promoção. Claro que podia, porque o ingresso do funcionário no serviço público "não lhe cria direito adquirido à carreira em todos os seus graus". É o que ensinam os numerosos autores, citados na perfeita sentença de primeira instância e no erudito acórdão que a confirmou. Autores, como os citados pelo eminente desembargador NÉLSON HUNGRIA, - BULRICH e RUIZ Y GOMEZ, - falam da mesma forma que BIELSA, em direito à carreira, mas, isso, em tese, de modo geral, sem que; entretanto, nem êles, nem outra qualquer,

Finalpag. 264

jamais haja sustentado não possa a lei suprimir, ou, o que tanto vale, tornar províveis por nomeação os cargos, *v. g*., da última classe da carreira, da classe mais alta, como no caso. Em matéria de direito à carreira, a lei pode: *a)* suprimir qualquer classe na carreira; *b)* torná-la preenchível por outro meio que não a promoção; *c)* refazer tôda a carreira, respeitados os direitos aos cargos atualmente ocupados pelos funcionários. Pode a Administração, por sua vez, deixar, até, de efetuar as promoções para as vagas abertas, se o julgar conveniente, "salvo se a lei determina que tais promoções sejam feitas dentro de certo prazo". Admite o ilustre voto vencido do Sr. desembargador NÉLSON HUNGRIA, fls. 204, que "a Administração tenha a faculdade de, no interêsse público, deixar de preencher os cargos vagos ou mesmo suprimi-los", e acrescenta ser, contudo, indefensável que "ela possa subverter o direito à promoção aos graus não extintos da carreira", como se teria verificado no caso *sub judice*, em que se "suprimiu a possibilidade de promoção ao cargo superior da carreira, intercalando um cargo novo..." Ora, se a Administração - entenda-se o Legislativo - pode, segundo o ilustre voto, ir ao extremo de suprimir os cargos de uma classe, não se compreende por que não possa transformar tais cargos em outros, tal como se deu no caso, em que os 5 cargos de chefe de seção foram substituídos por 14 cargos de diretores de serviço. Essa transformação não é senão a supressão dos cargos de chefes de seção e a criação, em lugar dêles, dos cargos de diretores de serviço. Assim como a Administração - o Legislativo - podia suprimir os cargos de chefes de seção, podia torná-los preenchíveis "por nomeação" ou transformá-los em outros, no caso, nos de diretores de serviço províveis "por nomeação" em vez de promoção. Não se compreende como se possa pensar em "direito adquirido" à promoção quando se reconhece que a Administração, no interêsse público, pode até deixar de efetuar as promoções para as vagas abertas, ou suprimir os cargos de uma classe de acesso; não se compreende, igualmente, como admitir possam ser suprimidos os cargos - o que é o mais - e não possam êles ser transformados em outros de denominação e forma de provimento diferentes. A

tese dos ilustres votos vencidos, no fundo, está em admitir que o provimento de um funcionário em cargo público de carreira cria para o funcionário direito a que a carreira se mantenha íntegra para sempre, em relação a êle; a nomeação constituiria um contrato, em que um dos direitos seria o de percorrer tôdas as portas da carreira, que não poderiam ser suprimidas ou modificadas. Doutrina essa que não encontra apoio em lição alguma de qualquer escritor. Ao contrário, cláusula é do contrato de emprêgo, implícita, que a lei pode alterar a carreira, suprimindo-lhe classes ou tornando de nomeação os cargos delas. Neste sentido, além dos autores citados na sentença e no acórdão, encontram-se lembradas as lições de dezenas de outros na monografia de OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO ("Promoção por sentença", em dois volumes, 1943 e 1944), contendo razões e outras peças referentes à demanda que funcionários da Prefeitura de São Paulo levantaram por não terem sido feitas pelo prefeito suas promoções a cargos vagos, a que se julgavam com direito, monografia aquela que mereceu especial referência de BIELSA, na 4ª edição do seu "Derecho Administrativo", 1947, tomo II, pág. 172, nota. Pois bem: essa questão, em que sustentava precisamente a tese de BIELSA, à mesma pág. 172, de que a promoção não constitui direito pròpriamente, podendo, até, a Administração, salvo disposição legal expressa em contrário, deixar de preencher as vagas, esta questão foi levada ao egrégio Supremo Tribunal Federal que, no recurso extraordinário nº 8.575, confirmou a decisão do Tribunal de São Paulo que havia dado ganho de causa à Prefeitura de São Paulo ("Arq. Judiciário", vol. 37, fasc. 6, pág. 376). Ainda no mesmo sentido decidiu o Supremo, em acórdão no mesmo "Arq. Judiciário", pág. 173: "O chamado direito de promoção não vincula a Administração ao dever de preencher as vagas *cum festivatione* e nem, ainda, em prazo determinado, salvo se êsse dever consta em lei expressa". Ora, que direito adquirido à promoção será êsse em que se fala, se a própria Administração tem o arbítrio de não efetuar as promoções, se assim julgar de interêsse público? E se o interêsse público, sem que se maltratem direitos adquiridos, pode justificar a não promoção para vagas abertas, como negar no Legislativo atribuição para suprimir tais vagas, acabar com a classe, transformá-la em categoria de cargos de nomeação, mudando-lhes ou não os nomes e as atribuições? O direito de promoção resume-se apenas, em última análise, no direito de "não ser preterido", havendo vaga a ser preenchida por promoção, o provimento deve ser feito com ó funcionário que reunir as condições de promoção. Mas, embora haja vagas, a lei pode, sempre, suprimir os cargos ou modificar-lhes o teor e a forma ou modo de provimento, sem que fira direito adquirido, desiludindo, apenas, esperanças; expectativas; *Eurico Rodolfo Paixão*. Vencido na preliminar, de acôrdo com o voto do desembargador ROMÃO CÔRTES DE LACERDA, sôbre assunto; *Mário Guimarães Fernandes Pinheiro*. Vencido na preliminar, de acôrdo com o voto do desembargador ROMÃO CÔRTES DE

LACERDA; *Emanuel Sodré*. Vencido na preliminar. O mandado de segurança tem grande e profunda analogia com o *habeas corpus*, mas não são elas de molde a

Finalpag. 265

negar-se a qualquer interessado, que possa vir a ser prejudicado com a concessão do mandado, a faculdade de intervir em defesa do direito que porventura lhe assista. Subscrevo, quanto à preliminar, o brilhante voto vencido do desembargador ROMÃO CÔRTES DE LACERDA; *Guilherme Estelita*. Vencido na preliminar e pelos motivos constantes do voto do desembargador ROMÃO CÔRTES DE LACERDA, os quais, *data venia*, meus faço.

*

PROMISSÓRIA - AÇÃO EXECUTIVA - ENDOSSATÁRIO

- Ao endossatário de nota promissória assiste o exercício da ação executiva para a cobrança de seu crédito representado por aquela.

Maria de Oliveira e Sousa *versus* Manuel Ferreira dos Reis

Ap. nº 13.575 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO DE PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 13.575, em a qual é apelante Maria de Oliveira e Sousa, sendo apelado Manuel Ferreira dos Reis:

Acordam, por unanimidade de votos, os juizes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em negar provimento ao aludido recurso e, em conseqüência, confirmar a decisão recorrida, pagas as custas na forma da lei.

Trata-se, na espécie, de cobrança de uma nota promissória, do valor de Cr$ 22.000,00, vencida e não paga, sendo credor exeqüente um endossatário, o ora apelado.

A defesa consistiu em alegar carência de ação por parte do credor para, via executiva, obter seu pagamento e, no *mérito* fraude por simulação no endôsso do aludido título.

É velha a controvérsia que se levanta neste autos, tal seja a de recusar o exercício da ação executiva ao endossatário de nota promissória endossada após o vencimento.

A princípio, duas correntes se agitaram a respeito, mas hoje é pacífico que os "efeitos da cessão civil", que são dados ao endôsso das promissórias nelas lançado após o vencimento, não impede ao endossatário o exercício da ação executiva, pois o que determinam é, apenas, a responsabilidade do endossante pela autenticidade do título e da obrigação nêle representada. Que é assegurada a ação executiva ao endossatário, ou cessionário do título, dizem-no, entre outros, BENTO DE FARIA, "Código Comercial Brasileiro", notas, art. 364; CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. 5, parte 2ª, nº 926; LACERDA DE ALMEIDA, "Obrigações", pág. 62, nota 16; MAGARINOS TÔRRES, "Nota Promissória", nº 45, pág. 145; PAULO MARIA DE LACERDA, "A Cambial", nº 429; SARAIVA, "A Cambial", §§ 64-65; FIRMINO WHITAKER, "Letra de Câmbio", ns. 90-91. Outra não é a orientação predominante no direito estrangeiro, *v. g*., BEDARRIDE, "Lettre de Change", ns. 296 e segs.; BAUDRY-LACANTINERIE ET SAIGNAT, "De la Vende et de l'Echange", ns. 818 e segs.; BRAVARD VEYRIERES (Anoté por DEMANDEAT), "Traité de la Lettre de Change", pág. 161; DALLOZ, "Repertoire", vol. 20, ns. 407 e segs.; CIANINI, "Azioni ed Eccezioni Cambiarie", número 29, pág. 50, e muitos outros.

Esta é, aliás, a melhor doutrina e cujos fundamentos são sobejamente conhecidos:

Assim, portanto, era própria a ação executiva usada pelo credor endossatário para a cobrança do título endossado.

A alegação de fraude, por simulação no endôsso da promissória, como, também, na sua emissão, não passou de mera alegação sem o apoio de qualquer prova. Aliás, para cortar qualquer suspeita em tal sentido, demonstrou o credor, por meio de documentos, ser pessoa econômicamente abonada.

Distrito Federal, 16 de outubro de 1951. - *Homero de Pinho*, presidente e relator; *Mário dos Passos Machado Monteiro*; *Otávio da Silveira Sales*.

*

CAMBIAL - AVAL E ENDÔSSO

- Desde que não haja qualquer referência em contrário, no título, os avais são de considerar-se simultâneos, a imporem a responsabilidade solidária.

Armando Pinto da Silva *versus* Joaquim Ferreira da Costa Júnior

Ap. nº 10.512 - Relator: DESEMBARGADOR ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 10.512, apelante Armando Pinto da Silva, apelado Joaquim Ferreira da Costa Júnior, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acordam, unânimemente, em negar-lhe provimento, para confirmarem, como confirmam, a decisão recorrida, pagas as custas pelo apelante.

O exame das promissórias, cuja cobrança é objeto da presente ação executiva, convence

Finalpag. 266

de que não há falar em endôsso, se bem que um dos avalistas, incorrendo na confusão que, ainda, é comum nos meios leigos, haja escrito, acima da sua assinatura: endôsso. Uma vez que não é portador do título, emitido em favor de terceiro, expressamente mencionado, a sua assinatura envolve, imensamente, o aval.

Nada há que estabeleça qualquer distinção entre os dois avalistas, pouco importando que um, ao avalizar o título, haja pôsto a sua firma ao lado da do emitente e o outro tenha assinado nas costas. Nenhuma indicação de ordem. Obrigações assumidas e exigíveis simultâneamente; responsabilidade perfeitamente solidária.

Distrito Federal, 9 de outubro de 1951. - *Guilherme Estelita*, presidente; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Hugo Auler*.

*

VIAJANTE-VENDEDOR - PRESTAÇÃO DE CONTAS - RESPONSABILIDADE

- O viajante-vendedor, com funções de cobrador de estabelecimento comercial, é responsável, perante êste, pelas somas das cobranças que

efetua, não importando isenção o fato de imputar a outrem, a quem incumbira parte do serviço, o desvio das quantias liquidadas pelos devedores.

Osvaldo Fajardo da Silveira *versus* Dianda Lopes & Cia. Ltda.

Ap. nº 10.834 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO DE PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 10.834, em a qual é apelante Oswaldo Fajardo da Silveira, sendo apelada Dianda Lopes & Cia. Limitada:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente, em negar provimento, por prejudicado, ao agravo no auto do processo e, no mérito, ao recurso pròpriamente dito, confirmando, assim, a sentença recorrida, pagas as custas na forma da lei.

Quanto ao agravo no auto do processo, manifestado às fls. 98, contra o saneador de fls. 97, assim decidem porque, tendo consistido em que teria omitido, o despacho aludido, providência processual, veio, porém, a sentença a julgar a ação favoràvelmente à então agravante, que da mesma não interpôs nem um recurso, o que, aliás, não podia fazer.

No *mérito*, a espécie é a de uma prestação de contas que Dianda Lopes & Cia. Limitada veio promover contra Osvaldo Fajardo da Silveira, seu viajante-vendedor, com funções de cobrador, e que as deixou de prestar relativas à avultada quantia correspondente à cobrança de títulos de fregueses devedores da apelada.

A defesa consistia em imputar o apelante a um seu filho de nome Nélson Brunck da Silveira, desviado do caminho da honra, a indébita apropriação de importante soma pertencente àquela firma e da qual procurou fazer crer que era, também, preposto.

Essa defesa não resultou de nenhum modo demonstrada, apurando-se, pelas declarações do próprio apelante e de seu referido filho, que este nada mais seria, no caso, do que um auxiliar do pai e isto por conta exclusiva do mesmo, o que importa dizer que tôda a responsabilidade civil da prestação de contas cabe, inequivocamente, ao apelante.

Inúmeros documentos constantes dos autos e o exame pericial, - este com a unanimidade dos peritos sôbre as conclusões, não deixam a menor dúvida sôbre ser fato que, em poder do apelante e pertencente à apelada, foi retida e dissipada a vultosa soma de Cr$ 883.252,00, que a sentença reconheceu como saldo em favor da credora.

Nem uma prova foi feita pelo apelante no sentido de abonar qualquer restrição a êsse respeito.

Distrito Federal, 21 de setembro de 1951. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Homero de Pinho*, relator; *Mário dos Passos Machado Monteiro*.

*

COMPRA E VENDA MERCANTIL - DEVOLUÇÃO DE COISA COMPRADA

- A falta de depósito pelo vendedor acarreta a presunção de que consentiu na rescisão, sem que importe reconhecimento de que a devolução foi feita com justa causa.

Cia. Deodoro Industrial *versus* J. A. Vaz de Melo

Ap. nº 13.233 - Relator: DESEMBARGADOR VIEIRA BRAGA

ACÓRDÃO

Vistos estes autos de apelação cível: 1ª apelante, Cia. Deodoro Industrial; 2º apelante, J. A. Vaz de Melo; apelados, os mesmos:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento a ambos os recursos, mantendo, assim, a sentença apelada, que julgou procedente, em parte, a ação e improcedente a reconvenção.

O 2º apelante, estabelecido em Belo Horizonte, contratou, em julho de 1950, com a

1ª apelante, que aqui tem sede, a compra e venda de 10 teares, pelo preço de...Cr$ 60.000,00, pagando logo por conta a importância de Cr$ 20.000,00. Alegando que, apesar de terem sido comprados os teares em perfeito estado de funcionamento, chegaram a Belo Horizonte em más condições, em desacôrdo com o que fôra convencionado, e tanto assim que logo foram devolvidos e entregues à 1ª apelante, a qual, entretanto, se recusou, não só a devolver o sinal recebido, como a pagar as despesas feitas por êle, 2° apelante; propôs esta ação, reclamando, além do que dera por conta do preço, o frete de retôrno e outras pequenas despesas, tudo somando Cr$ 21.273,00, perdas e danos e juros de mora.

A essa pretensão opôs a 1ª apelante a alegação de que os teares vendidos tinham sido retirados da sua fábrica e que o 2° apelante os adquiriu para aproveitá-los, depois do necessário recondicionamento e reconstituição, continuando, embora não depositados, à disposição do comprador, que é devedor do restante do preço. E apresentou reconvenção a fim de que fôsse o 2º apelante condenado a perder o sinal e pagar despesas de frete, seguro e outros, uma vez que tomara a iniciativa de desfazer o negócio.

A sentença apelada considerou desfeita a compra e venda por acôrdo, condenando a 1ª apelante à devolução do que recebera, e julgando improcedente, quanto ao mais, a ação, bem como a reconvenção.

Gera a questão, nos têrmos em que a colocou o 2° apelante, que é o autor na ação, em tôrno da interpretação do art. 212 do Cód. Comercial. Sustenta êle que, se o comprador reenvia a coisa ao vendedor e êste a recebe, vale como reconhecimento de justa causa para a devolução a falta de depósito, na forma do disposto no referido artigo. Não é êsse, entretanto, o sentido que se deve atribuir a tal disposição.

Pelo art. 204 do Cód. Comercial, se o comprador sem justa causa recusa receber a coisa ou deixa de receber no tempo ajustado, terá o vendedor ação para rescindir o contrato, ou denunciar o comprador pelo preço, com os juros legais da mora, devendo, no segundo caso, requerer depósito da coisa vendida, por conta e risco do comprador. A lei, assim, dá ao vendedor, no caso da recusa de opção do recebimento, ação para rescindir o contrato ou para reclamar o preço com os juros da mora. Mas sòmente quando opta pela última é que fica obrigado a depositar judicialmente a coisa vendida.

Ao vendedor cabe escolher entre uma e outra ação, subordinado, porém, a que se intentou para cobrança do preço ao prévio depósito da coisa vendida, porque não seria possível exigir o pagamento sem fazer entrega da mercadoria. Na

ação destinada a tornar efetiva a compra e venda, não iria a lei dar o meio de reclamar o preço a um dos contratantes, sem lhe impor a obrigação de cumprir a sua prestação. Se o objeto da ação é, porém, rescindir o contrato e pleitear perdas e danos, norma idêntica seria inconcebível, pois, quando se cogita de fazer desaparecer a relação contratual, que impunha a um a obrigação de pagar e a outro a de entregar, êste não poderia ficar sujeito a realizar o depósito daquilo que não pretende entregar.

Isso é o que estabelece, coerentemente, a lei ao tratar da recusa do recebimento. Quando regula depois a situação decorrente da devolução pelo comprador da coisa já recebida, declara ela que se presume ter o vendedor consentido na rescisão, desde que não deposite judicialmente a coisa. Já aí a lei firma uma presunção no sentido de consentimento para a rescisão. Mas sòmente isto. Presunção de ausência, de adesão à iniciativa tomada pelo comprador, para rescindir o contrato. Daí não decorre, necessàriamente, que o vendedor reconheça ter deixado de entregar a coisa vendida, nas condições e têrmos ajustados, sobrando, assim, razões ao comprador para dar por desfeito o contrato e reclamar indenização.

No caso dos autos, trata-se de teares usados, conforme consta de vários documentos. Pelo recibo de fls. 15 (cópia não contestada), foram êles vendidos *no estado*. *No estado*; expressão que comporta uma escala enorme de situações, inclusive as versões defendidas pelo autor e pela ré - teares, embora usados, em perfeito funcionamento; teares que iam deixar de ser usados e que, para voltarem a novo uso, dependiam de reconstituição e recondicionamento. Seria muito e muito difícil, senão impossível, tanto ao autos como à ré, provar e convencer de que a compra dos teares foi ajustada, nas condições que cada um proclama.

O recebimento dos teares reenviados por parte do vendedor deve aqui ser entendido como concordância à rescisão, nos têrmos em que o ato de comprador colocou a questão, pagando êle o frete da devolução, já que nem êste nem aquêle fêz prova das alegações em que se baseiam os pedidos da ação e reconvenção.

Ainda deve ser aqui pôsto em relêvo um aspecto especial do caso. Pelos documentos de fls. 3 e 4, vê-se que o conhecimento sòmente seria entregue ao comprador (2º apelante) mediante o pagamento da duplicata. E, como não houve pagamento, entrega não se verificou. O 2º apelante providenciou, assim, para o retôrno dos teares, pagando-lhe o frete, sem estar de posse dos documentos com que os poderia retirar. Em rigor, portanto, a devolução foi

feita, sem que o comprador tivesse chegado a receber a mercadoria. Esta circunstancia mostra, assim,

Finalpag. 268

que o caso deveria ser julgado à luz do disposto no art. 204, se a solução, em face dos arts. 212 e 213, invocados pelo 2° apelante, tivesse de ser diferente da que deu a sentença apelada, o que, entretanto, não acontece, como já ficou salientado acima, pois o art. 212 não tem a significação que o 2° apelante lhe empresta.

A sentença, portanto, chegou a conclusão acertada, quando se limitou a condenar a 1ª apelante à devolução do que havia recebido por conta do preço.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 18 de setembro de 1951. - *Antônio Vieira Braga*, presidente e relator; *Ari Franco*; *Mém de Vasconcelos Reis*.

*

CAMBIAL - AÇÃO EXECUTIVA - VINCULAÇÃO

- Sendo a nota promissória um título autônomo e que, por si só, prova dívida líquida e certa, a sua vinculação a qualquer contrato deverá ser iniludìvelmente provada.

Jerônimo de Oliveira Neto *versus* Davi José Ribeiro

Ap. nº 14.887 - Relator: DESEMBARGADOR FARIA COELHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 14.887, em que figuram como apelante Jerônimo de Oliveira Neto e como apelado Davi José Ribeiro:

Acordam os juízes da 7ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, confirmando a sentença apelada pelos seus fundamentos. Realmente, nenhuma prova fêz o apelante no sentido de haver vinculação das notas promissórias, que instruem a petição inicial, com qualquer contrato realizado entre as partes, conforme havia

afirmado na contestação. É de ver-se que os títulos ajuizados são autônomos, por fôrça de lei, e valem, por si sós, como dívida líquida e certa. Por outro lado, não há como dar acolhida à invocação do art. 1.009 do Cód. Civil, relativamente à compensação de dívidas, eis que não provou o apelante ser credor, por dívida líquida e certa do apelado. Mencionou a indenização dos danos que teria sofrido com a rescisão do contrato de locação; mas isso constituirá matéria a ser decidida, primeiramente, em ação própria.

Custas pelo apelante.

Distrito Federal, 23 de outubro de 1951. - *Ari Franco*, presidente interino; *Vicente Faria Coelho*, relator; *Mém de Vasconcelos Reis*.

*

SOCIEDADE MERCANTIL – DISSOLUÇÃO - MORTE DE SÓCIO

- A dissolução da sociedade mercantil por morte de sócio não obriga à liquidação.

Alberto de Almeida Matos e sua mulher *versus* Rubem Cabral e outros

Ap. nº 5.772 (embs.) - Relator: DESEMB. ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5.772, ora em grau de embargos de nulidade e infringentes do julgado, opostos por Alberto de Almeida Matos e sua mulher Simi Cabral de Almeida Matos, sendo embargados Rubem Cabral, Flora Ferreira da Silva Cabral, inventariante do espólio de José Augusto Alves Magalhães Cabral, Carmem Cabral e Maria de Lourdes Cabral de Oliveira, contra o voto dos doutores HUGO AULER, ALBERTO MOURÃO RÚSSEL, que recebiam ditos embargos, nos têrmos do voto vencido do desembargador FREDERICO SUSSEKIND, oposto ao acórdão da 5ª Câmara, os juízes da 1ª Turma das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acordam, por maioria, em desprezá-los, para manterem, como mantém, o acórdão embargado, pagas as custas pelos embargantes; o que decidem, depois de, unânimemente rejeitada a preliminar de não reconhecimento, cabível, como indiscutivelmente é êste, à vista do voto divergente sôbre o mérito da apelação.

Assente que, dissolvida a sociedade comercial, formada por dois sócios, com o falecimento de um dêles, a discussão se cinge, nos limites do julgado da maioria e da variação dó julgador inconformado, a saber se é necessário proceder à liquidação, ou se pode permitir-se, na conformidade das cláusulas contratuais, a apuração de haveres, na base do último balanço, aprovado ainda pelo sócio falecido, a última solução é a preferida, permitindo a continuação do negócio pela sobrevivente, reunindo a preferência, declarada e insofismável, de quase a unanimidade dos interessados nos bens daquele. Ao propósito, o acórdão embargado, com argumentação rigorosa e erudita, faz a documentação de tal preferência no decidir, em têrmos tais, que passam a integrar o presente aresto, sem necessidade de acréscimos.

Distrito Federal, 26 de fevereiro de 1951. - *Mém de Vasconcelos Reis*, presidente, com

Finalpag. 269

voto; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Hugo Auler*, vencido, por isso que se me afigura haver o acórdão embargado contrariado a regra de direito segundo a qual é de reputar-se dissolvida a sociedade mercantil pela morte de um dos sócios, salvo convenção em, contrário a respeito dos que sobreviveram, contida no art. 335, IV, do Cód. Comercial e o princípio de que, naquela hipótese, logo se seguirá a respectiva liquidação, nos têrmos dos arts. 344 e segs. do citado, diploma legal. É que, na espécie, reduzida apenas a dois sócios a emprêsa em questão, a morte de um dêles veio causar de pleno direito a respectiva dissolução, não obstante a convenção em contrário estipulada na cláusula nona do contrato social, firmada à época de sua constituição quando de seis sócios se compunham o respectivo organismo social. Naquela época, não resta a menor dúvida que a superveniência da morte de um dos sócios poderia implicar a continuação da sociedade, pois que a existência de mais de dois sócios sobreviventes não iria apagar a idéia de associação, de unificação de várias vontades individuais, que caracteriza a *universitas personarum*. Todavia, na hipótese dos autos, ao ocorrer a morte de José Augusto Magalhães, tinha êste por sócio apenas a Rubem Cabral, razão por que aquêle evento veio quebrar o caráter pluripessoal que informa a economia de qualquer sociedade, tornando írrita e nenhuma aquela cláusula contratual. O emprêgo no plural da expressão - *dos que sobreviveram* - no artigo 335, inciso IV, do Cód. Comercial e da condição de que, "no caso de falecimento ou retirada de qualquer sócio, continuará a sociedade com os *sócios sobreviventes ou remanescentes*", inserta na cláusula nona do contrato social, está a demonstrar que esta exceção à regra geral da dissolução não poderia vigir se a morte de um dos sócios se

verificasse, como realmente se verificou, no momento em que de dois dêles apenas se compunha afinal a sociedade comercial.

E a razão de ser desta conclusão é elementar, quando se não ignora que se possível fôsse a existência de convenção em contrário à regra geral contida no art. 335, IV, do Cód. Comercial, determinando que a morte de um dos sócios não operaria a dissolução da sociedade, mesmo que de duas pessoas apenas se compusesse o respectivo organismo social, ter-se-ia que admitir a existência de uma sociedade unipessoal, o que constitui, em face da concepção clássica do contrato de sociedade, uma verdadeira monstruosidade jurídica, por isso que o substantivo *sociedade* e o adjetivo *unipessoal* estão evidentemente em contradição frontal. É bem verdade que há doutores que adotam êsse gênero de sociedade, mas, ao fazê-lo, têm apenas por objetivo dar uma forma jurídica à responsabilidade limitada da emprêsa individual, muito embora, como afirma com razão SOLA CAÑIZARES, desnaturando a concessão clássica da sociedade mas sem reconhecer a existência de um contrato de sociedade ("L'entreprise individuelle à responsabilité limitée", *in* "Révue Trimestrielle de Droit Commercial", Paris, Recueil Sirey, 1948, vol. I, pág. 379). No mesmo sentido é a opinião sempre magistral de COPPER-ROYER, o qual, partindo do princípio de que a sociedade sòmente poderá ser concebida quando pelo menos em número de dois são os contratantes, afirma que "a sociedade que não deve a sua vida jurídica senão a uma única vontade ativa e sincera não é uma sociedade. E a sociedade onde tôdas as vontades ativas e sinceras acabam por serem absorvidas em uma única vontade individual, cessa de ser sociedade", acrescentando que "êsse desaparecimento ou esta evaporação da sociedade se produz espontâneamente. Assim, se a sociedade se constitui de fato e de direito com uma única vontade, não há sociedade; ela é juridicamente inexistente, ela não pode desde a sua origem produzir nenhum dos efeitos normais que um contrato de sociedade pode e deve produzir. Se é no curso de sua vida social que a totalidade dos direitos sociais acaba por concentrar-se nas mãos de uma única pessoa, o contrato de sociedade desapareceu espontâneamente; não é necessária nenhuma declaração, não pode ser invocada a ausência de publicidade legal; não há que intervir qualquer decisão judicial: o juiz apenas constata que em tal data tal estado de fato sucedeu a tal estado de direito" ("Traité des Sociétés". Paris, Recueil Sirey, 1939, tomo II, cap. XIII, § 4º, págs. 725-726).

Portanto, domina a matéria o princípio de que, sendo a sociedade comercial constituída apenas de dois sócios, o falecimento de um dêles acarreta de pleno direito as respectivas dissolução e liquidação mesmo que disponha o contrário o contrato social, o qual, muito embora represente a *lex privata*, não poderá

todavia contrapor-se a preceitos que, defluem da própria natureza das coisas e constituem normas cogentes da legislação comercial.

Dir-se-á, entretanto, que a personalidade jurídica da sociedade comercial sobrevive à sua dissolução. Mas, nessa hipótese, apesar da opinião de ALFREDO ROCCO, para quem "la ragione fondamentale della persistenza reale e no finita della società durante la liquidazione è precisamente l'autonomia del patrimonio sociale" ("Studi di Diritto Commerciale", Roma, Ed. "Foro Italiano", 1933, tomo I, pág. 201), a verdade é que se trata dê uma ficção. A personalidade jurídica deixa de ter um caráter institucional, ou, como bem o diz FERRARA, deixa de ser um processo de unificação a configuração legal que certos fenômenos de associação e de organização recebem do direito objetivo ("Le Persone

Finalpag. 270

Giuridiche", Turim, Utet, 1938, nº 15, pág. 31), para voltar à noção fictícia de um *corpus mysticum* para que a sociedade possa ser considerada como supérstite à própria dissolução mas, como observa VASSEUR, tão-só na medida onde esta ficção de sobrevivência apareça necessária para as necessidades da liquidação ("Traité des Sociétés Civiles et Commerciales", Paris, Juifs-Classeurs, 7ª ed., 1931, tomo I, nº 538, pág. 591). E por êsse motivo é que ESCARRA observa que se não pode perder de vista tratar-se de uma sociedade dissolvida e que deve necessàriamente subsistir apenas para as necessidades da liquidação ("Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial - Les Societés Commerciales", Paris, Recueil Sirey, 1950, tomo I, nº 281, págs. 326-327). Portanto, dissolvida de pleno direito, apesar da subsistência de sua personalidade jurídica restrita aos fins que menciona o art. 344 do Cód. Comercial, a sociedade mercantil deverá entrar necessàriamente em liquidação, não podendo sobreviver mediante simples processos de apuração de haveres, para efeito de pagamento aos herdeiros do sócio falecido na respectiva sucessão.

Aliás, até mesmo os que consideram a realidade da persistência da personalidade jurídica da sociedade comercial, que atingiu de pleno direito o estado de dissolução, não negam a natureza compulsória da respectiva liquidação e a cessação do contrato social, como a faz BRUNETTI, para quem a liquidação se inicia no próprio ato de dissolução e se protrai no tempo até a divisão produzindo a cessação do contrato e a extinção do vínculo de associação ("Trattado dei Diritto delle Società", Milão, Ed. A. Giuffrè, 1948, tomo I, nº 150, pág. 303).

É bem verdade que a liquidação da sociedade comercial dá um efeito ripristinatório ao contrato social, cuja cessação é causada pela dissolução, permitindo que ela se faça nos têrmos das cláusulas contratuais em respeito à autonomia da vontade dos sócios, manifestada no respectivo instrumento. Mas não é menos verdade que se não pode atender ao que o contrato social disponha em derrogação a princípios de ordem pública contidos na lei geral. E na hipótese dos atos, não só inexiste qualquer cláusula regulando a forma de liquidação, por isso que as cláusulas nona e décima sòmente disciplinam a apuração dos haveres do sócio falecido se a sua morte não determinar a dissolução da sociedade, como também porque, a entender-se de outro modo, estariam elas a infringir normas cogentes de direito sucessoral e comercial. A infringir norma de direito sucessoral, por isso que a partilha de todos os bens do *de cujus* deverá ser feita de acôrdo com a respectiva avaliação contemporânea à abertura da sucessão, na conformidade do art. 482 do Cód. de Proc. Civil. A infringir norma de direito mercantil, por isso que a apuração de haveres fundada no último balanço sòmente poderá ser atendida se no ativo foram computados todos os bens sociais com o seu justo valor atual, nos têrmos do art. 10, nº 4, do Cód. Comercial. E como se não ignora, porque bem o diz ENDEMANN, na elaboração do balanço constitui princípio fundamental a obrigação de computar tôdas as partes da propriedade não pelo valor de sua aquisição mas pelo valor efetivo e real existente ao tempo do levantamento do inventário. E porque tal valor possa ser definido segundo os princípios comerciais como sendo a soma pela qual o objeto ao tempo indicado seja suscetível de ser desde logo convertido em dinheiro, dai resulta que os imóveis devem ser computados no inventário pelo preço igual ao que possam alcançar em venda efetuada contemporâneamente àquele ato ("Manuale di Diritto Commerciale, Marittimo e Cambiario", trad. de BETTOCCHI e VIGHI, Nápoles, Ed. Nicola Jovene, 1897, vol. I, § 63, página 215). E mesmo para os que consideram perigoso o sistema de aumentar o ativo através da valorização dos imóveis levados para a sociedade comercial, como o fazem EDOUARD FOLLIET ("Le Bilan dans les Sociétés Anonymes", Lausanne, Ed. Payot, 1946, páginas 64-65) e VIVANTE ("Trattato di Diritto Commerciale", Milão, Ed. Vallardi, 5ª ed., 1935, vol. II, nº 568, págs. 301-303), é inaceitável o preço de aquisição para efeito de liquidação, razão por que nulas deverão ser consideradas juridicamente as cláusulas do contrato social que determinarem a apuração de haveres do sócio falecido, por efeito de dissolução e liquidação da sociedade comercial, com base no valor de aquisição daqueles mesmos bens.

Por todos êsses fundamentos foi que aderi à tese defendida pelo eminente desembargador FREDERICO SUSSEKIND, no erudito voto vencido, em cuja conformidade dei pela procedência dos presentes embargos; *Alberto Mourão Rússel*, vencido, nos têrmos do voto do desembargador HUGO AULER.

*

EXECUTIVO CAMBIAL - PENHORA

- O automóvel não constitui bem impenhorável, como instrumento de trabalho.

Acóris de Albuquerque *versus* Vítor de Abreu Vouguinha e outros

Ag. nº 2.155 - Relator: DESEMBARGADOR OSCAR TENÓRIO

ACÓRDÃO

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, nos autos do

Finalpag. 271

agravo de petição nº 2.155 sendo agravante Acóris de Albuquerque e agravados Vítor de Abreu Vouguinha e outros, dar provimento ao recurso para, reformando o despacho, mandar que se prossiga na ação executiva, como de direito.

Intentou o agravante ação executiva, para cobrança de uma nota promissória, vencida e não paga. A penhora recaiu sôbre um automóvel e sôbre mobiliário do devedor, penhora que foi anulada, com a alegação de que abrangeu mobília de pequeno valor e automóvel de um motorista profissional.

Ora, o executado, Décio Raphaello Parrini tem a profissão de mecânico, conforme declarou no pedido de justiça gratuita. Automóvel não é elemento necessário à atividade de mecânico: E ainda que o executado fôsse *chauffeur*, não poderia contar com a impenhorabilidade, a que se refere o item IX do art. 942 do Cód. de Proc. Civil. O princípio fundamental do dispositivo é a necessidade profissional tomada em sentido absoluto. A propriedade de um automóvel não é essencial à atividade de *chauffeur*, quando o mais freqüente é o exercício da profissão em carro alugado.

Quanto aos móveis, há mera suposição do ínfimo valor, sem que aos autos trouxesse executado qualquer elucidamento a respeito.

Pelo exposto, a ação deve prosseguir na forma da lei, pois válida é a penhora.

Custas pelos agravados.

Distrito Federal, 12 de outubro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Oscar Tenório*, relator; *Narcélio de Queirós*.

*

FALÊNCIA - ADQUIRENTE DO ESTABELECIMENTO DO CONCORDATÁRIO

- Não cabe a extensão da falência em relação ao adquirente do estabelecimento do concordatário, pelo não pagamento das prestações da concordata, a que se obrigara perante o vendedor. Em tais casos, a responsabilidade do adquirente manifesta-se com efeitos autônomos e distintos e só perante quem contratou.

Gerardo Magela de Melo Mourão *versus* Geraldo Ferreira da Ponte

Ag. nº 2.090 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.090, em que é agravante Gerardo Magela de Melo Mourão, e agravado Geraldo Ferreira da Ponte:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada e negar a extensão da falência ao agravante.

A situação do presente recurso resulta do seguinte: o agravado requereu inicialmente a extensão da falência de J. Justo da Silva ao agravante, em razão de ter o agravante prometido adquirir o estabelecimento comercial do concordatário, do qual é o agravado credor, mediante a obrigação de satisfazer os compromissos concordatários, compromissos êsses, entretanto, que o agravante não havia regularmente solvido. Defendeu-se o agravante alegando que apenas era promitente-comprador, e que as responsabilidades do concordatário eram superiores ao que, à primeira vista, lhe parecera. Ouvido o Dr. curador, o mesmo manifestou-se contrário ao deferimento do pedido de extensão da falência, mas o Dr. juiz *a quo*, entretanto, decretou a extensão da falência contra o agravante.

É de manifesta procedência o recurso interposto. O que se positiva no presente processo é que o concordatário outorgou ao agravante uma procuração com poderes para gerir o seu estabelecimento mercantil, ao lado de uma promessa de compra e venda do próprio estabelecimento. Alega o concordatário que o agravante descumpriu o contrato, não realizando as prestações concordatárias a que se obrigara. A procedência ou não dêsse inadimplemento imputado ao agravante constitui matéria a ser apurada em ação própria partida do concordatário ou do síndico da falência, apurando se efetivamente se deu ou não a infringência do contrato. Mesmo que, em lugar de contrato de promessa, o que tivesse havido se resumisse no desempenho de um mandato, cabe, antes do mais, exigir a necessária prestação de conta da gestão do agravante, como mandatário. O que se não compreende e nem se justifica é a decretação dá extensão da falência do concordatário ao que lhe adquiriu o estabelecimento, ou simplesmente se tornou mero mandatário. Se, por seu turno, o adquirente incorreu em motivos de falência, têm êles que ser considerados como próprios, autônomos, dando causa a um processo distinto, e jamais criando um processo por extensão.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 12 de outubro de 1951. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, relator: *Alberto Mourão Rússel*.

*

FALÊNCIA - CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO - EXAME DE ESCRITA

- É desnecessário o exame contábil, quando o crédito obtêm parecer favorável dos credores nomeados para opinar sobre êle.

I. E. Griman *versus* Banco do Brasil S. A.

Finalpag. 272

Ag. nº 2.285 - Relator: DESEMBARGADOR OLIVEIRA SOBRINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.285, em que é apelante I. E. Griman, sendo apelado o Banco do Brasil, S. A.:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, unânimemente, negar provimento ao recurso, interposto com fundamento no art. 97 do dec.-lei nº 7.661, de 21-6-1945, da decisão de fls. 30 v., do Dr. juiz da 4ª Vara Cível, que mandou incluir no passivo da falência do ora agravante o crédito declarado pelo ora agravado, representado pelos títulos de fls. 4 a 14, no total de Cr$ 162.000,00.

Trata-se de duplicatas, descontadas no Banco agravado, e se elas, realmente, não representam mercadorias vendidas ao falido, ora agravante, como êste na impugnação declara, fazendo, assim, por intermédio do seu advogado, a confissão de um débito, tal fato não poderá prejudicar ao Banco que fêz o desconto dêsses títulos - "papagaios", - por ser terceiro, estranho à emissão e aceite das duplicatas que não representem venda real de mercadorias.

O falido não tem escrita regular (fls. 44), e acolhida não teve a defesa que êle opôs ao pedido de declaração da sua, falência, defesa baseada nos mesmos fundamentos da impugnação do crédito do Banco ora agravado.

Este crédito, que teve parecer favorável, emitido pelos dois credores do falido, nomeados, na forma do art. 85, § 2º, da lei falencial, para dar parecer sôbre êle (fls. 3 v.), consta regularmente escriturado nos livros do mesmo Banco, como se vê do extrato de fls. 16 a 18.

Acresce que não há credores outros da falência, senão o Banco do Brasil, S. A., ora agravado, e os dois que sôbre o crédito de fls. 2 emitiram o aludido parecer de fls. 3 v., opinando pelo reconhecimento e inclusão do mesmo crédito.

Diante do exposto, do parecer de fôlhas 45 v. do Dr. 2º curador das Massas Falidas e do disposto no art. 92, nº I, da Lei de Falências, bem decidiu o Dr. juiz *a quo* mandando incluir o crédito do agravado, devidamente comprovado, dispensando, por inútil, a perícia pelo falido-agravante.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 7 de dezembro de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente e relator; *Emanuel Sodré*; *Eduardo Espínola Filho*.

Ciente, em 12-12-1951. - *Jorge de Godói*.

*

SEGURO MARÍTIMO - EXCESSO DE CARGA - BARCO NAUFRAGADO

- O desaparecimento do barco, em viagem, com tôda a carga e tripulação, corresponde a naufrágio, e desde que se não comprove sua sobrecarga ou excesso de carga, presume-se a normalidade do carregamento.

Cia.Comércio e Navegação *versus* Cia. Rochedo de Seguros Gerais e outra

Ap. nº 11.477 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO DE PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 11.477, em a qual é apelante a Companhia Comércio e Navegação, sendo apeladas, 1ª a Companhia Rochedo de Seguros, e 2ª a Auxiliadora Companhia de Seguros:

Acordam os juízes da 4ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo no auto do processo manifestado às fls. 80-84 contra o saneador de fls. 73 v. e, no mérito, em dar provimento à apelação, em parte, para julgar procedente a ação e condenar as apeladas na forma pedida na inicial, com exclusão, porém, de honorários de advogado da apelante por não serem devidos na hipótese dos autos, pagas as custas na forma da lei.

A Companhia. Comércio e Navegação, proprietária e armadora do navio "Osvaldo Aranha", que naufragou nos mares do Sul entre 1 e 5 de abril de 1949, promoveu a presente ação ordinária para cobrar das companhias seguradoras as cotas-partes de um seguro coletivo que tomaram sôbre aquêle barco, mais juros da mora, honorários de advogado e custas. Alegou a autora que a Companhia Fortaleza, líder do seguro, e outras co-seguradoras já haviam liquidado amigàvelmente suas responsabilidades, obstinando-se, apenas, as ora apeladas em desonerar, a obrigação.

A defesa se fundou na alegação de que o "Osvaldo Aranha" estava desaparecido e, se naufragou, êsse naufrágio seria culposo, uma vez que o barco conduziria excesso de carga que o teria motivado.

O saneador deu as partes por legítimas, desprezando preliminar suscitada e consentiu em prova testemunhal. Dêsse despacho agravou, no auto do processo, a Companhia Rochedo de Seguros Gerais, ora 1ª apelada, pretendendo a

extensão das provas permitidas à realização de uma perícia técnica para averiguação do excesso de carga do barco.

Tal agravo não mereceu acolhida desta Câmara porque a verificação das causas determinantes dos sinistros marítimos, por meio de perícia técnica, é da exclusiva competência do Tribunal Marítimo e ainda porque, tendo sido total o naufrágio do navio com a perda da tripulação, livros e carga, não havia razão para a medida pleiteada. Além disso,

Finalpag. 273

a realização de provas é matéria que, segundo o disposto em o art. 117 do Cód. de proc. Civil, cabe ao juiz apreciar.

Mérito. Na hipótese em discussão há um ponto pacífico entre os litigantes: o naufrágio do navio "Osvaldo Aranha", fato que se teria verificado entre os dias 1 e 5 de abril de 1949, quando, saído do pôrto de Imbituba para o desta Capital, com carregamento de carvão mineral, desapareceu em viagem com tôda a carga e tripulação.

A apelante, fundada em elementos oficiais, fls. 111-112, assegura que êsse naufrágio foi devido à fortuna do mar, enquanto que as apeladas, e com estas a sentença, entendeu que sua causa estaria no excesso de carga embarcada no pôrto de Imbituba, que, prejudicando a estabilidade do barco, o levou a afundar em viagem.

O "Osvaldo Aranha" era um barco pequeno, arqueando 2.713 toneladas e 36 centésimos de pêso morto e o pêso máximo de 2.287 toneladas e 36 centésimos de carga, reservando para água e combustível 426 toneladas, sendo que, para êste último, 120 toneladas (fls. 38).

Alegaram as apeladas que, por isso, tendo embarcado em Imbituba um carregamento de 2.450 toneladas de carvão mineral e dispondo para seu consumo de mais 200, estaria com excesso de carga, excesso êsse que ainda seria visível se considerados os seguintes dados: carga embarcada, 2.450 ts; carvão para consumo, 120 ts; aguada, 100 ts; dando, pois, um excesso de 383 toneladas.

Todavia, assim não ocorre, e isso porque, na discussão quanto ao que seja *pêso morto* (*deadweight*), ou pêso máximo de carga, há um evidente equívoco das apeladas, que cumpre aclarar, equivoco êste que a apelante assinalou, com muita propriedade, nos itens IV a VI da resposta, às fls. 62 v.: "IV. P. que a

teoria sustentada pela Procuradoria, "verdadeiramente alarmante, é, *data venia*, absolutamente destituída de consistência ou base, tratando-se de questão rigidamente técnica e aparentemente complexa. Os navios mercantes, para exercerem a navegação comercial, se submetem a diversas provas, e satisfazem rigorosas exigências regulamentares. Duas formalidades são substanciais no que tange aos navios cargueiros: a determinação da linha de carga ou a marca do franco-bordo e a arqueação, que são provadas pelos certificados respectivos. No caso do "Osvaldo Aranha", êsses dois documentos constam a fls. e fls., e por êles se poderá concluir pela improcedência da argüição da Procuradoria. O certificado de arqueação do navio, feito pela Capitania do Pôrto do Rio de Janeiro, dá a tonelagem de carga - 2.387,36 toneladas, e para pêso morto - 2.713,36 toneladas. É verdade que o certificado, ao indicar o primeiro daqueles elementos, classifica, impròpriamente, o mesmo como pêso máximo de carga, quando na realidade o pêlo máximo de carga de um navio, ou o pêso total de tudo que êle conter, é o *deadweight*, como está consagrado em tôdas as marinhas e em todos os tratados da Marinharia. V. P. que o conceito dos elementos expostos é uniforme, consagrado internacionalmente e ratificado pelos valiosos ensinamentos da Marinha nacional, não sendo necessário recorrer ao subsídio estrangeiro para comprová-lo. O boletim de 4 de abril de 1948 da Diretoria da Marinha Mercante dá as instruções para o processo de arqueação em uso nas Capitanias dos Portos e nelas se verifica, a fls. 14: "Tonelagem de pêso morto ou expoente de carga (pêso máximo de carga) é o pêso em toneladas que a embarcação pode transportar em carga remunerada, combustível, água doce, provisões, sobressalentes, passageiros e bagagens. É, portanto, a diferença entre o deslocamento leve e pesado ou total, assinalado o total pela marca de bordo livre; é, finalmente, o peso em tonelagem de carga que uma embarcação pode transportar nos seus porões, cobertas e, em determinadas condições, no convés. VI. P. que o egrégio Tribunal Marítimo, com sua autoridade máxima, em parecer do eminente juiz ROMEU BRAGA, unânimemente homologado, sôbre tonelagem de embarcações, publicado no 3º volume do "Anuário de Jurisprudência" do referido Tribunal, à pág. 309, assim define aquêles elementos: "Tonelagem de peso morto ou expoente de carga (*deadweight*, *port en loud*) é o pêso em toneladas que o navio pode transportar em carga, combustível, água doce, provisões, sobressalentes, passageiros e bagagens". É, assim, a diferença entre o deslocamento leve e o total, assinalado êste pela marca do franco-bordo ou borda livre (*franco bordo*) ou marca "Plimsoll". Adiante, o erudito parecer acentua (fls. 310): Para avaliar a capacidade de transporte de mercadorias, é preferível considerar uma nova espécie de tonelagem, que pode ser assim definida: "Tonelagem de carga: é o pêso em toneladas de carga (mercadorias) que um navio pode transportar nos seus porões, nas cobertas e, em determinadas condições, sôbre o convés. É, assim, uma parcela do *deadweight* e como tal pode ser avaliada. De acôrdo com

êstes ensinamentos, os mais técnicos e criteriosos para fixar bem o caso concreto, deve-se salientar que o "Osvaldo Aranha" tinha pelo certificado anexo aos autos, e elemento substancial do processo, a tonelagem de carga de 2.287 toneladas e a tonelagem de pêso morto ou expoente de carga ou *deadweight* de 2.713,36" (fls. 62-63).

Mas, no caso do "Osvaldo Aranha", há, ainda, uma particularidade a observar: é que o seu pêso morto, ou máxima carga, que foi elevada para 2.850 toneladas, não podia existir a bordo por ocasião do sinistro porque, sendo provável que êsse tivesse ocorrido no

Finalpag. 274

segundo dia de viagem, pois no primeiro se comunicara normalmente com terra, já haveria consumido cêrca de 56 toneladas de seu carregamento de água e carvão, desaparecendo, assim, o excesso que houvesse, e que se não comprovou tivesse havido, não sendo êle, portanto, a causa do sinistro.

Aliás, o inquérito procedido na Capitania dos Portos desta Capital - fls. 121-122, assim concluiu: "A causa ou causas que teriam dado motivo ao sinistro (desaparecimento), não obstante todos os esforços empregados, não se conseguiu apurar por falta absoluta de qualquer elemento elucidativo, não restando dúvida, em face dos vestígios encontrados e aqui mencionados, quanto ao naufrágio do aludido navio" (fôlhas 139).

Já agora, quando se operava o julgamento desta apelação, foi da tribuna oferecida pelo advogado da apelante a certidão do julgamento do processo sôbre o desaparecimento do aludido barco, levado a efeito pelo Tribunal Marítimo, conforme a ata de sua sessão ordinária de 5 de junho do corrente ano, e em o qual se concluiu pelo fato do desaparecimento do navio com causa determinante não apurada e arquivamento do processo com isenção de responsabilidade, por ser considerado o acidente equiparado aos casos de fortuna do mar.

Positiva era, nesse sentido, a conclusão do inquérito procedido na Agência de Imbituba, Capitania dos Portos de Santa Catarina: "O sinistro foi devido a caso fortuito, originado, possìvelmente, pelo mau tempo então reinante em tôda a costa, causando a perda total do navio, da carga e da vida dos tripulantes e de uma passageira".

Assim, portanto, dos elementos apontados e do mais que dos autos consta, não era possível concluir, por meras conjeturas, ter sido o excesso de carga a causa

do naufrágio. Esta, sem dúvida alguma, ocorreu por fortuna do mar, tendo em vista não só os indicados elementos como, também, o perfeito estado de navegabilidade do barco, a fé de ofício de seu comandante e o desaparecimento total daquele com sua carga e sua tripulação.

Distrito Federal, 25 de setembro de 1951. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Homero de Pinho*, relator; *Mário dos Passos Machado Monteiro*.

*

FALÊNCIA - CONTRATO FEITO PELO SÍNDICO - AGRAVO DE PETIÇÃO

- Da decisão que, em processo de falência, não só nega a homologação de contrato feito com o síndico, como ainda indefere o pedido conjunto do seu cumprimento, por entendê-lo prejudicial aos interêsses da massa, não cabe agravo de petição.

Joaquim Luís de Oliveira Belo *versus* Corina Laje da Silva Pires e outro

Ag. nº 2.185 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.185, em que é agravante Joaquim Luís de Oliveira Belo, e agravados Corina Laje da Silva Pires e Abel Alves Lourenço, comissário da concordata de Armando S. Pires:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso.

O agravante, havendo contratado com o síndico honorários de advogado, apresentou o seu requerimento a fim de que não só fôsse dito contrato homologado, como ainda autorizado o pagamento de honorários em relação a serviços já prestados.

O Dr. juiz *a quo* indeferiu êsse pedido, tendo em vista o parecer do Dr. curador, opinando no sentido de que o *quantum* dêsses honorários era exagerado e assim prejudicial aos interêsses da massa. Dessa decisão entendeu o agravante de recorrer, por meio de agravo de petição, fundado no art. 846 do Cód. de Proc. Civil, embora o processamento dêsse agravo se revista de todos os caracteres próprios ao agravo de instrumento.

Quando admissível fôsse a extensão ao processo de falência da matéria de recursos prevista no Cód. de Proc. Civil, ainda assim ter-se-ia que repelir a admissibilidade do recurso pois a decisão recorrida não produziu o término do processo, sem lhe resolver em mérito. Ou se cogita de homologação prévia do contrato, consoante determina o art. 63, inciso XVI, da lei de falências, ou se trata de pedir o cumprimento do ajustado. Em qualquer dos casos, a decisão feriu a questão do mérito.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 16 de novembro de 1951. - *Miguel Maria de Serpa Lopes*, presidente e relator; *Sadí Cardoso de Gusmão*; *Alberto Mourão Rússel*.

*

PROMISSÓRIA - AÇÃO EXECUTIVA - AVAIS EM BRANCO E SUCESSIVOS

- Os avais em branco e superpostos consideram-se sucessivos.

Georges Leonardos *versus* Tito Bardy

Ap. nº 13.208 - Relator: DESEMBARGADOR DUQUE ESTRADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.208, em que são

Finalpag. 275

apelantes: 1º, Georges Leonardos; e 2°, Tito Bardy:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em dar provimento ao recurso do 1° apelante, para julgar procedente ação, prejudicado o recurso do segundo apelante.

E assim decidem, atento tratar-se de uma ação executiva promovida pelo 1° apelante contra o 2º, em razão do aval por êle lançado no título ajuizado, tendo a sentença apelada, proferida pelo ilustre juiz AGUIAR DIAS, se filiado à corrente dos que consideram simultânea, e não sucessiva, a garantia por aval

quando pluralmente prestada. Lògicamente com êsse ponto de partida, a sentença apelada concluiu tão-só pela procedência em parte da ação, determinando a partilha da responsabilidade.

Entretanto, em tôrno dessa *vexata quaestio*, a jurisprudência dêste Tribunal já se encontra volvida por uma direção firme, no sentido de que "os avais em branco e super postos consideram-se sucessivos, resultando, como conseqüência, o direito do avalista posterior de, por ação cambial, contra os anteriores e na ordem das assinaturas, reembolsar-se do que pagou" (ac. das Câmaras Cíveis Reunidas, no rec. de revista nº 1.574, de 7-7-1950, "Diário da Justiça" de 20-9-1951), publicado na "REVISTA FORENSE, vol. CXXXV, pág. 144.

Em face do que se impõe a reforma da sentença apelada. para ser julgada procedente a ação executiva.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 9 de outubro de 1951. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente e relator; *Miguel Maria de Serpa Lopes*; *Alberto Mourão Rússel*.

*

CONCORDATA - GARANTIA

- O simples ato de oferecer bens para garantia do cumprimento de concordata, não os onera, não os vincula, deixando-os completamente livres até a homologação da concordata.

Humberto Freitas Sales e outros *versus* José Aldão Mosqueira

Ap. nº 8.947 - Relator: DESEMBARGADOR MOURÃO RÚSSEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 8.947, em que são apelantes Humberto Freitas Sales, Sila Ribeiro, Mário José de Araújo e Frederico Herman Pfeiffer, e apelado José Aldão Mosqueira.

Acordam os juízes da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, negar provimento ao recurso.

O apelado, sendo portador de dez notas promissórias emitidas pela sociedade H. Sales & Cia. Ltda., no valor total de Cr$ 1.847.406,20, depois de haver habilitado seu crédito na concordata preventiva da emitente, promoveu no Juízo da 3ª Vara Cível ação executiva contra os "cotistas e avalistas das promissórias, os apelantes".

Procedida a penhora, por meio de precatória, em bens imóveis, a defesa constituiu em que tais bens não mais poderiam ser penhorados, porque constituíam a garantia à concordata preventiva intentada pela emitente dos títulos.

Ora, a penhora recaiu em bens dos executados, que não estavam ligados, ou presos, ao pedido de concordata, como se vê da certidão de fls. 131 v., junta pela apelado em suas razões (fls. 129-130).

Por outro lado, é certo, também, que o ajuizar do pedido de concordata feito pela sociedade não pode obstar, na espécie, aos credores particulares dos sócios de acionar ou executar os devedores, como bem salientou o apelado (Lei de Falências, arts. 148 e 156, § 2º; dec. nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 50; Cód. Civil, arts. 904 e 910).

Ademais, como bem acentuou o Dr. juiz *a quo* ao sentenciar, sem que tivesse sido junta a referida certidão de fls. 131 v., o simples ato de oferecer bens para garantia do cumprimento da concordata não os onera, não os vincula, deixando-os completamente livres até a homologação da concordata.

Custas pelos apelantes.

Distrito Federal, em 25 de setembro de 1951. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente; *Alberto Mourão Rússel*, relator; *Miguel Maria de Serpa Lopes*.

Ciente, em 22-11-1951. - *João Coelho Branco*.

*

REBOQUE - COMPETÊNCIA

- Compete à justiça brasileira processar e julgar a ação para cobrança do preço de reboque.

The Brazilian Coal C.º Ltd. *versus* Serviços Marítimos Camuyrano S. A.

Ap. nº 11.513 - Relator: DESEMBARGADOR OSCAR TENÓRIO

ACÓRDÃO

Acordam os juízes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal contra o voto do desembargador MEM REIS, nos autos de apelação cível nº 11.513, sendo 1ª apelante The Brazilian Coal C.º Ltd. e 2ª apelante Serviços Marítimos Camuyrano S.A., negar provimento à 2ª apelação, prejudicada a 1ª apelação. Quanto ao agravo no auto do

Finalpag. 276

processo, foi negado provimento por unanimidade de votos.

Trata-se de ação ordinária de cobrança do preço de reboque do cúter "Marília", que arribava sem hélice ao pôrto de São Sebastião, intentada pela emprêsa que realizou o serviço, e 2ª apelante, contra aquêle que os requisitou, Irmãos Raposo Ltda., e as companhias de seguro Lloyd's Londres e Cia. de Seguros Fênix Pernambucana.

A ação foi julgada procedente e condenadas as rés a pagarem à autora a importância a ser apurada em liquidação de sentença, mediante arbitramento. Inconformaram-se com a sentença a autora da ação, pois pediu a condenação em quantia certa, e The Brazilian Coal C.º Ltd., para reiterar a procedência do agravo no auto do processo ou, então, a reforma da sentença.

O despacho saneador considerou irrelevantes as preliminares de incompetência do Juízo e de ilegitimidade do Lloyd's, representado por The Brazilian Coal C.º Ltd. É a matéria que se apresenta a exame, como preliminar, em virtude do agravo no auto do processo de fls. 37.

Sustenta a agravante que a obrigação não foi contraída no Brasil, pelo simples fato de não ter o Lloyd's, por seus agentes, contraído obrigação alguma. Mas o Lloyd's foi chamado a Juízo por ação própria. O réu tem agência no Brasil, a cargo da 1ª apelante, o que impõe a aplicação do § 1º do art. 11 da Lei de Introdução ao Cód. Civil. Por outro, é competente a autoridade judiciária brasileira quando fôr o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação (art. 12). A obrigação foi contraída no Brasil, para ser cumprida pelo agente, com sede no país. Ficam assim afastadas as preliminares de ilegitimidade de parte e de incompetência do Juízo. Não há o que reformar no despacho saneador.

Quanto ao mérito, a prova é exuberante a respeito dos serviços prestados.

Os serviços de salvamento foram executados, o que se prova com documentos e mesmo com as declarações expostas pelas partes nas peças do processo. Desnecessário, entretanto, o arbitramento impôsto pela sentença apelada, porque dos autos constam dados que justificam a aceitação do pedido inicial: a condenação da ré em Cr$ 96.900,00. O arbitramento veria, de certo, repetir a quantia comprovada, com outras despesas judiciais. Por isto, a sentença apelada merece reforma neste ponto.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 27 de julho de 1951. - *Ari de Azevedo Franco*, presidente interino; *Oscar Tenório*, relator; *Mém de Vasconcelos Reis*, vencido, por isso que dou provimento à primeira apelação para excluir da condenação a 1ª apelante, The Brazilian Coal C.º Ltd. e, em conseqüência, prejudicada a segunda.

Tendo sido a ação proposta contra o Lloyd's e não sendo seus representantes agentes de segurador nem agentes marítimos *stricto sensu*, por isso que não é aquela entidade sociedade de seguros, nem sociedade de navegação, como já decidiu esta Câmara, e prova alguma existindo da 1ª apelante ter-se comprometido a garantir o pagamento das despesas com o reboque do cúter, segue-se que a sua condenação não tem apoio nos elementos dos autos.

Qualquer compromisso nesse sentido para autorizar sua condenação só poderia ter lugar por escrito, consoante a regra que a fiança e demais atos de garantia só por escrito se provam.

Não sendo o Lloyd's entidade seguradora, nem seus representantes no estrangeiro e na própria Inglaterra agentes de seguros, não tendo a 1ª apelante expressamente se obrigado pelo reboque, não cabe a sua condenação, no caso dos autos, como representante do mesmo, ou independentemente dessa qualidade.

*

CONTRATO EXEQÜÍVEL NO BRASIL - COMPETÊNCIA - ELEIÇÃO DE FÔRO

- É contrária à ordem pública, a eleição, no contrato, da competência da justiça de país estrangeiro, com exclusão da brasileira, em relação a contratos exeqüíveis no Brasil.

Gorthon Line *versus* Soc. Continental de Exportação e Importação Ltda. e outra

Ag. nº 1.949 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 1.949, em que é agravante Gorthon Line e agravadas Sociedade Continental de Exportação e Importação Ltda. e outra:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

E assim decidem porque fora de dúvida é a tese sustentada pela agravada, através do seu ilustre patrono, o Dr. Vicente Campos.

Na verdade, não se cogita, no caso *sub judice*, de uma simples eleição de fôro, em virtude do contrato, senão, mui ao contrário, de uma cláusula típica de exclusão de jurisdição, por fôrça da qual se teria de afastar a competência da justiça brasileira, lugar da execução do contrato, em benefício da jurisdição sueca, lei do pavilhão.

Não se desconhece ser intensa e viva a discussão em tôrno da competência internacional, quando determinada pela vontade dos

Finalpag. 277

Contratantes. Refere BUSTAMANTE (*apud* SERPA LOPES, "Comentários à Lei de Introdução", II, págs. 232 e segs.) que, em princípio, necessário se torna deixar aos interessados a escolha dos seus juízes quando se não interponha outra consideração superior legítima. Deve-se procurar a solução e o sistema aceitáveis, que assentam, precisamente, na consideração da natureza das ações, índole dos juízos, situação das coisas e *lugar do cumprimento das obrigações.*

CAVAGLIERI, após assinalar a opinião contrária à autonomia da vontade, exposta por ANZILOTTI e CARNELUTTI, manifesta-se partidário da possibilidade da influência da autonomia da vontade, no setor da competência internacional, quando fundada numa certa concorrência com os tribunais

estrangeiros, e sempre que firmada em títulos subjetivos ou objetivos sem caráter de exclusividade.

Ora, no caso *sub judice* não surge qualquer dessas circunstâncias justificadoras da autonomia da vontade. Em primeiro lugar, pactuou uma competência exclusiva da jurisdição estrangeira; em segundo lugar, cogita-se de uma obrigação exeqüível no Brasil, situação que a lei brasileira prevê, como regida pela lei nacional do lugar da execução da obrigação; finalmente, ter-se-ia que impor ao dono da mercadoria a eficácia de uma cláusula contratual tão importante, decorrente de um contrato no qual não colaborou.

Ter-se-ia, então, uma competência de eleição imposta contra a sua vontade, o que não encontraria justificativa nem mesmo no princípio da autonomia da vontade, que se funda naquilo que efetivamente se convencionou livremente.

Por tais fundamentos, impõe-se a confirmação da sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 4 de setembro de 1951. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, relator; *Alberto Mourão Rússel*.

*

DUPLICATA - PROVA EM CONTRÁRIO

- O protesto da duplicata por falta de assinatura, a fatura, e a nota de entrega de mercadoria no domicílio do comprador provam o crédito do vendedor até prova contrário a cargo do comprador. Não havendo essa prova, é procedente a cobrança do preço da venda da mercadoria.

(Omitidos os nomes das partes)

Ap. nº 9.270 - Relator: DESEMBARGADOR SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 9.270, acordam em a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça em negar provimento ao recurso, confirmando a sentença recorrida pelas próprias razões de decidir.

O instrumento do protesto da triplicata, por falta de assinatura e devolução das duplicatas, do qual não consta qualquer defesa, e a nota de entrega da mercadoria, assinada, fazem prova contra o devedor, na compra e venda mercantil, deslocando para êste o encargo da prova contrária.

Em tais condições, cabia ao réu; mediante exame nos livros da sua escrituração mercantil, e nos do vendedor, provar a falsidade da fatura, e da assinatura na nota de entrega. Torna-se mesmo suspeita, contra o vendedor ora apelante, a inutilização do recibo provisório a fls. 11. Mas o próprio apelante admite que êsse recibo a outras compras anteriores é que originou a emissão da duplicata ora em causa.

De qualquer modo, ao apelante é que incumbia o encargo da prova contrária à existência do crédito dêle reclamado, e constante da fatura e nota de entrega juntas aos autos a que o protesto deu fôrça de prova legal.

Não tem ânimo, base ou argumento com que possa pleitear a reforma da sentença recorrida.

Distrito Federal, 28 de agôsto de 1951. - *Estácio Correia de Sá e Benevides*, presidente e relator; *Homero de Pinho*; *Otávio da Silveira Sales*.

*

FALÊNCIA - LIQUIDATÁRIO

- Pode ser liquidatário o sócio de firma estrangeira, sediada no estrangeiro, desde que domiciliado no país.

Olívio Álvaro de Uzeda *versus* Guilherme Cutino

Ag. nº 1.580 - Relator: DESEMBARGADOR ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 1.580, em que é agravante Olívio Álvaro de Uzeda, sendo agravado Guilherme Cutino, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acordam, unânimemente, em negar-lhe provimento, para confirmarem, como confirmam, a decisão recorrida, que indeferiu a destituição do recorrido, como liquidatário da massa falida de Salvador & Cunha.

A circunstância de ser êle sócio da firma Cutino Hermanos, de Buenos Aires, não impede que, sendo credor da falida e residente nesta Capital, possa ser liquidatário, e, porque o seja, assinou o têrmo no seu próprio nome, e não no daquela firma.

Finalpag. 278

Improcedente, outrossim, a alegação de falta de prestação de contas, de vez que há comunicação do liquidatário, feita ao Juízo, no sentido de que as vendas da massa têm constado dos aluguéis pagos mensalmente pelo inquilino Cecílio Quirino, dando, ademais, conta das despesas realizadas (fôlhas 57 v., item *c*, e fls. 33 v.-34, item 10).

Custas pelo agravante.

Distrito Federal, 1° de dezembro de 1950. - *Guilherme Estelita*, presidente; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Emanuel de Almeida Sodré*.

Ciente, em 25-10-51. - *Jorge de Godói*.

*

DUPLICATA - PROTESTO

- Não é de emprestar caráter de ilicitude ao fato de ser tirado protesto por falta de pagamento, quando o devedor, aceitando a duplicata, modifica a data do vencimento, contrariando instruções anteriormente combinadas. Não tendo ocorrido prejuízo, incabível é a indenização pleiteada.

Tecidos Minas Gerais S. A. *versus* José Silva Tecidos S. A.

Ap. nº 13.274 - Relator: DESEMBARGADOR FARIA COELHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 13.274, em que figuram, como apelante Tecidos Minas Gerais S. A. e como apelada José Silva Tecidos S. A.:

Acordam os juízes da 7ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, considerando como parte integrante dêste o relatório de fls. 422 v., em desprezar a preliminar da nulidade da sentença e negar

provimento ao recurso, confirmando dêsse modo a decisão apelada, pagas as custas pela apelante. Assim decidem, quanto à preliminar, porque não houve por parte do Dr. juiz *a quo* supressão a têrmo essencial do processo, pois as partes, de comum acôrdo, é que preferiram apresentar memoriais e, segundo consta do termo de audiência de fls. 341, não desejaram fazer uso de outras alegações. Isso mostra que o Dr. juiz, além de admitir os memoriais, possibilitou às partes outras alegações. Por outro lado, a sentença foi ditada em audiência e nada impedia que o magistrado trouxesse apontamentos do estudo que fizera dos autos, antes da audiência, como era de sua obrigação. Além do mais, nenhuma prova existe de que o Dr. juiz não tivesse lido, em audiência, os memoriais apresentados pelos litigantes. E, quanto ao mérito, porque a apelada não praticou qualquer ato ilícito, com o fazer protestar uma duplicata, que a apelante não quis, ou não pôde pagar no respectivo vencimento. Agiu no exercício normal de um direito e se talvez tenha operado com algum excesso, tirando o protesto por falta de pagamento, quando o devera ser por falta de aceite, isso, todavia, não chegou a constituir, abuso de direito. Nem mesmo tem êsse ato as características de ilicitude, o que é imprescindível para evidenciar a culpa e, conseqüentemente, possibilitar a indenização do dano causado. Ao levar a duplicata a protesto, a apelada considerou a prevalência da ata da emissão do título, que foi aceito pela apelante, com modificação do vencimento. A matéria sempre foi controvertida e os versados em direito divergem, incidindo, na suposição a que se filiou a apelada, não só advogados como juízes. Se, portanto, a apelada incorreu em êrro, não resta a menor dúvida de que se trata de êrro perfeitamente escusável, do qual não decorrerá a mínima parcela de culpa. Note-se que só posteriormente, isto é, justamente no assunto desta demanda, é que o egrégio Supremo Tribunal Federal (fls. 325) estabeleceu que a modificação da data do vencimento no aceite equivale à renúncia. Cumpre acrescentar, ainda, que a apelante não foi tomada de surprêsa com o ato da apelada, pois, em face da correspondência trocada, ficou perfeitamente ciente de que a falta de pagamento da duplicata, na data do vencimento dela constante, ocasionaria o seu protesto. Vê-se que a apelante não procurou evitar o mal maior, que seria o protesto, não lhe assistindo, então, o direito de obrigar a apelada, que a havia alertado, ao pagamento de prejuízos, que teriam, se reais, resultado da própria inadvertência. Procurou a apelante fazer acreditar que era costume, entre as firmas litigantes, a modificação, por sua parte, das épocas dos vencimentos. O que ficou provado, nos autos, foi que tal costume, se existiu em certa data, foi posterior e expressamente revogado. Assim é que, de setembro de 1946 em diante, não mais se observou tal praxe, com exceção da duplicata nº 17.772, havendo a apelada explicado que isso se deu pelo fato de ter sido a compra da mercadoria contratada em data anterior ao início da nova regra. Essa circunstância foi, aliás, salientada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no venerando acórdão prolatado

no processo de falência da apelante, considerando de há muito abolida aquela praxe. *Verbis*: "Provou a primeira agravante que semelhante hábito, de tempos anteriores, já estava há muito derrogado e substituído pelo pagamento normal dos títulos". Por outro lado, não se pode considerar que o protesto levado a efeito pela apelada tivesse sido a causa determinante da insolvência da apelante. O estado de insolvência já se manifestava há algum tempo, como salientou o perito desempatador, na sua informação de fls. 311-312. Era devedora de mais de dois

Finalpag. 279

milhões de cruzeiros, com títulos vencidos, sendo que um dêles *há mais de ano e meio*; era baixíssimo, senão nulo, o índice de solvabilidade da apelante; para fazer face a êsse débito, contava em caixa com apenas cêrca de vinte e três mil cruzeiros, não tendo sequer um centavo depositado em estabelecimentos bancários; estava autorizada pela assembléia de acionistas a requerer concordata preventiva, ou a confessar a própria falência. Mesmo que se admita, *ad argumentandum*, que o protesto levado a efeito pela apelada tenha configuração do ato ilícito, uma vez que devia ter sido, só e unicamente, por falta de aceite, êsse ato não ocasionou qualquer prejuízo à apelante, porque a sua péssima situação econômica, posteriormente declarada, já preexistia ao protesto da duplicata por falta de pagamento. Em conseqüência, não haverá reparação de dano a ser decretada. Veja-se, em tal sentido, a lição de DEMOGUE: "*Il est tout d'abord nécessaire pour qu'il y ait indemnité qu'il y ait préjudice. La jurisprudence a souvent refusé toute réparation parce que l'acte fautif n'avait pas causé de préjudice ou parce que le préjudice se retachait à d'autres causes. C'est la consequence logique de cette idée que le droit civile ne poursuit pas en général des fins préventives ou répressives, mais le retablissement de l'état antérieur"*. Já os romanos apontaram lapidarmente o princípio, pelas palavras do jurisconsulto PAOLO: "*Damnum et damnato ad ademptione et quase diminutione patrimonii dicta sunt"* (D. 39, 2, 2°). Nessas pegadas lançaram-se os juristas modernos. Escreveu GUIDO TEDESCHI: "O dano consiste, essencialmente, em uma diminuição que, *concomitante idea causae externae*, sofre um patrimônio; diminuição não do patrimônio no sentido jurídico, que seria a perda de um direito, mas do patrimônio no sentido econômico, ou seja do valor do patrimônio. O dano é, pois, a diferença entre o valor do patrimônio diminuído pelo evento danoso e o valor que o patrimônio teria, abstração feita de tal evento" ("II damno e il momento della sua determinazione", *in* "Rev. di Diritto Privato", 1933, volume III, 2ª parte, pág. 254).

E, ainda, NICOLA STOLFI: "Para que possa haver ressarcimento, fôrça é que o fato ilícito tenha produzido dano, o qual consiste na diminuição que sofreu o valor do patrimônio danificado, pelo efeito do não cumprimento da obrigação, ou do delito, ou do quase-delito; e o ressarcimento do dano significa *in integrum facere*. Quando, pois, alguém é obrigado a ressarcir o dano, cumpre ter em vista os dois elementos dêste (*damnum emergens et lucrum cessans*), que devem restabelecer o valor que tinha o patrimônio no momento em que se verificou a sua diminuição" ("Diritto Civile", vol. III, nº 535). Para finalizar, relembre-se um clássico aresto do egrégio Supremo Tribunal Federal, subscrito por EDMUNDO LINS, HERMENEGILDO DE BARROS e ARTUR RIBEIRO: "Não basta a prova genérica do dano, isto é, do fato do qual pode provir o dano; é essencial a prova especificadamente de que êle realmente se deu na espécie" ("REVISTA FORENSE", vol. X, pág. 199). Por todos os fundamentos, acima apontados, vê-se que muito bem andou o Dr. juiz *a quo* julgando improcedente a ação.

Distrito Federal, 23 de novembro de 1951. - *Ari de Azevedo Franco*, presidente interino; *Vicente de Faria Coelho*, relator; *Mém de Vasconcelos Reis*.

RELATÓRIO DE FLS. 422 v.

Adoto, como parte integrante dêste, o relatório feito pela sentença ora recorrida (fôlhas 341.). Acrescento que o Dr. juiz *a quo* julgou improcedente a ação.

Visa o autor-apelante, com o recurso, à modificação da sentença, para que seja julgada procedente a ação (fls. 387-395). Argüiu a preliminar de nulidade da sentença, porque o Dr. juiz *a quo* suprimiu um têrmo essencial do processo, qual seja o debate oral da causa, em audiência de instrução e julgamento, isso porque, a pedido dos litigantes, consentiu na apresentação de memoriais, em substituição àquele debate. E, sem os ler, imediatamente, saiu do bôlso a sentença já escrita, passando a proferi-la.

No mérito, repisa os argumentos da inicial. Os apelados contra-arrazoaram a apelação (fls. 397), pleiteando a manutenção da sentença, apresentando argumentos para demonstrar a improcedência da preliminar.

Ao Exmo. Sr. desembargador revisor. 8-10-51. - *Vicente de Faria Coelho*.

*

CAMBIAL - ACEITAÇÃO

- Não traduz iliquidez e incerteza da dívida o fato de na nota promissória o nome de seu aceitante ter sido grafado com letra de imprensa, pôsto que feita a mão. Não contestada a validade do título nem a sua adulteração, julga-se procedente a ação executiva intentada para a sua cobrança.

Espólio do Dr. Frederico Ribeiro Sobrinho *versus* Irmãos Coev & Cia. Ltda.

Ap. nº 12.240 - Relator: DESEMBARGADOR MÉM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 12.240, em que é apelante o espólio do Dr. Frederico Ribeiro Sobrinho e apelados Irmãos Coev & Cia. Ltda.:

Finalpag. 280

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer não só dos agravos no auto do processo, como da apelação, negar provimento àqueles e dar a esta, para, reformando, em parte, a sentença apelada, mandar seja incluída na condenação o título de fls. 6.

Custas *ex lege*.

E assim decidem relativamente aos agravos no auto do processo, interpostos respectivamente às fls. 31 e 32 do despacho saneador, o primeiro por motivo de ter sido ordenada a perícia nos livros do espólio apelante, e o segundo na parte que rejeitou a preliminar levantada pelos apelados de impropriedade de ação, decorrente do fato de ter sido cumulada num mesmo pedido a cobrança de títulos com honorários de advogado, porque é ao juiz que incumbe, no sistema do Cód. de Proc. Civil, orientar a prova e a simples exibição de livros em cartório; para a constatação de fatos objeto de contabilidade não supre a prova de exame de escrita, cujo rito é fixado nas normas de processo, e a matéria objeto do último, constituindo em verdade o mérito, embora desprezada só a final poderia e deveria ser decidida, como efetivamente foi.

Sendo os honorários de advogado reclamados como uma conseqüência do motivo de acionar, é óbvio que, cumulado o pedido de seu pagamento com o da dívida ajuizada e por motivo de recusa da solução da dívida pelo obrigado, em nada poderá alterar a propriedade da, ação exercitada e para êsse fim.

No que tange ao mérito, é de reformar-se a sentença apelada na parte que excluiu da condenação o título de fls. 6, por emprestar-lhe a qualidade de dívida ilíquida e incerta, de vez que nada se argüiu relativamente à sua validade, limitando-se apenas a contestação em sustentar seu pagamento.

Não esclarece a sentença apelada qual o fato tradutor dessa iliquidez e incerteza da dívida, parecendo a mesma provir da circunstância do nome do aceitante ter sido grafado em caracteres de imprensa, pôsto que feitos a mão.

Êsse fato em nada autorizaria êsse modo de entender e pelo motivo já exposto de não terem os apelados alegado falsidade ou adulteração do título e a lei autorizar o aceitante a preencher os requisitos dos títulos emitidos em branco.

Bem decidiu a sentença apelada, não condenando os apelados ao pagamento de honorários de advogado, que só tem lugar no caso previsto no art. 63 do Cód. de Processo Civil, ou quando se trata de indenização fundada em ato ilícito.

Daí dar-se, como se dá, provimento à apelação, para incluir na condenação o título de fls. 6.

Distrito Federal, 5 de junho de 1951. *Ari de Azevedo Franco*, presidente; *Mém de Vasconcelos Reis*, relator; *Oscar Tenório*.

*

FALÊNCIA - CONTRATOS BILATERAIS

- A falência não resolve pleno jure os contratos bilaterais ainda não executados inteiramente, e o síndico poderá chamar à massa a obrigação de cumpri-los.

- Se o síndico declara a impossibilidade de cumprir o contrato, considerar-se-á êste rescindido, mas não se deve carregar à massa nenhuma penalidade por essa rescisão a que a falência deu causa.

Manuel Maria Ferreira de Sampaio e sua mulher *versus* Síndicos da falência de Ernesto & Cia. Ltda.

Ap. n° 14.579 - Relator: DESEMBARGADOR EMANUEL SODRÉ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 14.579, em que são apelantes Manuel Maria Ferreira de Sampaio e sua mulher e apelados os síndicos da falência de Ernesto & Cia. Ltda.:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para, reformando a sentença apelada, julgar rescindido o contrato com perda do sinal pela ré, isenta, porém, esta do pagamento de honorários.

Os apelantes, pela escritura pública de fls. 4, prometeram vender à falida os imóveis ali mencionados. Estabeleceram o preço de Cr$ 1.031.200,00; receberam Cr$ 150.000,00 a título de *sinal* e princípio de pagamento, sujeito à regra do art. 1.094 do Cód. Civil; o restante do preço era para ser pago em prestações, como ali se determinava. Êsse pagamento não foi feito, de certa data em diante, e daí virem os autores pleitear a rescisão e a conseqüente perda do sinal e das prestações pagas, por parte da ré, também obrigada a pagar os honorários de advogado. Depois do despacho saneador, foi requerida a intimação da massa falida da ré, na pessoa de seu síndico, que requereu a remessa dos autos para o juízo da falência, contestou a fls. 36 e manifestou a fls. 44 a impossibilidade da massa cumprir as cláusulas contratuais. A *sentença* de fls. 50 julgou procedente a ação e condenou a massa falida nas custas, nos honorários pactuados e no saldo credor, sujeitos ao rateio.

Quem apelou foram os autores, porque a sentença julgou *procedente* a ação mas não declarou rescindido o contrato, como fôra pedido; e a ré, falando como *apelada*, atacou a sentença. Isso bem mostra que esta não pode subsistir.

Não há dúvida que a falência não resolve *pleno jure* os contratos bilaterais, pois o síndico poderá chamar à massa a obrigação de cumpri-los; mas se o síndico declara, como no presente caso, que é impossível

Finalpag. 281

cumprir as cláusulas contratuais, forçoso se torna decretar a rescisão do contrato. A perda do sinal e do mais já pago pela promitente-compradora é a compensação das perdas e danos advindas aos promitentes-vendedores; mas a condenação da massa falida no pagamento dos honorários é uma pena que não deve ser aplicada, por isso mesmo que a rescisão resultou do advento da falência.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 27 de novembro de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Emanuel de Almeida Sodré*, relator; *Eduardo Espínola Filho*.

Ciente, em 17-12-51 - *Jorge de Godói*.

*

AÇÃO EXECUTIVA - AÇÃO DECLARATÓRIA EM CURSO

- O simples fato da propositura de uma ação declaratória não constitui motivo de defesa nem fundamento hábil de compensação, suscetível de oposição, na contestação ao executivo por nota promissória.

Mecânico Frico Ltda. *versus* Alcides Ambrósio

Ap. nº 12.308-Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 12.308, em que é apelante Mecânico Frico Ltda. e apelado Alcides Ambrósio:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Opondo-se à executiva por dívida fundada em nota promissória, o apelante alegou que o apelado, exeqüente, lhe ocasionara um prejuízo, responsável que era pelo abalroamento de um carro que se encontrava na oficina, pelo que propusera uma ação declaratória tendente a definir essa responsabilidade.

Ora, se o que o apelante pretendeu, com a sua contestação, foi opor uma compensação, esta não pode ser acolhida, pois exige, para sua configuração, que se trate de dívidas líquidas e vencidas e de coisas fungíveis. Não está caracterizado o requisito do art. 51 da lei cambial. Impõe-se, assim, a confirmação da sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 25 de setembro de 1951. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, relator; *Alberto Mourão Rússel*.

*

LIVROS COMERCIAIS - PROVA

- Os assentamentos em livros comerciais, quando comprovados por qualquer documento, é que fazem prova contra as pessoas, não comerciantes.

Galeria Carioca de Modas S. A. *versus* Dr. Angelo Cabeda Brocchi

Ap. nº 13.296 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.296, sendo apelante Galeria Carioca de Modas S. A. e apelado Dr. Angelo Cabeda Brocchi:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento à apelação e confirmar, por seus fundamentos, a sentença recorrida, pagas as custas pela apelante.

O art. 23, nº 3, do Cód. Comercial, dispõe que os assentamentos nos livros comerciais fazem prova plena contra as pessoas não comerciantes, quando *comprovados* por qualquer documento. A autora-apelante não requereu qualquer exame em seus livros, para comprovar o assentamento e se achar êste comprovado com qualquer documento firmado pelo réu. Negou o réu a veracidade da alegada compra de mercadorias e a autora não comprovou essa compra. A duplicata, além de estar quitada, representa mercadorias vendidas em outubro de 1945, nada tendo, assim, a ver com a alegada na inicial, que teria sido feita em setembro de 1949.

Distrito Federal, 31 de julho de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Henrique Fialho*, revisor; *Narcélio de Queirós*.

*

COMPRA E VENDA MERCANTIL - RESCISÃO DO CONTRATO

- O vendedor que não entregou, como se obrigara, no tempo e pela forma contratados, a mercadoria objeto do negócio, depois de interpelado para fazê-lo, responde pela rescisão do contrato de que é culpado.

Ernani Carvalho Coutinho & Cia. Ltda. *versus* Marum & Barbosa

Ap. nº 11.391 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO DE PINHO

ACÓRDÃO

Vistos; relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 11.391, em a qual são apelantes Ernâni Carvalho Coutinho &

Finalpag. 282

Cia. Ltda., sendo apelados Marum & Barbosa:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em negar provimento ao aludido recurso, pagas as custas na forma da lei.

A hipótese é a de uma compra e venda mercantil, relativa a uma partida de farinha de trigo de procedência americana, que Ernâni Carvalho Coutinho & Cia. Ltda. venderam, à vista, a Marum & Barbosa, à razão de Cr$ 173,00 o saco de 100 libras de pêso, obrigando-se a entregar a mercadoria, Cif-Rio, até 31 de agôsto de 1947.

Êsse negócio foi concretizado em o documento de fls. 7, de caráter epistolar, emitido pelos vendedores, e no qual, além da natureza, quantidade, preço e forma de pagamento da mercadoria, ficou estabelecido o têrmo expresso para a entrega da mesma aos compradores.

Nenhuma outra condição foi imposta ao negócio.

Findo o prazo da entrega, sem que esta tivesse sido cumprida, os vendedores, na forma do art. 205 do Cód. Comercial, interpelaram os compradores e, em seguida, promoveram a presente ação para a rescisão do contrato, por culpa daqueles.

A defesa não logrou fazer qualquer prova, e, além da que resulta da texto do documento de fls. 7, em favor dos compradores, há, ainda, o laudo pericial do exame da escrituração mercantil dos ora apelantes, e que lhe resultou absolutamente contrário.

Não há dúvida de que os apelantes deram causa à rescisão do negócio, não entregando, como se obrigaram, no tempo e pela forma contratados, a mercadoria que lhe era objeto.

Nesta conformidade, impunha-se, como aliás bem decidiu a sentença, a procedência da ação e a condenação dos vendedores em perdas e danos, honorários do advogado dos vencedores, juros da mora e custas, aquelas que se apurarem, devidamente, em execução.

Distrito Federal, 21 de setembro de 1951. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Homero de Pinho*, relator; *Mário dos Passos Machado Monteiro*.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - PROMOÇÃO - SUPRESSÃO OU TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS - DIREITO ADQUIRIDO

- O direito do funcionário de carreira é o de não ser preterido; mas a lei pode alterar a carreira, suprimindo classes ou vagas, sem ferir direito adquirido à promoção.

Antônio Estácio de Faria **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 5.237 - Relator: DESEMBARGADOR CÔRTES DE LACERDA - Ac. unânime do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 26 de julho de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.137)

*

EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO - ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

- É ilícito o ato do mediador que, visando a lucro, usa de influência sôbre funcionários Públicos ou autárquicos.

Raul Rebouças **versus** Sebastião Fragelli

Ap. nº 10.554 - Relator: DESEMBARGADOR EMANUEL SODRÉ - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Distrito Federal, em 9 de janeiro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.138)

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" VINTENA

- Não está sujeito ao pagamento do impôsto de transmissão **causa mortis** a vintena do testamenteiro.

Prefeitura do Distrito Federal **versus** Espólio de Nemésio Taboada y Taboas

Ag. nº 1.552 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Distrito Federal, em 7 de novembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.139)

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO - ARREMATAÇÃO - HASTA PÚBLICA

- O impôsto de transmissão deve ser cobrado sôbre o valor do imóvel obtido em arrematação realizada em hasta pública.

Prefeitura do Distrito Federal **versus** Gil Duarte

Ap. nº 9.490 - Relator: DESEMBARGADOR VIEIRA BRAGA - Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Distrito Federal, em 21 de novembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.140)

Finalpag. 283

*

ISENÇÃO FISCAL - EMPRESA AERONÁUTICA SERVIÇOS DE UTILIZAÇÃO PÚBLICA

- A isenção fiscal de impostos estaduais e municipais concedida às emprêsas aeronáuticas não abrange as instalações de que o público se utiliza mediante pagamento, destinadas a exploração lucrativa, estranha ao serviço aeronáutico.

Linhas Aéreas Paulista S. A. **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 7.070 - Relator: DESEMBARGADOR ESPÍNOLA FILHO - Ac. da 8ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Distrito Federal, em 16 de dezembro de 1949.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.141)

*

ISENÇÃO FISCAL - JORNALISTA

- A isenção fiscal, em favor dos jornalistas, abrange sòmente os que fazem, ou fizerem, da imprensa a sua única, senão a principal ocupação.

- Interpretação do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Mário Negreto **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Mand. de seg. nº 54 - Relator: DESEMBARGADOR BULHÕES CARVALHO - Ac. da 4ª Câmara do Trib. de Justiça do Distrito Federal, em 31 de julho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.142)

*

ISENÇÃO FISCAL - JORNALISTA

- A isenção fiscal visa àquele que faz do jornalismo a sua profissão, não se concebendo que êsse privilégio, constituído em favor de uma classe, possa atingir a quem, pertencendo a ela ou tendo outra profissão, seja também jornalista.

- Interpretação do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Prefeitura do Distrito Federal **versus** Dr. Cadmo Carlos de Mourão Brandão

Ap. nº 7.483 - Relator: DESEMBARGADOR CÂNDIDO LÔBO - Ac. do Trib. de Justiça do Distrito Federal, em 19 de maio de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.143)

*

DESAPROPRIAÇÃO - PERDAS E DANOS

- Iniciada construção de vulto no terreno expropriado, cabem perdas e danos pela respectiva desapropriação.

Barros Filho & Cia. e outros **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 6.808 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO DE PINHO - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Distrito Federal, em 14 de agôsto de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.144)

Finalpag. 284

Tribunal de Justiça de São Paulo

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELA INTEGRALIZAÇÃO DO SEU CAPITAL

- A responsabilidade dos sócios das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, pela integralização do capital social, sòmente pode ser apurada em caso de falência da sociedade.

Hermindo Pedro Ciscato e sua mulher **versus** Fazenda do Estado de São Paulo

Ag. nº 54.458 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 54.458, da comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que são agravantes Hermindo Pedro Ciscato e sua mulher e agravada a Fazenda do Estado:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, dar provimento ao agravo, para receber os embargos de terceiro opostos pelos agravantes e ordenar o levantamento da penhora que

recaiu sôbre o imóvel de sua propriedade, no executivo fiscal que a agravada move contra a sociedade Ciscato & Cia. Ltda.

Custas pela agravada.

A Fazenda do Estado ajuizou um executivo fiscal contra Ciscato & Cia. Ltda., a fim de cobrar-lhe a importância de Cr$ 326.667,90, correspondente ao impôsto de vendas e consignações não recolhido na ocasião oportuna, com os acréscimos legais.

Citada a sociedade-ré, informou o oficial de justiça que deixara de proceder à penhora por não ter encontrado bens da sociedade-ré, acrescentando, porém, que o sócio Hermindo Ciscato possuía um prédio e respectivo terreno na cidade.

Ouvida a Fazenda, opinou ela pela penhora do prédio de propriedade do sócio da firma devedora. E a penhora, ordenada pelo juiz, foi realizada.

Em conseqüência, os proprietários do prédio penhorado, os ora agravantes, ofereceram embargos de terceiro que, regularmente processados, foram repelidos pela sentença agravada.

Daí a interposição dêste recurso, em que os agravantes pleiteiam o acolhimento dos seus embargos de terceiro.

A sentença agravada, brilhantemente lançada, acolheu a tese de que os bens dos sócios das sociedades por cotas de responsabilidade limitada podem ser penhorados para satisfazer as dívidas da sociedade, quando não tenha sido integralizado o capital social, independentemente da falência da sociedade.

A questão é resolvida em face do dec. número 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que regulamentou as sociedades daquele tipo. O art. 9º daquele decreto estabelece:

"Em caso de falência, todos os sócios respondem solidàriamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das cotas não inteiramente liberadas".

É inequívoca essa redação, no sentido de estabelecer a solidariedade dos sócios até o limite do capital social "em caso de falência". Tivesse o legislador a intenção de permitir a apuração dessa solidariedade, sem maiores formalidades, e não iniciaria o período que forma aquêle artigo com a restrição "em caso de falência". Teria dito apenas: "todos os sócios respondem solidàriamente pela

parte que faltar para preencher o pagamento das cotas não inteiramente liberadas".

Dissesse isso aquêle dispositivo da lei e, então, o prolator da sentença recorrida estaria com a razão, quando entendeu que a apuração daquela responsabilidade poderia ser feita independentemente de falência. Mas a lei não disse apenas isso, disse mais que os sócios respondem solidàriamente "em caso de falência". Vale dizer que não respondem enquanto não for decretada a falência da sociedade.

Nesse sentido é a opinião do emérito comercialista VALDEMAR FERREIRA, que escreve: "Esta responsabilidade, porém, sòmente em caso de falência da sociedade é apurada e efetivada. O art. 9° do dec. número 3.708 expressamente estabelece responderem nela todos os sócios solidàriamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das cotas não inteiramente liberadas" ("Compêndio das Sociedades Mercantis", pág. 311).

E compreende-se que assim seja. A responsabilidade pelo pagamento de cada cota do capital, em princípio, é pessoal, do sócio que a subscreveu. A responsabilidade dos sócios, em geral, pela integralização do capital faltante, é, em princípio, subsidiária. Só depois de decretada a falência da sociedade é que se evidencia a insuficiência do capital realizado para a liquidação do passivo; só então é que se justifica o chamamento dos sócios à integralização do capital não realizado pelos demais.

Por isso é que o legislador, prudentemente, prescreveu que a responsabilidade solidária

Finalpag. 285

dos sócios até a integralização do capital sòmente ocorrerá "em caso de falência". Com esta exigência fica assegurada a prévia liquidação do patrimônio social e a apuração da insuficiência do ativo para fazer face ao passivo, assim como a necessidade de chamamento dos sócios a completar a parte faltante até o limite do capital subscrito.

Aliás, tal responsabilidade, mesmo em caso de falência, não se apura arbitràriamente, sem forma nem figura de Juízo, mediante simples apreensão de bens dos sócios, como ocorreu no caso, mas sim em ação regular a ser intentada pela massa falida contra os sócios, na forma a que alude o art. 50, e seus parágrafos, do dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

O caso dos autos é eloqüente, no sentido da necessidade de ser feita aquela apuração na falência da sociedade. O impôsto em cobrança se refere a transações que sobem a mais de quatro e meio milhões de cruzeiros. É de supor que o produto dessas transações esteja em poder da sociedade. Não será a simples informação de um oficial de justiça, vaga e sem base, de que não encontrou bens da sociedade, que evidenciará a necessidade da apreensão de haveres dos sócios. Na falência da sociedade é que a sindicância verificará e arrecadará o ativo que houver. E, então, se realmente forem insuficientes para cobrir o passivo os bens arrecadados, serão chamados a responder pelo capital não integralizado os sócios, por meio a ação adequada.

O que não é jurídico nem legal é confundir o patrimônio dos sócios com o da sociedade, para fazer penhorar discricionàriamente um imóvel reconhecidamente pertencente ao sócio, sem forma nem figura de Juízo, sem lhe assegurar a defesa necessária para demonstrar a suficiência dos bens da sociedade para arcar com o pagamento demandado.

A sentença agravada, não obstante tenha o juiz defendido com brilho a tese que adotou, afastou-se da melhor doutrina. O elemento histórico é, muitas vêzes, enganoso, e não pode levar o intérprete a recusar interpretação que decorre da letra inequívoca da lei. *Interpretatio cessat in claris*.

São Paulo, 7 de agôsto de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *Breno Caramuru*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

RECURSO - FALÊNCIA - PROCURAÇÃO DO ADVOGADO DO SINDICO - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

- A falta de procuração no processo não acarreta a nulidade do recurso se dos autos constam certidões e cotas das quais se possa inferir que no processo da falência funciona o advogado como procurador do síndico.

- No julgamento que a lei determina seja processado em audiência, deve ser respeitado o princípio de identidade física da juiz.

Síndico da Massa Falida de J. Santos *versus* Demétrio Sleman & Cia.

Ag. nº 55.151 - Relator: DESEMBARGADOR EDGAR BITTENCOURT

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 55.151, da comarca da Capital, em que é agravante o síndico da Massa Falida de J. Santos (João Santos)

e agravada Demétrio Sleman & Cia.:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para anular o processo desde a instrução inclusive, repelida a preliminar inicialmente decidida de não se tomar conhecimento do agravo.

Assim decide a Câmara, pelos seguintes fundamentos:

Quanto à preliminar de não conhecimento do recurso, por não constar do processo a procuração outorgada ao advogado do síndico, ora agravante, não pode ser acolhida. Trata-se de processo que corre no juízo universal da falência, e no processo desta consta a procuração reclamada, o que se deduz da cota de fls. Tendo sido determinada vista dos autos ao síndico, o escrivão a abriu para o mesmo advogado ora agravante, sem reclamação dos agravados. É lícito, pois, concluir que o advogado funciona regularmente como procurador do síndico. A omissão não acarreta, pois, a imprestabilidade do processo: seria a nulidade sem prejuízo, contràriamente ao princípio jurídico dominante.

Já o mesmo não se dá quanto às demais infrações da lei processual, sendo desrespeitados princípios substanciais, com prejuízos evidentes para a massa.

Primeiramente, foi desrespeitado o artigo 120 do Cód. de Processo, que exige a identidade física do juiz com a causa. O assunto foi abordado na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto convertido em lei de falências: "...os princípios consagrados no Cód. de Proc. Civil impõem as normas que devem reger a instrução e julgamento dos créditos, o que é aceito pelo projeto, sem prejuízo da celeridade específica do processo da falência".

Finalmente, a intimação do síndico e do Dr. curador, para a audiência de instrução e julgamento, não se fêz regularmente (art. 206, § 1º, do dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), com a imprescindível certidão de que o "Diário Oficial" fêz a publicação. A conseqüência da irregularidade foi

a ausência daquelas pessoas aos atos de instrução, da qual resultou prova acolhida pela sentença.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 5 de outubro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente; *Edgar Bittencourt*, relator; *Fernandes Martins*. Foi voto vencedor o do Sr. Des. CARNEIRO LACERDA.

*

FALÊNCIA - VERIFICAÇÃO DE CRÉDITO - CURADOR DAS MASSAS

- É facultativa a presença do curador fiscal das massas falidas, nas audiências de verificação de crédito.

Cosimo Labbate, síndico da Massa Falida de Gaspar de Almeida *versus* Manuel Coutinho

Ag. nº 54.559 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 54.559, da comarca de São Paulo, em que são: agravante Cosimo Labbate, síndico da massa falida de Gaspar de Almeida, e agravado Manuel Coutinho:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, rejeitada a preliminar de nulidade da audiência de verificação de crédito, negar provimento ao recurso, mantendo a sentença agravada por seus fundamentos.

Custas pelo agravante.

O Dr. curador fiscal das massas falidas. na sua contraminuta, levantou a preliminar de nulidade da audiência de verificação do crédito, por não ter sido êle intimado pessoalmente da respectiva designação.

A preliminar não merece acolhida. Aquêle representante do Ministério Público foi ouvido liminarmente, quando se limitou a declarar que aguardava a produção das provas. Designado o dia 1° de março para a audiência, o Dr.

curador foi intimado pessoalmente dessa designação, como se vê pelo "ciente", lançado ao pé do têrmo de designação, pelo Dr. Nicolau Zarif (fls.). Contudo, o Dr. curador não compareceu à audiência, como se vê do têrmo de fls. Isso revela que aquêle representante do Ministério Público (o mesmo que depois alegou a nulidade) não encontrou interêsse algum que justificasse a sua presença na audiência.

Naquela audiência, entretanto, não houve instrução e julgamento do pedido, porque uma das partes pediu nova designação. Deferido o pedido, no próprio têrmo da audiência foi feita nova designação, de que as partes presentes ficaram cientes. O doutor curador, por não ter comparecido, não tomou conhecimento, pois não foi intimado posteriormente.

A falta dessa intimação, embora constitua uma irregularidade, não induz nulidade, no caso, porque já havia o Dr. curador deixado ver o seu desinterêsse pela audiência. Além disso, a presença do representante do Ministério Público às audiências de verificação de crédito não é obrigatória, mas apenas facultativa. É o que resulta do disposto no § 1º do art. 95 da Lei de Falências, que reza:

"Terminadas as provas, o juiz dará a palavra, sucessivamente, ao impugnante, ao impugnado e ao representante do Ministério Público, se presente, pelo prazo de 10 minutos improrrogáveis para cada um, e em seguida proferirá sentença."

A decretação da nulidade, portanto, sôbre não se apoiar em falta de ato substancial, ainda se afigura de absoluta inutilidade, não só porque o Dr. curador fiscal já demonstrou que não pretende comparecer à audiência, como porque nada alegou êle na sua contraminuta que justifique a necessidade da repetição daquele ato.

No mérito, a sentença apelada fica confirmada por seus próprios fundamentos, pois bem apreciou os fatos e aplicou o direito.

São Paulo, 31 de julho de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *Breno Caramuru*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

FALÊNCIA - RESTITUIÇÃO - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - CONTRIBUIÇÕES

- Não tendo os empregados recebido determinados salários do empregador, não cabe o pedido de restituição de contrIbuições de previdência social feito por Instituto de Aposentadoria e Pensões. Se na liquidação da massa os empregados, como credores privilegiados que são, vierem a receber os seus salários, então o Instituto terá direito às contribuições, relativamente ao que, efetivamente, tiver sido pago pelo liquidatário.

I. A. P. I. *versus* Massa Falida de Pedreira "Jaraguá", Indústria e Comércio Ltda.

Ag. nº 56.040 - Relator: DESEMBARGADOR CUNHA CINTRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 56.040, da comarca

Finalpag. 287

de São Paulo, entre partes: Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários, agravante, Massa Falida de Pedreira "Jaraguá", indústria e Comércio Ltda., agravada:

Acordam em 4ª Câmara negar, por votação unânime, provimento ao recurso e confirmar a decisão agravada de fls., cujos fundamentos, com os quais se manifestou de acôrdo a Procuradoria Geral, adotam.

Custas pelo agravante.

São Paulo, 27 de setembro de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente com voto; *Cunha Cintra*, relator; *Pinto do Amaral*.

DECISÃO AGRAVADA

Vistos:

O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários requereu, contra a Massa Falida de Pedreira "Jaraguá", Indústria e Comércio Ltda., a restituição da quantia de Cr$ 15.613,20, total dos descontos que a falida teria feito nas fôlhas de pagamento aos seus empregados, em cumprimento ao disposto no art. 26 do regulamento aprovado pelo dec. nº 1.918, de 27 de agôsto de 1937, e que

não fôra recolhida ao reclamante como determina o art. 1º do dec.-lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937. Fundou o Instituto o seu pedido no art. 77 e seus parágrafos da atual Lei de Falências.

A inicial veio acompanhada do têrmo de verificação do débito junto a fls.

A falida, pelo cota de fls., confessou a omissão que teria dado causa ao presente pedido.

O síndico, entretanto, seguido pelo doutor curador fiscal, impugnou a pretensão do reclamante, alegando que, se a falida não pagou os salários de seus empregados, conforme se verifica dos autos de declarações de créditos, não poderia ter descontado dos mesmos as contribuições que seriam devidas ao I.A.P.I. Ora, não tendo a falida numerário para pagamento dos salários, evidentemente não podia descontar contribuições de uma coisa que não existia.

Instruindo seu parecer, ofereceu o doutor curador fiscal os pareceres, por cópia, juntos a fls.

Por despacho proferido a fls., foi indeferido de plano o pedido inicial. Inconformado, agravou o Instituto a fls., pelas razões expendidas a fls., acompanhadas do documento de fls. e dos arestos - por cópia - de fls. Contraminutado o recurso, a fls., foi mantida a decisão agravada, conforme despacho à fls.

Subiram os autos à superior instância.

Oficiou o Dr. procurador-geral do Estado, a fls., opinando pelo provimento do recurso e pelo acolhimento da pretensão constante da inicial de fls. A egrégia 4ª Câmara do Tribunal de Justiça, em acórdão unânime relatado pelo insigne desembargador JUÁREZ BEZERRA, anulou o processado a partir da sentença e, sem entrar no mérito da questão, ordenou o prosseguimento do feito, para serem obedecidos o art. 77, § 3°, combinado com o art. 95 da Lei de Falências e ainda o art. 280 do Cód. de Proc. Civil.

Baixaram os autos e foi designada audiência de instrução e julgamento, pelo despacho de fls.

Nenhuma prova foi produzida na instrução, limitando-se as partes a proferir as alegações orais de fls.

Vieram-me os autos conclusos para sentença, pelo que passo a decidir.

Conforme sustentou o próprio síndico, em suas alegações finais, dúvidas já não restam sôbre o direito do Instituto de receber da 'massa falida as contribuições que esta tenha descontado de seus empregados para recolhê-las aos cofres da reclamante. Ocioso seria citar aqui a copiosa jurisprudência a respeito, além da que consta dos autos oferecida pela autora.

Todavia, no caso em julgamento, há uma circunstância que impede o deferimento do pedido de restituição pura e simples, como vem estatuído no final do art. 9° do dec.-lei n° 65, de 14 de dezembro de 1937. É que a autora não provou e o síndico, juntamente com o Dr. curador fiscal, contestaram o pagamento de salários aos empregados, donde teria sido descontada a percentagem então devida ao Instituto. Ora, se nenhum pagamento foi feito, é óbvio que nenhum desconto se efetivou.

Não se trata, no caso, como muito bem ponderou a própria autora, de dívida do falido, pròpriamente dita, mas, sim, de dívida dos empregados, que aos empregadores incumbe descontar e recolher aos Institutos. Quer isto dizer que, se os empregados nada receberam, como, poderiam pagar, por intermédio do empregador, as percentagens estabelecidas no art. 26, nº I, do regulamento aprovado pelo dec. nº 1.918, de 27 de agôsto de 1937? Se na liquidação da massa, os empregados, como credores privilegiados que são, vierem a receber os seus salários, então, sim, a autora terá direito às contribuições, relativamente. ao que, efetivamente, tiver sido pago pelo liquidatário.

Por enquanto, falta objeto ao pedido, não podendo, em conseqüência, ser deferido. O mais que se pode fazer é declarar a autora credora privilegiada da Massa Falida, por quantia incerta a ser apurada na liquidação.

É o que fica julgado.

Custas na forma da lei.

Publique-se na audiência para hoje designada.

São Paulo, 13 de abril de 1951. – *Júlio d'Elboux Guimarães*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS - CHEQUE - FALSIDADE IDEOLÓGICA

- Não há responsabilidade do Banco pelo pagamento de cheque ideològicamente

Finalpag. 288

falso. Trata-se de uma falsidade invisível, irreconhecível, que vicia o ato em seu conteúdo ideal, mas não em sua materialidade, apresentando-se o título, em sua exterioridade, como um documento perfeito.

D. Clotilde Gonçalves *versus* Banco Comercial do Estado de São Paulo

Ap. nº 56.640 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 56.640, da comarca de Assis, em que é apelante D. Clotilde Gonçalves, e apelado o Banco Comercial do Estado de São Paulo, adotado o relatório da sentença:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao agravo no auto do processo e por igual votação negar provimento ao recurso de apelação, para confirmar a sentença por seus fundamentos.

Custas pela apelante.

Clotilde Gonçalves propôs a presente ação contra a agência do Banco Comercial da cidade de Assis, a fim de haver do referido Banco a quantia de Cr$ 40.000,00, acrescida de honorários de advogado e custas, sob o fundamento de que o aludido Banco pagou a mencionada importância a terceiro mediante apresentação de cheques falsos; que, assim procedendo, está obrigado a satisfazer o pagamento do que indevidamente ficou ela autora desfalcada.

O Banco defendeu-se dizendo não ser falsa a assinatura da autora, e em conseqüência pagou bem, a quem apresentou cheques regularmente emitidos. Da sentença que julgou improcedente a ação apelou a autora, tendo o réu contra-arrazoado.

Não pode ser provido o agravo no auto do processo, por inadmissível produção de provas depois de encerrada a instrução, como também por estranhas à causa as provas pretendidas, como bem ficou decidido. Quanto ao mérito, merece confirmação a sentença recorrida por seus fundamentos. Não é de se cogitar no

caso em aprêço do risco profissional bancário, uma vez que não se trata de cheques falsos, certo que as assinaturas são do próprio punho da autora, e, assim, não era de se recusar o pagamento.

Se a autora assinou os cheques em questão, ilaqueada em sua boa-fé por Domingos Antônio Ventrici, que a fêz assinar os cheques, e a autora os assinou na suposição de que estava apondo sua assinatura em guias fiscais, é um fato sòmente a ela imputável, pelo descuido na guarda do talão de cheque e na desatenção de assinar cheques supondo que em outros papéis estivesse apondo sua assinatura. Do Banco é que não pode pretender reembolso, dum fato originado de sua própria culpa, que proporcionou a terceiro a prática dum crime, pelo qual já foi processado e condenado, como se vê da certidão de fls.

Não se enxergando no procedimento do réu qualquer parcela de culpa, a improcedência da ação se impunha, tal como foi julgada. Nessas condições, negam provimento ao recurso.

São Paulo, 21 de setembro de 1951. - *Clóvis de Morais Barros*, presidente; *Camargo Aranha*, relator; *Joaquim de Silos Cintra*; *Vicente Sabino Júnior*.

SENTENÇA

Omissis...

IV. Em relação ao agravo no auto do processo, mantenho o despacho de fls., que se ateve, estritamente, ao disposto no artigo 269 do Cód. de Proc. Civil. Estava terminada a instrução, não podendo mais, em conseqüência, ser reaberta.

V. *Os fatos*. Os fatos dos autos, em síntese, foram os seguintes: a autora - Clotilde Gonçalves - era correntista do Banco Comercial do Estado de São Paulo S. A., agência desta cidade, possuindo a caderneta bancária, que se encontra a fls. dos autos. Movimentava, a princípio, sua conta, usando cheques avulsos, até que, em 13 de setembro de 1949, recebeu o talão de cheques de ns. 101.741 a 101.750, de série 59-A (fls.). Sua caderneta era escriturada tôdas as vêzes que fazia depósitos. Em 2 de agôsto de 1950, ao fazer um depósito, entregou sua caderneta para escrituração e, ao recebê-la, estranhou o total de seu saldo. Reclamando, foram-lhe apresentados três cheques de seu caderno ou talão - ns. 101.744-45-46, - das importâncias de Cr$ 20.000,00, Cr$ 10.000,00 e Cr$ 10.000,00, respectivamente (fls.). Negou ela a autoria dos cheques e a autenticidade das firmas nêles apostas. Surgiram, em conseqüência, duas ações: a presente, ordinária de cobrança, contra o Banco Comercial do Estado de São

Paulo; outra, criminal, resultante de inquérito policial aberto. Quando já contestada a presente ação, no inquérito policial já referido, Domingos Antônio Ventrici, que era ou fôra amante da autora, confessou que esta deixava sua bôlsa em cima da mesa, ou a entregava a êle. Verificou êle, então, que, dentro dessa bôlsa, havia um talão de cheques, do qual retirou 3 fôlhas, "com a intenção de posteriormente conseguir assinatura e receber o dinheiro". Colocou êstes cheques entre guias fiscais para transferência de estabelecimentos comerciais que havia recebido de Eustáquio Zuardi, e fêz com que Clotilde assinasse os mesmos, julgando que estava assinando as guias" (fls.). Em conseqüência destas declarações, a autora, pela petição de fls., confessou que suas assinaturas eram autênticas, mas que foram obtidas fraudulenta e criminosamente, sendo, por isso, os cheques ideològicamente falsos, havendo concorrido para seu prejuízo

Finalpag. 289

culpa da ré (fls.). Naquela petição de fls., diz textualmente a autora:

"Ora, diante da confissão de fls., e lembrando-se de haver assinado a pedido do confitente diversas "guias de transferências", sob o disfarce das quais se verificou em processo criminal que o acusado preso preventivamente captou fraudulenta e criminosamente suas assinaturas nos cheques furtados ao seu livro, a autora, nos têrmos do art. 230, § 2º, do Cód. de Processo Civil, reconhece e confessa expressamente, ratificando a petição de fls., o item primeiro da contestação de fls., a saber, que as suas assinaturas nos documentos de fls. são autênticas, com a ressalva, igualmente expressa, de que foram obtidas fraudulenta e criminosamente por terceiro."

Assim, a própria autora, embora persistindo na responsabilidade do Banco, confessa a autenticidade das firmas apostas nos cheques de fls.

VI. A quem cabe a responsabilidade pelo pagamento dêstes cheques: à correntista? ao Banco? BONELLI, apreciando a matéria, firma, de início, um princípio:

"Certamente la considerazione assorbente è, e deve essere, quella della "colpa" in cio quasi tutti sono d'accordo" ("Della Cambiale, dell'Assegno Bancário e del Contratto di Conto Corrente", pág. 798).

Em outro passo, o mesmo mestre italiano diz:

"Io persisto a credere che, all'infuori della colpa, nessun criterio decisivo possa generalizzarsi per la soluzione della questione" (ob. cit., pág. 798).

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, em exaustivo estudo sôbre o cheque falso, de sua vez, afirma:

"A doutrina e a jurisprudência parecem convergir para uma solução uniforme: "a responsabilidade pelo pagamento de cheque falso, na forma de emissão, cabe àquele que agiu com culpa ou negligência" ("Do Cheque no Direito Comparado Interamericano", pág. 132).

Pouco mais adiante, examinando o problema em face do direito brasileiro, volta a afirmar:

"A doutrina, pode dizer-se com segurança, é pacífica no sentido de que a responsabilidade pelo pagamento de cheques falsos deve ser suportada pela parte que agiu culposamente. Ora o emitente, ora o sacado, deverá sofrer o prejuízo de acôrdo com os princípios da negligência e reparação dos danos" (ob. cit. pág. 148).

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, com sua costumada segurança, escreve:

"No campo da doutrina, apesar das divergências em muitos pontos, todos estão mais ou menos de acôrdo quanto à responsabilidade daquele que se acha em "culpa" ("Tratado de Direito Comercial", vol. V, 2ª parte, pág. 540).

PAULO DE LACERDA, seguindo a mesma orientação, também escreve:

"Vê-se claramente que nada há de novo, em tese, neste assunto; valem os princípios reguladores da teoria da culpa, aplicáveis também quando haja concurso de culpas de ambas partes" ("O Cheque", nota à página 478).

Ilustrando esta orientação, exemplifica EGBERTO LACERDA TEIXEIRA:

"A culpa ou negligência significa a violação, pelo sacador ou pelo sacado, de qualquer dos deveres contratuais explícitos ou implícitos no contrato de cheque. Dois exemplos esclarecerão o assunto: I) A falsifica a assinatura de B, num cheque, e emite o título a seu favor. A assinatura está pobremente imitada. A falsidade é visível. Se o Banco, não obstante a clareza do vício que inquina a firma do sacador, pagar o cheque, o Banco será responsável, porque o sacado deve conhecer as firmas de seus clientes. II) Nas mesmas condições acima descritas, imaginemos que a firma do sacador tenha sido hàbilmente imitada. A

falsidade é invisível. O cheque apresenta a regularidade externa, de um título perfeito. O Banco agiu com cuidado. Prova-se, por outro lado, que a falsidade ou falsificação foi perpetrada por um empregado do emitente que se aproveitou da circunstância de o patrão deixar o talão de cheques em lugar inseguro. Neste caso, a culpa do correntista estará plenamente caracterizada" (ob. cit., pág. 133).

Em face do exposto, a conclusão segura a que se chega é a de que a solução da questão é ditada pela culpa. Como o afirma EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, "esta é a lição insofismável de tôdas as legislações modernas" (ob. cit., pág. 133). Sòmente quando o critério da culpa não permitir a solução é que, então, se socorre da teoria do risco. Tal se dá quando não há culpa de qualquer das partes, ou ambas as culpas são iguais. É a precisa lição de EGBERTO LACERDA TEIXEIRA:

"Quando o critério da culpa não pode ser seguido, por não existir culpa ou negligência em qualquer das partes, ou quando a culpa fôr teòricamente igual em ambas as partes, temos que recorrer a um novo critério aferidor: o risco" (ob. cit., página 134).

Neste caso, a responsabilidade, como o ensina VIVANTE ("Trattato di Diritto Commerciale", vol. III, pág. 611, nº 1.415), recai sôbre o banqueiro que pagou.

Os autores, no entanto, para maior facilidade da solução, têm fornecido alguns critérios para reconhecer a culpa. Assim é que escreve J. X. CARVALHO DE MENDONÇA:

"Cabe a cargo do sacado a responsabilidade pelo pagamento do cheque falso ou falsificado:

"1. Se êle deixa de verificar com a necessária atenção a autenticidade da firma do emissor Para essa verificação serve o

Finalpag. 290

registro de assinaturas dos seus clientes (cadastro).

"2. Se a falsidade ou falsificação era fàcilmente reconhecível; exemplos: emendas, raspaduras, discordância entre as somas escritas e em cifras. Aquela, nos têrmos da lei, é que prevalece.

"3. Se, recebendo oportuno aviso, não obstante efetua o pagamento do cheque.

"A responsabilidade é do cliente:

"1. Se não guarda com a necessária cautela o caderno de cheques, facilitando destarte o furto ou o desvio, e, se, descoberto o furto ou o desvio, não dá, pelo meio mais rápido, aviso ao sacado.

"2. Se o autor da falsificação ou furto do cheque é pessoa pela qual êle responde" (ob. cit., vol. V, 2ª parte, págs. 542-543, n° 1.042).

São mais ou menos êstes os critérios apontados pelos autores (BONELLI, ob. cit., págs. 798-799; CARVALHO SANTOS, "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 8°, pág. 200, nº 26). Passemos, então, ao exame dos autos.

VII. Dos, critérios apontados por CARVALHO DE MENDONÇA, para definirem a responsabilidade do Banco, apenas o segundo merece detido exame, pois que os dois outros não tiveram ocorrência na espécie. Um dos principais deveres do sacado, resultante do contrato de cheque, é, segundo o refere EGBERTO LACERDA TEIXEIRA (ob. cit., pág. 131), "examinar a autenticidade dá firma do sacador". A infração dêste dever caracteriza, como já se viu, uma das formas de que decorre a responsabilidade dos banqueiros. Daí, como conseqüência, a responsabilidade do Banco, quando a firma falsificada era fàcilmente reconhecível, ou, como diz BONELLI, *facilmente riscontrabile*.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA apega-se ao critério da visibilidade da falsidade. Quando ela é visível, há a responsabilidade do Banco. Quando, ao contrário, é invisível, ou perfeita, há a responsabilidade do correntista, de vez que o cheque se apresenta com "a regularidade externa de um título perfeito", acrescentando: "Se a alteração fôr perfeitamente visível, aparente, notável mesmo àqueles que examinarem o instrumento sem espírito prevenido, a "aparência jurídica" do título está destruída" (ob. cit., pág. 268).

LORENZO MOSSA fala, também, em "*falsificazione invisibile, che non intacca l'esterno aparire di una cambiale*" ("La Cambiale secondo la Nuova Legge", vol. 1°, página 378).

Ora, como se viu, a autora, pelas petições de fls., confessa, a autenticidade das firmas apostas nos títulos de fls., tendo em vista a confissão de Domingos Antônio Ventrici (fls.). Nestas condições, os cheques foram oferecidos ao Banco sem qualquer sinal visível de falsidade. Tinham a sua aparência jurídica, a regularidade externa de um título perfeito. É verdade que a autora aponta, nos

cheques referidos, alterações em sua superfície, como descascamento (fls.) e sinais de cola nos três. Estas alterações são, no entanto, apenas no papel, como se vê dos próprios títulos, sobretudo no de fls., em que se nota que se escreveu sôbre a parte descascada do mesmo. Não alteram quaisquer dos requisitos essenciais dos títulos e, assim, não podem ser tidas como falsificação, porque tais são apenas aquelas que destroem a aparência dos títulos. É a precisa lição de MOSSA, quando diz: "*ma opera egualmente, se la falsificazione sopprime l'apparenza della cambiale, alterandola negli elementi essenziali*" (ob. cit., 1-378). Não houve, em conseqüência, qualquer falsidade fàcilmente reconhecível ou visível; pelo que ao Banco só competia cumprir sou outro dever - "pagar o cheque à vista" (EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, ob. cit., pág. 1.313).

VIII. Alega, no entanto, a autora que aquêles cheques são, ideològicamente, falsos. Ora, em face do que se expôs, a falsidade ideológica não pode traduzir a responsabilidade do Banco. Trata-se de uma falsidade invisível, irreconhecível, pois que vicia o ato em seu conteúdo ideal, mas não em sua materialidade. O ato ideològicamente falso se apresenta, em sua exterioridade, como um título perfeito, GIUSEPPE MAGGIORE, assim define o falso ideológico:

"Dicesi falso ideologieo - con brutta parola, sebbene ormai ricevuta dalla tradizione - quello che cade non sulla materialità ma sul contenuto ideale dell'ato. Scultoriamente lo definisce il CARRARA *come quel falso che si incontra in un atto anche esteriormente vero, quando contiene dichiarazioni mendaci; e appunto dicesi ideologico, perche il decumento non è falso nelle condizioni dell'esser suo, ma sono false ie idee che in esso si vogliono affermare come vere*" ("Diritto Penale", vol. II, torno I, pág. 460).

É, em suma, como o salienta o próprio MAGGIORE, em nota, o falso ideal, intelectual ou, melhor, mental, em que há divergência entre a vontade declarada e a vontade efetiva do negócio jurídico. É, portanto, um falso invisível, irreconhecível, que, por isso mesmo, não pode traduzir a responsabilidade por culpa do Banco.

IX. Os fundamentos da culpa do Banco, apontados a fls., além de não provados, são irrelevantes. De outro lado, nas condições de conta-corrente, constantes da caderneta de fls., no item 4°, ficou estabelecido.

"O depositante se compromete a ter em boa guarda os talões de cheque que lhe forem confiados. Os prejuízos que resultarem da perda ou furto de cheques correrão por conta do depositante, se o Banco não tiver sido avisado a tempo de evitar o pagamento".

A eficácia desta cláusula de irresponsabilidade, muito discutida, tem sido, no entanto, como o informa CARVALHO DE MENDONÇA

Finalpag. 291

("Tratado", vol. V, 2ª parte, pág. 543, nº 1.042), aceita pela maioria dos escritores, embora diga VIVANTE que ela "não absolveria o banqueiro de ser diligente; assim, se por falta de diligência ordinária, o banqueiro pagasse o cheque falso ou falsificado, a responsabilidade seria tôda dêle". Ora, como se viu, não houve falta de diligência e assim, não ocorre a restrição de VIVANTE, permanecendo, plenamente, eficaz a cláusula referida.

X. Haverá, pergunta-se, nestes autos elementos para se afirmar que houve culpa da autora? A resposta afirmativa é a resultante lógica das provas. Um dos deveres impostos pelo contrato de cheque ao sacador é, segundo informa EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, "guardar com cuidado o talão de cheques, de modo a evitar que outros se apropriem dos cheques com intuitos fraudulentos" (ob. cit., pág. 1.313. Da infração dêste dever decorre, como já se viu, a responsabilidade do correntista. Haverá culpa sua parte, que isenta o Banco de responsabilidade. Ora, Domingos Antônio Ventrici, em sua confissão, declara: "Que como Clotilde largava a bôlsa por cima da mesa e mesmo entregava esta muitas vêzes ao interrogado, este verificou que ali se encontrava um talão de cheques, tendo retirado três fôlhas do caderno de cheques, com a intenção de posteriormente conseguir a assinatura e receber o dinheiro" (fls.).

Nestas condições, largava a autora sua bolsa por cima da mesa e mesmo, por vêzes, entregava ao confidente. Não tinha, em conseqüência, cuidado em guardar seu talão cheques. Com esta falta de cuidado, possibilitou o furto dos cheques referidos e, conseqüentemente, o ato ilícito de Domingos Antônio Ventrici. Caracteriza-se, assim, sua responsabilidade por culpa. De outro lado, é de se considerar que a autora agiu negligentemente, quando subscreveu os cheques julgando que assinava guias fiscais. O ardil empregado por Ventrici, por sua simplicidade, envolveu culpa da autora, que agiu descuidada e negligentemente. Considere-se que, como confessa a autora (fls.), Domingos Antônio Ventrici fôra seu amante e que, quando ela mudou para o sítio, êle costumava ali aparecer para comprar ovos e bujigangas e, nessas ocasiões, aproveitava para olhar suas ro-

Havia, assim, relações estreitas entre ambos havia confiança. Estas circunstâncias, que não podem ser levadas à culpa do Banco, permitiram que Domingos Antônio Ventrici falsificasse os cheques de fls., e definem, por isso,

a responsabilidade da autora, desde que houve culpa sua. Salienta-se, finalmente, que os cheques foram suados em branco e que, segundo BONELLI ensina, "*Va poi senza dire che egli risponde sempre della somma da lui lasciata "in bianco", qualunque fosse stata l'intesa col prenditore"* (ob. cit., pág. 799).

Em face de todo o exposto, não houve culpa do Banco, mas da autora, pelo que responde ela pelo pagamento dos cheques de fls. E não há, assim, de se cogitar de risco bancário.

XI. Em face, pois, de todo o exposto, de tudo o mais que dos autos consta e o direito dispõe, julgo improcedente a presente ação ordinária de cobrança, e, em conseqüência, condeno a autora ao pagamento das custas. Dou a presente por publicada nesta audiência e as partes por intimadas para todos os efeitos.

Assis, 11 de junho de 1951. - *Oto de Sousa Lima*.

*

VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO - AUTOMÓVEL - TERCEIRO - REGISTRO - EMBARGOS DE TERCEIRO - RECURSO

- Não vale contra terceiros o contrato de venda de coisa móvel com reserva de domínio não registrado no cartório competente.

- Se os embargos de terceiro são recebidos e contestados, da sentença final que os julga o recurso cabível é o de apelação e não o de agravo de instrumento.

João Rizzutto *versus* Inácio Giovini

Ap. nº 56.351 - Relator: DESEMBARGADOR C. LACERDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 56.351, de São Paulo, em que é apelante João Rizzutto, sendo apelado Inácio Giovini:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls. como integrante dêste, repelida, por maioria de votos, a preliminar de não conhecimento da apelação, indeferir o pedido de sobrestamento do processo e

dar provimento à apelação, por votação unânime, para julgar procedentes os embargos de terceiro opostos pelo anelante.

A preliminar de não conhecimento do recurso é repelida em face da jurisprudência uniforme desta Câmara, no sentido de que, se os embargos de terceiro são recebidos e contestados, da sentença final que os julga o recurso cabível é o de apelação e não o de agravo de instrumento, de que trata o artigo 842, nº IV, do Cód. de Processo, sòmente aplicável em se tratando de decisão que não concede vista para embargos de terceiro ou que os rejeita liminarmente (cf. "Rev. das Tribunais", vol. 175, pág. 357, e vol. 177, página 807).

Nesse mesmo sentido já decidiram outras Câmaras dêste Tribunal, conforme acórdãos

Finalpag. 292

na mesma "Revista", 136-225 e 642, 138-235, 143-158, 172-145 e 275, 178-281, 179-810, 180-613, 183-759, 184-163 e vários outros.

Admitindo-se, porém, que assim não fôsse ainda merecia repulsa a preliminar em face do disposto no art. 810 do Cód. de Proc. Civil por não se poder atribuir ao apelante a prática, de êrro grosseiro ou de procedimento malicioso, tanto mais que, *ad cautellam*, usou êle do seu recurso dentro do prazo para agravo.

O pedido de sobrestamento da ação, feito pelo embargado, para que se aguardasse o desfecho do procedimento criminal contra Mário Luís Pires Urbinati, é indeferido porque tal processo não poderá jamais influir na relação jurídica de ordem civil respeitante à propriedade do automóvel objeto dos presentes embargos, inexistindo possibilidade de decisões conflitantes dos juízes respectivos.

No mérito merece reforma a sentença apelada, que não situou a causa no seu verdadeiro plano de julgamento.

Ao título de propriedade com que se apresenta o apelante, não pode o apelado opor um contrato de venda com reserva de domínio, feito por instrumento particular, não levado a registro oportunamente e desprovido de características outras de autenticação.

A sentença inferior deu pouca importância à formalidade do registro do contrato em que se continha a cláusula de reserva do domínio. Nesse passo ela

fugiu ao exame da hipótese, em face dos preceitos de lei positiva atinentes e que o embargante invocou nos seus embargos. Daí o êrro em que incidiu.

É que, com efeito, dispõe o art. 135 do Cód. Civil que as obrigações convencionadas por instrumento particular de qualquer valor não operam efeitos a respeito de terceiros senão depois de transcritas no registro público.

O dec.-lei nº 1.027, de janeiro de 1939, tratando especìficamente do contrato de compra e venda com reserva de domínio, dispõe em seu art. 1º que êle, para valer contra terceiros, deverá ser transcrito, no todo ou em parte, no registro público de títulos e documentos do domicílio do comprador.

E o dec.-lei nº 4.857, de novembro de 1939, depois de incluir os contratos de compra e venda a prestações com reserva de domínio entre os que devem ser registrados para valerem contra terceiros (art. 136, número V), dispõe no art. 139 que os atos enumerados nos arts. 134 a 138 serão registrados no domicílio das partes contratantes dentro de 60 dias da sua assinatura e, quando as partes em circunscrições diferentes, o registro será feito em tôdas elas.

No caso dos autos, o contrato que o embargado pretende opor ao embargante data de 23 de agôsto e só foi registrado a 9 de agôsto de 1950.

Antes dêsse registro o automóvel questionado foi alienado duas vêzes, uma das quais ao embargante. Não se vê, pois, como se poder negar validade a essas transações só pelo fato da existência da cláusula restritiva a que se não deu publicidade através do registro.

Tampouco vale argumentar, como o fêz a sentença apelada, com o fato do comprador primitivo, o que adquiriu o automóvel com a cláusula de reserva de domínio, haver cometido o crime de falsificação que se lhe imputa para obter da repartição de trânsito o certificado de propriedade.

Com êsse procedimento criminoso nada têm os últimos adquirentes, particularmente o embargante, improvada que ficou a sua participação no suposto crime, além de não ter sido demonstrado que êles tivessem conhecimento do ato fraudulento. São ambos pessoas honradas, contra as quais não se articulou qualquer suspeita de cumplicidade com o indigitado falsário. Assim as consideram as testemunhas que depuseram no feito.

Não se trata, por outro lado, de um objeto furtado ou tirado do poder do embargado contra a sua vontade. Tem aplicação no caso a parêmia *en fait de meuble la possession vaut titre.*

Em hipótese bem semelhante à dos autos, assim já decidiu êste Tribunal, pelo acórdão na "Rev. dos Tribunais", 102-114. Tratava-se também ali de um contrato de venda com reserva de domínio não registrado e que, portanto, não podia ser oposto a terceiros.

No mesmo sentido encontram-se os julgados na "Rev. dos Tribunais", 96-128 e 153-656, em que assentada ficou a tese de que "para que a ação de reintegração de posse seja dirigida contra terceiro possuidor da coisa vendida com reserva de domínio é indispensável que o contrato tenha sido registrado no domicílio do comprador antes de ter êle alienado a coisa".

As expostas considerações evidenciam a procedência dos embargos, que assim ficam julgados, reformada a sentença apelada com o provimento da apelação.

Custas pelo apelado.

São Paulo, 28 de setembro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente, com voto; *João M. C. Lacerda*, relator; *Tácito M. de Góis Nobre*, vencido na preliminar.

*

EMBARGOS DE TERCEIRO - RECURSO - VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO - AUTOMÓVEL - APREENSÃO - TERCEIRO ADQUIRENTE - REGISTRO - BOA-FÉ - PROVA - FOTOCÓPIA

- Da decisão que julga embargos de terceiro cabe agravo de instrumento. Há, contudo, julgados que têm admitido o recurso de apelação quando a decisão tiver

Finalpag. 293

sido proferida em processo em que os embargos tenham sido contestados.

- Para valer contra terceiros deve o contrato de venda de automóvel com reserva de domínio ser transcrito no registro de títulos e documentos.

- A fotocópia só faz prova em Juízo quando acompanhada de certidão da transcrição do original no registro de títulos e documentos do domicílio dos contratantes.

José Celínio Carvalho *versus* Antônio Nascimento

Ap. n° 56.356 - Relator: DESEMBARGADOR OLIVEIRA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 56.366, da comarca de São Paulo, em que são partes, apelante Dr.José Celínio Carvalho, e apelado Antônio

Nascimento:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado o relatório de fls., por votação unânime, conhecer da apelação interposta e dar-lhe provimento, para julgar procedentes, em parte, os embargos de terceiro senhor e possuidor, opostos apelante.

O apelado suscitou a preliminar de não conhecimento da apelação, por ser, no caso, cabível da decisão que julga embargos de terceiro o recurso de agravo de instrumento

não o de apelação. É certo que, na espécie, o recurso cabível seria o de agravo de instrumento à vista do que está disposto no art. 842, IV, do Cód. de Proc. Civil. Há, contudo, julgados dêste Tribunal que têm admitido o recurso de apelação de decisão proferida em embargos de terceiro, quando a decisão tiver sido proferida em processo em que os embargos tenham sido contestados, como, aliás, ocorreu no caso. Assim, em face do prescrito pelo art. 810 do Cód. de Proc. Civil, conheceram da apelação os juízes da Turma julgadora.

A sentença, cujos fundamentos são de todo inaceitáveis, não deve subsistir.

Antônio do Nascimento, o embargado, vendeu, com cláusula de reserva de domínio, em 7 de agôsto de 1950, pelo preço ajustado, que devia ser pago em prestações representadas por 10 letras de câmbio de Cr$ 3.500,00 cada uma, vencíveis de 30 em 30 dias, a contar da data do contrato, o automóvel "Ford", objeto dos embargos de terceiro senhor e possuidor, a Mário Luís Pires Urbinati (certidão de fls.). Por não haver êste pago as prestações do preço, no vencimento, requereu o vendedor Antônio do Nascimento, em 9 de dezembro de 1950, a apreensão e o depósito do automóvel, pedindo que, feita esta, se prosseguisse em conformidade com o que dispõe o art. 344 e §§ do Cód. de Proc. Civil, para ser reintegrado na posse do automóvel "Ford" (certidão de fls.). Fizeram-se a apreensão e o depósito do automóvel, em 11 de janeiro do

corrente ano (fls.). Antes de apreendido o automóvel, o comprador, Mário Luís Pires Urbinati, o transferiu ao terceiro embargante, Dr. José Celínio Carvalho.

O terceiro embargante não demonstrou ter a propriedade do automóvel. O documento

de fls. não o prova. Êsse documento, fotocópia de um certificado de propriedade, expedido pelo delegado de polícia de Campinas, não tem valor probatório algum. Tal fotocópia só faria prova em juízo se estivesse acompanhada de certidão da transcrição do original no Registro de Títulos e Documento do domicílio dos contratantes (dec. nº 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 137).

O contrato de compra e venda com reserva de domínio, que o embargado Antônio do Nascimento fêz com Mário Luís Pires Urbinati, foi transcrito no 3° Ofício do Registro de Títulos e Documentos desta Capital, em 9 de novembro de 1950 (certidão de fôlhas), valendo desde essa data contra terceiros (dec. nº 5.318, art. 136, 7º; dec.-lei nº 1.027, de 2 de janeiro de 1939, art. 1°). Anteriormente, em 24 de outubro de 1950, o automóvel "Ford" fôra transferido para a posse do terceiro embargante, o Dr. José Celínio Carvalho (documentos de fls.). Em tais condições, a posse do terceiro embargante, que ignorava os obstáculos que lhe impediam adquirir a posse do automóvel, é de boa-fé (Cód. Civil, art. 490). Ao lhe ser transferido o automóvel, o contrato de compra e venda com reserva de domínio não valia entre terceiros, por não estar ainda transcrito no Registro de Títulos e Documentas. Ignorava, assim, o terceiro embargante que o anterior possuidor do automóvel o adquirira com reserva de domínio, como também ignorava que não fôra pago o preço, cujas quitações teriam sido falsificadas por Mário Luís Pires Urbinati.

Ao terceiro embargante, possuidor de boa-fé, deve ser assegurada a posse do automóvel "Ford" apreendido.

Custas pelo embargado.

São Paulo, 25 de setembro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *A. de Oliveira Lima*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

IMISSÃO DE POSSE - TÍTULO DE DOMÍNIO

- Sem título de domínio não se pode propor ação de imissão de posse; assim não na pode propor o compromissário-comprador.

José Francisco Rodrigues e sua mulher *versus* Henrique Pizzinato e outros

Finalpag. 294

Rec. de rev. nº 50.834 - Relator: DESEMB. SILOS CINTRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de revista nº 50.834, de Piracicaba, em que são recorrentes José Francisco Rodrigues e sua mulher, e recorridos Henrique Pizzinato e outros:

1. Prescreve o art. 381, nº I, do Código Civil que compete a ação de imissão de posse ao adquirente de um bem contra o alienante ou terceiro que o detenha. E exige, ainda, a lei processual que a inicial da ação seja instruída com o título de domínio. Se a propriedade imóvel só se adquire pelos modos prescritos no art. 530 do Cód. Civil, entre os quais se inscreve a transcrição do título de transferência no registro competente, sem um título de domínio devidamente formalizado não é possível admitir o ingresso de alguém em juízo a demandar o direito de imissão na posse de um imóvel, cuja propriedade ainda não adquiriu. O texto legal não permite a interpretação que lhe tem sido dada, sob pretexto de não ser a ação de imissão uma ação petitória, ou seja, de que o titulo não é exigido para prova da propriedade, mas da aquisição que dá direito à posse, não se tendo esta verificado (cf. A. L. CÂMARA LEAL, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, pág. 111). Trata-se, sem dúvida, de ação em que se reclama a posse com base num título de domínio. A tese merecedora de apoio é, portanto, a do acórdão divergente: Sem título de domínio não se pode propor ação de imissão de posse. Assim, não na pode propor o compromissário-comprador.

2. Pelas razões expostas:

Acordam, em Câmaras Civis Conjuntas, reconhecida, por unanimidade, a divergência, julgar, por maioria de votos, procedente a revista e cassar o acórdão recorrido. Custas na forma da lei.

São Paulo, 12 de novembro de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente, com voto; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Frederico Roberto*, vencido; *A. de Oliveira Lima*; *Justino Pinheiro*; *Fernandes Martins*, vencido; *Ulisses Dória*, vencido;

Rafael de Barros Monteiro, vencido; *Prado Fraga*; *Gomes de Oliveira*; *Cantidiano G. de Almeida*, vencido; *Edgar de Moura Bittencourt*; *Amorim Lima*; *Pinto do Amaral*; *Davi Filho*; *J. M. Gonzaga*; *Tácito M. de Góis Nobre*; *Camargo Aranha*, vencido; *Francisco de Sousa Nogueira*.

*

DESPEJO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO

- A Lei do Inquilinato não deixa dúvida quando alude a residir no prédio ou utilizá-lo. A residência, no caso, será a morada de pessoas. A utilização dirá respeito a outros fins que não residenciais.

- É desacertada a tese de que é imprescindível que o locador seja comerciante para poder pedir o prédio para fim comercial.

- Não está o proprietário, depois de feita a locação, impedido de resolver-se a exercer a profissão comercial.

Humberto Iarussi *versus* Gustavo Poletto

Ap. nº 299- Relator: DESEMBARGADOR JUAREZ BEZERRA

ACÓRDÃO

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls., nesta apelação nº 299, da comarca de Itu, em que é apelante Humberto Iarussi e é apelado Gustavo Poletto, dar-lhe provimento, para julgar procedente a ação, concedendo ao réu, que pagará as custas, o prazo de 4 meses para a desocupação do imóvel e cominado ao autor o máximo da multa referida no art. 15, § 6°, da lei n° 1.300, de 28 de dezembro de 1950.

Denegou a sentença o despejo, sob os fundamentos: *a)* de que seria necessário que o autor fôsse comerciante para poder pedir o prédio para fins comerciais; *b)* de que, demais, a atual lei nº 1.300 de 28 de dezembro de 1950, veda o pedido de despejo para fins comerciais.

A refutação da tese de que a atual lei nº 1.300 não permite a retomada de prédio para fins comerciais não merece maiores considerações.

O art. 15 não deixa dúvida, quando alude a "residir" no prédio ou "utilizá-lo". A residência, no caso, será a morada de pessoas. A utilização dirá respeito a outros fins que não residenciais.

O § 3º do citado art. 15 permite a concessão de prazo mais dilatado para a desocupação do imóvel, se trata de determinadas entidades inclusive comerciante. Ora, se o prédio é utilizado no comércio ou indústria, a presunção é de que é pedido para o mesmo fim.

Os arts. 8, § 2°, e 19 disciplinam locações de imóveis para fins comerciais ou industriais.

Sòmente a renovação de locação de prédios com essa destinação será regida por outra lei especial (art. 1°, § 2º).

Demais, se os prédios utilizados no comércio ou indústria estivessem excluídos da lei de exceção, cairiam no regime da lei comum, o Cód. Civil, quanto a despejo.

Absurdo será entender-se que os prédios destinados a comércio ou indústria não são passíveis de despejo, sem que exista algum

Finalpag. 295

Dispositivo legal que estabeleça tal privilégio, aliás, injustificável.

É também manifesto o desacêrto da tese de que era imprescindível que o locador fosse comerciante para poder pedir o prédio para fim comercial.

Não está o proprietário, depois de feita a locação, impedido de resolver-se a exercer a profissão comercial.

A própria Constituição federal lhe faculta livre exercício de qualquer profissão não coibida por lei.

Se o locador é comerciante e deseja reformar o prédio para o seu comércio, apenas torna mais certo o seu direito.

Não há, nos autos, elementos por onde concluir que seja simulada a doação do prédio feita ao autor. E a ação de despejo não seria o meio adequado para apreciar a matéria.

A convicção que os autos deixam é a de que realmente o autor necessita do prédio para estabelecer-se com padaria e confeitaria. Tem alguma prática nessa profissão, que era a do seu pai, a quem auxiliava.

É o autor funcionário da Secretaria do Trabalho, Indústria e Comércio, mas está afastado do exercício do seu cargo, mediante licença especial, para tratar de interêsses articulares (fls.).

Como reconhece a sentença, essa licença concedida a funcionário público para, dentro do seu prazo, verificar se convém ou não convém retornar ao serviço público, permitindo-se ao interessado experimente outra atividade, onde mais bem se adapte.

Como esclarece a prova testemunhal, o autor, como funcionário público, percebe vencimentos não compensadores, atentas as circunstâncias de pagar hotel na cidade de Sorocaba e viajar continuadamente dessa cidade para a de Itu, a fim de visitar a sua mãe, que é doente, e tratar dos negócios do seu pai, recolhido a um sanatório. Essa a razão por que o autor decidiu deixar o emprêgo para exercer as suas atividades em uma padaria.

São Paulo, 17 de outubro de 1951. - *Juarez Bezerra*, Presidente e relator; *Vasco Conceição; Euclides C. Silveira*.

*

POSSESSÓRIA – EXERCÍCIO DE UMA AÇÃO POR OUTRA - DE UMA AÇÃO POR OUTRA - APRECIAÇÃO DE DOMÍNIO

- Não induz nulidade a propositura da ação de reintegração de posse quando devia ter sido ajuizada a de manutenção, desde que a ação traga consigo os requisitos necessários para caracterizar a possessória.

- Nem sempre é impertinente nas possessórias a apreciação do domínio. Por vezes, esse exame torna-se até mesmo necessário para caracterização da posse e decisão do litígio.

- Para poder a posse gozar da proteção legal é necessário que ela seja justa e de boa-fé e, conseqüentemente, não tenha sido obtida de modo vicioso.

Imobiliária Marapé Ltda. e outro *versus* Cândido Alves Teixeira e outros

Ap. nº 45.073 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 45.073, de Santo Anastácio, em que são apelantes a Imobiliária Marapé Ltda. e outro, e apelados Cândido Alves Teixeira e outros:

Acordam, em 6ª Câmara Civil, adotado como parte integrante o relatório de fls., repelir a preliminar de prevenção da egrégia 3ª Câmara Civil, não conhecer do agravo no auto do processo, sem divergência de votos, e, ainda por unanimidade, negar provimento à apelação, para confirmar a bem lançada sentença de primeira instância (fls.), por seus próprios e excelentes fundamentos, de fato e de direito, aos quais nada mais é preciso acrescentar.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 12 de outubro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente; *Samuel Francisco Mourão*, relator; *Cantidiano de Almeida*; *E. Custódio da Silveira*.

SENTENÇA

Omissis...

Êsse o relatório.

Tudo, pois, visto e bem examinado.

9. Verifica-se, desde o primeiro instante, que os autores requereram reintegração, quando deviam ter proposto ação de manutenção de posse. Daí dizer um dos réus, com acêrto, "que não há falar em esbulho senão em turbação", pois "a moléstia à posse só se verificou em parte do imóvel".

O equívoco, todavia, conseqüência não tem. "Desde que a ação traga consigo os requisitos indispensáveis para caracteriza-la possessória, não importa o nome que se lhe dê na petição inicial. Tanto vale, e não induz nulidade" - escreve DE PLACIDO E SILVA. Aliás, já muito antes do Cód. de Proc. Civil era pacífico o preceito, conforme demonstrou o desembargador AMORIM LIMA:

"No art. 375, seguiu o Código o direito anterior. Era o mesmo adotado no art. 610 do Cód. de Processo paulista. E, no regime da Consolidação RIBAS, a

doutrina e a jurisprudência não discrepavam dessa orientação. Sob o império dessas leis, escreveu

Finalpag. 296

AZEVEDO MARQUES: "O êrro de denominação da ação possessória, sendo, por exemplo, apelidada de manutenção o que deve ser restituição, ou *vice versa*, não impede que o juiz conheça do litígio e o julgue como fôr de direito, se os fatos e requisitos necessários estiverem devidamente postos e provados e não contiver nulidade insanável o processo. Desde que a ação possessória é una, como dissemos no Capítulo XIII, a questão de nome não deve prejudicar a solução que possa ser dada mediante as provas recíprocas dos litigantes, aos quais a língua não ajudou..." (cf. "Código de Processo Civil Brasileiro", nº 147).

10. Não obstante possessória, a ação foi calcada nos direitos dominiais em que se arrogam os autores. Assim na peça de fls., como no memorial de fls. Ali, principiam invocando a legitimidade de seus títulos; aqui, estendem considerações que vão ter aos arts. 485 e 505 do Cód. Civil.

Os réus, por seu turno, também invocam a cadeia de seus títulos e dizem que êstes "obedecem a rigorosa filiação" (cf. na contestação, fls.).

11. A apreciação do domínio, nas possessórias, nem sempre é impertinente. Por vêzes - assevera ASTOLFO RESENDE - êsse exame torna-se até necessário para caracterização da posse e decisão do litígio. Essa, aliás, a orientação moderna, "quando há alegação de evidência" ("Rev. dos Tribunais", 112/182). Em acórdão relatado pelo desembargador ZÓTICO BATISTA, outra não foi a diretriz:

"O exame da propriedade não é inteiramente estranho à ação possessória, como se conclui do art. 505 do Cód. Civil. É claro neste dispositivo que, na expressão de um dos mais autorizados exegetas da lei civil, a posse daquele, a quem evidentemente se mostra não pertencer a propriedade ou o domínio, não deve merecer a proteção legal. Desta sorte, as partes podem demonstrar o seu domínio, para que se investigue qual delas é evidentemente o proprietário, uma vez que é o interêsse da propriedade que justifica a proteção possessória".

Assim, e sem olvidar o que há decidido copiosa jurisprudência ("Rev. dos Tribunais", 125/580, 125/601, 126/556, 148/255, 151/219, 167/692, etc.), algumas considerações serão necessárias no tocante aos títulos em que se apoiam as partes.

12. A escritura pública, outorgada por João da Silva Oliveira a José Ferreira da Silva, êste antecessor dos titulares da "Fazenda Cuiabá", data de 1880 e foi transcrita no mesmo ano na comarca de Lençóis, que era a da situação do imóvel (fls.). Por outro lado, o documento particular a que se filia a mesma escritura pública, ou seja, o de 1853, foi lançado a fls. do livro de notas nº 4, do escrivão de paz e tabelião Jacó Antônio Molitor, de Santa Cruz do Rio Pardo, em 25 de outubro de 1877 (fls.).

A lei hipotecária nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, prescrevia, no art. 8°, § 2°:

"Quando a transmissão fôr escrito particular, nos casos em que a legislação atual o permite, não poderá êste escrito ser transcrito, se dêle não constar a assinatura dos contratantes, reconhecida por tabelião, e o conhecimento da sisa".

No caso, houve pagamento de sisa em 14 de janeiro de 1853. Quanto ao outro requisito da lei, os pareceres publicados na "Rev. dos Tribunais", vol. 175, págs. 488 e 498, respectivamente, do ministro CARLOS MAXIMILIANO e do Prof. GABRIEL DE RESENDE FILHO, não deixam a menor dúvida: a escritura de 1853, já citada, era hábil para transferir o domínio, de acôrdo com as Ordenações então vigentes, lei da época em que a venda se realizou. E isto, porque: "As modificações posteriores não inquinam de nulidades os contratos realizados de acôrdo com as normas pretéritas, ao tempo da vigência das mesmas; porquanto a forma dos atos jurídicos é a estabelecida pela lei vigorante quando êles se completam. Observa-se o brocardo *tempus regit actum*".

Assim também decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 2.578, de São Paulo:

"São válidas as escrituras particulares translativas de domínio feitas na conformidade da legislação vigente ao tempo em que foram lavradas" ("Rev. dos Tribunais", 142-334).

A origem da "Fazenda Cuiabá" remonta, portanto, a 11 de janeiro de 1853, sendo evidente o domínio dos autores.

13. A mesma coisa não se pode afirmar no que concerne aos títulos dos réus, pois em vários pleitos tem sido proclamada a falsidade dos lançamentos dos escritos referentes à "Fazenda Três Ilhas". Esta e a "Juriti-Paquetá", no dizer

pitoresco da Fazenda do Estado, "são xifópagas". Na certidão de fls. está o acórdão da egrégia 2ª Câmara Civil, relatado pelo desembargador MÁRIO GUIMARÃES, com o seguinte tópico:

"A famosa escritura de 1875, pela qual teria Teodoro de Sousa e sua mulher, Francisca Leite da Silva, alienado o imóvel, não passa de um escrito particular assinado a rôgo, escrito cujo original não foi junto aos autos... Francisca Leite da Silva, que figura alienando terras em 1871, era falecida desde 1868, segundo provaram os opoentes com a escritura de fls., e seu marido estava casado em segundas núpcias com Ana Luísa de Jesus" (fls.).

Inútil, por conseguinte, o longo relato que a Imobiliária Marapé Ltda., fêz na contestação e no memorial, a propósito da seqüência de seus documentos. E sendo falso o seu título básico, ocioso seria examinar a complicada sucessão dêle decorrente.

Finalpag. 297

Quanto à posse:

14. Estudando as qualidades que a posse deve reunir, para merecer proteção, AZEVEDO MARQUES escreveu: "Não há duvidar que as posses de boa qualidade, isto é, justa e de boa-fé, gozam da proteção possessória, o que é intuitivo, em face do bom-senso é dos princípios do Cód. Civil. Terão o mesmo direito as posses de má qualidade, quero dizer, injusta e de má-fé? A resposta negativa encontramos ainda no bom-senso e no Código, art. 497:

"Não autorizam a sua aquisição os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".

"É claro daí" - diz o professor - "que o Código nega proteção à posse que, manifestamente (provadamente), fôr viciosa. Desde que o fim da ação possessória é ùnicamente apurar quem seja o verdadeiro possuidor entre os contendores", não é possível ao julgador deixar de examinar as qualidades da posse, em relação a cada litigante, e decretar quem seja o verdadeiro possuidor, com exclusão do outro. Seria inútil a ação possessória se limitasse a "constatar" ou a homologar o fato da detenção, para obrigatòriamente, mantê-lo. Isto seria flagrantemente contrário aos nobres fins do Direito.

E concluindo o capítulo XVI: "Fôsse como fôsse no direito romano, o certo é que, hoje, pelo sistema do nosso Código, não goza de proteção a posse injusta e de má-fé, se tais qualidades forem provadas na ação possessória pela outra

parte. E o que convém, realmente, sob todos os pontos de vista. No direito francês também assim é,

como atesta PLANIOL (vol. I, pág. 707)" ("A Ação Possessória", págs. 78 e segs.).

Omissis...

24. Evidenciada a posse dos autores, e caracterizada a natureza injusta e de má-fé da que é defendida pelos réus, deve a ação ser julgada procedente.

25. É de atender-se, também, ao pedido de aplicação da pena de multa de....Cr$ 100.000,00, "para cada ofensa que, de futuro, venham a fazer contra a propriedade dos autores". Consoante acórdão inserto na "Rev. dos Tribunais", 167/692, essa multa não foi abolida pelo Cód. de Processo, muito embora silencie a lei processual a respeito (cf. ainda, na citada revista, vol. 145/176).

26. Também devem ser indenizados, nos têrmos do art. 503 do Cód. Civil, os prejuízos que os autores sofreram com a turbação, entre os quais estão incluídos os honorários de advogado. "A jurisprudência do egrégio Tribunal tem-se orientado sempre no sentido de se conceder sempre essa verba quando se cogite de reparação de perdas e danos; caso contrário, a reparação não seria completa" ("Rev. dos Tribunais", volumes 123/605, 138/644, 140/184, 149/663, 127/684, 139/267, 140/199, 150/157, 132/658, 139/709, 144/701, 162/708).

Todos os acórdãos citados versaram ações possessórias, pois: "Entre os prejuízos, postos a cargo do turbador pelo art. 503 do Cód. Civil, inclui-se a verba para honorários de advogado, cujo dispêndio, no estado atual do nosso direito, não pode deixar de ser considerado. dano emergente do ato publicado pelo réu".

"O verdadeiro sentido dêste artigo" (64 do Cód. de Proc. Civil), diz o Prof. JORGE AMERICANO, "é o de que a ação fundada em ato ilícito tem como virtualmente compreendidos, no pedido de indenização, os "honorários de advogado" ("Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro", vol. IV, pág. 114).

Assim sendo, na espécie cumpre verificar, apenas, se a violação da posse cometida pelos réus constitui ato ilícito. O nosso Tribunal já decidiu que "a turbação de posse é um ato ilícito causador de danos ao possuidor, que dêstes

deve ser indenizado o mais amplamente possível" (ac. da egrégia 5ª Câmara, *in* "REVISTA FORENSE", volume 73, pág. 100).

"E, realmente, assim é", - prossegue o julgado - "de acôrdo com o conceito legal do ato ilícito. Segundo o art. 159 do Código Civil, é ilícito todo o ato que, voluntária, negligente ou imprudentemente viole direito ou cause prejuízo a outros. Daí dizer CARVALHO SANTOS, invocando o insigne M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, que "ato ilícito é todo o fato que, não sendo fundado em direito, cause dano a outrem" ("Código Civil Interpretado", vol. III, pág. 315).

"Considere-se que a culpa aquiliana emana *ex nunc* da violação da obrigação social de não ofender (CARVALHO SANTOS, ob. e vol. cits., pág. 316), caracterizando-se nas relações possessórias tôda a vez que a Justiça afirme a sem-razão da invasão de terras alheias" ("Rev. dos Tribunais", 139/709, v. também "Rev. dos Tribunais", 149/863).

Êsses honorários são fixados em 20% sôbre o valor dado na inicial.

27. Quanto às perdas e danos, devem ser apurados na execução.

28. Isto pôsto, e considerando o mais que dos autos consta, o direito e a jurisprudência aplicáveis:

Decisão:

Julgo procedente a ação e determino que, a favor dos antores, seja expedido o competente mandado de manutenção de posse, ficando cominada a multa de Cr$ 100.000,00 para o caso de nova turbação. Condeno os réus nas perdas e danos que se apurarem na execução, inclusive honorários de advogado, na base de 20% sôbre o valor da causa.

Custas pelos réus.

Santo Anastácio, 8 de junho de 1949. *Carlos Dias*.

Finalpag. 298

*

MANDADO DE SEGURANÇA - VALOR DA CAUSA

- O mandado de segurança é atualmente uma causa cível, um processo especial.

- Aplicação do art. 158, no VII, do Cód. de Proc. Civil.

Benedito Martins Barbosa *versus* Nilson Balmaceda Mangueira

Ap. nº 217 - Relator: DESEMBARGADOR CUSTÓDIO DA SILVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 217, de Rancharia, em que é apelante Benedito Martins Barbosa e apelado Nilson Balmaceda Mangueira:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado o relatório de fls., converter o julgamento em diligência.

Custas como de direito.

Como se viu do relatório, trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Sr. prefeito municipal de Rancharia, contra o ato do Dr. delegado de polícia, que não reconheceu a legalidade do ato nº 1/51, baixado pelo impetrante a propósito do serviço de trânsito, naquele Município.

Entende o impetrado que, enquanto não fôr promulgada a lei municipal sôbre aquêle serviço, a ele e não ao impetrante é que compete orientar, executar e fiscalizar o serviço de trânsito, nas vias públicas, nos expressos têrmos do dec.-lei nº 9.149, de 6 de maio de 1938.

Já o impetrante entende que lhe assistia competência para o assunto, em caráter provisório, até que a Câmara Municipal promulgue a lei respectiva.

Não se deu valor algum ao feito, certamente porque não se trata de causa em que haja valor patrimonial em jôgo.

Seria uma causa de valor inestimável, versando uma espécie de conflito de atribuições entre duas autoridades distintas.

Nos expressos têrmos do art. 8°, nº VI, letra *b*, da lei nº 1.162, de julho do corrente ano, que criou o Tribunal de Alçada, a êste compete julgar, em grau de recurso, as causas cíveis e seus incidentes, quando de valor igual ou inferior a

Cr$ 30.000,00, exceto as de falência e as relativas ao estado ou à capacidade das pessoas.

Não se compreenderia aí o caso presente, por ser recurso de apelação interposto de sentença que julgou um mandado de segurança de valor inestimável.

Acontece, porém, que, segundo parece, na sistemática do Cód. de Proc. Civil, é sempre obrigatória a estimativa do valor da causa, excetuada a hipótese prevista no artigo 140, parág. único, das ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas. Fora dêste caso, determina o Código que o juiz não despache a petição inicial que não mencionar o valor da causa (art. 49).

A propósito, observa PEDRO BATISTA MARTINS que o Cód. de Processo, "tratando do valor das causas, em geral, no capítulo próprio, sem distinguir entre as ações inestimáveis e as econômicamente apreciáveis; removeu a hipótese de qualquer incidente com caráter suspensivo. De fato, se na petição inicial não se declarar o valor da causa, o juiz deverá indeferi-la; se o autor a estimar, prevalecerá a estimação desde que não impugnada pelo réu. Se o réu impugna, o juiz, sem suspender o curso do processo, mandará arbitrar o valor..."("Comentários", vol. I, nº 140-A, pág. 168).

O mandado de segurança é, atualmente uma causa cível, um processo especial, como os demais regulados pelo Livro IV do Código de Proc. Civil, e cuja petição inicial deverá preencher os requisitos do art. 158, entre êles o valor da causa, como expressamente o exige o art. 321.

Nestas condições, converte-se o julgamento em diligência, para o fim de ser o valor da causa fixado, em primeira instância, na forma da lei.

São Paulo, 3 de outubro de 1951. - *Juarez Bezerra*, presidente, com voto; *Euclides Custódio da Silveira*, relator; *Augusto Néri*.

*

ATENTADO - INOVAÇÃO DE FATO DO OBJETO LITIGIOSO

- Julga-se improcedente o incidente de atentado se não demonstra o requerente ter havido inovação de fato do objeto litigioso ou alteração no estado da causa.

Eugênio Francisco Nogueira e sua mulher *versus* Abílio Mendes de Oliveira Júnior

Ap. nº 54.656 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 54.656, da comarca de Pereira Barreto, apelantes Eugênio Francisco Nogueira e sua mulher e apelado Abílio Mendes de Oliveira Júnior:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, dar provimento à apelação, pagas as custas pelo apelado.

A sentença julgou procedentes os artigos de atentado oferecidos pelo apelado, tendo em vista que a ação possessória movida contra êle por Eugênio Nogueira foi julgada improcedente. A gleba de terras objeto da demanda estaria na posse legítima do réu Abílio. O apelante, todavia, insiste nas suas

Finalpag. 299

alegações tendentes a demonstrar que as terras a cujo respeito questionaram as partes não são as mesmas sôbre as quais versa êste incidente.

É certo que as partes não podem alterar a situação de fato do que constitui objeto da ação, sem cometer atentado.

O art. 713 do Cód. de Proc. Civil enumera os requisitos do atentado, entre os quais o da inovação do estado de fato anterior, a dizer, inovação de fato do objeto litigioso, da própria coisa litigiosa, como observa CARNEIRO DE LACERDA em seus comentários ao texto legal. Por isso mesmo, reconhecido o atentado, o juiz mandará restabelecer o estado de fato anterior à inovação. No caso vertente, não se verificam todos os requisitos caracterizadores do atentado. Não se demonstrou ter havido inovação de fato do objeto litigioso, ou alteração no estado da coisa. Existem dúvidas sôbre se as terras sôbre as quais versa a demanda possessória são as mesmas objeto do incidente de atentado. Tanto o laudo certificado a fls. como o de fls. Informam que a área entregue por Eugênio Nogueira a Abílio, em razão do contrato ajustado entre ambos, é a que figura no *croquis* de fls., como o retângulo B-C-D-O. É ainda o que consta dos esclarecimentos do perito, a fls. A ação possessória teria por objeto as terras acima da linha B-H-O, do *croquis* de fls., enquanto o atentado teria sido praticado com modificação da situação de fato existente abaixo da referida linha. A inovação não teria sido praticada sôbre o objeto da demanda. Em tais

condições, o atentado não se verificou. Os artigos não ficaram provados. Para julgá-los improcedentes é provido o recurso.

São Paulo, 14 de setembro de 1951. - *João M. C. Lacerda*, presidente; *Justino Pinheiro* relator; *Fernandes Martins*; *Edgar de Moura Bittencourt*, vencido, de acordo com a seguinte declaração de voto:

Negava provimento.

Em regra, nas ações possessórias, não havendo reintegração liminar, não tem lugar o incidente de atentado. Este visa impedir a inovação da lide. Sem a reintegração prévia, não há ponto sôbre o qual se cuidará de inovação. O fato da posse e o esbulho são os pontos examinados; não se compreende que possa ser inovada situação que se procura saber qual seja.

No caso, porém, de haver reintegração prévia, então existe uma situação prefixada, e não será permitido ao litigante modificá-la, sob pena de cometer atentado, contra o qual a outra parte poderá defender-se, promovendo o processo incidente.

A espécie dos autos, todavia, apresenta um aspecto curioso: quem suscita o incidente é o réu da possessória. O autor desta, que não obteve a reintegração liminar, invade a porção de terras objeto do litígio possessório. Se não obteve a reintegração, não tinha o direito de fazê-lo: deveria aguardar a solução do litígio.

A ação possessória já foi julgada e declarada improcedente; não tem execução a sentença. O incidente, iniciado antes do julgamento, não pode ser resolvido na fase executória, que não tem lugar, porque a ação foi julgada improcedente. O processo do atentado é, pois, o meio legal para o réu defender-se da inovação, que fêz o autor daquela ação.

A questão, portanto, a meu ver, resume-se em saber se o atentado versou sôbre a mesma área reclamada na possessória, e, no caso afirmativo, o atentado se verificou.

Aqui é que eu divirjo do venerando acórdão. Examinando a prova, observo que o exame pericial não é claro. As testemunhas ouvidas pelo argüente demonstram que houve atentado, sendo que tais depoimentos não são contrariados pelos demais elementos dos autos.

*

DESQUITE AMIGÁVEL - GUARDA DE MENOR - PÁTRIO-PODER

- A guarda de filho menor deferida à mulher, no processo de desquite, não desloca o pátrio-poder.

Apelados: Antônio Aprile e sua mulher

Ap. nº 44.097 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 44.097, da comarca de São Paulo, em que é apelante o Juízo *ex officio* e apelados Antônio Aprile e sua mulher Giana Colpi Aprile:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, observadas no processo as formalidades legais, negar provimento ao recurso, ressalvando-se, no entanto, o pátrio-poder do marido sôbre a menor, filha do casal. Não se desloca, a despeito da guarda deferida à mulher. O desquite não altera a relação entre pais e filhos, conforme dispõe o art. 381 do Código Civil (cf. VICENTE DE FARIA COELHO, "O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais", 1949, nº 126, pág. 412). Ora, o pátrio-poder cabe ao pai (Cód. Civil, art. 380), e tocaria à mãe, desde que irrenunciável, sòmente na falta ou impedimento daquele (cf. BEVILÁQUA, "Código Civil", vol. II, 1933, pág. 360), o que não ocorre na espécie:

Custas *ex lege*.

São Paulo, 28 de agôsto de 1951. - *Gomes de Oliveira*, presidente, com voto; *Cantidiano Garcia de Almeida*, relator; *Paulo Colombo*.

Finalpag. 300

*

POSSESSÓRIA - IMISSÃO DE POSSE - TERCEIROS OCUPANTES - CARTA DE ARREMATAÇÃO

- Acolhe-se, em ação de imissão de posse de adquirente contra terceiros ocupantes do imóvel, defesa consistente em nulidade da carta, de arrematação, julgando-se o autor carecedor da ação.

Issami Kushiyama e sua mulher e outros *versus* Soiti Taruma e sua mulher

Ap. nº 54.658 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 54.658, de Quatá, em que são apelantes Issami Kushiyama, sua mulher e outros, e apelados Soiti Taruma e sua mulher:

Acordam, em 1ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., dar provimento ao recurso para julgar os autores-apelados carecedores da ação, sendo que o Sr. desembargador revisor dava provimento para julgar a ação improcedente.

Trata-se de uma ação de imissão de posse, requerida com fundamento no art. 381, nº I, do Cód. de Processo, alegando os autores que arrematara o imóvel objeto da demanda numa ação executiva movida contra os proprietários, mas que dêle não puderam tomar posse por se encontrar em poder de terceiros, os ora réus-apelantes.

O juiz acolheu o pedido mais a Turma julgadora, em sua maioria, entendeu que os autores eram carecedores da ação, porque os terceiros a que alude aquêle dispositivo legal, conforme já se tem decidido, são os que detêm a coisa em nome do alienante, circunstância essa não evidenciada nos autos, não bastando para demonstrá-la a lacônica petição de fls., na qual os antigos donos pediram para intervir no feito como assistentes dos réus, mas apenas para obterem a anulação da carta de arrematação com a qual se apresentaram os apelados.

Mas não se alegou, nem provou, qual a relação existente entre os atuais réus e o referido proprietário anterior.

De qualquer modo, porém, e ainda que não procedesse o fundamento exposto, mesmo assim continuava inviável a ação, porquanto a mencionada carta de arrematação é realmente nula, uma vez que na ação, executiva de que ela procede não houve despacho saneador, nem audiência de instrução c nem sentença, conforme ficou devidamente comprovado pela certidão de fls.

O Sr. desembargador CANTIDIANO DE ALMEIDA acolheu apenas êste segundo fundamento, entendendo que a ação era, por isto, improcedente.

Custas pelos apelados.

São Paulo, 18 de setembro de 1951. - *Paulo Colombo*, presidente; *Samuel Francisco Mourão*, relator; *Ulisses Dória*; *Cantidiano de Almeida*, vencido, nos têrmos constantes do acórdão.

*

INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - ASSISTENTE

- Provido agravo de despacho que indeferiu pedido de intervenção de terceiro no feito, deve êste ser anulado desde o despacho agravado, para que possa o terceiro intervir eficientemente no processo.

Francisco Pereira de Oliveira *versus* Américo Caselato

Ap. nº 55.448 - Relator: DESEMBARGADOR EDGAR BITTENCOURT

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 55.448, da comarca de Sorocaba, em que é apelante Francisco Pereira de Oliveira e apelado Américo Caselato:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento ao recurso; para anular o processo desde o despacho de fls., inclusive, que indeferiu o pedido da apelante, para intervir como assistente na ação cominatória movida pelo apelado contra José Emílio Legaspe.

O referido despacho foi reformado pelo venerando acórdão transcrito a fls., proferido em agravo de instrumento. A ação prosseguiu e foi julgada em favor do apelado, tendo o apelante recorrido como terceiro prejudicado. É, pois, óbvio que os atos processuais, nos quais o assistente podia intervir, não podem subsistir.

Custas a partir de fls., pelo apelado.

São Paulo, 12 de outubro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente; *Edgar de Moura Bittencourt*, relator; *Fernandes Martins*; *Ulisses Dória*, vencido, pois dava provimento apenas em parte, uma vez que a decisão não foi totalmente contra o apelante.

RELATÓRIO

Américo Caselato move, pela comarca de Sorocaba, uma ação cominatória contra José Emílio Legaspe, pretendendo obrigá-lo a outorgar escritura de venda do imóvel "Retiro Santa Helena", descrito na inicial, sôbre o qual ambos firmaram um contrato de compromisso de venda e compra, já inteiramente cumprido pelo promitente-comprador.

Francisco Pereira de Oliveira, dizendo-se credor, com execução iniciada em São João da Boa Vista, do réu José Emílio, pretendeu

Finalpag. 301

intervir no processo, como assistente dêste. O Dr. juiz de direito não o admitiu, interpondo aquêle um agravo de instrumento, que seguiu seu curso.

A ação também prosseguiu e foi a final julgada procedente. Apelou Francisco, como terceiro prejudicado, pretendendo a reforma da sentença apelada, "para que os réus não sejam coagidos a outorgarem a escritura definitiva do imóvel de que trata o compromisso, assim como tornar sem efeito a adjudicação compulsória" (*sic*).

Enquanto se processava a apelação, foi o agravo de instrumento, referido linhas atrás, julgado e provido por esta egrégia Câmara, conforme o venerando acórdão junto a fls., por cópia.

A apelação foi arrazoada e contra-arrazoada.

Ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

São Paulo, 27 de agôsto de 1951. - *Edgar de Moura Bittencourt*.

*

LOCAÇÃO - RENOVATÓRIA - CESSIONÁRIO

- O cessionário do fundo de comércio e da locação não precisa exercer o comércio individualmente, no local, por mais de três anos, para ter direito à renovação compulsória do arrendamento.

Umberto d'Urso *versus* João Russo

Ap. nº 595 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível - processo número 595, da comarca de São Paulo, - entre partes: apelante, Umberto d'Urso, e apelado, João Russo, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada prover, em parte, o recurso apenas para reduzir o prazo das renovação para quatro anos, mantida, no mais, a sentença pelos seus próprios fundamentos.

Defendendo-se na ação renovatória ajuizada pelo recorrido, sustentou o réu, preliminarmente, ser o autor, ora recorrido, carecedor da ação proposta, por não datar de três anos o exercício do seu comércio no local e ser impossível a soma dos prazos em favor do cessionário. A alegação foi repelida pela sentença, e bem, em face do disposto no art. 3° do dec. nº 24.150, de 1934, quando declara que "o direito assegurado aos locatários pela presente lei poderá ser exercitado pelos cessionários ou sucessores".

O direito assegurado é o de renovar a locação se o inquilino, cessionário ou sucessor ou, como diz o art. 2°, letra *c*, o arrendatário estiver em exploração do seu comércio ou indústria, no mesmo ramo, por mais de três anos ininterruptos. Se o cessionário ou sucessor na locação também o fôr no fundo de comércio, que a lei visa proteger, não é preciso que o substituto tenha exercido a mercancia no local por fôrça de contrato próprio, sob pena de se negar a renovatória a grande número de cessionários, sucessores e até mesmo herdeiros, tornando-se por essa forma letra morta o direito garantido, sem distinção alguma, no art. 3º citado.

Mesmo que assim não fôsse, datando de 2 de maio de 1946 (fls.) o contrato de compra e venda do estabelecimento, com firma reconhecida a 17 de outubro de 1947, e registrado daí a uma semana, quando a ação, foi contestada, a 18 de setembro de 1950, faltava menos de um mês para se completar o prazo de três anos exigido por lei, prazo ultrapassado de muito se contar o exercício futuro até o dia 3 de março de 1951, que é o têrmo do contrato renovando, por ser essa hipótese mais favorável ao autor e assim se dever julgar em face do disposto no art. 18 da lei de luvas.

Quanto ao mérito, está bem justificada a fixação da renda em Cr$ 2.000,00 mensais, com impostos e taxas a cargo do inquilino, que anteriormente pagava

Cr$ 480,00 mensais, como aluguel de prédio que vale agora Cr$ 280.000,00 e passa a render quase 10% livre de despesas.

Sòmente em relação ao prazo da renovação, ora reduzido a quatro anos, a partir do têrmo do contrato renovando é que fica modificada a sentença recorrida, como foi dito a princípio.

Custas pelas partes em proporção ao vencido.

São Paulo, 7 de novembro de 1951. - *Alcides da Silveira Faro*, presidente com voto; *L. G. Gyges Prado*, relator; *Breno Caramuru*.

*

DESPEJO - SUBLOCAÇÃO NÃO CONSENTIDA - SUBSTITUIÇÃO ENTRE FILHO E PAI

- A substituição de inquilino, mesmo entre filho e pai fora dos casos de prestação de alimentos, autoriza a decretação de despejo.

Luís Piassa *versus* D. Paula Glat

Ap. nº 614 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível - processo nº 614, da comarca de São Paulo, entre partes: Luís Piassa, apelante, e apelada D. Paula Glat, - adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por maioria de votos,

Finalpag. 302

negar provimento ao recurso, ficando mantido o despejo do apelante.

O recorrente, citado editalmente para os têrmos do presente despejo fundado em sublocação não consentida, contestou negando houvesse sublocado o prédio ao pai com que sempre residiu, trabalhando fora, porque, não sendo proprietário, nem vivendo de renda, é obrigado a engajar-se onde melhores condições se lhe apresentem. Julgada procedente a ação, porque o réu é

funcionário da Estrada de Ferro Brasil-Bolívia, residindo em Corumbá, interpôs o presente recurso em que admite a existência da sublocação; esta, porem, seria conhecida e tolerada pela autora, que morou na vizinhança.

Reconhecendo o apelante a existência de sublocação, que não pode ser negada, pois não alegou sequer estivesse fornecendo casa ao pai a título de alimentos, e mora em cidade distante, com a família, pois atualmente é casado (mandato a fls.), estava o réu na obrigação de provar o consentimento da proprietária, que em 1948 era vizinha do locatário. Poderia ela supor, por se tratar de parentes do réu. admitidos no prédio, aí estivessem provisòriamente, por empréstimo. Mudando-se porém o réu para o Estado de Mato Grosso, onde trabalha em estrada de ferro e onde é obrigado a residir, descobriu que houve substituição de inquilinos, não autorizada, e por êsse motivo requereu o despejo.

Mudando novamente de defesa, o apelante, que havia negado inicialmente a sublocação e depois a admitiu, juntou aos autos a carta de fls., assinada pela anterior proprietária do prédio, onde declara a antiga locadora que o verdadeiro inquilino era o pai do apelante, figurando a locação em nome dêste porque veio antes para São Paulo para arranjar casa para a família.

Essa reviravolta na defesa, mesmo que fôsse admissível na fase em que se encontra o processo, dada a surprêsa a que fica sujeita a parte contrária, é denunciadora de falta de sinceridade do réu, que procurou encobrir a realidade dos fatos. Atualmente casado, morando em Corumbá e obrigado a viver em cidade tão distante, à Turma julgadora, em maioria, pareceu manifesta a substituição de inquilino, como entendeu o Dr. juiz de direito, cuja decisão foi por isso mantida.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 7 de novembro de 1951. *Alcides da Silveira Faro*, presidente, com voto; *L. G. Gyges Prado*, relator designado; *Pereira da Costa*, vencido.

*

MANDADO DE SEGURANÇA – IMISSÃO DE POSSE

- A Constituição dá mandado de segurança contra atos de quaisquer autoridades, inclusive juízes, evidentemente. Mas é preciso distinguir quais os atos dos juízes, que são suscetíveis de reexame em mandado de segurança. Só podem admitir o remédio heróico os atos administrativos, e,

quando muito, as decisões judiciais proferidas em processos administrativos.

Embargantes: Luís Fernando Rodrigues Alves e outros

Mand. de seg. nº 52.674 (embs.) – Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos em mandado de segurança número 52.674, da comarca de São Paulo, em que são embargantes Luís Fernando Rodrigues Alves e outros e embargado o Dr. juiz substituto da 1ª Vara Cível daquela comarca:

Acordam, em 1° Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, pelo voto de desempate do presidente, rejeitar os embargos, pagas as custas pelos embargantes.

Os embargantes impetraram mandado de segurança contra despacho do juiz de direito em exercício na 1ª Vara Cível da comarca de São Paulo, proferido nos autos da dissolução de sociedade, em que são partes Carlos Coelho de Faria e sua mulher, autores, e D. Judite Leite Chaves de Carvalho, ré.

A egrégia 2ª Câmara Civil, contudo, não tomou conhecimento do pedido, por maioria, de votos, por entender que se trata de "decisão judicial que não pode comportar a impetração de mandado de segurança".

Efetivamente, trata-se de decisão judicial, proferida em feito contencioso, e, por isso, insuscetível de modificação de mandado de segurança.

A Constituição dá mandado de segurança contra atos de quaisquer autoridades, inclusive os juízes, evidentemente. Mas, é preciso distinguir quais os atos dos juízes que são suscetíveis de reexame em mandado de segurança. Só podem admitir o remédio heróico os atos administrativos, e, quando muito, as decisões judiciais proferidas em processos administrativos.

Quanto às decisões judiciais proferidas em feitos contenciosos, não é possível admitir o seu reexame em mandado de segurança. Nos feitos contenciosos domina o contraditório. Todos os recursos e remédios a êles referentes estão subordinados àquele princípio, que é substancial. O mandado de segurança, entretanto, escapa àquele princípio, porque não foi idealizado para servir, como

recurso judicial em feitos contenciosos, mas apenas como remédio contra violências partidas de autoridades, não protegidas por *habeas corpus*. Interposto contra uma decisão

são judicial, quem é ouvido é o juiz que a proferiu, que não tem interêsse algum a defender, a não ser o da boa orientação de seu despacho. O verdadeiro interessado, que é o litigante adversário do impetrante, não é ouvido, nem citado; talvez nem fique sabendo que a decisão, que lhe deu ganho de causa, esteja sendo reexaminada à sua revelia.

Além disso, para o reexame das decisões judiciais, há, nas leis processuais, sistemas de recursos, que enumeram as decisões recorríveis, dando, para cada uma delas, o recurso específico, marcando-lhes os prazos e efeitos próprios. Ora, a admissão do mandado de segurança como recurso contra decisões judiciais, além da eliminação do contraditório, já acentuada, acarretaria a inutilização de todo o sistema de recursos criado pelo legislador processual, tornando recorríveis quaisquer decisões judiciais, e, o que é pior, permitindo efeito suspensivo em qualquer caso, tudo com a agravante de impedir, durante o anormalismo prazo de 120 dias, o trânsito em julgado da decisão. A provocação de tantos males não podia estar na intenção do legislador constituinte, ao inscrever o magnífico instituto entre as garantias constitucionais.

É da natureza do mandado de segurança dirigir-se êle à proteção de direito certo e incontestável. Para se aquilatar da certeza e liquidez de qualquer direito, é indispensável que o interessado em contestá-lo seja chamado a dizer sôbre êle. Ora, se há outro interessado, o que ocorre sempre com as decisões judiciais proferidas em feitos contenciosos, não é possível admitir a revisão da decisão em mandado de segurança, porque, não intervindo neste feito o litigante adversário, não se poderá ajuizar da certeza do direito invocado pelo antagonista, por mais sedutora que se apresente a impetração. Isto porque, qualquer que seja o caso, é sempre possível que a parte contrária, se ouvida, apresente um argumento que destrua a aparente liquidez do direito alegado. O que é inegável é que a natureza e as peculiaridades processuais do mandado de segurança não se conformam com os processos contenciosos em geral, de modo a ser impraticável a utilização daquele instituto como substitutivo de recursos, ou remédios previstos para cada caso.

O mandado de segurança é um instituto magnífico, mas é preciso que não seja transformado em panacéia, nem, tampouco, em meio de subversão da ordem

jurídica. Empregado com o desregramento preconizado por aquêles que entendem que êle serve para tudo, irá se transformar, muito breve, em maléfico abuso. Os contornos do instituto ainda não estão bem delineados na doutrina e na jurisprudência, por isso que êle é muito novo, de nossos dias ainda. Cumpre aos juristas, e, notadamente, aos juízes e Tribunais do país, fixar sua fisionomia sadia, sem desfigurá-lo. Essa é uma tarefa grandiosa, mas que ainda exigirá muitos anos.

São Paulo, 24 de abril de 1951. - *Meireles dos Santos*, presidente, como voto; *Breno Caramuru*, relator designado; *Frederico Roberto*; *Percival de Oliveira*; *Davi Filho*; *Paulo Colombo*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Recebi os embargos para que o pedido de segurança fôsse conhecido e decidido como de direito pela egrégia 2ª Câmara Civil. A Constituição federal, no art. 141, § 24, admite o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. Assim, não se pode excluir do âmbito dêsse remédio jurídico os atos praticados por autoridades judiciárias.

Mesmo entre as partes litigantes, pode acontecer a prática pelo juiz de um ato ilegal ou abusivo de poder que fira direito líquido e certo. Os Tribunais têm conhecido diversas vêzes de pedidos de segurança contra tais atos e algumas vêzes têm concedido a proteção pronta e eficaz. Não é necessária a citação de casos porque as revistas de Jurisprudência estão cheias de decisões nesse sentido.

No caso dos autos, a segurança foi pedida por pessoas que não eram partes no feito em que foi expedida a ordem judiciária, em que foi praticado o ato pelo qual êles foram tirados da posse direta de um bem que lhes pertence. A feição jurídica dêsse ato para se concluir pela legalidade ou ilegalidade, a do direito dos requerentes para saber-se se é ou não líquido e certo deviam ser logo apreciados, para o que se tornava mister conhecer-se do pedido.

Se os dois requisitos - ilegalidade ou abuso de poder do ato e certeza e liquidez do direito dos requerentes - fôssem proclamados, o mandado de segurança se imporia desde logo. Para fazer valer o seu direito não tinham os requerentes de usar de outro meio processual, mais moroso e custoso; *J. M. Gonzaga*, subscrevo inteiramente o voto do Sr. desembargador PAULO COLOMBO; *Amorim Lima*, vencido. Concedia a segurança. A tese de que não cabe mandado de segurança contra atos judiciais já foi rejeitada definitivamente pela

jurisprudência da nossa mais alta Côrte de Justiça e pela Seção Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Demais, o magistrado, investindo contra direitos subjetivos de pessoas estranhas à demanda, sem forma e nem figura de Juízo, desvestiu a sua violência de qualquer significação jurisdicional. Para casos tais é que se criou a medida excepcional do mandado de segurança, impedindo-se prontamente a arbitrariedade do juiz; *E. Custódio da Silveira*, vencido, com a seguinte declaração de voto:

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra um despacho judicial, que concedeu mandado de imissão de posse em

Finalpag. 304

prejuízo de terceiros, que não são partes no feito.

Sempre entendi que não cabe mandado de segurança contra decisões judiciais transitadas em julgado, pois o remédio adequado será a ação rescisória. Não obstante, ainda recentemente a egrégia Seção Civil, dêste Tribunal, conheceu de mandado de segurança contra um acórdão, embora com grande número de votos vencidos ("Rev. dos Tribunais", 189-658).

No caso dos autos, não se trata, propriamente, de uma decisão definitiva ou final, que pudesse transitar em julgado, mas sim de um ato judicial violento, contra o qual não cabia recurso algum.

Foi por esta razão principal que recebi os embargos, a fim de que o mandado fôsse conhecido pela egrégia Câmara.

*

DEMARCAÇÃO - ESBULHO – DIVISAS CERTAS E DETERMINADAS - INSPEÇÃO OCULAR PELO JUIZ

- É imprudente desprezar-se o exame pericial para acolher-se a prova testemunhal, principalmente quando esta é conflitante.

- A inspeção ocular realizada pelo juiz é uma medida salutar e de grande vantagem nas questões prediais, mas, para que ela seja proveitosa como elemento de convicção, deve constar de auto de diligência, contendo, pormenorizadamente, o que fôr observado e verificado.

Ugo Lippe, sua mulher e outros versus Cia. Industrial São Paulo-Rio

Ap. nº 52.693 - Relator: DESEMBARGADOR EDGAR BITTENCOURT

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 52.693, da comarca da Capital, em que são apelantes e reciprocamente apelados Ugo Lippe, sua mulher e outros, e a Cia. Industrial São Paulo-Rio:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls., como parte integrante dêste, julgar prejudicado o agravo no auto de processo e dar provimento à apelação dos réus, para reformar a sentença de primeira instância, a fim de ser julgada improcedente a ação, ficando prejudicado o recurso dos autores.

A prova não autoriza a procedência da ação, pois o imóvel, no ponto versado na causa, tem divisas certas e determinadas no título dos autores. Disso fartamente convence o exame pericial, pelos laudos do perito da ré e pelo desempatador. O Dr. juiz de direito desprezou essa prova para colhêr pontos da prova testemunhal, e tecendo considerações em tôrno da expressão "pelo alto", contida nos títulos dos antecessores e dos autores. Mas não agiu acertadamente em nenhum dêsses pontos de apoio, de vez que, quanto à prova testemunhal, é ela inoperante, pois as testemunhas dos réus afirmara exatamente o contrário do que informam as dos autores, e é imprudente desprezarem-se o exame pericial, os próprios dizeres dos títulos dos autores e os demais elementos dos autos, para acolher-se uma consideração vaga, quase uma conjetura, e nela erigir-se a decisão.

De resto, os autores; por mais de uma vez, conformaram-se com as divisas, tal como existem no título e no terreno.

É certo que a convicção do juiz acentuou-se em uma inspeção ocular, levada a efeito no imóvel. Medida salutar, de grande vantagem nas questões prediais, devem, porém, ser reduzidas a têrmo tôdas as observações e verificações do magistrado, de modo que os elementos de convicção possam gravar-se nos autos. No caso, porém, o auto de diligência apenas consigna que o Dr. juiz de direito estêve no imóvel. A diligência, embora útil à convicção daquela autoridade, nenhum proveito traz como ato de instrução.

Assim decidem e condenam os autores nas custas, sem honorários de advogado, que não são devidos, porquanto não ficou demonstrada malícia ou culpa contratual, certo que alguns elementos, embora repelidos, tornam aceitável a discussão e tiram da lide o caráter de temerária.

São Paulo, 5 de outubro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente; *Edgar de Moura Bittencourt*, relator; *Fernandes Martins*; *João M. C. Lacerda*.

*

INVENTÁRIO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO DO INVENTARIANTE

- Do despacho que incidentemente, no curso do inventário, decide que não devem correr por conta do espólio os honorários do inventariante, não cabe agravo.

D. Maria da Rosa Basile *versus* Espólio de Miquelina Buono Basile e Rafael Basile

Ag. nº 56.688 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 4ª Câmara, vistos, relatados e discutidos os autos de agravo de instrumento 56.688, da comarca de São Paulo, em que é agravante Maria da Rosa Basile e agravados o espólio de Miquelina Buono Basile e Rafael Basile, não tomar conhecimento do recurso, por incabível na espécie. Custas pela agravante.

Finalpag. 305

Na qualidade de inventariante do espólio agravado, requereu a agravante que, ouvidos os interessados, fôssem arbitrados os honorários do advogado que contratou para fazer o inventário, a fim de que a sua importância seja carregada aos herdeiros na proporção dos respectivos quinhões.

Os herdeiros impugnaram o pedido, e o juiz o indeferiu, com invocação do acórdão inserto na "Rev. dos Tribunais", 159-167.

Agravou a inventariante, mas não indicou o preceito legal em que assenta o agravo. Os agravados e a Procuradoria Geral suscitam a preliminar de não se conhecer do recurso.

Realmente, percorrendo-se todos os incisos do art. 842 do Cód. de Processo, não se encontra algum que autorize o agravo interposto. Foi por isso que a agravante deixou de indicá-lo.

Por conseguinte, não se pode tomar conhecimento do recurso.

Entretanto, da sentença que oportunamente julgar as contas da inventariante, se fôr glosada a parcela referente aos honorários de seu advogado, poderá ela interpor, se quiser, o recurso adequado.

Custas pela agravante.

São Paulo, 11 de outubro de 1951. *Teodomiro Dias*, presidente e relator; *Macedo Vieira*; *Cunha Cintra*.

*

FALÊNCIA - NOMEAÇÃO DE SÍNDICO - IDONEIDADE FINANCEIRA

- Não está em condições de exercer o cargo de síndico o credor que não possui idoneidade financeira.

Banco do Estado de São Paulo S. A. *versus* Sindico da Massa Falida de Neve Indústria e Comércio S. A.

Ag. nº 56.712 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 56 712, da comarca da Capital, em que é agravante o Banco do Estado de São Paulo S. A. e agravado o síndico da Massa Falida de Neve Indústria e Comércio S. A.:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, repelir a preliminar de não se conhecer do recurso, e, pelo mesmo número de votos, dar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

Do despacho proferido nos autos da falência de Neve Indústria e Comércio S. A., mantendo o síndico nomeado, A. Cavalcanti, agravou o Banco do Estado de São Paulo com fundamento no § 4º do art. 60 da Lei de Falências, combinado com o artigo 842 do Cód. de Processo. Assim procede, porque o síndico nomeado, credor de Cr$ 78.902,40, colocado no décimo primeiro lugar na relação de credores, e não tendo idoneidade financeira como exige a lei, não pode ser mantido no cargo, quando outros credores de muito maior quantia, inclusive êle agravante - na importância de Cr$ 1.930.045,80, não podiam ser preteridos, desde que preenchem todos os requisitos legais, não podendo assim subsistir o despacho agravado.

O recurso regularmente processado teve a decisão mantida, sendo que nesta instância o Dr. subprocurador geral da Justiça, de acôrdo com o parecer do Dr. curador fiscal, opinou pelo provimento do recurso. É de se repelir a preliminar suscitada pelo agravado de não se conhecer do recurso, uma vez que o agravante, como se vê da certidão de fls., fêz a declaração de seu crédito, não importando que essa declaração desse entrada em cartório após a interposição do recurso. Quanto ao mérito, verifica-se que realmente não está o sindico nomeado em condições de exercer o cargo, por lhe faltar o requisito legal de idoneidade financeira, pois que, estando colocado no décimo primeiro lugar, ainda consoante se vê da certidão de fls., está êle estabelecido com o capital de Cr$ 20.000,00, não constando que seja possuidor de maiores haveres.

É verdade que, de acôrdo com o disposto no art. 80 da lei falimentar, tem o juiz a faculdade de nomear o síndico escolhido entre os maiores credores do falido, mas condicionando a escolha entre os que sejam "residentes ou domiciliados no fôro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira".

Ora, se o credor nomeado não possui idoneidade financeira, de maneira a poder responder pelos atos reputados prejudiciais à massa, não está em condições de exercer o cargo de síndico, por faltar-lhe êsse requisito de relevante importância exigido pelo art. 80 da lei supracitada: Nessas condições, dão provimento ao recurso.

São Paulo, 5 de outubro de 1951. - *Clóvis de Morais Barros*, presidente; *Camargo Aranha*, relator; *Joaquim de Silos Cintra*; *Vicente Sabino Júnior*.

*

CONCORDATA SUSPENSIVA - INDEFERIMENTO LIMINAR - RECURSO

- Permite a lei que o juiz examine liminarmente o pedido de concordata suspensiva podendo indeferi-lo se não estiver formulado nos têrmos exigidos. Dêsse indeferimento liminar não cabe nenhum recurso.

José Dragva *versus* Massa Falida de José Dragva

Finalpag. 306

Ag. nº 56.718 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 56.718, de São Paulo, em que é agravante José Dragva, e agravada a Massa Falida de José Dragva:

1. José Dragva, nos autos de sua falência, impetrou concordata suspensiva, mas o juiz indeferiu-lhe o pedido, por extemporâneo. É que havia um processo-crime Instaurado contra o requerente e êsse fato era impeditivo da impetração de concordata.

2. Surgiu; então, êste agravo, que foi regularmente processado.

3. Não se toma conhecimento do recurso. Permite a lei que o juiz examine, liminarmente, o pedido de concordata suspensiva, podendo indeferi-lo se não estiver formulado nos têrmos exigidos.

Dêsse indeferimento liminar não cabe nenhum recurso, pois o art. 146 da Lei de Falências refere-se à sentença que, a final, houver concedido ou negado a concordata.

4. Pelas razões expostas:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por votação unânime, não tomar conhecimento do agravo. Custas pelo agravante.

São Paulo, 5 de outubro de 1951. - *Clóvis de Morais Barros*, presidente, com voto; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Vicente Sabino Júnior*.

*

POSSESSÓRIA - REINTEGRAÇÃO LIMINAR - AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Não cabe agravo de instrumento do despacho que denega reintegração liminar.

O caso não é o de denegação de medida preparatória.

Armindo Pinto de Almeida e sua mulher *versus* D. Noêmia de Sá e Albuquerque

Ag. nº 56.343 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 4ª Câmara, vistos, relatados e discutidos os autos de agravo de instrumento 56.343, da comarca de São Paul, em que são agravantes Armindo Pinto de Almeida e sua mulher e agravada dona Noêmia de Sá e Albuquerque, não tomar conhecimento do recurso, incabível na espécie. Custas pelos agravantes.

Foi o agravo interposto, com assento no art. 842, III, do Cód. de Processo, do despacho denegatório de reintegração liminar de posse, pleiteada pelos agravantes.

O preceito legal invocado refere-se a decisões que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação.

Enumera o art. 676 as medidas preventivas admitidas pela lei processual. Dentre elas algumas existem que, nos têrmos do art. 677, podem ser ordenadas como preparatórias de ação judicial, que deverá ser proposta no prazo de 30 dias.

O art. 682 esclarece que as medidas preventivas serão requeridas ao juiz da causa ou, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Segue-se do exposto que as medidas preparatórias constituem sempre processo autônomo. Tal é o caso do aresto, do seqüestro, da busca e apreensão. Concedida ou denegada uma dessas medidas preparatórias, caberá agravo de instrumento, com fundamento legal invocado pelos agravantes.

Mas a reintegração liminar, requerida dentro dos próprios autos da ação possessória, é mero incidente processual: não constitui evidentemente medida preparatória; nem se arrola sequer entre as medidas preventivas enunciadas no art. 676 citado.

O agravo, portanto, carece de apoio legal. Aliás nesse sentido já se tem manifestado a jurisprudência dêste Tribunal e do Supremo ("Rev. dos Tribunais", 181-345, 191-396).

São Paulo, 13 de setembro de 1951. *Teodomiro Dias*, presidente e relator; *Cunha Cintra*; *Macedo Vieira*.

*

DESPEJO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - NECESSIDADE

- Ao deixar a lei ao julgador a faculdade de apreciar a ocorrência de necessidade para fundamentar pedido de retomada de prédio para uso próprio, quis ela que se examinassem casos concretos em que até, em certos casos se identifica a comodidade com a necessidade.

Casemiro Gebranskas *versus* Adolfo Corazza

Rec. de rev. nº 51.545 - Relator: DESEMB. PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de revista nº 51.545, da comarca de São Paulo, entre partes, recorrente Casemiro Gebranskas, e recorrido Adolfo Corazza:

Acordam, em Câmaras Conjuntas Civis do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls., reconhecer a divergência por votação unânime, e julgar improcedente, a revista, por maioria de votos. Custas pelo recorrente.

Finalpag. 307

Assim decidem, porque:

Diz o recorrente, na inicial, que, "no apreciar a mesma tese de direito, a egrégia 1ª Câmara se divorciou da jurisprudência firmada, segundo a qual a lei do

inquilinato vigente apenas transige com a necessidade", afastando o acolhimento da vantagem da comodidade do locador, por inaplicável, inoportuno".

Declara o venerando acórdão recorrido que:

"A lei não gradua a necessidade como fundamento do direito de retomada. Portanto, qualquer necessidade é suficiente. "Exigir, em tais condições, necessidade premente e inadiável, como que a sentença, implica distinguir vários gêneros de necessidade, quando o legislador não o fêz. A simples comodidade representa necessidade atendível para o exercício do direito de retomada".

A respeitável sentença, reformada pelo venerando acórdão recorrido, havia afirmado, com fundamento em acórdãos publicados na "Rev. dos Tribunais", 181-766 e 183-201, que: "A lei exige que a necessidade seja premente, invencível, real e inadiável".

A divergência é manifesta, entre as decisões contidas nos mencionados acórdãos e o venerando acórdão recorrido. Entendeu, porém, a maioria que razão não havia para cassação do venerando acórdão recorrido, embora houvesse êle dado a máxima distensão em sentido contrário à interpretação constante dos acórdãos divergentes, na aplicação do mesmo texto legal.

A lei diz simplesmente que: "se o locador residir em prédio próprio, deverá provar a necessidade do pedido" (dec.-lei número 9.669, art. 18, nº VI, § 4º).

É, portanto, irrecusável a primeira afirmativa do venerando acórdão recorrido: "A lei não gradua a necessidade como fundamento do direito de retomada".

Ora, no diálogo entre Selim e Osmim, escrito por VOLTAIRE, lê-se que: "o que é necessário a um não o é sempre a outro: é necessário a um indiano ter arroz, a um inglês ter carne; é preciso uma peliça a um russo e uma gaze a um africano: tal homem crê que 12 cavalos de carroça são necessários, contenta-se outro com um par de sapatos, e outro anda descalço, alegremente" ("Dictionnaire Philosophique", voc. Necessaire", "Oeuvres Complètes", tomo 19, página 74, ed. 1876).

A lei, pois, atende à necessidade do proprietário, seja êle um indiano, um inglês, um russo ou um africano.

Também é admissível a afirmativa de que: "A simples comodidade representa necessidade atendível para o exercício do direito de retomada".

A idéia de comodidade, em certos casos, se identifica com a necessidade.

Entre os significados do vocábulo "cômodo", menciona MORAIS o de "utilidade" e o "Dictionnaire des Idées Suggérées par les Mots", DE PAUL ROAUIX, sob a rubrica "tile", menciona: "*necessaire... commode... commodité... nécessité*" (ob. cit., pág. 515, 13ª edição).

E a incomodidade, às vêzes, é antagônica à necessidade, como se deduz do seguinte exemplo, dado por VICAT: "*Necessitas autem aliquando ponitur pro rerum statu, quo quis damni, seu incammodi sibi, vel alteri vitandi causa ad quid compellitur*" ("Vocabularium", t. 2°, pág. 133).

O que se conclui é que estamos em face de interpretações contrárias e extremadas, referentes a um só texto legal. É, porém, inegável que êsse texto deixou ao critério do julgador o decidir, em caso concreto, se a exigência legal se acha ou não satisfeita. Nem foi outra a interpretação que lhe deu o venerando acórdão recorrido.

Em face do exposto, julgam, por maioria de votos, improcedente a revista.

São Paulo, 24 de outubro de 1951. - *Teodomiro Dias*, presidente, com voto; *Prado Fraga*, relator designado, *Edgar de Moura Bittencourt*, vencido; *A. de Oliveira Lima*; *Ulisses Dória*, vencido; *J. M. Gonzaga*, vencido; *Gomes de Oliveira*; *Frederico Roberto*: *Davi Filho*; *Amorim Lima*; *Rafael de Barros Monteiro*; *Pedro Chaves*, vencido; *Paulo Colombo*, vencido. Embora reconheça que muitas vêzes a "comodidade" seja necessidade, para sustentar que "a simples comodidade representa necessidade atendível para o exercício do direito de retomada". Necessidade e comodidade não são palavras sinônimas; *Percival de Oliveira*; *Fernandes Martins*, vencido; *Camargo Aranha*, vencido; *Joaquim de Silos Cintra*; *H. da Silva Lima*, vencido; *Clóvis de Morais Barros*; *Cunha Cintra*; *Pinto ao Amaral*; *Justino Pinheiro*.

*

LOCAÇÃO - PRORROGAÇÃO - LEIS DE EMERGÊNCIA

- Findo o prazo do contrato, não há a recondução tácita de tôdas as cláusulas contratuais, mas apenas a prorrogação da locação com o mesmo aluguel e sem prazo certo.

Espólio de D. Maria Isabel Ramos da Silva *versus* Pedro Windeck e outro

Rec. de. rev. nº 51.579 - Relator: DESEMB. FREDERICO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista na apelação nº 51.579, desta Capital, em que é recorrente o espólio

Finalpag. 308

de Maria Isabel Ramos da Silva e recorridos Pedro Windeck e outro:

Acordam, em sessão de Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotado como integrante dêste o relatório de fls., reconhecida a divergência quanto à primeira tese e negada quanto à segunda, unânimemente, em negar provimento ao recurso interposto, para manter o acórdão recorrido, que está de acôrdo com a jurisprudência desta Seção Civil, conforme acórdão publicado na "Rev. dos Tribunais", 182-333, pagas as custas pelo recorrente. No mérito, a decisão foi tomada por maioria de votos.

Decorre da leitura do acórdão recorrido que foi negado o despejo promovido pela recorrente porque, extinto o contrato de locação, prorrogou-se esta pelo mesmo aluguel, mas não o contrato em tôdas as suas cláusulas, de modo que não era dado ao espólio-autor invocar infração da cláusula contratual, que vedava a sublocação, para pedir o despejo.

Afirmou o acórdão, que se lê na "Rev. dos Tribunais", 181-731, que, "findo o prazo do contrato escrito, continua a locação por tempo indeterminado, sujeito, porém, às prescrições legais e às demais cláusulas do contrato".

Manifesta a divergência quanto a essa tese.

Não declarou o acórdão recorrido a indispensabilidade de menção do dispositivo legal aplicável ao caso, na inicial pelo autor. Afirmou, apenas, que o preceito legal invocado o fôra, apenas, para justificar a infração contratual, não a infração legal.

Quanto a essa tese não ocorre a alegada divergência.

No mérito é mantida a decisão recorrida, de acôrdo com a citada jurisprudência desta Seção Civil, segundo a qual findo o prazo do contrato não há a recondução tácita de tôdas as cláusulas contratuais, mas apenas a prorrogação da locação, com o mesmo aluguel e sem prazo certo.

São Paulo, 10 de outubro de 1951. *Teodomiro Dias*, presidente, com voto vencido; *Frederico Roberto*, relator; *Samuel Francisco Mourão*; *Amorim Lima*; *J. M. Gonzaga*; *Clóvis de Morais Barros*; *Fernandes Martins*; *Pedro Chaves*; *A. de Oliveira Lima*; *H. da Silva Lima*, vencido; *Gomes de Oliveira*; *Paulo Colombo*; *Percival de Oliveira*; *Davi Filho*; *Cunha Cintra*; *Rafael de Barros Monteiro*; *Prado Fraga*, vencido; *Macedo Vieira*; *Pinto do Amaral*; *Justino Pinheiro*; *Joaquim de Silos Cintra*; *Camargo Aranha*.

*

DESPEJO - RETOMADA - PROMITENTE-COMPRADOR

- A lei não admite, ao compromissário-comprador que seja proprietário de outro prédio, o direito de retomada, para uso próprio, do prédio compromissado.

Sildo Gouveia *versus* Vicente Maestre

Ap. nº 100- Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 100, da comarca de São Paulo, em que são: apelante Sildo Gouveia, e apelado Vicente Maestre:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls., como parte integrante dêste, por maioria de votos, dar provimento ao agravo no auto do processo, para julgar o apelado carecedor da ação.

Custas pelo apelado.

O apelado promoveu a presente ação de despejo, para uso próprio, invocando o inciso 3° do art. 15 da lei nº 1.300. O juiz, porém, entendendo ter havido um equívoco da inicial, julgou a ação procedente, apoiando-a no inciso IX daquele artigo.

Não foi, porém, sem razão que o apelante, compromissário-comprador do prédio objeto da ação, se furtou a invocar o aludido inciso IX. Prescreve êsse dispositivo legal: durante a vigência desta lei não será concedido despejo, a não ser "se o promitente" comprador imitido na posse do prédio, não possuindo outro de sua propriedade, pedi-lo para uso próprio, desde que a promessa de venda seja irrevogável e se ache inscrita no Registro de Imóveis". A lei, como se vê, foi muito parcimoniosa ao admitir o despejo para uso próprio, promovido por compromissário-comprador. Dentre os vários requisitos que exigiu para admitir aquele despejo, inscreveu o de não possuir outro prédio de sua propriedade.

Embora na inicial o autor não tivesse esclarecido convenientemente essa questão, fê-lo claramente na resposta à contestação (fls.), onde se lê: "O autor não negou que fôsse proprietário. É proprietário de um prédio pequeno, sito à rua Gandavo, prédio êsse que não comporta a sua numerosa família, como bem afirmou na inicial", etc.

Não podia o juiz, portanto, diante dessa confissão de que é proprietário de outro prédio enquadrar o caso no inciso IX do art. 15 da lei nº 1.300.

E o inciso III, invocado como fundamento do pedido na inicial, também não tem cabimento. Alude êsse dispositivo ao caso do proprietário pedir para residência própria, "sendo o locatário também proprietário de imóvel residencial". O apelado, em primeiro lugar, não é proprietário do imóvel despejando, mas mero promitente-comprador. Em segundo lugar, não provou que o réu seja dono de qualquer prédio. A lei nº 1.300, nos seus vários incisos, empregou

sempre nos seus exatos sentidos jurídicos os vocábulos "proprietários" e "promitente-comprador", de forma a não ser possível estender por analogia os incisos do art. 15, que aludem, a proprietário, a quem seja apenas "promitente-comprador".

Assim, forçoso é reconhecer que o apelado, pelo menos enquanto não tiver recebido a escritura de venda do imóvel, ou enquanto fôr proprietário de outros prédios, não poderá promover o despejo do apelante, para uso próprio, na vigência da lei nº 1.300.

São Paulo, 5 de setembro de 1951. - *Alcides da Silveira Faro*, presidente, com voto vencido: negava provimento ao agravo no auto do processo, de acôrdo com a seguinte declaração:

Neguei provimento ao agravo no auto do processo, por entender que podia perfeitamente o autor intentar a presente ação.

A meu ver, a disposição do inciso IX do art. 15 da nova lei do inquilinato apenas dispensa o compromissário-comprador da obrigação de provar a necessidade do pedido, uma vez que pela sistemática atual, como alias já se observara na lei anterior, só na hipótese de residir em prédio próprio é que está o autor adstrito àquela obrigação.

Quer isso dizer que, mesmo possuindo outro prédio, pode perfeitamente o compromissário-comprador reclamar o que se acha acusado pelo réu, cumprindo-lhe, no entanto, já que a sua situação é idêntica à do locador que reside em prédio próprio, provar a necessidade por êle invocada como justificativa de sua pretensão.

Seria deveras grande injustiça recusar ao compromissário-comprador o direito de ir morar no imóvel compromissado; tão-só porque ainda lhe pertence o imóvel em que reside, embora tenha sido exatamente pelo fato de ser êste prédio exíguo e acanhado para acomodar a sua família, - que o autor conseguiu, com grande sacrifícios, já que não dispõe de suficientes recursos financeiros para adquirir, de maneira definitiva, um outro imóvel, - firmar um compromisso de compra em relação ao imóvel que reclama.

Não creio fôsse intenção do legislador exigir que, para conseguir o seu objetivo, tenha o compromissário-comprador que vender por qualquer preço o imóvel em que reside, para contar então aquêle requisito que o venerando acórdão reputa para tanto indispensável, qual o de não possuir outro imóvel de sua propriedade.

Eis por que não me foi possível acompanhar os meus eminentes colegas, na decisão do presente recurso; *Breno Caramuru*, relator designado; *Pereira da Costa*.

*

DESPEJO - PURGAÇÃO DA MORA

- Proposta a ação de despejo com dois fundamentos - falta de pagamento e infração legal, - é de 10 dias o prazo para purgação da mora, uma vez que o rito a seguir é o ordinário.

- Purgada porventura a mora, tempestivamente, deve a ação prosseguir pelo outro fundamento, exarando-se necessariamente o despacho saneador.

Laércio Silva Araújo *versus* Custódio Pereira Lameiro

Ap. nº 105- Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 105, da comarca de São Paulo, em que são: apelante Laércio Silva Araújo; e apelado Custódio Pereira Lameiro:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., por unanimidade de votos, dar provimento à apelação para anular o processo, a partir da sentença apelada. Custas pelo apelado. 1 Outrossim, fica determinada a remessa dêstes autos ao Exmo. Sr. desembargador corregedor-geral da justiça, para que sejam tomadas as providências que forem oportunas, relativamente às graves irregularidades notadas no processo.

A presente ação de despejo teve dois fundamentos: atraso no pagamento de aluguéis e infração à obrigação legal de não ceder a locação. Por isso mesmo se apoiou o pedido nos incisos 1º e 10º do art. 15 da lei nº 1.300, tomando a ação *ab initio* o rito ordinário.

O prazo para contestação, portanto, era de 10 dias. Dentro dêsse prazo, o réu pediu e obteve permissão para purgar a mora, e contestou a ação. De fato, o mandado foi juntado aos autos, com a certidão da citação, no dia 18 de abril, enquanto o pedido de purgação da mora foi formulado no dia 28 e a contestação oferecida no dia 28.

Acontece, porém, que o cartório, já no dia 25, havia certificado ter decorrido o prazo para contestação, o que depois foi emendado com um "digo; para purgação da mora". Emenda inútil e errônea, porque o prazo para purgação da mora é o mesmo prazo para a contestação.

Quer dizer que, quando no dia 27 de abril os autos foram conclusos para sentença, já havia sido despachada a petição de fls., admitindo a purgação da mora.

Mas, acresce que o juiz não proferiu imediatamente a sentença, ficando com os autos até o dia 2 de maio, ou seja, por mato seis dias. Logo no dia 28, a contestação foi despachado. Não havia, ainda, sido proferida a sentença, de forma que seria possível, nessa ocasião, corrigir o êrro, solicitando o cartório a baixa dos autos ao juiz, para juntada da petição de purgação da mora

Finalpag. 310

e da contestação, ambas oferecidas oportunamente.

Mas, o cartório deixou que os autos permanecessem em poder do juiz, sem acusar a existência daquelas petições, que só foram juntadas aos autos quando êstes voltaram ao cartório com sentença decretando o despejo, firmada na ausência de contestação e de purgação da mora.

Tal sentença, proferida fora da oportunidade, em processo que devia prosseguir ordinàriamente, para ser julgado em audiência, é evidentemente nula. Deve, depois de proferido o despacho saneador e de feito o arbitramento solicitado reiteradamente pelo réu (fls.), prosseguir o processo como de direito, para ser decidido no momento próprio.

As irregularidades notadas nestes autos, relativamente ao serviço a cargo do cartório, são graves e demandam apuração e punição. Daí por que se determinou a remessa dos autos à Corregedoria Geral da Justiça.

São Paulo, 12 de setembro de 1951. - *L. G. Gyges Prado*, presidente, com voto; *Breno Caramuru*, relator; *Pereira da Costa*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE DE BAGAGEM DE PASSAGEIRO

- A emprêsa de ônibus interurbana, que proíbe o passageiro de transportar consigo a bagagem, exigindo seja ela colocada no porta-malas sob a guarda de prepostos seus, ainda que nada cobre especialmente pelo transporte dessa bagagem, responde pelo seu extravio.

Vicente Cifoni *versus* Viação Cometa, S. A.

Ap. nº 55.418 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS

ACÓRDÃO

Acordam, em 4ª Câmara, vistos, relatados e discutidos os autos de apelação nº 55.418, da comarca de São Paulo, em que é apelante, *Vicente Cifoni* e apelada a Viação Cometa, S. A., dar provimento em parte ao recurso, para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente a ação, para o efeito de condenar a apelada a pagar ao apelante a indenização que se liquidar em execução, inclusive honorários de advogado, na base de 20 %, juros da mora e custas proporcionais.

1. Propondo contra apelada a presente ação, alegou o apelante que, em 8 de setembro de 1950, ao embarcar em Santos com destino a esta Capital, em um auto-ônibus de propriedade da mesma apelada, a ela confiou duas malas, com roupas e outros objetos de uso, as quais foram colocadas no porta-malas daquele veículo. Ao chegar a São Paulo, verificou que uma das malas havia desaparecido. O apelante reclamou, exaltou-se, falou alto, mas nada obteve. A mala desaparecida não lhe foi restituída, nem conseguiu ser ressarcido do prejuízo que sofreu. Donde a sua deliberação de propugnar em juízo a restauração de seu direito violado.

2. Defendeu-se a ré afirmando que, para servir os seus passageiros, permite que êles

transportem gratuitamente a sua bagagem pessoal, e, para seu maior confôrto e segurança, tem em cada ônibus um porta-malas fechado. Todavia, do exposto não se segue que estabeleça com os passageiros contratos de transporte de bagagens.

O fato é melhor esclarecido pelo gerente e antigo encarregado da seção de bagagens, em seus depoimentos como testemunha: "a firma-fé só permite o transporte no interior do ônibus de valises, pastas e malas pequenas, mas proíbe terminantemente o transporte, no interior do ônibus, de malas grandes..."; "a firma-ré mantém um porta-malas na parte lateral do ônibus; justamente para transportar malas grandes dos passageiros...".

Acrescenta: "presentemente a Companhia permite que os passageiros retirem suas malas no trajeto de Santos a São Paulo, nas cidades intermediárias, ficando a cargo do passageiro identificar a mala de sua propriedade".

Ainda outro esclarecimento: "a firma-ré, ao transportar as malas dos passageiros para Serra Negra, no porta-malas do ônibus, costuma dar comprovante, por ser linha de trajeto longo... O transporte também é feito gratuitamente".

3. O fato alegado pelo apelante, ou seja o embarque das duas malas de sua propriedade em um dos ônibus da apelada, e o extravio de uma delas, ficou testemunhalmente provado. A própria apelada não o contesta formalmente.

Resta verificar se, com o fazer gratuitamente o mencionado transporte, a apelada se exime da responsabilidade que lhe é atribuída:

Se a mala, durante todo o percurso, tivesse permanecido debaixo da guarda e vigilância do passageiro, como ocorre com as pastas, valises e outros volumes de pequeno porte, nenhuma seria a responsabilidade da apelada, a menos que se provasse culpa bem caracterizada de sua parte. E o que ensina JOSSERAND; "Transporte", nº 984, pág. 861.

Mas, em se tratando de bagagem confiada à guarda da emprêsa transportadora, colocada por seus prepostos no guarda-malas do ônibus, indubitável é a sua responsabilidade, ainda mesmo que o transporte, segundo a sua afirmação; se faça a título benévolo.

Embora se cogite de transporte de coisa acessória ao transporte de pessoa, a responsabilidade

Finalpag. 311

é evidentemente contratual. Acentua-o JOSSERAND, ob. e loc. citados. A matéria é também versada com carinho, mediante adoção do mesmo princípio, por AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", I; ns. 104, 105, 106 e 107.

4. É de notar-se, aliás, que a gratuidade do transporte das malas é apenas aparente: a remuneração dêsse serviço está incluída no preço do transporte do passageiro, já calculado, tendo-se em vista aquêle encargo.

Assim, a responsabilidade da emprêsa se rege pelos mesmos preceitos que disciplinam o transporte das mercadorias em geral, consignados nos arts. 99, 101 e 103 do Código Comercial e arts. 1° e 3º do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, aplicável a tôdas as emprêsas de transporte, segundo a jurisprudência vencedora.

5. Sucede, outrossim, que, além da culpa presumida, oriunda de obrigação contratual, se verifica, na hipótese, da parte, da apelada, culpa real, claramente manifestada. Com efeito, conforme confessa a ré, em seu depoimento pessoal, e reafirma o seu gerente, no depoimento a que já se fêz menção, ela recebe a bagagem dos passageiros, mas não lhe dá comprovante algum, e permite que cada passageiro identifique a própria bagagem ao retirá-la, o que pode ser feito as estações intermediárias, em ocasiões em que os demais passageiros não têm oportunidade de exercer vigilância sôbre a sua bagagem. O que devia ela fazer na linha de Santos é precisamente o que faz, segundo esclareceu, na linha de Serra Negra: afixar um rótulo em cada bagagem e dar o número correspondente ao respectivo dono, a fim de evitarem-se equívocos involuntários ou procurados, com prejuízo para a regularidade do serviço.

Por tôdas as considerações expostas, patente é a responsabilidade da apelada. Como, porém, só se fêz a prova genérica do dano, a sua prova específica, a apuração de seu montante, deve fazer-se em execução.

São Paulo, 13 de setembro de 1951. *Teodomiro Dias*, presidente e relator; *Macedo Vieira; Cunha Cintra*.

*

SOCIEDADE ANÔNIMA – IMPÔSTO SÔBRE TRANSFERÊNCIA DE AÇÕES

- É inconstitucional o impôsto sôbre a transferência de ações de sociedade anônima. Deliberaram submeter a matéria de inconstitucionalidade à apreciação do egrégio Tribunal Pleno.

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* Imobiliária Itatiaia S. A.

Ag. nº 55.308 - Relator: DESEMBARGADOR MORAIS-BARROS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 55.308, de São Paulo, em que são recorrentes o Juízo *ex officio* e a Fazenda do Estado, sendo agravada a Imobiliária Itatiaia S. A.:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., submeter a matéria de

inconstitucionalidade à apreciação do egrégio Tribunal Pleno, determinando a remessa dos autos, para êsse fim.

A sentença de primeira instância decidiu matéria constitucional, dando pela inconstitucionalidade do art. 2º, do Livro V, do Cód. de Impostos e Taxas, que fêz incidir o impôsto de transmissão imobiliária entre vivos no valor das ações de sociedades civis e comerciais, cujo objeto seja explorar bens imóveis, quando transferidas a terceiros (artigo 2º. inciso 7°, do Livro V), dado que a Constituição federal estabeleceu, limitativamente, a competência estadual para decretar impostos sôbre a transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos* e a sua incorporarão ao capital de sociedade (art. 19, nº III). Taxando com igual encargo a transferência das ações daquelas sociedades a terceiros, incorreu o citado dispositivo na pecha de inconstitucionalidade, e a sentença agravada julgou improcedente a ação executiva, ajuizada para a cobrança do referido impôsto. Apresenta bons fundamentos e merece confirmada. Porém, necessário se faz que, na forma regimental, o egrégio Tribunal Pleno dê a última palavra a respeito da inconstitucionalidade reconhecida. Foi voto vencedor o Sr. desembargador MORAIS BARROS.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 28 de setembro de 1951. - *Morais Barros*, presidente e relator; *Vicente Sabino Junior*, vencido; *Camargo Aranha*, 3º juiz.

*

DESQUITE AMIGÁVEL - CÔNJUGE ANALFABETO - INICIAL ASSINADA POR PROCURADOR - RECONHECIMENTO DE FIRMA

- O art. 642 do Cód. de Processo não exclui a possibilidade de ser a inicial de processo de desquite amigável assinada por procurador constituído em instrumento público, com autorização expressa para aquela assinatura, quando o cônjuge seja analfabeto.

Finalpag. 312

Dispensa-se, nesta hipótese, o reconhecimento da firma.

V. T. R. S. *versus* G. U.

Ap. nº 55.613 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 55.613, desta Capital, em que é recorrente o Juízo e são recorridos V. T. R. ou V. T. R. S. e D. G. U.:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, negar provimento ao recurso *ex officio* interposto, adotado o relatório de fls., confirmando assim a decisão recorrida, pagas as custas na forma da lei.

Homologado o desquite, ao pronunciar-se no recurso obrigatório interposto pelo juiz, apontou o Dr. procurador geral a circunstancia de ter sido a inicial assinada por procurador constituído pela requerente, que é analfabeta, e não por pessoa a seu rôgo, sem que, também, se tivesse feito o reconhecimento da firma - o que, a seu ver, é motivo de nulidade.

A argüição não é acolhível na hipótese.

A lei, possibilitando a assinatura da inicial, no caso de ser o cônjuge analfabeto, por um terceiro a rôgo do interessado, evidentemente quis dar para o caso maior facilidade, permitindo que a assinatura fôsse lançada mediante simples autorização verbal, sem mais formalidades senão o reconhecimento da firma de quem lança a assinatura. Não decorre daí a exclusão de possibilidade de assinatura por um terceiro solenemente autorizado, como é o mandatário constituído em instrumento público, com autorização expressa para assinar aquela inicial.

Quanto à falta de reconhecimento da assinatura se fôsse exigível na espécie, poderia ser suprida em diligência. Mas, nem isto é de se determinar.

Não se trata, no caso, de qualquer pessoa a quem o interessado pedisse, no ato, para assinar. Trata-se de advogado devidamente qualificado no instrumento público de procuração e que acompanhou os cônjuges à presença do juiz, assinando o têrmo de ratificação. E hipótese diferente daquela prevista, na lei com obrigação de ser a firma reconhecida.

Já, neste mesmo sentido, com apoio nos comentários de CARVALHO SANTOS e ODILON DE ANDRADE, decidiu a egrégia 2ª Câmara Civil ("Rev. dos Tribunais", 166-254).

São Paulo, 21 de setembro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente, com voto; *Tácito M. de Góis Nobre*, relator designado; *João M. C. Lacerda*, vencido, pois anulava o processo.

Finalpag. 313

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- Cabe agravo do despacho que indefere petição inicial, abordando matéria fora dos casos taxativamente previstos pelo art. 160 do Cód. de Proc. Civil.

- Escritura pública não é condição legal de constituição de compromisso de compra e venda de imóvel superior, a mil cruzeiros, pois êsse contrato não é constitutivo nem translativo de direito real, mas apenas contém obrigação le fazer.

Carolina Cascalhana e outros *versus* Afonso Orlando Granieri

Ap. n° 6.459 - Relator: DESEMBARGADOR AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 1.823, da comarca de Belo Horizonte (2ª Vara Cível), em que são agravantes Carolina Cascalhana e outros, e é agravado Afonso Orlando Granieri:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conhecer do agravo e lhe dar provimento, por que o despacho agravado indeferiu a petição inicial, abordando matéria de mérito fora dos casos taxativamente previstos pelo artigo 160 do Cód. de Proc. Civil.

Custas a final pelo vencido na causa.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 1946. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator, com o seguinte voto, lido na assentada do julgamento:

O despacho agravado entrou no mérito.

Mas não podia entrar, porque só lhe era lícito indeferir a petição inicial se inepta ou se ilegítima fôsse a parte (Cód. de Processo Civil, art. 160), o que não ocorre no caso.

Logo, esta segunda instância não pode, acompanhar a atitude da primeira e solucionar a questão de mérito por ela suscitada.

O art. 846 concede agravo para a hipótese de decisão que ponha têrmo ao processo sem apreciar o mérito.

Mas, sucedendo, como na espécie, que o julgamento do mérito não pode ser admitido por descaber, caímos na hipótese de decisão pela qual não fica o mérito decidido e que, pois, desafia agravo.

Aliás, tem sido reputado êsse o recurso adequado contra indeferimento de petição Inicial. O Tribunal de São Paulo o admitiu por acórdão de 29 de abril de 1943 ("Rev. dos Tribunais", vol. 145, pág. 94).

A tese que ò juiz entendeu poder solucionar desde logo é a de ter sido emitida a promissória, ou pro soluto, ou pro solvendo.

É questão de alta indagação, tanto doutrinàriamente, em que dissentem mestres do direito cambial, citadas pelo despacho de sustentação a fls. 23 v., como do ponto de vista do fato, em que para cada caso se pesquisa qual terá sido a intenção das partes, como aconselha FRANCISCO CAMPOS, citado pelos agravantes a fls. 19 v.

Conseqüentemente, o assunto se não enquadra em nenhuma das hipóteses de indeferimento de petição inicial taxativamente previstas no art. 160 do CM. de Proc. Civil. *A. Vilas Boas; Paula Mota*.

RELATÓRIO

Os agravantes celebraram por instrumento particular (fls. 5) um contrato de promessa de venderem ao agravado imóveis sitos nesta Capital.

Não se estipulou prazo de vigência.

Foi emitida pelo comprador uma promissória de valor correspondente ao preço ajustado para os imóveis, Cr$ 87.000,00, a prazo de um ano, a qual aos vendedores foi entregue no ato. Por sua vez, êles desde logo transmitiram ao comprador a posse dos imóveis.

Convencionou-se que o comprador poderia dispor dos bens, e nesse caso a escritura definitiva seria outorgada ao terceiro indicado pelo comprador, mas sob a condição de prévio resgate daquela promissória.

Caso o comprador quisesse receber a escritura em seu próprio nome, a promissória subsistiria para resgate no vencimento ordinário.

Também se avençaram juros de 6% ao ano pela promissória.

Escoou-se, entretanto, o prazo, sem que a escritura fosse lavrada e nem a promissória resgatada.

Os vendedores-promitentes, alegando então inadimplemento da parte do comprador e que nem ao menos os juros êle pagava, requereram contra êle ação rescisória do contrato.

O juiz indeferiu no despacho a inicial. Fundou-se em que a promessa de compra e venda estava cumprida pelo comprador com a emissão da promissória, restando aos vendedores apenas exigir o resgate dela, sem prejuízo da outorga de escritura definitiva ao comprador.

Do despacho, os vendedores interpuseram o presente agravo de petição por entenderem que o juiz pusera têrmo ao processo sem resolver o mérito.

Finalpag. 314

A interposição, o seguimento e o preparo são tempestivos e regulares. O juiz manteve a decisão.

É o relatório.

Ponho os autos em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 1946. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de Belo Horizonte, entre partes: Afonso Orlando Granieri, primeiro apelante; D. Carolina Cascalhana e outros, segundos apelantes, e apelados, reciprocamente, os mesmos:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, preliminarmente, não tomar conhecimento do agravo no auto do processo, por haver sido êsse recurso tomado por têrmo fora do prazo legal de cinco dias, contados da intimação do despacho recorrido; e, *de mentis*, dar provimento a ambas as apelações, para cassar a sentença apelada e mandar que o juiz profira outra, falando sôbre o mérito da causa. Não há falta de *legitimatio ad causam*, nem os autores são carecedores da ação proposta. Por outro lado, o compromisso de compra e venda constante do documento particular de fls. 6 não é nulo de pleno direito como supõe a sentença recorrida.

O fato de não estar o compromisso subscrito por duas testemunhas perde nestes autos tôda a sua significação, porque ambas as partes contratantes se batem *pela validade* do que convencionaram: os autores pretendendo rescindir o compromisso, e o réu pelejando por que não seja rescindido; ou então estar-se-ia diante de excelente comêço de prova por escrito ("REVISTA FORENSE", vol. 54, págs. 167 e 225).

Na verdade, o referido compromisso é contrato preliminar "que não preenche as condições de validade do definitivo", mas as conseqüências dessa circunstância são muito diversas das que foram resumidas pela sentença recorrida.

A escritura pública não é condição legal de constituição de compromisso de compra e venda de imóvel de valor superior a Cr$ 1.000,00 ("REVISTA FORENSE", vol. 47, pág. 345), pois nesse caso o contrato não é constitutivo nem translativo de direito real art. 134, nº II, do Cód. Civil), e sim contém apenas obrigações de jazer, isto é, de outorgar e de receber a escritura definitiva.

Custas pelos apelados, na forma da lei.

Belo Horizonte, 25 de abril de 1949. *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado*; *Costa e Silva*.

RELATÓRIO

D. Carolina Cascalhana e outros, pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Belo Horizonte, moveram contra Afonso Orlando Granieri ação de rescisão da promessa de compra e venda constante do documento de fls. 5, por não haver sido paga no vencimento a promissória de fls. 8, emitida pelo réu, em obediência à cláusula terceira da promessa rescindenda.

A petição inicial foi indeferida a fls. 17, mas houve agravo, e a egrégia 1ª Câmara Civil, pelo acórdão de fls. 29, deu provimento a esse recurso, ordenando o prosseguimento do feito.

A causa, então, contestada a fls. 36, foi regularmente processada, sendo de notar-se que a fls. 57 o juiz indeferiu um requerimento de vistoria, e desse indeferimento o réu agravou no auto do processo, mas êsse recurso foi tomado por têrmo fora do prazo legal.

Afinal, pela sentença de fls. 73, o juiz se limitou a declarar nulo de pleno direito o compromisso de compra e venda e, por essa razão, sem entrar no mérito da causa, julgou os autores carecedores da ação proposta, declarou a contestação improcedente e não provada, e condenou ambas as partes, ao pagamento das custas, em proporção, por haver decaído o réu do pedido de honorários de advogado.

Dessa decisão apelaram tempestivamente ambas as partes, em primeiro lugar o réu, a fls. 76, e em segundo lugar os autores, a fls. 81, ambas a sustentarem a validade do compromisso declarado nulo.

Recebidas as apelações, sem declaração de efeitos, foram arrazoadas pelos apelados e, remetidos os autos no prazo legal à Secretaria do Tribunal, foram ali regularmente preparados o agravo no auto do processo e as apelações.

Vistos, e assim relatados, restituo estes autos à Secretaria, a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 4 de abril de 1949. - *Amílcar de Castro*.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos, em que figuram como apelantes e apelados Afonso Orlando Granieri, de um lado, e D. Carolina Cascalhana e outros, de outro lado, resolve-se *ut infra*.

O venerando acórdão de fls. 108, da egrégia 2ª Câmara Civil, cassou a sentença de fls. 73, para mandar que o juiz se pronunciasse sôbre o *meritum causae*. Entretanto, torna o processo a esta instância com uma decisão formal e materialmente idêntica à primeira.

O venerando aresto é bem claro. Dispôs êle que, válido o documento de fls. 5 como expressão de uma obrigação de fazer, pois para esta não se exige forma solene, ao juiz cumpria dizer, em face da prova, sôbre as postulações dos litigantes. Todavia, o magistrado,

Finalpag. 315

reputando ainda uma vez nulo o compromisso, julgou as partes inadimplentes, "culpadas ambas da nulidade que subscreveram", e determinou a restituição das coisas ao estado anterior.

O pedido, que desafia o pronunciamento do juiz *a quo*, é o de rescisão do contrato de promessa, contido no instrumento exibido com a inicial. Deve êle procurar nos autos motivos para concluir pela procedência ou improcedência de tal pedido, isto é, cabe-lhe apreciar a conduta dos contraentes ante o que *vàlidamente* pactuaram.

Para isso, dá-se provimento ao recurso, nos mesmos têrmos com que foi provido o anterior: cassa-se a sentença recorrida, para que se substitua por outra em que seja abordado o mérito da causa. Custas, pelos apelados.

Belo Horizonte, 31 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*, com a declaração de que aliviava os apelados das custas, por não lhes ser imputável a resistência do digno magistrado a uma determinação categórica de instância superior; *Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Apelação regularmente processada.

O acórdão de fls. 108, de egrégia 2ª Câmara Civil, cassou a sentença de fls. 75, para mandar que o juiz se pronunciasse sôbre o *meritum causae*.

Volveram os autos à primeira instância e o juiz proferiu outra sentença idêntica à decisão cassada, na qual conclui pela nulidade do documento básico da ação, que aquêle acórdão julgou válido, e pela restituição das partes *ad statum ante*, como se nenhum negócio tivesse havido entre elas.

A revisão. - *A. Vilas Boas*.

*

RECURSO - AGRAVO DE PETIÇÃO DESPEJO - PURGAÇÃO DA MORA

- Não se conhece de agravo de petição interposto de sentença que julgue extinta, pela purgação da mora, ação de despejo por falta de pagamento.

Francisco de Sousa Lima *versus* Zilda Procópio Scarlatelli

Ag. nº 3.319 - Relator: DESEMBARGADOR LINCOLN PRATES

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de agravo nº 3.319, de Belo Horizonte, em que é agravante Francisco de Sousa Lima e agravada Zilda Procópio Scarlatelli:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incorporando neste o relatório de fls. e contra o voto do Exmo. Sr. Des. VILAS BOAS, em não conhecer do agravo porque a sentença, decidindo que se extinguiu a ação, porque o locador não tem mais direito ao despejo requerido, solucionou a controvérsia estabelecida entre as partes litigantes e julgou a relação jurídica material deduzida em juízo, isto é, o mérito da causa.

Belo Horizonte, 16 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lincoln Prates*, relator; *Lopes da Costa*; *A. Vilas Boas*, vencido.

RELATÓRIO

1. Em 22 de agôsto de 1949, Zilda Procópio Scarlatelli iniciou uma ação de despejo contra Francisco de Sousa Lima, alegando que, desde abril de 1948 até aquela data, não lhe pagava o réu o aluguel de Cr$ 400,00 mensais da casa situada na avenida dos Andradas, 356, por êle ocupada. Defende-se o suplicando expondo, preliminarmente: *a)* a autora não fixou o *quantum* do débito do réu, o que impossibilita o, depósito para purgação da mora e torna inepta a inicial, a que ficam faltando os requisitos dos ns. III e IV do art. 158 do Código de Proc. Civil. Deve, pois, o contestante ser absolvido da instância; *b)* se assim não fôr, o réu, embora nada deva à autora, deposita em juízo a importância de Cr$ 8.000,00, destinada ao pagamento dos aluguéis em atraso (se fôssem devidos), honorários e custas. Pede que só depois de decisão final, transitada em julgado, seja levantada essa quantia por quem tiver, direito a ela.

De meritis: *a)* a autora, após a morte de seu marido e a conselho do réu, deliberou mudar-se para esta Capital e pediu, para uso próprio, a casa da Av. dos Andradas, 356. Mas, ao invés de nela residir, solicitou ao réu, faz uns 3 anos, que ocupasse o prédio gratuitamente, apenas como zelador. Foi o suplicado quem, não querendo privar a autora dessa fonte de renda, foi-lhe pagando o aluguel de Cr$ 400,00 mensais. Assim, não há, entre os litigantes, contrato de locação, que, no caso, a lei proíbe, de sorte que, por isto, carece a autora da ação proposta; *b)* durante 11 anos o réu administrou todos os negócios da autora, aumentando-lhe extraordinariamente o patrimônio. E como nada recebeu pelo seu trabalho, propôs contra ela uma ação de cobrança de salários. E foi esta 'ação que deu origem ao presente pedido de despejo, que improcede, porque não tem qualquer apoio em lei; *c)* o réu, autorizado pela autora, fêz no prédio benfeitorias no valor de Cr$ 30.000,00 e tem direito a ser indenizado dessas benfeitorias, que são tôdas úteis. Assim, ainda que a autora não estivesse cobrando o que lhe não é devido, o réu só deveria pagar aluguéis depois de cobertas as despesas que realizou corri as benfeitorias no prédio alugado.

Finalpag. 316

2. A sentença de fls., depois de afirmar que a inicial não é inepta, porque ministra todos os elementos para o cálculo aritmético do quantum devido, tanto que o réu depositou a quantia exata para purgar a mora, julgou esta purgada e ilidida e morta a presente ação de despejo, condenando o réu ao pagamento das custas e dos honorários do advogado da requerente, na forma já arbitrada (20% sôbre o débito).

Agravou o réu, com fundamento no artigo 848 do Cód. de Proc. Civil. O recurso se processou regularmente. Em mesa.

Belo Horizonte, 2 de março de 1950. - *Lincoln Prates*.

*

REPRESENTAÇÃO DA HERANÇA EM JUÍZO - INVENTARIANTE

- Salvo quando dativo, o inventariante representa o espólio, ativa e passivamente, em qualquer demanda.

Agravante: Mozart Cândido de Siqueira

Ag. nº 3.659 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

ACÓRDÃO

Relatada e discutida a espécie:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incorporando neste o relatório *retro*, prover o agravo, para cassar a decisão recorrida e ordenar que o juiz se pronuncie sôbre o *meritum causae*.

E assim decidem porque, como demonstrou o agravante Mozart Cândido de Siqueira, o inventariante representa o espólio, ativa e passivamente, em qualquer demanda.

Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 31 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Mozart Cândido de Siqueira, na qualidade de inventariante dos bens deixados por sua mãe, D. Julieta Carlota de Jesus, propôs ação de reivindicação de bens em poder de José Valdir, sob o fundamento de que a venda feita pela *de cujus* ao dito José Valdir era nula de pleno direito.

O juiz deu a sentença de fls. 834, na qual julgou improcedente a ação intentada em nome do espólio e, ao mesmo tempo, dela carecedor o autor.

E assim decidiu: 1º) porque o inventariante, com competência limitada à cobrança de dívidas e à defesa de bens sob a sua administração, não pode mover reivindicatória; 2°) porque um herdeiro não pode, isoladamente, pleitear nulidade de venda realizada pelo defunto.

Mozart Cândido de Siqueira, ainda como representante da herança, manifestou agravo de petição, que se processou regularmente.

O juiz manteve a decisão e os autos subiram do Tribunal.

Em mesa. - *A. Vilas Boas*.

*

INSTRUMENTO DE CONTRATO - PARCERIA AGRÍCOLA - RESCISÃO CONTRA PARCEIRO

- Instrumento de contrato, assinado apenas por uma das partes, pode a ela ser oposto era juízo pela outra parte.

- Parceria, agrícola não se rescinde contra parceiro que a isso não deu causa

bastante.

Horácio Batista Nunes *versus* Francisco Fernandes Chaves

Ap. nº 6.435 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.435, de Guapé, em que é apelante Horácio Batista Nunes e apelado Francisco Fernandes Chaves:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento e condenar o apelante nas custas.

O relator, desembargador EDUARDO DE MENESES FILHO, deu provimento em parte para cancelar a condenação em honorários de advogado, por entender que ela não decorre necessàriamente da vitória judicial sòmente por estar o vencedor no gôzo de gratuidade de justiça. Quanto ao mais não houve divergência de votos.

Não conhecem do agravo no auto do processo por tardiamente manifestado, uma vez que foi interposto contra indeferimento de reclamação feita em relação à decisão cuja reforma, se pretendeu.

O contrato de parceria agrícola não podia ter sido julgado inexistente para os efeitos da causa, no despacho saneador, sob o fundamento de estar assinado regularmente apenas pelo autor, de vez que a assinatura do réu foi lançada a rôgo por pessoa que para isso não estava munida de mandato regularmente conferido.

Quem produziu na ação o contrato foi o réu, que assim provou ter aderido ao que no instrumento se pactuou, o que confere ao ajustado o completo caráter de contrato.

Da parte do autor não poderia haver impugnação acatável, desde que a assinatura autêntica é a dêle.

Finalpag. 317

Mas, independentemente, do prevalecimento do ajustado no contrato com o seu prazo de 15 anos, há incontestada parceria agrícola, que não poderia ser rescindida contra a vontade do réu sem prova de que êle dera causa para tanto, ou com o aviso prévio de seis meses, prazo que, no caso dos autos, ainda não correu, de vez que falta valor à referência, de fls. 81 v., a aviso.

Não há queixa contra o réu relativamente ao contrato da lavoura.

Na inicial se diz que êle decaiu da confiança do autor, expressão vaga que não serve de base à prova de fatos suficientemente graves e, pois, impossibilita uma, defesa eficaz.

No correr da causa procurou o autor extrair da prova testemunhal (fls. 89 v., 80, 82, 83 v. e 84 v.) uma acusação de desvio de café e de arame de cêrca, que o réu teria praticado.

Como se vê, há nisso uma séria increpação, que não pode ser considerada por não haver sido precisada no libelo, e que não está, afirmada nos depoimentos com suficiente caracterização de circunstâncias que identifiquem os atos ilícitos e o dolo que para merecerem reconhecimento êles devem conter.

Logo, não estão provados fatos que motivem legalmente a revisão compulsória.

O agravo no auto do processo é tardio como se viu. Notam, entretanto, que a petição de gratuidade de justiça, que o MM. juiz mandou desentranhar, devera ter ficado nos autos. Não é motivo para, desentranhamento o estar com o despacho de autuação descumprido. A parte requerente podia ter desistido de processar o pedido. Como quer que seja, a presença do requerimento nos autos não impediria a apuração de qualquer descumprimento de despacho se tal houvesse ocorrido.

Aliás, por sua própria natureza, a matéria não teria utilidade bastante para justificar o retrocesso da causa à fase anterior ao despacho saneador e ainda por isso não mereceria provimento o agravo.

A fls. 78, há uma referência de testemunha a uma coação policial exercida sôbre o autor promovida pelo advogado do réu, que é promotor de justiça e funcionava como assistente judiciário nomeado pelo juiz, fato para o qual chamam a atenção do Exmo. Sr. procurador geral.

Belo Horizonte, 24 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *L. Prates*.

Foi voto vencedor o do Exmo. desembargador LOPES DA COSTA. - *E. Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Vem regularmente processada e preparada esta apelação nº 8.435, interposta por Horácio Batista Nunes contra sentença final do MM. juiz de direito de Guape, que julgou improcedente ação de despejo movida pelo apelante a Francisco Fernandes Chaves relativamente a terrenos de propriedade do autor de que o réu tem parceria agrícola.

A sentença condena o autor ora apelante em custas e também, por estar o réu sob gratuidade de justiça, em honorários de advogado.

Na inicial, o autor funda o pedido em que o réu não merecia mais a sua proteção e confiança e não atendera a insistentes solicitações para abandonar as terras.

Contestando, o réu alegou impropriedade da ação de despejo para ser rescindida a locação, e falta de aviso prévio com o prazo de seis meses. E apresentou contrato escrito de parceria, com prazo de 15 anos, a principiar de 1950 fluente, instrumento particular dactilografado, assinado pelo autor e assinado a rôgo do réu pelo mesmo advogado que o defende nesta causa e que é promotor de justiça na comarca. Alega, ainda, a contestação direito de retenção por benfeitorias e, no mesmo mês da propositura da causa, o autor dera ao réu o prazo de seis meses para a desocupação, conforme carta que o contestante oferece assinada pelo mesmo advogado que patrocina o autor no feito.

Houve abundante prova testemunhal em que os depoentes, alguns dêles, sob provocação do autor, aludem a que o réu vendeu certa quantidade de café que deveria ter entregue ao autor por fôrça da parceria. Nos depoimentos também se encontra alguma referência - que já foi atribuída ao réu a venda de arame de cêrca da fazenda.

A sentença decreta a improcedência por falta do aviso prévio de seis meses.

No despacho saneador, o MM. juiz mandou desentranhar dois documentas do réu: um por estar assinado a lápis; o outro por ser petição de justiça gratuita com despacho determinando autuação, despacho que não foi cumprido, o que ao ver do julgador é inobservância de ordem e por isso impede o interessado de se utilizar mais tarde de petição como simples documento. O réu reclamou no dia imediatamente seguinte ao do despacho saneador. Daí a sete dias, o MM. juiz solucionou a reclamação, deferindo, quanto ao documento assinado a lápis e indeferindo quanto à petição de gratuidade de justiça, em que a parte não prosseguira. Um dia depois disso o réu agravou do indeferimento, agravo que foi atermado.

No despacho saneador foi examinado o contrato escrito de parceria agrícola. E considerando que só está assinado pelo autor, de nada valendo a assinatura do réu por estar lançada por outrem a rôgo, o despacho desde logo, julga inexistente o instrumento para os efeitos da causa.

A revisão.

Belo Horizonte, 23 de junho de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

Finalpag. 318

*

PENSÃO MILITAR - PRAZO

- O prazo marcado no art. 22 do Regulamento da Caixa Beneficente da F. P. E. M. G. não é de prescrição, nem de decadência, mas um têrmo para a aquisição do benefício desde o falecimento do contribuinte.

D. Joana Maria de Jesus *versus* Caixa Beneficiente da Fôrça Pública da Estado de Minas Gerais

Ap. nº 5.975 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos os autos, em 1ª Câmara Civil, resolve-se negar provimento ao recurso.

Sem custas (fls. 3).

Dona Joana Maria de Jesus, por seus filhos menores Teresinha e Hélio, acionou a Caixa Beneficente da Fôrça Policial do Estado de Minas Gerais, para que lhes seja paga a pensão deixada por seu pai; 2 ° tenente Pedro Pereira da Silva, desde o falecimento dêste, e não da apresentação do requerimento do beneficio, realizada muito depois dos seis meses marcados no art. 22 do Regulamento.

Argumenta a autora que êsse prazo é de prescrição e esta, como é de lei (Cód. Civil, art. 169) não corre contra absolutamente incapazes.

A sentença recorrida contém a decisão certa. O inciso, dispondo que o direito à pensão *começa* da apresentação do requerimento, se esta se der depois de 6 meses a contar do óbito, não designou, evidentemente, tempo para extinção do direito ou ação: marcou um têrmo dentro no qual a faculdade de haver o benefício, que não se concede senão por iniciativa do interessado, deve ser exercida. A condição para o nascimento do direito vigora ainda em relação aos absolutamente incapazes. Improcede, pois, a ação.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 16 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente: *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; Lincoln Prates.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

RELATÓRIO

Pelo seu advogado, Dr. Túlio Marques Lopes, D. Joana Maria de Jesus, por seus filhos menores Teresinha e Hélio, acionou a Caixa Beneficiente da Fôrça Pública do Estado de Minas Gerais, para que seja paga aos ditos menores a pensão deixada por seu pai, 2º tenente Pedro Pereira da Silva, desde o falecimento dêste.

A ré se defendeu invocando o art. 22 do seu Regulamento, segundo o qual a pensão é paga desde a apresentação do requerimento quando êste é feito fora do prazo de seis meses a contar do falecimento do contribuinte.

Sustenta o advogado da autora que êsse prazo de 6 meses é de prescrição, e prescrição não corre contra os absolutamente incapazes.

A ação foi julgada improcedente.

Sôbre a apelação oficiou o Exmo. Sr. Dr. procurador geral, que opinou pelo desprovimento.

A revisão.

Belo Horizonte, fevereiro de 1950. - *A. Vilas Boas*.

*

INVENTÁRIO-ARROLAMENTO - ADJUDICAÇÃO - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

- O processo de inventário-arrolamento, em que, por haver um só herdeiro, se não faz partilha não é processo de ação.

- A sentença que julga a adjudicação não enseja ação rescisória. E de jurisdição voluntária.

José Vilela de Carvalho *versus* Senhorinha de Jesus

Ag. nº 3.599 - Relator: DESEMBARGADOR LOPES DA GOSTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 3.599, de Ituiutaba, agravante José Vilela de Carvalho, agravada Senhorinha de Jesus:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls. para servir-lhe de parte expositiva, dar provimento ao recurso, para julgar competente para decidir a causa o Dr. juiz prolator do despacho recorrido, pagas as custas pelo excipiente.

O inventário a que se procedeu não foi um inventário-partilha, mas um inventário-arrolamento, pela razão de ave não havia mais de um herdeiro (LOPES CARDOSO, "Processo de Inventário", 65).

Não pode assim considerar-se como processo de ação. O processo não é contencioso, não inteligível com a existência apenas de uma só parte.

A sentença que julga a adjudicação também não é proferida em processo que enseje depois ação rescisória. É de jurisdição voluntária.

Belo Horizonte, 3 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*; *Aprígio Ribeiro*.

RELATÓRIO

José Vilela de Carvalho, na qualidade de cessionário de um dos herdeiros de Sebastião

Finalpag. 319

Manuel do Rosário, propôs ação de nulidade do processo de inventário dos bens por êsse deixados, assim como de nulidade de adjudicação que então se fêz de todos os bens ao credor Manuel Vaz Vitalino, dívida essa - alega o autor - que não existia, por já se achar extinta por pagamento.

Levantaram os réus a exceção de incompetência: a ação era rescisória, cabendo assim seu processo e seu julgamento a êste Tribunal.

O juiz a acolheu. Intimado da decisão, o autor agravou de instrumento, dentro do prazo. Regular, o processo do recurso.

Peço dia.

Belo Horizonte, 18 de junho de 1950. - *Lopes da Costa*.

*

USO DE PRÉDIO - INDENIZAÇÃO

- O uso de um prédio, se é habitado sem ajuste, ainda que verbal, de preço de locação, deve ser indenizado, uma vez entregue a coisa, ao dono, pela quantia que fôr judicialmente arbitrada.

Jéferson Ferreira de Andrade e outros *versus José Luís da Silva*

Ap. nº 5.867 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 5.867, de Belo Horizonte em que são apelante Jéferson Ferreira de Andrade e outros e é apelado José Luis da Silva:

Acordam em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, contra o voto do relator desembargador EDUARDO DE MENESES FILHO, reconhecer a validade da ação, porque tomou curso ordinário em virtude da contestação, o que possibilitou ampla defesa.

A hipótese não é de locação, porque a casa estêve habitada sem estipulação, sequer verbal, de um aluguel.

Mas o proprietário deve ser atendido na cobrança, como indenização pelo uso que o réu fêz do prédio.

E para isso a quantia. pode ser fixada judicialmente.

A sentença apelada condena o apelado a pagar o que êle reconheceu dever, de vez que os autores ora apelantes não deram prova de que o réu se obrigara à quantia pedida na inicial.

De fato, não deram e, pois, a sentença é mantida, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES, que elevava a condenação a Cr$ 800,00 mensais, que fixava em vista ao aluguel que rendem prédios iguais vizinhos.

Negam, portanto, provimento, por maioria de votos.

Custas pelos apelantes.

Belo Horizonte, 16 de fevereiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Menezes Filho*, relator. Vencido na preliminar de validade do processo.

As leis do inquilinato visam à limitação de remuneração do uso de prédios.

Para seus fins, que são de ordem econômica; pouco importa que o uso do imóvel tenha o caráter jurídico da locação, ou seja um contrato inominado, como M. I. CARVALHO DE MENDONÇA conceitua o caso de ser o preço deferido para depois do uso do prédio, isto é, a hipótese dêstes autos ("Contratos no Direito Civil Brasileiro", vol. 2, n° 172).

Em um e outro caso há a remuneração de uso de prédio para residência, remuneração que incide na necessidade de ter limite para que as ambições que a lei quer sofrer, em face da falta de casas, não descubram os contratos

inominados, ou pelo menos dêles se não possam prevalecer, para vingar discricionárias.

Logo, tem aplicação no caso o dec.-lei nº 9.689, de 29 de agôsto de 1946, que comete, o arbitramento às autoridades municipais e que dispõe:

"Art. 5° Será arbitrado o aluguel ainda não fixado ou sujeito a alteração nos têrmos desta lei".

É preceito protetor de legítimos interêsses, que, pela livre convenção, podem ser modificados, e, pois, obrigatório, impostergável, *jus cogens*.

Não importa que já tenha cessado o uso do prédio por ocasião da cobrança. O art. 5º

não se propõe a reger apenas as ocupações posteriores ao arbitramento e por sua finalidade deve ter aplicação irrestrita.

Assim sendo, a ação executiva deveria ter sido instruída com o arbitramento municipal e só se validaria pelo curso ordinário se na instrução da causa fôsse realizado tal arbitramento; *L. Prates*, vencido: Dou provimento à apelação, para condenar o réu ao pagamento do pedido da inicial, porque: *a)* não é possível, no caso, a prova do aluguel mensal por escrito, porque o contrato de locação é verbal; *b)* a liquidez do débito não é condição para a cobrança executiva de aluguéis. Basta ponderar que só é liquida e certa a divida constante do documento escrito e a lei permite, e são freqüentes, as locações sem contrato escrito, sendo a ação executiva a que a lei concede aos credores de aluguéis, sem distinguir entre contratos escritos e verbais; *c)* o réu confessa que, havendo solicitado encarecidamente ao procurador dos autores que lhe alugasse o prédio, contratou a locação por Cr$ 250,00 mensais, e que não pagou nenhuma quantia correspondente aos aluguéis "justamente em virtude da dúvida que surgiu"

Finalpag. 320

isto é, porque os autores cobraram Cr$ 800,00 mensais. Mas os autores é. que estão com a verdade, conforme depõem as testemunhas. Com efeito, a 1ª, fls. 24 v., informa que "tôdas as casas daquela zona (rua S. Jorge) estão sendo alugadas atualmente por quantia superior a Cr$ 1.000,00 por mês"; a 2ª, mesma fls., depõe "que o preço básico dos aluguéis de casa naquela rua é Cr$ 800,00 para mais"; a 3ª, fls. 25, depois de dizer que ouviu de um dos autores que a casa foi alugada a Cr$ 800,00 mensais, acrescenta que "não consta ao depoente que,

no correr dêste ano (1949), alguma das casas tenha sido alugada por quantia inferior a Cr$ 800,00"; a 2ª testemunha, anteriormente invocada, narra ainda que "os barracões estão sendo alugados a Cr$ 400,00 e Cr$ 500,00 por mês". E público e notório que os aluguéis subiram muito e que, por Cr$ 250,00 mensais, só se alugam péssimos barracões, de dois cômodos, nas vilas afastadas da cidade; acresce, ainda, que as casas dêsse trecho da rua S. Jorge são padronizadas, de sorte que devem estar alugadas por preços mais ou menos iguais e que, nos autos, se defrontam, de um lado, a palavra dos autores, corroborada pelo dito das testemunhas, e de outro, a do réu, *sola, tota et una*. Em conclusão: os autores provaram sua intenção, de sorte que dou provimento ao seu recurso, para condenar o réu ao pagamento do aluguel pedido na inicial, ao de honorários do advogado dos autores e nas custas do processo; *Lopes da Costa*: Neguei provimento.

Pressuposto necessário da execução é a liquidez da dívida.

A essa regra quase absoluta, a lei abre exceção para a cobrança de aluguéis ou rendas, como já o fazia o legislador filipino na ordenação do L. 4.23.3 (Cód. de Proc. Civil, art. 298, nº IX).

É, pois, uma exceção anômala quando ao contrato de locação não se haja dado forma escrita e não se lhe tenha fixado preço, constante do instrumento.

Se o réu não contesta o preço da locação, o problema não oferece dificuldades.

Se, porém, contestar? Num caso dêsses, o Tribunal de São Paulo anulou o processo, sob o fundamento de iliquidez e incerteza da dívida ("Rev. dos Tribunais", vol. 25, página 553).

AZEVEDO MARQUES censurou essa decisão ("Ações de Despejo e Aluguéis", 76).

Em verdade: não é pela certeza e liquidez da dívida que naquele caso a lei concede ação executiva, mas pela natureza do crédito, em proteção do direito de propriedade (MACHADO GUIMARÃES, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, ao art. 298, nº IX).

A anulação, no regime vigente, seria então um enorme desperdício de esfôrço, tempo e dinheiro, pois, contestada a lide, a ação terá o curso ordinário.

E a subsistência da penhora encontraria justificação no penhor legal, que o locador extrajudicialmente pode apreender.

Diz AZEVEDO MARQUES que é fácil ao locatário provar o preço, exibindo os recibos.

Mas, se, como na espécie, não houver recibo? O locatário nunca houver pago mensalidade alguma?

Na jurisprudência argentina recorre-se então ao juramento *in litem* prestado pelo locador (ALSINA, "Tratado", vol. III, pág. 163, nota 92). Nosso processo porém não conhece o juramento *in litem*. AZEVEDO MARQUES, põe a cargo do réu a prova do preço.

A solução, *data venia*, é arbitrária. Estabelece, para as declarações do autor, uma presunção que não lhe empresta a lei. Injusta, porque o locatário, como justamente alega, não gozou nem, em conseqüência, teve recibo, porque o locador exigia sempre importância maior do que a avençada.

Para mandar pagar aluguéis, o juiz, naturalmente, tem como questão preliminar a da existência do contrato de locação.

Não há locação sem preço.

"Pode suceder que o preço não tenha "sido fixado, ou por esquecimento das partes ou por não terem chegado a um acôrdo. Neste caso a locação é nula" (BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, "Du Louage", I, pág. 482).

E tanto faz, em juízo, não ter sido, realmente, fixado preço, como não se haver provado que o preço se fixou.

Nesse caso, o juiz não pode marcar preço algum, nem recorrer a arbitramento. Seria forçar as partes à conclusão de um contrato que não queriam (CUNHA GONÇALVES, "Tratado", vol. VII, pág. 714).

Embora nulo o contrato, o locador não, ficaria sem meios de indenizar-se da ocupação de seu prédio. Pará isso, porém, proporia a ação própria e não de cobrança de aluguéis (PLANIOL-RIPERT, "Tratado", trad. cubana, vol. X, pág. 546).

Não me servisse de obstáculo a *majoratio in pejus*, daria provimento ao recurso, para, reformando a sentença, julgar a ação integralmente improcedente.

RELATÓRIO

A presente apelação, regularmente processada e preparada, é interposta pelos autores Jéferson Ferreira de Andrade, Carlos Vilani Neto, Renato Marques Neto e Dulce Vilani, em parte, contra a sentença final do MM. juiz municipal da 3ª Vara Cível de Belo Horizonte, que julgou procedente, apenas em parte, esta executiva por aluguéis, movida pelos apelantes a José Luís da Silva, relativamente a um prédio sito nesta Capital.

Na inicial foram pedidos três meses de aluguel, a Cr$ 800,00 cada um, ao todo..... Cr$ 2.400,00, e mais custas e honorários de advogado.

O réu sustenta que o preço mensal é sòmente Cr$ 250,00, somando o trimestre...

Finalpag. 321

Cr$ 750,00. E a sentença lhe deu ganho de causa, julgando a ação procedente em parte, isto é, quanto a essa, Cr$ 750,00, baseada em que os autores não conseguiram provar a quantia pedida e pois a cobrança executiva deva vingar apenas quanto à quantia confessada pelo réu.

Houve depoimento pessoal do réu e inqüirição de três testemunhas, tôdas dos autores, apresentadas como prova de que a casa, cujos aluguéis são cobrados, faz parte de um grupo de muitas habitações iguais, dos mesmos proprietários, as quais estão alugadas na base de Cr$ 800,00 mensais.

A sentença silencia quanto ao pedido de honorários. E condena em custas e em proporção.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 1949. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

FALÊNCIA – EXTINÇÃO DE OBRIGAÇÕES

- É do encerramento da falência que se conta o prazo de prescrição das obrigações do falido.

Agravante: Isaac Rosentzvaig Sobrinho

Ag. nº 3.301 - Relator: DESEMBARGADOR LINCOLN PRATES

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de agravo nº 3.301, de Belo Horizonte, em que é agravante Isaac Rosentzvaig Sobrinho:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incluindo neste o relatório de fls., em negar provimento ao agravo, confirmando, assim, a decisão agravada.

O agravante requereu que se declarasse a extinção de suas obrigações, por se acharem elas prescritas, pois 20 anos decorreram de sua falência até hoje e o prazo máximo de prescrição é de 10 anos. Acontece, porém, que, quer pelo art. 134 do dec.-lei número 7.661, quer pelo seu art. 135, nº IV, referido pelo agravante, o prazo prescricional só se conta a partir do encerramento da falência e esta, no caso como o requerente, confessa na sua petição de fls. 2, não foi encerrada. Efetivamente, como diz a sentença, não tem cabida na espécie o nº I do art. 135, apontado no § 3° do art. 137, porque êsse nº 1 do art. 135 trata da extinção das obrigações do falido mediante pagamento e o agravante estriba o seu pedido na prescrição.

Belo Horizonte, 2 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lincoln Prates*, relator; *Lopes da Costa*; *A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

Em 16 de julho de 1929 foi decretada a falência de Isaac Rosentzvaig Sobrinho, não se tendo, até hoje, encerrado o respectivo processo.

Agora, alegando que são decorridos 20 anos e que é de 10 anos o prazo máximo de prescrição das obrigações do falido (art. 135, nº 14, do dec.-lei nº 7. 661), requereu êle que fôssem declaradas extintas as suas obrigações comerciais daquela data, a fim de que fique autorizado a exercer o comércio. O juiz, na sentença de fls. 23, indeferiu o pedido, porque não se trata da hipótese do art. 135, nº I, única que independe do encerramento da falência para se declararem extintas as obrigações do falido.

Ora, a presente falência não se encerrou, como o próprio requerente confessa.

Agravou o peticionário, processando-se o seu recurso regularmente.

Em mesa, *depois da publicação*. - *Lincoln Prates*.

*

RETOMADA - CONVENIÊNCIA IMPERIOSA - USO ILÍCITO

- Não se leva ao extremo de equiparação a necessidade do prédio para uso próprio à imprescindibilidade, embora não deva sofrer abrandamento ao ponto de abranger mera comodidade.

- O locador, embora morando em prédio próprio, pode pedir para habitação sua e da família o prédio locado, igualmente de sua propriedade, quando o queira para satisfazer a imperiosa conveniência de educação dos filhos, máxime se o prédio locado está sendo usado pela inquilino para fins ilícitos.

João Tomás de Andrade *versus* Alice de Assis

Ap. nº 5.964 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 5.964, de Belo Horizonte, em que é apelante João Tomás de Andrade e apelada Alice de Assis:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento e condenar a apelada nas custas.

O conceito de necessidade do prédio para uso próprio não está definido na lei do inquilinato, dec.-lei nº 9.669, de 29-8-946 artigo, 18, § 4°, cuja aplicação à espécie se debate nestes autos.

Não tem sido levado ao extremo de equiparação da necessidade à imprescindibilidade, embora não deva sofrer abrandamento ao ponto de abranger hipóteses de mera comodidade dispensável.

Verifica-se pelos autos que o apelante é proprietário de dois prédios, um onde mora

Finalpag. 322

atualmente, sito na Gameleira, arrabalde dos afastados do centro urbano, e o outro é o locado à apelada, sito bem próximo do centro e que por esta razão êle pede para moradia.

Tem o apelante dois filhos estudando na cidade, um acadêmico de Medicina e um ginasiano do Colégio Anchieta.

Realmente é dificultar a vida dêsses estudantes obrigar a morar na Gameleira, sujeitos a comparecer às aulas cedo pela manhã, voltar à casa para almoçar e ir de novo ao centro urbano freqüentar aulas vespertinas, correndo até os riscos de andar em bondes superlotados.

Não se justifica o sacrifício se o pai tem outra casa cuja localização minora tais dificuldades.

Por outro lado, ficou bem provado que a ré apelada explora no prédio casa de tolerância.

Não há que cogitar se no pedido inicial foi alegada a iliceidade do uso da casa, aliás circunstância antiga, que o apelante não devia ignorar.

Mas também não se deve abstrair dêsse mau uso para protegê-lo contra um movimento do proprietário no sentido de zêlo pela família.

Decretam, portanto, o despejo.

Fixam o prazo de trinta dias para desocupação.

Arbitram em vinte e quatro meses de aluguel a multa cobrável pela locatária em seu benefício pelo processo de execução de sentença, se o proprietário não usar o prédio dentro de um ano e a locatária quiser restabelecer a locação, desde que a queira para uso lícito.

Belo Horizonte, 23 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*; *Lincoln Prates*, vencido. O autor, que reside em prédio próprio, na rua José de Alencar, 559, bairro da Gameleira, pede, para seu uso, a casa nº 680 da avenida Pedro II, alugada a Alice de Assis.

A sentença julgou a ação improcedente, por não haver o autor provado necessitar do prédio, como exige a lei. Eu confirmo essa decisão. Efetivamente, a circunstância, alegada pelo autor, de ter dois filhos que são estudantes, em um

ginásio e na Faculdade de Medicina, não torna imprescindível a sua transferência para a avenida Pedro II, e só essa indispensabilidade de transferir-se é que caracterizaria a necessidade por êle invocada. Está claro que será mais cômodo para o suplicante e para seus filhos residirem êles na avenida Pedro II, mas essa comodidade não justifica a retomada, em face da lei. E nem a justificaria, igualmente, o fato, referido pelas testemunhas, de explorar a ré uma casa de tolerância, não só porque não foi essa a razão do pedido, como também porque o autor tem conhecimento disso e recebe, em pagamento do aluguel, mais do que o que consta dos recibos (carta de fls. e dep. pessoal da ré). Suprimo, porém, a condenação em honorários, porque não me convenci de que o autor haja alterado intencionalmente a verdade. O que houve, a meu ver, foi uma interpretação, que me parece desacertada, do texto legal, isto é, do sentido da palavra *necessidade*, empregada pela lei.

RELATÓRIO

Não há irregularidade no processo e preparo desta apelação nº 5.964, interposta por João Tomás de Andrade, como locador-proprietário de prédio sito à avenida Pedro II, desta Capital, contra sentença do MM. juiz municipal da 2ª Vara Cível de Belo Horizonte, que afinal julgou improcedente e temerária, e em conseqüência condenou o autor ora apelante em custas e honorários de advogado, a ação de despejo daquele prédio; movida à inquilina Alice de Assis.

Funda-se a ação em que o autor carece do prédio para uso próprio, para morar mais próximo do centro urbano, onde estuda dois filhos seus, um no curso de Medicina outro no Ginásio do Colégio Anchieta, visto morar atualmente no outro dos dois prédios de sua propriedade, o qual é sito na Cameleira, rua José de Alencar, o que dificulta as vindas às aulas e voltas para almôço em casa a tempo de virem de novo às aulas.

A ré acusa o apelante de insincero, por visar o aumento de aluguel, habituado que está a receber por fora de recibo mais do que, neste declara. Para abono da assertiva oferece uma carta que, em 1943, lhe dirigiu a autor, referente aos pagamentos que ela fazia fora do recibo (fls. 19), quase seis anos antes do ajuizamento da presente ação.

No decorrer da ação se provou que a ré usa do prédio explorando casa de tolerância.

Antes de ingressar o pedido de despejo, houve notificação à ré com o prazo legal.

Passo os autos ao Exmo. Des. LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 22 de janeiro de 1950 - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de embargos ao acórdão de 23 de março de 1950, que solucionou a apelação nº 5.964, de Belo Horizonte, sendo embargante a apelada Alice de Assis e embargado o apelante João Tomás de Andrade:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgar renunciados os embargos por não terem sido preparados.

Custas pela embargante.

Belo Horizonte, 1º de julho de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente, com voto; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*; *Aprígio Ribeiro*; *J. Benício*.

Finalpag. 323

*

RESCISÃO DE CONTRATO - INTELIGÊNCIA DO ART. 178, § 9º Nº V, DO CÓDIGO CIVIL

- A palavra rescindir, no art. 178, § 9º, nº V, do Cód. Civil, não tem o sentido de rescisão (resolução) de contrato por inadimplência de rima das partes; refere-se aos contratos que, não sendo nulos nem anuláveis, são entretanto atacáveis por uma causa intrínseca.

Pedro Teotônio dos Santos e outro *versus* José Ribeiro de Oliveira e Silva Júnior

Ap. nº 6.032 - Relator: DESEMBARGADOR LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.032, de Belo Horizonte, apelantes Pedro Teotônio dos Santos e Luís Noronha Neto, apelado José Ribeiro de Oliveira e Silva Júnior:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma de 1ª Câmara Civil, incorporado a esta decisão o relatório de fls. 57, para servir-lhe de parte expositiva, negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação, pagas as custas pelos recorrentes.

A palavra "rescindir", no art. 178, § 9°, nº V, do Cód. Civil, não tem o significado que lhe emprestam os apelantes. Refere-se aos contratos que, não sendo nulos nem anuláveis, são entretanto atacáveis por uma causa intrínseca para os invalidar, como, por exemplo, os que são visados pela ação pauliana. Não aos contratos que se resolvem, por causas que não interferem na sua formação, mas que surgem com efeito de modificações posteriores, por fatos supervenientes, inclusive o comportamento das partes. O contrato dos apelantes era verbal, por prazo indeterminado, feito no regime da lei número 6.739, de 26 de junho de 1944. Então para a sublocação seria necessário consentimento expresso do locador.

Belo Horizonte, 16 de fevereiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

Nesta cidade, José Ribeiro de Oliveira e Silva Júnior alugou um prédio a Pedro Teotônio dos Santos, contra o qual propôs depois a presente ação de despejo, alegando que o inquilino sublocara totalmente o imóvel ao sogro. O réu não negou a sublocação. Defendeu-se, porém, dizendo que o autor dela sabia. Que a ação estava prescrita, pois sôbre o tempo de sublocação já haviam decorridos quatro anos, prazo fixado pelo art. 178, § 9°, nº V, do Cód. Civil. Que os recibos, por malícia do autor, continuaram a ser passados em nome do sublocador. Juntaram-se documentos. O autor prestou depoimento pessoal. Ouviu-se uma testemunha. Afinal, o Dr. juiz julgou a ação procedente e decretou o despejo. A decisão foi publicada no órgão oficial de 8 de novembro (fls. 48 v.), a 18 (fls. 49 v.) o vencido apelou. O Dr. juiz, a 5 de dezembro, mandou subissem os autos (fls. 52). A 7 o escrivão os remeteu ao contador, para conta das custas do recurso (fls. 62 v.). A 13 fêz a remessa. Nesta instância, o preparo foi oportuno. A revisão do Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 1950. - *Lopes da Costa*.

*

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PRESCRIÇÃO

- O estado de filho não cessa por prescrição. O que pode prescrever é alguma ação fundada neste pressuposto.

- A ação de investigação de paternidade é prescritível em trinta anos, e o têrmo inicial do prazo é a abertura da sucessão.

Abílio Gonçalves *versus* Teodora Maria de Siqueira e outros

Ag. nº 3.626 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de agravo de petição nº 3.626, de Botelhos, em que é agravante Abílio Gonçalves e são agravados Teodora Maria de Siqueira e outros:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento para declarar não prescrita a ação.

O estado de filho não cessa por prescrição.

Pode prescrever alguma ação que o filho queira propor, fundado nesse estado, para alcançar um determinado fim.

Na espécie, disputa-se a sucessão paterna: E ação prescritível em trinta anos. E o têrmo inicial do prazo é a abertura da sucessão, a qual se deu recentemente.

Um filho não pode ser obrigado a mover ação de investigação, com os vexames que arrasta, enquanto não tem um interêsse determinado a defender que esteja sendo por outrem desrespeitado. Se ninguém lhe nega o estado de filho, a ação não tem utilidade.

Custas pelos agravados.

Belo Horizonte; 17 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

RELATÓRIO

Estão regulares o processo e preparo dêste agravo de petição n° 3.626, interposto por

Finalpag. 324

Abílio Gonçalves contra o despacho saneador pelo qual o MM. juiz de direito de Botelhos julgou prescrita a ação de investigação de paternidade e petição de herança movida pelo recorrente contra a viúva e filhos de João de Sousa Gonçalves, do qual o agravante se considera filho ilegítimo.

Funda-se o despacho recorrido em que se escoou tempo superior a trinta anos sem que o autor iniciasse a causa, embora desde que entrou em vigor o Cód. Civil ela fôsse facultada.

Responde o agravante que a ação é imprescritível e que a morte do inculcado pai ocorreu em 27 de dezembro de 1949.

O Exmo. Sr. procurador geral é pela reforma da decisão. Em mesa.

Belo Horizonte, 9 de agôsto de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

*

DESPEJO - RECUSA DE PAGAMENTO JUSTA CAUSA

- Improcede a ação de despejo, por atraso de pagamento de aluguéis, quando o locador os exige além da importância convencionada.

- O locatário tem justa cansa para recusar pagamento de aluguel, se o locador lho cobra acima do fixado no contrato em vigor.

Anísio Vilela Junqueira *versus* Aurélio Almeida

Ap. nº 6.603 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos da apelação nº 6.603, de Ituiutaba, apelante Anísio Vilela Junqueira e apelado Aurélio Almeida:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada em sua conclusão, pagas as custas na forma da lei.

Trata-se de ação de despejo por atraso no pagamento dos aluguéis. O locador, na inicial, alega que êstes, segundo contrato, são de Cr$ 300,00 mensais, estando o locatário devendo seis meses de locação. O inquilino defende-se, alegando que os aluguéis convencionados são e sempre foram de Cr$ 200,00 mensais, estando em atraso por recusa injusta do locador. Na instrução da causa, apurou-se que os aluguéis eram mesmo de Cr$ 200,00 por mês, havendo o autor, em depoimento pessoal, isso mesmo lisamente confessado. O Dr. juiz, entendendo que o réu purgara a mora no prazo da contestação, porque havia depositado a importância dos aluguéis em estabelecimento bancário local, à disposição e em nome do locador, julgou improcedente a ação. A sentença é de se confirmar em sua conclusão. Purga de mora não ocorreu, consoante o disposto no art. 18, 1°, do dec.-lei nº 9.669, de 1946, porque o locatário só depositou a importância dos aluguéis vencidos, deixando de o fazer quanto às custas e honorários de advogado, que o juiz deveria arbitrar, se o réu houvesse requerido na ocasião, o que irão sucedeu. Mas a ação não tem procedência, porque o locatário tinha justa causa para recusar o pagamento dos aluguéis, na base de Cr$ 300,00 mensais, porque êsse não era e não é o contrato em vigor, como, de resto, acabou confessando o autor-apelante. Sua pretensão não tinha e não tem fomento de, direito.

Belo Horizonte, 2 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Autran Dourado*.

Foi vencedor o voto do Exmo. Sr. Des. NEWTON LUZ. - *J. Benício*.

RELATÓRIO

A espécie é de, ação de despejo de prédio urbano por atraso no pagamento dos aluguéis.

Está bem exposta, assim como o andar do processo, na sentença que concluiu - *vide fls. 29 usque* - pela improcedência da ação. O vencido apelou em tempo e forma e o recurso, recebido em ambos os efeitos, se processou regularmente, vindo os autos à Secretaria do Tribunal, onde receberam oportuno, preparo. Assim, vistos e relatados, passo os autos ao Exmo. Des. NEWTON LUZ, revisor.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 1950. - *J. Benício*, relator.

*

DIVISÃO DE PRÉDIO URBANO - PAREDES COMUNS

- Se o prédio é divisível faz-se-lhe a divisão, pouco importando que paredes comuns separem as partes divididas, desde que fique cada parte apta no seu destino.

Apelantes: Antônio Soares Filho e sua; mulher

Ap. nº 6.594 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.594, de Abre Campo, apelantes Antônio Soares Filho e sua mulher, apelados Nagib Merchid Millen e sua mulher, etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado como integrante deste

Finalpag. 325

o relatório *retro*, dar provimento à apelação para julgar a ação procedente, pagas as custas na forma da lei. O fundamento da sentença, relativo à indivisibilidade do prédio, um grande e velho sobrado com amplo quintal - não procede, porque os laudos dos peritos mostram que o prédio é perfeitamente divisível, pouco importando que separem as partes divididas paredes comuns. Isso não é motivo para afastar o pedido da divisão, que pode ser feita, ficando cada parte apta ao seu destino.

Belo Horizonte, 2 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Autran Dourado*.

Foi vencedor o voto do Exmo. - desembargador NEWTON LUZ. - J. Benício.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 145 e acrescento que o Dr. juiz de direito, ali, concluiu julgando a ação procedente nos têrmos do pedido.

Os réus Antônio Soares Filho e sua mulher, inconformados, apelaram oportunamente e o recurso foi processado regularmente, vindo os autos em tempo à Secretaria do Tribunal, onde foram preparados no prazo legal.

Assim vistos e relatados, à conclusão do Exmo. revisor.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 1950. - *J. Benício*.

*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ELEMENTOS ESSENCIAIS

- No agravo de instrumento, a decisão recorrida e sua intimação ao agravante, se feitas, devem ser trasladadas pelo escrivão ex officio, porque não podem faltar esses dois elementos de instrução do recurso.

Espólio de Francisco Pereira da Rocha *versus* Fazenda Pública Estadual

Ag. nº 6.346 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 6.346, de Sete Lagoas, agravante espólio de Francisco Pereira da Rocha, agravada Fazenda Pública Estadual, integrado neste o relatório *retro*, converter o julgamento em diligência para mandar que o escrivão do juízo *a quo* traslade, para o instrumento de agravo, a certidão, se houver, de intimação da decisão recorrida ao agravante. Do instrumento não consta essa certidão e nem ela foi apontada pelo agravante entre as peças que devessem ser trasladadas. Não obstante essa omissão da parte; era, entretanto, obrigação do escrivão trasladá-la *ex officio*, porque, do instrumento de agravo, como se infere dos arts. 844, III, e 845, combinados, do Cód. de Proc. Civil, são peças essenciais, que o escrivão deve passar para êle, de ofício, independentemente de Indicação da parte, a decisão recorrida e a respectiva certidão de intimação, se houver.

Do instrumento não podem faltar êsses dois elementos de instrução do recurso e, quando ocorre a falta, como no caso, porque é do cartório, não pode prejudicar o direito do recorrente ao julgamento do agravo. Certo, que o recorrente pode, e convém mesmo também êle indicar essas duas peças imprescindíveis juntamente com aquelas outras que, no seu entender, devem compor o instrumento. Mas, se acaso deixa de apontá-las, corre ao escrivão o

dever de suprir a omissão, trasladando-as de ofício para o instrumento de agravo. De qualquer forma, em suma, as duas peças referidas não podem faltar no agravo de instrumento. Isto, de resto, já é matéria pacífica da nossa jurisprudência.

Belo Horizonte, 27 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Na comarca de Sete Lagoas faleceu o pecuarista Francisco Pereira da Rocha, deixando herdeiros maiores e bens estimados no valor de Cr$ 987.025;00 e dívidas no valor de Cr$ 1.478.592,00. Seu filho Francisco de Assis Rocha requereu o inventário do *de cujus* sob o rito de arrolamento, como faculta a lei. Levantado o cálculo, o coletor estadual concordou em que se reduzisse do monte-mor apenas a metade do valor do passivo habilitado, porque os herdeiros do pecuarista, contemplado em vida com os benefícios da moratória da lei nº 209, iriam ser beneficiados pelo reajustamento da lei nº 1.002, de acôrdo com o qual à União federal caberia o encargo de pagar 50% de todo o débito do espólio.

O inventariante impugnou êsse parecer, mas o Dr. juiz, não obstante, homologou por sentença a liquidação e cálculo para o pagamento do impôsto de transmissão *causa mortis*, no qual do acervo global sòmente foi abatida a metade do passivo, na importância de Cr$ 739.296,00.

Da sentença homologatória do cálculo, que é datada de 30 de maio, o inventariante agravou de instrumento, com base no número X do art. 842 do Cód. de Proc. Civil, em 14 de junho seguinte, não se sabendo a data da intimação daquela decisão ao agravante, porque da instrumento não consta a respectiva certidão.

Finalpag. 326

Na minuta do recurso, o agravante salienta,

tudo, que a lei nº 1.002 foi publicada posteriormente ao óbito do inventariado, sendo, pois, inaplicável à espécie. O coletor não contraminutou, limitando-se a lançar o seu "ciente" no instrumento. Preparado o agravo, respondeu o Dr. juiz, mantendo sua decisão. Os autos vieram regularmente à Secretaria e aqui foram preparados no prazo legal.

Assim relatados, ponho-os em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 21 de agôsto de 1950. - *J. Benício*.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 8.348, de Sete Lagoas, agravante Francisco Assis Rocha e agravada Fazenda Pública Estadual:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado como integrante dêste o relatório de fls. 24, aditado a fls. 30 v., negar provimento ao agravo e confirmar a decisão agravada, pagas as custas na forma da lei. O representante da Fazenda concordou em que se deduzisse do monte-mor só a metade do passivo habilitado, não concordando, pois, quanto à outra metade. A simples impugnação da Fazenda, mesmo sem fundamentação, ou de fundamentação improcedente, impede a dedução do passivo impugnado do monte-mor para o efeito do cálculo do impôsto de transmissão *causa mortis*. É o que se infere, por argumento, do artigo 494, parág. único, do Cód. de Proc. Civil, quando dispensa o assentimento da Fazenda na habilitação do passivo da herança no processo de inventário, se os credores ou os interessados se disponham a pagar os impostos correspondentes à divida. Donde o corolário de que, em sobrevindo a oposição da Fazenda à inclusão da dívida no inventário, não pode ela figurar neste sem a necessária solução fiscal, que, no caso, não ocorreu.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; J. Benício, relator, com a declaração de que a diligência ordenada pelo acórdão de fls. 26 foi desnecessária, resultou de um lapso de que me penitencio...; *Newton Luz*; *Costa e Silva*.

RELATÓRIO

Confesso que não li nem vi a certidão de fls. 19, sendo, pois, desnecessária a diligência realizada.

Todavia, verifica-se que o agravo foi oportunamente interposto.

Ponho êstes em mesa para o julgamento.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 1950. - *J. Benício*.

*

DESPEJO - SOCIEDADE POR COTAS ESTABELECIMENTO COMERCIAL

- Pode ser despejado o locatário, para que do prédio use uma sociedade por cotas, de cujo capital o locador tenha grande parte.

- O locador estabelecido em casa alugada de terceiro pode, para fim comercial, retomar seu prédio locado a outrem.

Abras & Cia. *versus* Nicolau Elias Abras

Ap. nº 8.421 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.421, de Belo Horizonte, em que são apelantes Abras & Cia. e apelado Nicolau Elias Abras:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento.

Custas pela apelante.

A retomada de prédio locado pode ser concedida para que use do imóvel a sociedade por cotas de que o locador tem três quartos do capital e o restante um quarto pertence a filho e genro dêle.

É lícita a retomada para fim comercial, isto é, para ser estabelecida na casa a sociedade comercial.

O locador estabelecido em casa alugada de terceiro pode retornar um prédio seu, locado a outrem, para nêle se fixar. Pouco importa que o prédio próprio esteja em ponto um pouco inferior como local para o comércio. Também não importa que esteja pagando aluguel muito menor do que lhe rende o prédio a retomar.

Belo Horizonte, 17 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*; *Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Vem regularmente processada e preparada esta apelação nº 6.421, de Belo Horizonte, interposta por Abras & Cia. contra sentença final do MM. juiz de direito da 3ª Vara Cível de Belo Horizonte, que julgou procedente ação de despejo movida à apelante pelo proprietário-locador do prédio urbano destinado a comércio onde é ela estabelecida, Nicolau Elias Abras.

Funda-se a decisão em que o autor pode, conforme pede, retomar o prédio para um de uma sociedade por cotas, em que tem 3/4 do capital e de que o restante 1/4 pertence a genro e filho seu, embora já seja o autor estabelecido em outro local em prédio pelo qual paga aluguel muito menor do que o que lhe rende o prédio a retomar.

Finalpag. 327

A ré-apelante combate o pedido com a alegação de que é melhor para o comércio o

ponto onde o autor se acha estabelecido, além de que está êle pagando muito menor aluguel. Contesta que haja direito de retomada para fins de comércio, como contesta que o locador possa pedir a casa para sociedade comercial de que seja cotista.

À revisão.

Belo Horizonte, 19 de junho de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*; relator.

*

SUB-ROGAÇÃO - CO-AVALISTA - INTERDIÇÃO

- O avalista, que paga no vencimento a cambial, sub-roga-se no direito de haver do seu co-avalista a metade de que solveu.

- A interdição só produz efeitos a partir da data em que é decretada.

Raul Ribeiro de Oliveira *versus* Wilson Monteiro de Oliveira

Ap. nº 4.928 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação, procedentes de João Ribeiro, apelante Raul Ribeiro de Oliveira, por sua curadora, e apelado Wilson Monteiro de Oliveira, etc.:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incorporado neste o relatório *retro*, negar provimento ao agravo no auto do processo, e, por maioria de votos, negá-lo à apelação, para confirmar a sentença apelada, pagas as custas na forma da lei. Assim decidem porque o apelante figura no título executado como avalista juntamente com o autor-apelado. Havendo êste pago a cambial no vencimento, sub-rogou-se no direito de haver do seu co-avalista a metade do que solveu, como é hoje corrente na jurisprudência e na lição mais seguida dos cambialistas. Na ocasião, o executado era pessoa capaz, achava-se à frente de seus negócios e, porque a presunção é a de capacidade, nada fêz no caso a interdição posteriormente decretada, e cujos efeitos, como se sabe, só se produzem na data em que é decretada.

Belo Horizonte, 29 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator *ad hoc*; *Newton Luz*; *Costa e Silva*; vencido, dou provimento à apelação. Nos têrmos do art. 82 do Cód. Civil, requer a validade do ato jurídico agente capaz. Nulo o ato praticado por agente incapaz de querer validamente.

E é o que houve no caso. Dos autos se vê que é, o co-avalista executado Raul Ribeiro de Oliveira, portador de uma síndrome demencial (laudo de fls. 84). Desde a infância, acentua a perícia, vem sofrendo manifestações de tipo nitidamente comicial.

É certo, - frisam-no vários autores indivíduos há, com a mesma doença, de lúcida inteligência, de caráter com desmando conhecido, que chegam a atravessar a vida com relativa saúde mental. Tal não ocorre, porém, no caso em exame. Desde a meninice vem padecendo o executado de crises convulsivas que, via de regra, constituem entrave ao desenvolvimento intelectual.

A prova feita, inclusive o depoimento do próprio exeqüente, convence que, desde há muito, à mulher do executado cabe a direção dos negócios. Quando se lhe decretou a interdição, já tôdas as iniciativas competiam à espôsa, única procurada para solucionar qualquer negócio do casal. Foi assim vazio de conteúdo jurídico o ato do executado ao avalizar a promissória exigida, eis que provindo de agente incapaz.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Como parte expositiva, adoto o relatório da sentença de fls. 71, e acrescento que julgou o Dr. juiz *a quo* procedente a ação e condenou os executados ao pagamento de

Cr$ 3.500,00, despesas do título, custas e honorários de advogado adverso, na base de 10%, nos têrmos do pacto adjeto de fls. Apelou o vencido e pediu a reforma da sentença alegando: impropriedade da ação, inoportunidade de audiência de testemunha após o encerramento da instrução da causa e, *de meritis*, o alheamento da prova e do direito aplicável à espécie. Às suas mãos, juntou o apelante a certidão extraída dos autos do processo de interdição de Raul Ribeiro de Oliveira. Recebida a apelação nos efeitos regulares, contra-arrazoou o apelado, sustentando que se apóia a decisão recorrida em princípios jurídicos. Foram os autos remetidos e preparados tempestivamente e, nesta superior instância, opinou o Exmo. Sr. procurador geral pelo desprovimento do recurso. Assim, vistos e expostos, passo estes autos ao Exmo Sr. desembargador revisor. Em 10 de maio de 1950. - *Costa e Silva*, relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos na apelação nº 4.928, da comarca de João Ribeiro, entre partes: embargante, Maria Rita de Jesus, por seu marido Raul Ribeiro de Oliveira, e embargado Wilson Monteiro de Oliveira:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, conhecer dos embargos, e recebê-los, por maioria de votos,

Finalpag. 328

para, cassando o venerando acórdão embargado e com êle a decisão de primeira instância, julgar improcedente a ação, que êstes autos dão conta, nos precisos têrmos do voto vencido do Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA, ao pé do acórdão embargado, cujos fundamentos adotam; pagas as custas pelo embargado.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Costa e Silva*, revisor; *Eduardo de Meneses Filho*, vogal; *J. Benício*, vencido; *Newton Luz*, vencido.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Ao venerando acórdão de fls. 102, que, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA, negou provimento à apelação, o vencido, por seu representante legal, opôs os embargos de fls. 105, que foram regularmente processados. Com êsse relatório remetam-se os autos ao Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA, revisor, observando-se, afinal, o disposto no art. 874, § 1º, do Cód. de Proc. Civil; noto que, ao Exmo. Sr. desembargador que da outra egrégia Câmara fôr convocado, deve ser remetida cópia do acórdão embargado, também.

Belo Horizonte, 28 de agôsto de 1950. - *Autran Dourado*.

*

MANUTENÇÃO DE POSSE - TERCEIRO - REVELIA

- Em ação de manutenção de posse, a falta de intimação para a justificação liminar e a de citação inicial tornam o feito nulo *ab initio*.

- Não induz revelia do réu o fato de a citação ter sido feita em pessoa que declara não ter poderes para recebê-la, com isso se conformando o autor.

Cia. Ferro Brasileiro S. A. *versus* José Teotônio Soares

Ap. nº 6.541 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.541, de Itabira, em que é apelante a Cia. Ferro Brasileiro S. A. e apelado, sob assistência judiciária, José Teotônio Soares:

Acordam em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dar provimento, para decretar a nulidade do feito *ab initio*, por falta de

intimação da ré para a justificação liminar da posse e lesão e por falta de sua citação inicial, tudo como se vê pelo relatório.

Não se pode induzir a revelia de uma citação feita em Caeté, na pessoa de Francisco de Paula Castro, em 8 de outubro de 1945 (fls. 12), porque êle declarou que não tinha, poderes para receber citação e com isso o autor se conformou expressamente em petição de 5 de abril de 1946 (fls. 16), quando pediu que a citação se fizesse em Belo Horizonte na pessoa do presidente da Companhia, o que o juiz deferiu (fls. 16 v.) e foi cumprido (fls: 21 v.).

Acontece que a citação em Belo Horizonte aludia a uma designação de dia já passado. Foi, por isso, designado depois um novo dia de que a pré não teve ciência (fls. 23) e em que a justificação se fêz. Daí a quase três anos é que ela foi julgada, depois de proferido o despacho saneador, tudo feito sem ciência da ré, a qual só foi avisada por, carta do dia em que se realizaria a audiência de instrução e julgamento, quando não mais, podia contestar. Em todo caso, poderia, nessa audiência, a que compareceu, contraditar as testemunhas. E isso não lhe foi possibilitado porque não houve produção de qualquer prova e o juiz decidiu logo a causa com base na justificação liminar. Custas pelo apelado,, respeitada a gratuidade da justiça em cujo gozo êle se acha.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*; *A. Vilas Boas.*

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. desembargador BATISTA DE OLIVEIRA. - *Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Apelação n° 6.541, regularmente processada e preparada. Apelante, a Cia. Ferro Brasileiro S. A., contra sentença final do MM. juiz de direito de Itabira, que julgou procedente ação de manutenção de posse movida à apelante por José Teotônio Soares, no gozo de gratuidade de justiça.

A sentença consigna que a lesão de posse constituiu em derrubada do mato para fabrico de carvão; porém, não encontrando na prova elementos para conhecer a extensão do prejuízo, manda liquidar em execução e bem assim honorários de advogado, para cuja fixação não estabelece base ou percentagem.

A ação foi requerida em agôsto de 1945. Ao despachar inicialmente, o MM. juiz de então designou o dia 17 de setembro para a justificação prévia pedida pelo autor. Houve atrasos nas diligências da citação da ré, que somente foi

efetuada em meados do ano seguinte, em 31 de maio de 1946 (fls. 21 v.), por precatória cumprida em Belo Horizonte, a qual por sua vez só em 11 de setembro de 1946 foi devolvida (fls. 22 v.). Em 1° de outubro seguinte, a escrivã, por determinação do MM. juiz, designou novo dia para a justificação, o dia 15 dêsse mês. Não intimava, todavia, a ré, e sim apenas o autor (fls. 23).

Finalpag. 329

Feita a justificação, os autos foram conclusos para julgamento em 16 de outubro. Estava-se em 1946. Só em 25 de junho de 1949 saiu a sentença. que concedeu o mandado liminar (fls. 30 v.), cujo cumprimento foi dado em 12 de outubro seguinte, declarando os oficiais da diligência que tinham intimado prepostos da ré, sem declinar nomes (fls. 31 v.).

Independente de intimação ou citação da ré, o MM. juiz, em 31 de março do ano corrente de 1950, proferiu despacho saneador, (fls. 33), em que designou 26 de abril para a audiência de instrução e julgamento (fôlhas 33 v.), do que a escrivã *notificou* por carta a ré (fls. 34 v.).

No dia designado, 26 de abril, as partes, ambas, não compareceram (fls. 37). O MM. juiz designou uma nova data, 13 de maio, para a audiência, cientes as partes, do que a ré foi intimada por carta da escrivã (fls. 37 v.). Em 13 de maio, dia aprazado, a ré se apresentou por procurador (fls. 38) e realizou-se a audiência, à qual ela compareceu para alegar que não contestara a ação porque não fôra citada inicialmente. Não foram produzidas testemunhas do autor. O MM. juiz considerou que a ré era revel porque fôra feita de começo uma citação de um preposto dela em Caeté (fls. 42 v.) e julgou a ação procedente com base na justificação liminar.

A ré apela alegando nulidade por falta de sua citação, nulidade porque o autor está agindo sem outorga uxória, incompetência do juiz por ter decidido com base em prova produzida perante antecessor seu, cerceamento de defesa e improcedência do pedido por falta de provas. Passo os autos ao Exmo. desembargador LINCOLN PRATES.

*

Belo Horizonte, 27 de agosto de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho,* relator.

*

AÇÃO POSSESSÓRIA - QUASE-POSSE DE MENOS DE ANO E DIA

- Ação possessória não pode ser elidida pelo usucapião, que exige demonstração cabal, tornando-o evidente em termos de excluir controvérsia sôbre a posse.

- Para a proteção judicial da quase posse de menos de ano e dia exigem-se requisitos rigorosos.

Leonardo Antônio de Campos *versus* Anacleto Felisberto da Silva e seu assistente

Ap. nº 6.514 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.514, de Formiga, juiz municipal, em que é apelante Leonardo Antônio de Campos e são apelados Anacleto Felisberto da Silva e seu assistente Pedro Antônio Felipe:

Acordam em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dar provimento.

A ação é declaradamente possessória. E procede. Não pode ser elidida pelo usucapião porque dêle não há demonstração cabal que o torne, evidente em têrmos que permitam excluir a disputa sôbre posse.

E quanto a esta não dão pela defesa dos réus. Segundo êles mesmos dizem na contestação, a ponte que construíram e os autores reputam atentatória de sua posse, terá sido levantada para substituir outra que os autores teriam destruído poucos meses antes.

Tanto basta para patentear que datava de menos de ano e dia o alegado reatamento de quase-posse, caso em que a demonstração do estado de posse carece de apresentar base mais rigorosa de prova (Cód. Civil, art. 507), em face do adversário. E esta não deparam nos autos.

Pelo contrário. Dêles se infere que não havia situação estabelecida de trânsito. Tanto assim que, em 1948, ao vender a terra a Pedro Antônio Felipe, D. Antônia Rosa de Campos se obrigou, como condição do negócio, a dar estrada e arcar com as despesas necessárias a isso inclusive as de indenização (fls. 26 e v.).

Essa promessa é que se procurou cumprir construindo a ponte; e isto é fazer justiça pelas próprias mãos e até obtendo concurso de fôrça policial.

Como se vê, o estabelecimento do trânsito não é questão que se possa resolver com remédios possessórios.

Não há que determinar diligência para nomeação de desempatador que se pronuncie sôbre as divergências dos peritos, porque versam matéria destinada a juízo petitório, a saber, se o desencravamento de uma parte do terreno se deve fazer pelo caminho cuja posse aqui se, disputa ou por outra solução, apontada pelo perito do autor.

A tese de que existe servidão por destinação do pai de família não está demonstrada, porque o alegado encravamento decorre da divisão do terreno, e a passagem pela velha estiva os autores afirmam que era feita por simples tolerância.

Os peritos divergem quanto aos sinais da velha estrada e quanto ao custo da construção da ponte sôbre a grota, que um calcula em Cr$ 200,00 e outro em Cr$ 10.000,00.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*; *A. Vilas Boas*.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. desembargador BATISTA DE OLIVEIRA. E. Meneses Filho.

RELATÓRIO

Acrescento ao relatório da sentença, que ela julgou improcedente esta possessória movida

Finalpag. 330

por Leonardo Antônio de Campos contra Anacleto Felisberto da Silva, em que comparece, como assistente do réu, Pedro Antônio Felipe.

A ação correu perante o MM. juiz municipal de Formiga.

Apelou o autor, recurso processado e preparado regularmente.

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte; 21 de agôsto de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

LIDE TEMERÁRIA - BOA-FÉ

- A pena do art. 63 do Cód. de Processo Civil só deve ter aplicação quando fica provada a hipótese por êle prevista.

- Quem bate à porta da Justiça, a fim de pleitear direito, tem a seu favor a presunção de boa-fé.

Francisco Meneses Filho *versus* Osvaldo de Lima Rolim

Ap. nº 6.357 - Relator: DESEMBARGADOR AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de Belo Horizonte, entre partes, Francisco Meneses Filho, apelante, e Osvaldo de Lima Rolim, apelado:

Acordam em 1ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, dar provimento em parte à apelação apenas para excluir da condenação as perdas e danos e honorários de advogado, confirmando, quanto ao mais; a sentença apelada, que está certa.

No caso dos autos não houve esbulho de espécie alguma. Entre as partes nunca houve comodato, mas contrato oneroso; e o apelado nem praticou esbulho, nem pretendeu inverter o título de sua posse. A ação é de total e manifesta improcedência.

Custas em proporção, na forma da lei.

Belo Horizonte, 12 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator, vencido, em parte, pois nego provimento à apelação.

No meu entender, o apelante deve mesmo ao apelado perdas e danos, inclusive honorários de advogado, com base nos arts. 3º e 63 do Cód. de Proc. Civil, porque propôs lide indiscutivelmente temerária, alterando intencionalmente a

verdade. Ninguém iria acreditar que um *businessman* fôsse alugar cômodo próprio para açougue, fôsse pagar os impostos de indústrias e profissões devidos pela exploração do comércio de açougue no referido cômodo, para dar êsse ponto de comércio *em comodato* ao apelado, que não é seu parente, e sendo *marchante* aquele *businessman*. Transparentemente, a conversão do contrato oneroso em comodato foi arquitetada apenas para justificar a falsa alegação de esbulho. E assim o apelado, envolvido em lide manifestamente temerária, sofreu injustamente perdas e danos que, no meu entender, devem ser pagos pelo apelante.

E para condenação a essas perdas e danos, inclusive honorários de advogado, não havia nenhuma necessidade de reconvenção; aliás, a desejada reconvenção seria inadmissível, em face do disposto no art. 192, números V e VI, do Cód. de Proc. Civil. *Autran Dourado*.

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA. - Amílcar de Castro.

RELATÓRIO

Francisco Meneses Filho, pelo juízo municipal da 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, moveu ação de esbulho contra Osvaldo de Lima Rolim, com pedido de reintegração *in limine litis*, alegando ser *locatário* do cômodo próprio para açougue sito à rua Padre Eustáquio nº 281, *haver pago os impostos* de indústrias e profissões devidos pela exploração do comércio de açougue no referido cômodo, haver dado êsse açougue em comodato ao réu, e não querer êste lhe restituir a posse direta.

A reintegração liminar foi concedida e levada a efeito; a causa foi contestada a fôlhas 19, e prosseguiu o feito em seus têrmos regulares até a sentença definitiva de fôlhas 62, que termina por julgar improcedente a ação, com a condenação do autor ao pagamento de perdas e danos e honorários de advogado.

Dessa decisão, o autor apelou tempestivamente, e a apelação, recebida em ambos os efeitos, foi arrazoado pelo apelado a fôlhas 86. Logo depois, no prazo legal, foram os autos remetidos à Secretaria do Tribunal, e pela Tesouraria foi a apelação regularmente preparada.

Vistos, e assim relatados, restituo êstes autos a cartório a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 29 de maio de 1950. - *Amílcar de Castro*.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.357, de Belo Horizonte, a que foram opostos embargos infringentes, sendo embargante Osvaldo de Lima Rolim e embargado Francisco Meneses Filho, etc.:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, desprezar os embargos, pagas as custas na forma da lei. A pena do art. 63 do Código

Finalpag. 331

de Proc. Civil só deve ter aplicação quando tem provada a hipótese por ele prevista.

O simples decair da ação não basta para justificar uma imposição.

Não há prova certa da temeridade do autor propondo a ação.

Basta salientar que o juiz lhe concedeu reintegração *initio litis* para afastar a idéia de erro grosseiro ou temeridade. Acresce que, se, entre os litigantes, não houve concordância no conceituar o contrato como um caso de comodato, não houve, por outro lado, caracterização segura da relação de direito entre êles. Não se pode imputar, pois, de erro grosseiro a condenação do contrato adotado pelo autor.

A presunção é de boa-fé em favor de quem bate às portas da justiça para pleitear um direito. Só provas seguras devem ilidi-la, para ensejar a aplicação da penalidade processual.

Belo Horizonte, 4 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Autran Dourado*; *Costa e Silva*; *Lincoln Prates*; *Newton Luz*, recebo os embargos, de acôrdo com o voto vencido do Des. AMÍLCAR. Não se trata de comodato, e o autor causou dano, sem dúvida, ao réu, cessando abruptamente o fornecimento de carne. Ora, se a ação improcede (assim improcedente - foi julgada e a sentença confirmada), por inadmissível a alegada relação jurídica entre o autor e o réu, e sendo inegável o prejuízo do réu, a conseqüência lógica é a condenação do autor em perdas e danos e honorários de advogado.

RELATÓRIO

Ao relatório de fls. 94, adoto que o acórdão de fls. 95, contra o voto do relator, em parte, deu provimento parcial à apelação para excluir da condenação as perdas e danos e honorários de advogado. A esse acórdão o réu opôs, oportunamente, embargos infringentes que, tempestivamente preparados, foram impugnados a fls. 103.

Ao Exmo. revisor.

Dêste relatório e do acórdão embargado, oportunamente, se extraiam cópias e se remetam aos juízes vogais.

Belo Horizonte, 19 de agôsto de 1950. J. Benício.

*

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

- Simples meio liberatório, a ação de consignação em pagamento não comporta discutir substância das relações de direito existentes entre as partes, circunscrevendo-se a discussão aos limites do quantum a pagar.

- Sem anular a rescisão e cancelamento averbados no Registro Público, não se pode pleitear exoneração de obrigações oriundas do contrato.

Cia. Mineira de Terrenos e Construções S. A *versus* Herculano do Vale e sua mulher

Ap. nº 6.413 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.413, de Belo Horizonte, em que são, apelante Companhia Mineira de Terrenos e Construções S. A., e apelados Herculano do Vale e sua mulher, etc.:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado como integrante deste o relatório *retro*, por maioria de votos, dar provimento aos dois agravos no auto do processo e à apelação para julgar os autores carecedores da ação, pagas as custas na forma, da lei.

Os apelados, alegando estar em atraso com algumas prestações do seu contrato de promessa de compra e venda de terrenos loteados, propuseram contra a companhia-apelante, promitente-vendedora, uma ação de consignação em pagamento, onde alegam que nula é a cláusula contratual, à sombra da qual foi declarado rescindido o contrato e cancelada a respectiva averbação rio Registro, Público. A ré contestou, dizendo que a intimação dos autores para que fôssem constituídos em mora e a conseqüente rescisão do contrato de promessa de venda e cancelamento do seu registro tudo foi feito em conformidade com a lei nº 58 e seu regulamento nº 3.079. Tôda a controvérsia no pleito se desenvolveu acêrca dessa matéria de fato, relativa à execução do contrato declarado rescindido. Ora, a ação de consignação em pagamento é simples meio liberatório e não comporta discussão a subsistência das relações de direito existentes entre as partes. A ação de consignação em pagamento, já foi dito alhures, não é mais que uma executiva de cobrança ao avêsso, e tôda discussão que razoàvelmente pode suscitar deve estar circunscrita aos limites do *quantum* a pagar.

No caso em aprêço, as partes discutem sôbre a vigência de uma cláusula do contrato e, mais, sôbre se êste subsiste ou não. O pleito extravasa além do leito em que deve correr a ação de consignação, tendente só à exoneração de uma obrigação subsistente. Estende-se a matéria outra, qual a existência do contrato de que deflui a obrigação, da qual os autores pretendem libertar-se.

Entretanto, o que dos autos se colhe que o contrato de promessa de venda foi declarado rescindido, e anulada, no Registro Público, a sua averbação. Conseguintemente, sem obterem a anulação dessa rescisão e cancelamento, os autores não podem pleitear

Finalpag. 332

a exoneração das obrigações oriundas daquele contrato. Essa pretensão supõe obrigação existente e, no caso, rescindido o contrato e cancelada sua averbação no Registro Público, a obrigação de pagar se extinguiu. Na hipótese, o pagamento das prestações contratuais está dependendo da convalidação do contrato de promessa de venda do terreno loteado e anulação do cancelamento do seu registro. Sem o pronunciamento judicial favorável a respeito dessa questão, carecem os apelados da ação de consignação em pagamento.

Non vales agere.

Belo Horizonte, 21 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Autran Dourado*; *Newton Luz*, vencido.

RELATÓRIO

Ao relatório de fls. 87, acrescento que a apelante falou sôbre o documento de fls. 76, conforme cota de fls. 90. Ao Exmo. Sr. revisor.

Belo Horizonte, 24 de junho de 1950. - *J. Benício*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 6.413, de Belo Horizonte, a que foram opostos embargos de declaração, sendo embargante Companhia Mineira de Terrenos e Construções S. A. e embargados Herculano do Vale e sua mulher:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o que dos embargos de fls. 96 consta, desprezar esses embargos, pagas as custas na forma da lei. O acórdão embargado está dirigido conforme ao vencido, pois que o relator e o vogal deram provimento aos dois agravos no auto do processo e, conseqüentemente, também à apelação, sendo vencido, *in totum*, o Exmo. desembargador revisor, que negara provimento a todos os recursos, confirmando a sentença apelada. Certo, o voto vencido não está redigido com os motivos em que se estribou. Isso, porém, não é matéria para embargos declaratórios, só admitidos quando versam sôbre omissão, contradição ou obscuridade existentes no dispositivo do acórdão embargado. No caso, não ocorre qualquer dêsses vícios, sendo o mais que consta dos embargos matéria infringente, que escapa ao âmbito dos embargos de declaração.

Belo Horizonte, 11 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Autran Dourado*.

*

AÇÃO POSSESSÓRIA - POSSUIDOR DIRETO

- O possuidor direto tem ação possessória contra o possuidor indireto.

Primitivo Sanchez *versus* Mário Cândido de Moura

Ag. nº 3.645 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de agravo n° 3.645, de Monte Alegre de Minas, em que é agravante Primitivo Sanchez e agravado Mário Cândido de Moura:

Acordam em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dar provimento.

Custas pelo agravado.

A ação é possessória, movida por possuidor direto, que se diz esbulhado, contra indireto, dado por esbulhador.

O MM. juiz decretou carência logo no despacho saneador, baseando-se em que o réu é locatário e celebrou com 'o autor contrato de parceria agrícola que não merece acatamento porque ao locador, como ensina CLÓVIS, nos "Comentários", ao art. 1.410, observação 2, falece poder de dar o imóvel, em parceria agrícola.

Mas o autorizado comentador expõe a razão de sua assertiva. É que o parceiro tem direitos mais amplos que o locatário, o qual não pode assim transferir-lhe o que não tem.

Logo, para desconhecer o valor da parceria cumpre verificar prèviamente se ela está ou não condicionada aos direitos do locador e quais sejam êstes em cada caso. O que se vê na espécie é que o MM. juiz interpretou o contrato como parceria em vista do autor dar tal denominação inicialmente.

É circunstância que não basta para obstar ao prosseguimento da causa. Pode a realidade não corresponder à denominação e pois levar a outra conceituação.

E a nulidade não pode ser decretada no presente pleito. O autor restringiu a demanda à posse.

Não se pode negar de plano ao possuidor direto ação possessória contra o indireto.

A tese da nulidade do contrato não foi sequer discutida pelas partes.

Na sustentação da decisão, o MM. juiz afirma que o autor não tinha posse direta. Mas, isso é que constitui mérito a ser objeto de instrução e julgamento.

A causa, portanto, deve prosseguir.

Belo Horizonte, 28 de setembro de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente, com voto; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Adoto o de fls. 40. Em mesa.

Em 27 de setembro de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator em substituição.

RELATÓRIO

Mário Cândido de Moura fez com Primitivo Sanchez um contrato. Era arrendatário de umas terras. Forneceria as sementes e as máquinas agrícolas, pagando 100 cruzeiros

Finalpag. 333

por saco de arroz plantado. Primitivo entrava com o trabalho. Dividiriam a meio a colheita.

Desavieram-se. Mário achou que Primitivo conduzia mal o serviço, relaxando nas capinas e tomou conta do terreno.

Primitivo, classificando o contrato que com êle tinha de parceria agrícola, contra êle propôs ação de esbulho.

O juiz julgou-o carecedor da ação, por dois fundamentos: 1) o autor não era parceiro agrícola, pois o réu, arrendatário, não lhe poderia dar de parceria as terras; 2) o autor não estava incluído entre as pessoas que podem propor ação possessória.

Fê-lo no despacho saneador.

O vencido agravou em tempo, de instrumento. Está sob o beneficio da justiça gratuita.

Peço dia.

Belo Horizonte, 28 de agôsto de 1950. - *Lopes da Costa*.

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - PRAZO - ALUGUEL - PERÍCIA

- Não é lícito somar ao prazo de contrato escrito, atual, uma locação verbal, anterior, para assim formar o qüinqüênio exigido pela lei de luvas, como requisito indispensável à compulsória renovação contratual.

- A fixação do prazo de quatro anos, em contrato escrito, não revela intuito de burlar a estipulação de cinco anos Indispensáveis para o direito de renovar a locação.

- Admite-se perícia a fim de provar fato que depende de conhecimento especial, e não para investigar provas outras como a testemunhal.

Geraldo Garrido *versus* João Zacarias

Ap. nº 6.579 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.579, de Belo Horizonte, em que é apelante Geraldo Garrido e apelado João Zacarias:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento.

Custas pelo apelante.

Não é lícito somar ao prazo de atual contrato escrito uma anterior locação verbal, para assim formar o qüinqüênio exigido pela lei de luvas como requisito indispensável à compulsória renovação contratual.

Nem é curial ver-se na estipulação do prazo de quatro anos, feita no instrumento de locação atual, uma reconhecível manobra para burlar a lei de luvas, tanto mais quanto na espécie já existe agora, desde antes do início desta ação renovatória, a notificação judicial dada pelo apelado para que o apelante entregue a casa a fim de ser usada pelo notificante, o que exclui de apreciação a fraude à lei de luvas, uma vez que esta não vem demonstrada de forma a torná-la incontestável.

A Turma julgadora nota que a perícia foi feita, não para prova de fato que dependa de conhecimento especial, fim para o qual a autoriza o art. 254 do Cód. de Proc. Civil, e sim para que o perito procedesse a uma investigação probatória e trouxesse para os autos conclusões a que chegou, sem o menos indicar as pessoas de quem houve as informações.

Belo Horizonte, 28 de setembro de 1950. -. *A. Vilas Boas*, presidente, com voto; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Apelação nº 8.579; de Belo Horizonte, bem processada e preparada, interposta por Geraldo Garrido contra sentença final do, juiz de direito da 3ª Vara, que julgou o apelante carecedor de ação renovatória de locação movida a João Zacarias.

Funda-se a decisão em que o contrato escrito renovando não estipulou prazo de cinco anos exigido pela lei de luvas, mas, apenas, o de quatro anos, ao qual se não pode somar tempo de locação verbal anterior para cômputo do qüinqüênio.

Quer o apelante que se veja na estipulação de quatro anos uma fraude destinada a escapar à incidência da renovatória e pois nula.

O apelado sustenta o ponto de vista da sentença e, mais, que quer a casa para uso, próprio, destinando-a a ramo diverso do explorado pelo apelante. Retruca êste que não, há sinceridade no pedido para uso próprio.

A sentença relata a espécie.

Passo os autos ao Exmo. Des. LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 8 de setembro de 1959. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

SUCESSOR UNIVERSAL - TERCEIRO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

- Sucessor universal não é terceiro no que toca à obrigação contraída pelo *de cujus*.

- Sendo o débito *ab origine* um só, nada impede a cumulação de pedidos na propositura da ação.

Pedro Dutra de Morais *versus* Antônio José Ribeiro

Finalpag. 334

Ap. nº 6.241 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

ACÓRDÃO

Vistos:

Acordam converter o julgamento em diligência para que oficie o Exmo. Sr. Dr. procurador geral.

Belo Horizonte, 15 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, resolve-se o caso *ut infra*.

Com data anterior à do falecimento de dona Abigail dos Santos Morais, sua espôsa, Ovídio Dutra de Morais emitiu uma promissória de Cr$ 31.500,00 em favor de Antônio José Ribeiro.

A cobrança, intentada contra o emitente e também contra os herdeiros da referida senhora, opôs contestação um dêstes, Pedro Dutra de Morais, alegando que a dívida fôra fantasiada por seu pai para desfazer a partilha que resistira a uma apelação sua. Disse ainda que o título ajuizado não tinha fôrça operante, porque foi registrado recentemente.

Nas razões do recurso, contra a sentença que decretou a procedência da demanda, o contestante confessa não lhe ter sido possível fazer prova da simulação, mas vem com um assunto novo, a saber: realizada a partilha, ao pretenso credor cumpria mover tantas ações quantos são os herdeiros contemplados.

Acordam confirmar a decisão apelada. Sem custas, por estar o apelante no gôzo de gratuidade de justiça.

Nenhuma das alegações do recorrente tem fundamento.

Não provou êle a simulação. O registro da cambial era perfeitamente prescindível, mesmo porque o sucessor universal não é terceiro no que toca a uma obrigação contraída pelo *de cujus*. E sendo o débito *ab origine* um só, nada impedia a cumulação de pedidos (Cód. de Proc. Civil, art. 155).

Belo Horizonte, 28 de setembro de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente *ad hoc* e relator; *Eduardo de Meneses Filho.*

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr.- Des. APRÍGIO RIBEIRO. - *A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

Recurso sob a égide da Assistência Judiciária.

Trata-se de um executivo cambial, de que é autor Antônio José Ribeiro, tendo por base uma promissória de Cr$ 31.500,00, emitida por Ovídio Dutra de Morais em 15-4-47.

Êsse tÍtulo não foi apresentado no inventário a que se procedeu por morte de dona Abigail dos Santos Morais, espôsa do signatário.

A ação, para a qual foram citados os herdeiros de D. Abigail (fls. 10 v.), foi contestada pelo herdeiro Pedro Dutra de Morais, que alegou não passar a dívida de uma, criação de seu pai, Ovídio Dutra de Morais, em conluio com o seu velho amigo e compadre Antônio José Ribeiro, para desfazer a partilha dos bens de D. Abigail, coisa que êle, Ovídio, não alcançara pelos recursos normais.

Sentença favorável ao autor. Recurso do contestante, em têrmos legais.

À revisão. - *A. Vilas Boas*.

*

RENÚNCIA DE HERANÇA – ESCRITURA PÚBLICA

- Renúncia de herança é o seu repúdio, formal, integral e peremptório, sem dependência de qualquer têrmo ou restrição.

- Não pode fazer-se por têrmo nos autos, mas exige escritura pública, a transmissão a outrem da herança que foi aceita.

Apelantes: José Alves de Barros e sua mulher

Ap. nº 6.150 - Relator: DESEMBARGADOR LINCOLN PRATES

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de apelação nº 6.150, de Raul Soares, em que são, apelantes José Alves de Barros e sua mulher, e apelado o juízo:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incluindo neste o relatório de fls., em negar provimento ao recurso porque, em verdade, não houve renúncia, que só existe quando consiste em repúdio formal da herança, sem condições, integral e peremptório (CARLOS MAXIMILIANO, "Direito das Sucessões", I, nº 38, não podendo sujeitar-se a qualquer têrmo ou restrição (ITABAIANA, "Direito das Sucessões", § 121). Assim, o que houve foi aceitação da herança para transmiti-la a outrem, o que não se pode fazer por têrmo nos autos, mas por escritura pública.

Belo Horizonte. 17 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lincoln Prates*, relator; *Lopes da Costa*; *Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

No inventário de D. Clementina Clarinda do Carmo, os herdeiros José Alves de Barros e sua mulher e Gustavo Nazaré de Oliveira e sua mulher renunciaram às suas legítimas, em favor, respectivamente, de José Xavier de Matos e Sebastião Xavier de Matos, ambos filhos da inventariada. O juiz de Rio Casca, em substituição ao de Raul Soares, deferiu as petições de renúncia, mandando se expedirem guias para o pagamento do impôsto de transmissão *inter vivos* e que se tomassem por têrmo as ditas renúncias. Pago o impôsto e assinados os têrmos respectivos, sem qualquer reclamação dos interessados, fêz-se a partilha, que foi assinada pelo juiz de paz em exercício do cargo de juiz de direito,

Finalpag. 335

sendo nela contemplados os beneficiários com as legítimas dos renunciantes.

Conclusos os autos ao juiz de direito da comarca, para julgamento final, proferiu êle êste despacho: "As desistências de fls. e fls. equivalem a doação e exigem escritura pública, que deverá ser apresentada em 10 dias". Contra êsse despacho interpuseram apelação os renunciantes, mas o juiz não recebeu o

recurso, por se tratar de interlocutório simples e julgou logo a partilha, determinando, porém, que o pagamento feito a Sebastião Xavier de Matos fôsse dividido igualmente entre êle e Rita Eulália de Jesus; e o pagamento feito a José Xavier de Matos se dividisse com igualdade entre êste e Maria Gabriela de Jesus. Intimados da sentença no dia 31 de janeiro, apelaram os renunciantes no sábado, onze de fevereiro (fls. 32 v. e 33 v.).

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA.

Belo Horizonte, 23 de abril de 1950. - *Lincoln Prates*.

*

DIVISÃO - CONFRONTANTE – MENORES - LINHA DE ESTREMAÇÃO

- Confrontante que, em ação de divisão, representa filhos menores deve reclamar se a linha de estremação invade terreno de sua propriedade, sob, pena de poder interpretar-se o seu silêncio como acôrdo tácito de assento de divisas.

Paulo Luís Pinto de Lacerda e sua mulher *versus* Sinval de Oliveira Santos e sua mulher

Ap. nº 6.358 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.358, de Presidente Vargas, em que são apelantes Paulo Luís Pinto de Lacerda e sua mulher e apelados Sinval de Oliveira Santos e sua mulher:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento e condenar os apelantes nas custas.

A procedência da ação foi decretada com base em linha de confinação fixada em pleito divisório.

Conforme o MM. juiz consigna, o quinhão que os apelantes representam foi contemplado nesse feito, compreendendo-se tanto uma área certa legada à finada Antônia Augusta de Lacerda por seu pai (fls. 20 e 22), Cel. Elói Pinto de Lacerda, como outra área sujeita a partilha, isto é, a concurso de condôminos.

A ação era de divisão e demarcação, como está certificado a fls. 9 e 32. A referência à demarcação só se pode entender com os confrontantes, e não à assinalação dos quinhões que no processo teriam de ser formados.

Comparecendo nesse feito para representar condôminos seus filhos menores, aquêle que ao mesmo tempo era confrontante, sucessor nas terras legadas, devera alegar o que tivesse a reclamar nessa última qualidade. Logo, se os trabalhos divisórios importaram modificação das linhas do legado, tal modificação deve prevalecer. De certo resultará em comodidade de divisas.

Aliás, o terreno disputado é de pequeno valor. Segundo testemunhas, a questão é fruto de gênio contrariador do réu.

Belo Horizonte, 24 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*; *A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

Não há irregularidade no processo e preparo desta apelação nº 6.358, manifestada por Paulo Luís Pinto de Lacerda e sua mulher contra sentença final que julgou procedente ação de tapumes de propriedades rurais que, perante o Juízo de Direito de Presidente Vargas, lhes moveram Sinval de Oliveira Santos e sua mulher.

Os apelados impugnaram a tempestividade, mas o fazem ao arrepio da regra *non computatur dies a quo*.

Estão bem descritos na veneranda sentença apelada a espécie e o processado.

Vão os autos à revisão.

Belo Horizonte, 26 de maio de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

ACIDENTE DE TRABALHO – HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Em razão de incapacidade temporária por acidente de trabalho, não se adiciona qualquer quantia nem se diminui a porventura paga quanto à indenização.

- Na indenização não se consigna verba para honorários de advogado se o acidentado podia recorrer ao Ministério Público.

Carlos Lopes da Costa *versus* Joaquim Antônio Gaspar

Ag. nº 3.107 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

1º ACÓRDÃO

Acordam converter o julgamento em diligência, para ser ouvido o Exmo. Sr. Dr. procurador geral.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

Finalpag. 336

RELATÓRIO

Agravaram o patrão (Carlos Lopes da Costa) e o operário (Joaquim Antônio Gaspar).

Trata-se de pedido de indenização por acidente no trabalho, verificado em janeiro de 1945.

O juiz, cumprindo a diligência ordenada no acórdão *retro*, fixou a indenização na quantia de Cr$ 6.721,65, à qual devem ser acrescidos 20% para honorários de advogado.

A lesão, segundo exame radiológico feito em 17-3-945, foi fratura do colo do fêmur, resultando um encurtamento do membro ofendido de mais de 2 cm e menos de 5.

Segundo o parecer de fls. 113, a lesão se classifica no nº 340, sendo o índice 4.

O acidentado, que era ajudante de pedreiro, contava 45 anos de idade, aproximadamente, na época do desastre.

Em mesa. 6-2-950. - *A. Vilas Boas*.

2° ACÓRDÃO

Relatados os autos à 1ª Câmara e discutido o caso, acordam prover o agravo do patrão, para que pague apenas Cr$ 1.771,20 e juros moratórios. Nega-se o do operário. Custas em proporção, sendo êste aliviado da sua cota.

Joaquim Antônio Gaspar, servente de pedreiro, trabalhava, em 1945, para Carlos Lopes da Costa na demolição de uma casa, com o salário de Cr$ 14,00, quando foi acidentado. Ficou inutilizado por 10 meses e, por ter sofrido fratura do colo do fêmur, o membro direito apresenta um encurtamento menor de 5 cm.

Provado o fato, a avaliação da responsabilidade faz-se dom os seguintes dados: número da lesão, 340; índice, 4; ind. prof., idade do paciente, 45.

A percentagem é fixada, na Tabela: aprovada pelo dec. nº 86, em 16,40, e, portanto, o valor pecuniário da indenização em Cr$ 1.771,20 (16,40% s/Cr$ 10.800,00: decreto nº 24.637, arts. 19 e 25, com vigor na época do desastre).

Em razão da incapacidade temporária, não se adiciona qualquer quantia, nem se diminui a porventura paga (arts. 20 e 26). Não se comina a pena do art. 102, porque a mora não é imputável ao empregador. Não se consigna verba para advogado, porque o acidentado podia recorrer ao Ministério Público.

Belo Horizonte, 16 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Lincoln Prates*.

3° ACÓRDÃO

Vistos:

Acordam desprezar os embargos de fôlhas 135, opostos por Joaquim Antônio Gaspar, porque não visam à declaração, mas à reforma do julgado. 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1º de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator. Rejeito os embargos, que não são declarativos; ao contrário, são de nulidade e infringência do acórdão embargado.

Esclareço, porém, que o embargante labora em duplo equívoco. Em janeiro de 1945 não havia entrado em vigor o dec.-lei número 7.036, de 10-11-44, à vista do que dispunha o seu art. 115. E o recurso do empregador, embora manifestado em têrmos pouco hábeis, continha suficiente substância para que, por êle, a instância de 2º grau fizesse justiça à parte; é que o agravante disse:

"O direito substantivo, tanto quanto o adjetivo, *foram postergados*, para, assim, arrancar de um honesto chefe de família o pão do sustento da sua prole..."

A. Vilas Boas; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

*

EMPREITADA - OBRAS NOVAS - ARBITRAMENTO - INTIMAÇÃO DE SENTENÇA

- Carece de valor a intimação de sentença feita diretamente à parte litigante, uma vez que está representada nos autos por advogado.

- O art. 1.248 do Cód. Civil não obsta a que o empreiteiro exija o pagamento de obras novas, mandadas executar pelo locatário, as quais não sejam simples alteração ou aumento em relação à planta da obra ajustada.

- Não havendo estipulação contratual de preço, é necessário recorrer a arbitramento no curso da demanda.

Jaques Hazan *versus* Augusto Rossi

Ap. nº 6.298- Relator: DESEMBARGADOR. MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.298, de Bicas, em que é apelante Jaques Hazan e apelado Augusto Rossi:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conhecer da apelação, porque a intimação de sentença feita diretamente à parte litigante carece de valor, uma vez que ela estava representada nos autos por advogado e pois a prazo para recurso não começou a correr com aquela intimação.

Acordam mais dar provimento em parte para cancelar a condenação em honorários de advogado, vencido o Exmo. desembargador

Finalpag. 337

LOPES DA COSTA, que negou provimento *in totum*.

Custas em proporção.

O caso é de obra contratada para modificação de um prédio, sem projeto detalhado e desenhado, e que no correr da execução foi sendo substituída e entendida a modificação não prevista no ajuste escrito prévio.

Não cabe aplicar o art. 1.246 do Cód. Civil, que exige prova consistente em autorização escrita do dono da casa beneficiada para que o arquiteto ou construtor possa cobrar aumentos e alterações da obra em relação à planta.

Não foi o construtor quem deliberou as novas obras. Foi o próprio dono da casa para a qual se realizaram, conforme êle mesmo confessa.

Tôda a divergência se reduz à questão do preço. O apelante o considera excessivo.

Mas a vistoria e avaliação procedidas extrajudicialmente antes da ação, e as que durante a instrução da causa foram efetuadas, confirmam a lisura do apelado na execução do serviço e na cobrança do seu trabalho e despesas.

Acontece, porém, que não havia estipulação contratual do preço. Foi necessário recorrer a arbitramento no curso da demanda, Não cabe, portanto, a interposição de honorários de advogado.

Belo Horizonte, 10 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *A. Vilas Boas*; Lopes da Costa, vencido, em parte. Com o juiz de primeira instância, também condenei o apelante a pagar os honorários de advogado adverso.

O art. 63 do Cód. de Proc. Civil; como pena à malícia do litigante, a êste impõe aquêle pagamento, quando haja intencionalmente alterado a verdade. Pois foi incontestàvelmente o que fêz o apelante. Disse, na contestação, que o apelado tinha sido apenas seu operário e que, nessa qualidade, tinha sido integralmente pago.

Os autos, entretanto, provaram exuberantemente, com os elementos da prova mesma trazidos pelo réu, que o autor fôra o empreiteiro das obras e que o apelado lhe era devedor.

RELATÓRIO

Não há defeito no processo e preparo desta apelação nº 6.298, de Bicas, manifestada por Jaques Hazan contra sentença que julgou procedente, no Juízo de Direito, ação de cobrança de execução de obras em casas, que ao apelante move Augusto Rossi.

O apelado impugna a tempestividade do recurso por ter sido interposto numa segunda-feira, segundo dia imediatamente ao prazo para apelação, contado êste da intimação da sentença, que o escrivão fêz pessoalmente ao réu, por estar seu advogado ausente da cidade. Não houve audiência de publicação da sentença.

Tôda a espécie e o processado na causa, estão bem expostos pela decisão apelada.

O réu apela para obter redução da condenação e cancelamento de honorários de advogado, que a sentença impõe atendendo ao libelo.

Vão os autos à revisão.

Belo Horizonte, 14 de maio de 1950. *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

DESPEJO - SUBLOCAÇÃO

- Constando do contrato de locação que sòmente com autorização escrita do locador pode o locatário sublocar o imóvel, as sublocações realizadas caracterizam infrações contratuais que dão lugar ao despejo.

D. Danuta Maria Polanowska *versus* D. Maria Cecília Gerspacher

Ap. nº 6.103 - Relator: DESEMBARGADOR VILAS BOAS

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos os autos, resolvem negar provimento ao recurso, para confirmar a sentença que deferiu o pedido de despejo. Como não dispõe ela sôbre custas, declara-se que estas devem ser solvidas em proporção, uma vez que na condenação não se incluíram honorários de advogados, pleiteados na inicial. Custas dêste, pelos apelantes.

Inseriu-se no contrato, a que os recorrentes emprestam vigor, que a locatária não poderia sublocar sem o expresso assentimento da locadora. Realizadas

sublocações, evidentemente houve infrações contratuais que dão lugar ao despejo.

E não é só. Com base nas acusações da inicial, o juiz verificou que a locatária, ou o seu preposto, não fêz a comunicação imposta pelo art. 7º, § 2º, do dec.-lei nº 9.669. Assim, ainda que pudesse ela fazer transferências parciais sem a anuência da outra contraente, teria descumprido dever legal, incorrendo em culpa que justifica a despedida.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 1ª Câmara Civil, 30 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Trata-se de uma ação de despejo, que a sentença apelada julgou procedente.

É autora D. Maria Cecília Gerspacher, e ré D. Danuta Maria Polanowska.

Finalpag. 338

A questão foi posta nos seguintes têrmos:

D. Danuta Maria Polanowska recebeu, em locação, no ano de 1945, a parte alta do edifício da rua Tamoios nº 491. Mais tarde, casou-se e mudou-se, deixando no prédio um Sr. Falabella, que tem feito sublocações a terceiros. Há, assim, infrações da lei e do contrato, pois a locadora não anuiu a isso.

Replicou a ré que contraiu núpcias com o Dr. Nicola Falabella, atual prefeito de Congonhas. Deixaram êles o Sr. Antônio Falabella, seu sogro e pai, a tomar conta do imóvel, de que perderam a posse. A autora tem recebido os aluguéis pontualmente.

Confessa, entretanto, a ré que o Sr. Falabella tem feito sublocações.

O juiz julgou a ação procedente, marcando 30 dias para a retirada da locatária e dos estranhos que ocupam o prédio.

A parte vencida apelou. O recurso correu regularmente.

A revisão. - *A. Vilas Boas*.

*

CÁLCULO - INVENTÁRIO - IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS

- Embora á decisão que homologa o cálculo para pagamento de impôsto de transmissão causa mortis seja definitiva, o recurso adequado é o agravo de instrumento.

Fazenda Pública Estadual *versus* Espólio de Armindo Henrique de Sousa

Ap. nº 6.447 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.447, de Caratinga, apelante Fazenda Pública Estadual, e apelado espólio de Armindo Henrique de Sousa, etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado como integrante dêste o relatório *retro*, não conhecer da apelação por ser incabível.

Custas na forma da lei.

É certo que o art. 820 do Cód. de Processo Civil dispõe que caberá apelação das decisões definitivas de primeira instância. Mas a verdade é que não são apeláveis tôdas as decisões definitivas e de mérito, porque o mesmo art. 820, *in principio*, declara: "Salvo disposição em contrário". Ora, um dos casos em que, embora definitiva a decisão, porque se trata de sucessão com um único interessado, o recurso adequado não é o de apelação, mas outro diferente, é o da decisão que homologa o cálculo para o pagamento do impôsto de transmissão *causa mortis*, porque há a respeito expressa disposição em contrário, o art. 842, X, do citado Código, que autoriza, na hipótese, o agravo de instrumento. De resto, esta é a jurisprudência firmada no assunto por esta egrégia Câmara.

Belo Horizonte, 28 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz; Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Na comarca de Caratinga faleceu Armindo Henrique de Sousa, deixando viúva D. Emília e filha D. Maria Natividade, casada com Joaquim Custódio Leandro, e casa e terreno de seis metros de frente, sitos à margem da estrada Rio-Bahia. Por escrituras públicas, a viúva meeira e a herdeira alienaram sua meação e sua herança a Joaquim Tomás Hozano. Requerido o arrolamento pelo genro do *de cujus*, foi na inicial dado aos bens do espólio o valor de Cr$ 4.000,00. O coletor estadual impugnou êsse valor e pediu avaliação judicial, que foi feita, sendo os bens avaliados em Cr$ 4.100,00. O coletor, ouvido, não se conformou e pediu avaliação outra e por outro avaliador, ao que, o Dr. juiz desatendeu. Feita a liquidação e cálculo para o pagamento do impôsto de transmissão, *causa mortis*, não obstante reiterada, oposição do representante da Fazenda, estadual, homologou-a por sentença, de que o coletor estadual foi intimado em 24 de maio e no dia 3 de junho seguinte manifestou o recurso de apelação, sustentando, preliminarmente, a propriedade do recurso por ser a decisão agravada terminativa do processo; e, no mérito, peleja pela reforma do cálculo e efetuação de outra avaliação. O Dr. juiz sustentou a decisão. O inventariante contra-arrazoou e os autos vieram regularmente à Secretaria do Tribunal, onde se fêz a distribuição sem dependência de preparo, como de lei.

Passo os autos ao Exmo. revisor.

Belo Horizonte, 7 de agôsto de 1950. - *J. Benício*.

Finalpag. 339

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

LOCAÇÃO - RETOMADA - NECESSIDADE - PROVA

- Embora se trate de retomada para instalação comercial, está o locador que reside em prédio próprio obrigado à prova de necessidade.

- Não ocorre necessidade quando o locador visa, apenas, aumentar suas rendas com um estabelecimento comercial cuja exploração ficará entregue a empregados.

- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR NEY WIEDEMANN: Não constitui prova suficiente a gravação em discos, rudimentar, levada a eleito sem qualquer fiscalização, de palestras do locador corre terceiros.

- O fato de não atender pessoalmente ã clientela do negócio que pretende instalar não tira ao comerciante essa qualidade.

Isaías Kalil *versus* Maurício Boianovsky

Ap. nº 6.786 - Relator: DESEMBARGADOR DÉCIO PELEGRINI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos:

Acordam, em 3ª Câmara Cível, dar provimento, em parte, à apelação de Isaías Kalil para, reformando a sentença proferida na ação de despejo movida por êle contra Maurício Boianovsky, no ponto que o condenou ao pagamento de honorários de advogado do réu, confirmá-la, todavia, quanto ao julgamento da improcedência da ação, contra o voto do revisor, que concedia o despejo.

Há anos celebrou-se, entre o apelante e o apelado, um contrato de locação de compartimentos térreos do edifício Santa Helena, de propriedade do primeiro, para fins comerciais. O contrato escrito foi objeto, ao seu término, de uma ação renovatória, julgada improcedente, com o reconhecimento de que a locação continuaria por tempo indeterminado, obediente aos têrmos da legislação de exceção, a respeito do inquilinato. Promoveu, então, o ora apelante o andamento de uma ação de despejo do inquilino, sob alegação de necessitar das lojas para uso próprio, pois, nelas, pretendia se estabelecer.

A sentença de primeira instância julgou a ação improcedente e condenou o autor ao pagamento dos honorários do advogado do réu. Dai a interposição desta apelação, provida só em parte.

O pedido de despejo, no entender da maioria, não merece acolhida. O apelante diz precisar das lojas locadas ao réu para a instalação de café, cigarraria e negócios conexos, com que se pretende estabelecer. A prova evidencia, no entanto, a ausência de requisito exigido pela lei de exceção, reguladora das locações, para o atendimento do pedido, qual seja a necessidade do prédio. Não se trata, é certo, de casa residencial. Mas, nem por isso, se poderá dispensar o proprietário, que reside em prédio próprio, da prova daquele requisito. Ao contrário de sua existência, na espécie, o que se vê é que o apelante, dono de apreciável fortuna e de elevadas rendas, entregue a outras atividades, jamais foi comerciante do gênero, para o qual, segundo alega, quer as lojas locadas ao réu. Da prova carreada para os autos, inclusive da redução a escrito, mediante peritagem, de uma palestra entre êle, o réu e terceiro, gravada em discos, verifica-se que o seu móvel é obter maiores rendas das lojas locadas ao réu, por preço relativamente módico, julgando alcançá-las com a exploração do negócio

aludido. Admite-se quer decretado o despejo, as lojas fôssem ocupadas pelo apelante, para a finalidade alegada. Mas, diante de suas manifestações, - segundo as quais a exploração de um negócio de café e anexos, entregue a empregados enquanto êle iria "passear", dar-lhe-ia maior rendimento, a conclusão a tirar é a de que a retomada não corresponderia a uma necessidade.

A falta de requisito para o julgamento da procedência da ação não significa, no entanto, que o autor houvesse procedido com dolo, exigido pelo art. 64 do Cód. de Proc. Civil, para sua condenação ao pagamento dos honorários de advogado do réu. Por isso, a sentença apelada é reformada neste ponto.

Custas na forma da lei.

Porto Alegre, 21 de setembro de 1951. - *Loureiro Lima*, presidente; *Décio Pelegrini*, relator; *Ney Wiedemann*, vencido. Dei provimento à apelação, decretando o despejo. Admito que o locatário possa oferecer prova da má-fé com que o proprietário se propõe retomar o prédio, mas não encontro, nos elementos juntos ao processo, fundamento para considerar existente essa má-fé. Não no ministra a palestra gravada em discos. "Gravação rudimentar muito superficial e precária, deixando muito a desejar, tornando a sua audição um trabalho penoso e difícil para quem a devia reproduzir gràficamente; em certas partes não se pode mesmo reproduzi-la" - assim a apresenta o perito, *ut* certidão de fls. 27. Junte-se a essas imperfeições a circunstância de não ter sido a conversa gravada sem conhecimento de nenhum dos interessados: o inquilino (o apelado), "a fim de comprovar a criminosa intenção do autor (de obter maior locativo), fêz gravar em discos, diversas palestras mantidas

nesse sentido" (fls. 16, prov. 6°). Eram seis os discos (fls. 23 do apenso), tendo sido oferecidos a exame quatro (fls. 132 do apenso). Assim, insidiosamente preparado o registro da palestra, depara-se com prova formada ao sabor da parte interessada, sem que alguma fiscalização fôsse exercida sôbre essa gravação, e sem haverem sido os discos devidamente preservados até serem submetidos à perícia. Nem encontrei fundamento, para concluir pela ocorrência de má-fé, na ponderação das circunstâncias de ser o apelante rico, de ser idoso, e de ser proprietário de outros imóveis. Não há, por enquanto, limitação para as fortunas particulares e o passar dos anos, em regra, não tira ao homem a vontade de aumentar seus bens materiais. Nem são os imóveis arrolados suscetíveis de confronto com o edifício Santa Helena, para a utilização visada pelo apelante. Nem demonstra má-fé a declaração do apelante (colhida em aquêles discos) de que não atenderia pessoalmente à clientela do negócio, que

pretende instalar. Atenda êle pessoalmente à clientela, ou não atenda, há de ser êle o comerciante, que auferirá os lucros ou sofrerá os prejuízos. É certo que STRACCHA aprovou a opinião de ALCIATUS: "*apud* ALCIATUM *tractatum est, an mercator sit dicique possit ille qui mercaturae officium per se non exercet, sed institorum opera, ac servorum utitur: et putet si nullo modo ipse negotium tractet, verius esse mercatorem non esse; sed si et ipse aliquando rationes excutiat, ematque et vendat, mercatorem esse non negat"* ("De Mercatura", nº 66, pág. 350). Mas também é certo que tem prevalecido a opinião contrária, como entendeu MASSÉ: *"celui au nom duquel un ecomis ou autre mandataire fait le commerce est commerçant, bien qu'il ne fasse personnellement aucun acte de commerce"* ("Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens", vol. 2, 2ª ed., 1861, página 165), e como indicou CARVALHO DE MENDONÇA: "o comerciante pode colocar à testa do seu negócio quem o represente, gerindo o estabelecimento. Não é Imprescindível que exerça pessoalmente a profissão" ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. 2º, 2ª ed., 1933, pág. 98).

*

SEGURO - AGRAVAÇÃO DE RISCO - ATO DE TERCEIRO

- A agravação de risco de seguro resultante de ato de terceiro, sem conhecimento do segurado, não determina a perda do direito ao seguro, salvo estipulação contratual em contrário.

- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR ALVES DAIELO: **A agravação de risco do seguro resultante de ato de terceiro, sem conhecimento do segurado, não se equipara à que decorre do ato de seu depositário e administrador.**

Emprêsa Sul Brasileira de Armazéns Gerais Ltda. *versus* Irmãos Passini Ltda e outros

Rec. de rec. nº 5.151 - Relator: DESEMB: LOUREIRO LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Conforme se vê do relatório, dois são os recursos de revista: o das firmas seguradas e o da emprêsa depositária das mercadorias seguradas.

I. No que concerne ao primeiro, é caso de revista, incontestàvelmente, pois, enquanto o acórdão recorrido afirma que o segurado perde o direito ao seguro se houve agravação dos riscos, mesmo sem ciência dêle, o acórdão da 1ª Câmara, apontado como divergente, decidiu que tal direito perde o segurado se, sabendo da agravação, não a comunica à companhia seguradora. A divergência é manifesta, visto que para o acórdão recorrido é indiferente que o segurado tenha ou não tenha ciência da agravação dos riscos, bastando que tal agravação exista, para que êle perca o direito ao seguro; ao passo que, para o acórdão divergente, perde êle êsse direito se, conhecendo a agravação, não a comunica à seguradora.

II. Diante dessa divergência dos dois acórdãos quanto ao modo de interpretar o direito em tese, cuja regra se acha estabelecida no art. 1.454 do Cód. Civil, por sem dúvida o que se harmoniza com o texto legal é o apontado como divergente. Diz o aludido dispositivo que, "enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja contrário aos têrmos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro". Como se vê, para a perda do direito ao seguro, exige a lei que o segurado, por ação ou omissão voluntárias, concorra para a agravação dos riscos. E a razão disso é simples, como no-la dá VIVANTE: "Para manter-se a equivalência objetiva das prestações durante o contrato, a lei interdita ao segurado agravar voluntàriamente os riscos, se quiser gozar dos benefícios do seguro" ("Trattato di Diritto Commerciale", vol. IV, nº 1.955). Destarte, se há agravação dos riscos, quer decorrente de fatos naturais, quer por ato de terceiro, mas num e noutro casos sem conhecimento do segurado, não perde êle a direito ao seguro, porque falta em tais casos voluntariedade de comportamento, e isto é essencial para que o segurado possa perder o seu direito. Nesse sentido a regra do artigo 1.454 é completada pela do art. 1.455, que impõe ao segurado a obrigação de comunicar ao segurador todo incidente que possa agravar o risco.

Finalpag. 341

III. Ora, estabelecido isso, na espécie se verifica que as mercadorias seguradas, quando do contrato, já se achavam depositadas nos Armazéns Gerais, e que ai foram administradas com o incêndio da parte de madeira de ditos Armazéns. E certo que as apólices dizem que essas mercadorias estavam na parte de alvenaria, mas, conforme a prova, as mesmas foram removidas para aqueloutra pela própria Emprêsa, sem conhecimento do segurado, pois tal fato só se veio a conhecer por ocasião do incêndio. Destarte, êsse modo de agravação dos riscos era desconhecido dos segurados, e, assim, não podiam êles fazer a comunicação a que se refere o mencionado art. 1.455, pois não tiveram êles ciência daquele ato de terceiro, cuja não revelação à seguradora, por parte dêles, acarretaria

perda de seu direito ao seguro. Em princípio, o agravamento deve ser por ato do segurado para que êle decaia de seu direito ao seguro, mas nada impede que as partes convencionem que, se por terceiro, liberada fique a seguradora (COCITO, "Assicurazioni Terrestri", ns. 109-110; MANFREDI, "Del Contratto di Assicurazione", ns. 129 a 132). Na espécie, porém, tal convenção não existe, e, por conseqüência, não se pode fazer carga aos segurados, como o fêz o acórdão recorrido, dêsse ato de terceiro, para determinar-lhe a perda do direito ao seguro. Esse direito está vivo, a despeito do ato de terceiro, e a prestação que lhe serve de conteúdo a devem satisfazer as companhias recorridas, na forma do art. 1.458 do Cód. Civil.

IV. No tocante ao recurso da Emprêsa de Armazéns Gerais, a depositária, condenada pelo acórdão à indenização do dano verificado, por ser ela a responsável pelo sinistro, dêle é de se não conhecer, porque, dita decisão não contraria qualquer outra quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Ao contrário, foi feito, na espécie, exata aplicação do direito, pois todo o responsável pelo dano de coisa alheia fica obrigado á respectiva indenização. Essa tese de direito é pacifica, e a recorrente não apontou nenhuma decisão final que a contrarie, faltando, assim, o pressuposto necessário de acórdãos divergentes, de Câmaras diferentes, quanto ao modo de aplicar o direito em tese, para que tivesse guarida o seu recurso. Permanecendo assim o acórdão em pé no tocante a essa condenação, e condenadas também as seguradoras ao pagamento do seguro, nenhuma contradição existe, porque as últimas, conforme o direito, ficarão sub-rogadas nos direitos dos segurados para haver dos Armazéns Gerais a reparação do dano que lhes correspondam, e os segurados àquela parte não coberta pelo seguro, cujo montante se venha a verificar em execução.

Por tais motivos, acordam, em Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria de votos, conhecer do recurso de revista dos primeiros recorrentes, para declarar acertada a tese do acórdão divergente da 1ª Câmara e, em conseqüência, reformar o acórdão recorrido, na parte em que julgou a ação Improcedente contra as seguradoras, para as condenar ao pagamento do seguro, conforme o pedido da inicial, e, por unanimidade, não conhecer de idêntico recurso da segunda recorrente, por não ser caso dêle.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 10 de novembro de 1950. - *Loureiro Lima*, relator; *Décio Pelegrini*; *João Clímaco de Melo Filho*, vencido; *Maurílio Alves Daielo*, vencido.

Preliminarmente, não admitia o recurso por não haver contradição entre as duas decisões, quanto ao modo de interpretar o direito em tese.

Os fatos apurados nas duas ações são diferentes e por isso mesmo diversa devia ser a aplicação do dispositivo legal.

Não houve de tal arte nem mesmo a alegada divergência implícita, que, adernais, não constitui fundamento ao recurso de revista.

Assim é que, no acórdão da egrégia 1ª Câmara Cível, ainda que se admita, o que não é claro, tenha ela ferido a tese de que os fatos praticados por terceiros e desconhecidos do segurado não podem ser invocados para eximir a seguradora da responsabilidade de indenizar o dano, o certo é que o acórdão recorrido não investiu contra ela, expressando que a desoneração da seguradora decorrera do ato ter sido praticado pela mandante da segurada, por fôrça do contrato existente entre ambos, de um, depósito com administração.

Não se cogitava, pròpriamente, de ato de terceiro.

E se acertada, ou não, essa decisão da egrégia 2ª Câmara Cível, na aplicação do art. 1.434 do Cód. Civil invocado, combinado com os dispositivos da lei nº 1.103, de 20 de novembro de 1903, é matéria que escapa ao recurso de revista, para se enquadrar no âmbito do recurso extraordinário, da competência do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Daí entender, *data venia*, ser inaplicável o disposto no art. 853 do Cód. de Proc. Civil, em não reconhecendo divergência, mesmo implícita, entre os acórdãos referidos.

E, quanto ao mérito, desde que as teses são inteiramente diferentes, tendo o acórdão recorrido entendido que a agravação do risco se operara sem o conhecimento do segurado, mas decorrera do ato de seu depositário e administrador, não se equiparando àquele em que o dito agravamento resultou de ato de terceiro, a conseqüência *iniludível* é de que aplicou bem o dispositivo do Cód. Civil, sob reserva do que possa decidir o egrégio Supremo Tribunal Federal; *Ney Wiedemann*, vencido, nos têrmos do voto do Sr. desembargador MAURÍLIO ALVES DAIELO; *Baltasar G. Barbosa*; *Homero Martins Batista*; *Erasto Correia*, vencido, nos têrmos do voto do Sr. desembargador MAURÍLIO DAIELO.

Finalpag. 342

Presidiu ao julgamento, com voto vencedor, o Sr. presidente desembargador HUGO CANDAL. - *Loureiro Lima*.

Foi voto vencido o do Sr. desembargador JOÃO SOARES, e estêve presente ao julgamento o Sr. procurador geral do Estado, Dr. JOÃO BONUMA. - *Loureiro Lima*.

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO – ENTREGA DO PRÉDIO - PRAZO

- Julgada improcedente a ação renovatória de locação, o prazo de meio ano para a entrega do imóvel deve ser acrescido de tantos meses quantos forem os anos da ocupação.

Zacie Miguel *versus* Donato di Donato

Ap. nº 6.881 - Relator: DESEMBARGADOR MELO FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos:

Zacie Miguel, dono do "Restaurante Elite", localizado no prédio sito à avenida Otávio Rocha nº 151, nesta Capital, intentou a presente ação renovatória de locação contra o Dr. Donato di Donato, proprietário do referido imóvel.

Contestando a ação, alegou o réu: que jamais alugou ao autor o segundo pavimento do prédio; que o dito pavimento foi ocupado irregularmente pelo autor, a partir de 20 de novembro de 1945; que o contestante tem direito a perceber o aluguel correspondente à ocupação do pavimento em referência; que o contestante deseja retomar, em sua totalidade, o prédio sito à avenida Otávio Rocha nº 151, para ali instalar residência e consultório médico, motivo pelo qual se opõe à renovação da locação; que o autor não-exerce o comércio há mais de três anos no local citado; que o triênio só se completaria em 20 de novembro de 1948, quando já não era possível ajuizara renovatória, em face do prazo fixado no art. 4º do dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934; que as obras efetuadas no prédio pelo autor de nada aproveitaram ao contestante, e até o prejudicaram, pois o autor demoliu paredes e retirou a escada de acesso independente ao pavimento superior; que, se o contestante não carecesse do imóvel para uso próprio, o aluguel a ser pago pelo inquilino deveria ser muito superior à irrisória quantia oferecida na inicial.

Correu o processo regularmente, e, após a audiência de instrução e julgamento, o Dr. juiz de direito proferiu a sentença de fls. 160, julgando improcedente a renovatória, e, em parte, procedente o pedido do réu, para determinar a entrega do imóvel no prazo de 30 dias.

Inconformado, apelou o autor, na parte em que a sentença julgou improcedente a renovatória e fixou em apenas 30 dias O prazo para a entrega do imóvel. Sustenta, outrossim, o primeiro apelante que o pagamento da totalidade das custas incumbe ao locador; e, mais, que o juiz estimou os honorários dós peritos acima do limite marcado no Regimento de Custas. Por último, reclama o primeiro apelante indenização dos prejuízos e despesas que a mudança do local de comércio lhe acarretará.

O réu apelou da sentença na parte em que esta lhe negou o direito de cobrar do autor os aluguéis relativos ao pavimento superior do prédio, e a haver a diferença de impostos indicada a fls. 177.

I. A renovação de arrendamento pretendida pelo autor se enquadra, em o disposto nos arts. 1º e 2º do dec. n° 24.150, de 1934, e preenche os seguintes requisitos:

a) o contrato escrito de fls. 32 diz respeito a prédio destinado pelo locatário ao uso comercial;

b) a locação foi estipulada por tempo determinado;

c) o prazo mínimo da locação do contrato a renovar deve ser de cinco anos;

d) o arrendatário está em exploração do seu comércio, no mesmo ramo, por prazo ininterrupto maior de três anos.

O contrato de fls. 32 alude sòmente à locação da "parte térrea" do prédio em referência, ao passo que o autor postula, na inicial, a renovação do arrendamento quanto a todo o imóvel.

Mas é certo que, desde 20 de novembro de 1945, o autor, na qualidade de sucessor da firma Vicente Tardi & Cia. (fls. 32), passou a ocupar os dois pavimentos do prédio, com evidente anuência de Alfred John Day, procurador do réu.

Do ponto de vista fiscal, o prédio constitui uma só economia, e como tal é tributado (doc. de fls. 57).

No que tange à renovação da locação, o pavimento superior do prédio equivale a uma dependência ou acessório do restaurante instalado na parte térrea; e o acessório deverá, seguir a sorte do principal.

Conforme refere ETIENNE BRASIL, todo arrendamento que, por vontade das partes, foi declarado indivisível, deve ser repetido, tal qual, sem exclusão de fração ("Inquilinato Comercial", pág. 104).

Desde que o réu, por intermédio de seu bastante procurador, admitiu a extensão do arrendamento à parte superior do prédio, a contar do ano de 1945, e permitiu as várias obras de adaptação para restaurante, feitas pelo inquilino, não há negar a possibilidade da renovatória quanto à totalidade do imóvel em questão.

Improcede, porém, a renovatória, diante do pedido de retomada, formulado pelo réu, com apêlo ao art. 8°, letra *e*, do dec. número

Finalpag. 343

24.150, de 1934. Lícito é ao réu empreender a retomada do prédio, em sua totalidade, para ali instalar sua moradia e consultório médico. Em favor do pedido de retomada; formulado pelo proprietário, milita uma presunção de sinceridade, que prevalecerá até prova em contrário. Poderia o locatário demonstrar eventualmente que a retomada é insincera, mas tal fato não ficou apurado nos autos. O local e a extensão da área útil do prédio não são de molde a impedir que o réu ali instale a sua residência e a sua clínica especializada.

Improcede, por igual, a indenização de prejuízos e despesas de mudança, reclamada pelo primeiro apelante. A chamada "lei de luvas" não obriga o proprietário a indenizar o inquilino, na hipótese de retomada para uso próprio.

Merece provimento, no entanto, o recurso do primeiro apelante, relativamente ao prazo para desocupação e entrega do imóvel. A sentença recorrida fixou êsse prazo em apenas 30 dias.

Dispõe o art. 360 do Cód. de Proc. Civil:

"Julgado improcedente o pedido de renovação do contrato, terá o locatário, para desocupar o imóvel, o prazo de seis meses, da data em que transitar em julgado a decisão".

O prazo acima foi prorrogado pelo art. 19 da vigente lei do inquilinato, a qual, nessa parte, é aplicável aos processos em curso.

Preceitua o art. 19 da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950:

"Nas locações de imóveis, destinados a fins comerciais ou industriais, o prazo estabelecido no art. 360 do Cód. de Processo Civil, para o locatário desocupar o prédio, ficará prorrogado de tantos meses quantos forem os anos em que êle estiver ocupando o imóvel, cujo contrato não se renovar.

Parág. único. Essa prorrogação em nenhum caso poderá exceder de um ano".

Por fôrça dos contratos de fls. 31 a 32, o autor vem ocupando o prédio no período transcorrido de 1945 a 1949. Em conseqüência, o prazo de meio ano, concedido pelo artigo 360 do Cód. de Proc. Civil, será acrescido de mais quatro meses, perfazendo ao todo dez meses.

As custas e, bem assim, os salários dos peritos deverão ser pagos pelo autor e pelo réu, proporcionalmente ao pedido e ao vencido, tendo-se em conta os valores indicados na inicial e na defesa de fls. 13 (autos de notificação, apensos).

Carece de fundamento a argüição do primeiro apelante ao pretender que o juiz estimou exageradamente os honorários dos peritos. Tendo havido, na espécie, vistoria com arbitramento, envolvendo assuntos complexos e de verificação demorada, podiam os peritos fixar a remuneração dos seus serviços técnico-profissionais pelo modo constante de fls. 151 e 153, que veio a alcançar a aprovação do juiz (*vide* tab. XIX do Regimento de Custas, *in fine*).

II. Improcede *in totum* a apelação interposta pelo réu. Pleiteia êste a reforma parcial do julgado de primeira instância, para o fim de haver do autor o pagamento de aluguéis correspondentes ao andar superior do prédio, e a diferença de impostos mencionada a. fls. 177. Esse pedido refogue ao âmbito da ação renovatória, cujo processo é regulado no dec. nº 24.150. Na renovatória, a contestação do locador ficará adstrita aos têrmos do art. 8° da "lei de luvas".

Demais, a ação renovatória não comporta pedido reconvencional por parte do réu (acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia, *in* "Rev. de Direito Imobiliário", IV, 8-208; ETIENNE BRASIL, ob. cit., págs. 292 e 295).

Pelo exposto:

Acordam, em 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça:

1º) dar provimento, em parte, à apelação do autor, para conceder ao recorrente a prazo de 10 meses para entrega do prédio contra o voto do Sr. desembargador presidente, que concedia o prazo de 12 meses; e para mandar pagar as custas proporcionalmente ao pedido e ao vencido, em face dos valores indicados na inicial e na contestação;

2º) negar provimento à segunda apelação, mantida, quanto ao mais, por seus fundamentos, a sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 8 de agôsto de 1951. - *Erasto Correia*, presidente. Vencido, em parte, pois concedia ao locatário o prazo de um ano para desocupar o prédio, na conformidade do disposto no art. 19 e seu parág. único, da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950.

Realmente, nas locações de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais, o prazo estabelecido no art. 360 do Cód. de Proc. Civil para o locatário deixar o prédio ficará prorrogado de tantos meses quantos forem os anos em que estiver ocupando o imóvel, cujo contrato não se renovar. Essa prorrogação em nenhum caso poderá exceder de um ano. Comenta ESPÍNOLA FILHO que, nos têrmos da lei, "decretado o despejo, por vencido o locatário, na ação renovatória do contrato protegido pela lei de luvas, o juiz dará, para desocupação, prazo de um ano, desde que tenha ocupado, ininterruptamente, o prédio por 12 ou mais anos. Se o tempo de ocupação ininterrupta do prédio fôr de sete a 11 anos, o prazo para desocupação será fixado na correspondência de um mês para cada um dêsses anos - sete e 11 meses. Em qualquer outra hipótese, terá o prazo de um a seis meses, se tiver fundo de comércio estabelecido no prédio há mais de três anos" ("A Locação Residencial e Comercial", 2ª ed., pág. 274). O dispositivo,

Finalpag. 344

entretanto, como adverte VÁLTER GODINHO, beneficia, apenas, aos que sejam locatários há mais de seis anos. Para êstes se mudarem já existe o período de seis meses, fixado no art. 380 do Cód. de Proc. Civil. O equitativo seria que se discriminasse, por exemplo, o prazo máximo de um ano, a que alude o parágrafo único do artigo, em favor de todos os locatários. Se o motivo da dilatação de tal prazo é o da agravação da crise de habitações, a tal

contingência está sujeito não só o que ocupa o prédio por cinco anos - tempo dos contratos renováveis, em face da lei de luvas - como o que neste se encontra há oito, dez ou mais anos ("Nova Lei do Inquilinato", págs. 122 e 123).

É certo que o contrato do primitivo locatário, Mário Bardi, data de 13 de março de 1940 (fls. 2), mas, como foi demonstrado, há mais tempo mantinha êle, no mesmo local, o "Restaurante Elite". Em seu depoimento, constante de fls. 138, diz o citado Mário Bardi que, "de 1929 a 1940, alugou o prédio mencionado na inicial". Esse período de 11 anos, em que houve locação verbal, não pode ser menosprezado, antes, se adicionará ao que deflui da lavratura do primeiro contrato até o presente momento. A ocupação do imóvel, assim, tem a duração de 22 anos, de maneira que, inteiramente aplicável é, no caso, o parág. único do citado art. 19. O referido VÁLTER GODINHO, aventando hipótese idêntica à dos autos, expõe:

"Admita-se a hipótese de um comerciante que, estabelecido em determinado prédio, neste ficou sem contrato durante sete anos. "Depois disso fêz contrato escrito com o proprietário por cinco anos. Proposta ação renovatória, é ela julgada improcedente, sendo, por isso, obrigado a mudar-se. Nesta hipótese, o prazo para deixar o prédio será de 12 meses, correspondentes aos 12 anos durante os quais estêve o locatário no imóvel.

"Deve-se contar não só o tempo em que o inquilino estêve no prédio com contrato por escrito, como também o período anterior em que nêle permaneceu sem contrato escrito, sendo a locação apenas verbal.

"O tempo que se conta é o da ocupação efetiva do imóvel, e não apenas o que tenha sido estipulado no contrato" (ob. cit., pág. 124); *João Clímaco de Melo Filho*, relator; *Maurílio Alves Daielo*.

*

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - VALOR DA CAUSA - APELAÇÃO

- Nas ações de consignação em pagamento de aluguéis vencidos, o valor da causa é o da quantia consignada, e não o da anuidade da locação, referente às ações de despejo.

- Não se conhece da apelação se o valor da causa fôr inferior a Cr$ 2.000,00.

Clotilde Rangel Lopes Filha *versus* Argentina Marques de Albuquerque

Ap. nº 7.354 - Relator: DESEMBARGADOR LOUREIRO LIMA

ACÓRDÃO

Vistos; etc.:

A apelada, como inquilina, alegando ter-se recusado a apelante-locadora a receber dois meses de aluguel, correspondentes a janeiro e fevereiro dêste ano, no valor de Cr$ 996,00, promoveu-lhe a presente ação de consignação em pagamento, que foi pela ré, contestada e, afinal, julgada procedente. Da respectiva sentença apelou à ré, recurso que foi admitido, não obstante o valor da causa ser inferior a Cr$ 2.000,00, por entender o juiz que, por analogia, segundo a jurisprudência, deve ser aplicado à espécie o disposto no art. 46 do Cód. de Proc. Civil, como se a ação fôra de despejo. A apelada limitou-se a contrariar o recurso sòmente quanto a seu mérito, para pedir confirmação, do julgado.

I. Isto pôsto, tratando-se de causa de valor inferior a Cr$ 2.000,00, cujo único recurso cabível de decisão final é o de embargos, à norma do art. 839 do Cód. de Processo Civil, - e para o próprio juiz que a prolatou, - é manifesto não caber no caso a apelação interposta. A despeito de os tribunais paulista e mineiro haverem entendido que, nas locações, a consignação de aluguéis em pagamento tem por escopo evitar a rescisão do contrato e o despejo, e que, por isto mesmo que a prestação consignada seja inferior a Cr$ 2.000,00, deve-se considerar que o valor real da causa é o da anuidade da locação, na forma do mencionado art. 46 do Cód. de Proc. Civil, tal orientação não deve ser observada por evidentemente ilegal. O depósito judicial da coisa devida, nos casos em que a lei permite (art. 973 do Cód. Civil), é modo de extinguir a obrigação. Tratando-se de prestação periódica, em dinheiro, como é o de aluguéis vencidos, em virtude de o credor recusar-se a recebê-los, por certo que o valor da causa será o da importância consignada, e não a do negócio a que essa prestação se refira, pois o que se litiga é justa e exclusivamente a procedência ou improcedência da prestação, e não o negócio a que ela se prende, isto é, a locação. Ora, nas causas que têm por objeto quantia certa em dinheiro, o valor dela é o dessa quantia certa para os efeitos de alçada, a teor do art. 48 do Cód. de Proc. Civil. Em, tal caso não há mister estimação de seu valor, porque êle já é determinado, e, em conseqüência, também não poderá sofrer impugnação

Finalpag. 345

para o efeito de alteração da alçada. Na espécie, o objeto da consignação é a quantia em dinheiro de Cr$ 996,00, referente a dois meses de aluguéis vencidos; a questão a só essa importância se prende, e nada tem de ver com as prestações futuras, que poderão constituir objeto de novos depósitos em pagamento e, portanto, de novas questões idênticas, se assim quiser o devedor, para o exclusivo efeito de extinguir as obrigações respectivas, e não, como errôneamente se pensa, para evitar a *mora solvendi*, pois esta, como a estimação da demanda, não se verifica, e sim a *accipiendi*, que perdurará até que o credor mude de comportamento e se resolva a receber a prestação. Como pondera ESPÍNOLA, a *mora accipiendi*, em tal caso, purga-se quando o credor se prontifica a receber a prestação e se sujeita aos efeitos e conseqüências de sua conduta anterior ("Sistema do Direito Civil Brasileiro", volume II, tomo I, pág. 495).

Por êsses motivos, acordam, em 3ª Câmara Cível, por maioria de votos, não conhecer da apelação, por tratar-se de causa inferior a Cr$ 2.000,00, que não comporta êsse recurso.

Custas pela apelante.

Pôrto Alegre, 25 de outubro de 1951. - *Loureiro Lima*, presidente e relator; *Décio Pelegrini*, vencido. Tomava conhecimento do recurso. Na espécie, não se discute, apenas, a importância relativa ao pagamento de um mês de aluguel da casa locada à autora. Aliás, esta tentara depositar as prestações posteriores, sendo obstada, no seu propósito, pelo juiz processante. Podia fazê-lo, nos mesmos autos, como se tem decidido ("Justiça", pág. 578). A regra aplicável, para estimativa do valor da causa, é a do art. 46 do Cód. de Proc. Civil, como bem evidenciaram os arestos citados a fls. 83; *Darci Pinto*.

Fui presente. - *Ernâni Coelho*.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

TERCEIRO PREJUDICADO - PRAZO PARA RECURSO

- O prazo para a interposição do recurso do terceiro prejudicado começa a fluir da publicação do ato no órgão oficial.

Prudêncio Homero Marques e sua mulher **versus** José Alves da Costa

Ap. nº 6.863 - Relator: DESEMBARGADOR NEY WIEDEMANN - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul, em 9 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.145)

*

AÇÃO DEMARCATÓRIA - AÇÃO DIVISÓRIA

- Havendo sido proposta ação demarcatória cumulada com divisória, terminada a fase contenciosa, com o julgamento da procedência da ação, tem início a fase técnica com dois momentos distintos - a demarcação e a divisão que não podem ser confundidos e aglutinados, sob pena de nulidade.

Eurico Câmara Fagundes e sua mulher **versus** Basílio Pessano e sua mulher

Ap. nº 6.967 - Relator: DESEMBARGADOR DARCI PINTO - Ac. unânime da 3ª Câmara do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.146)

*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIENAÇÃO DE BENS

- É de agravo de instrumento o recurso cabível da decisão que ordena, sem caução, alienação de bens fora da execução de sentença.

Apelante: Pasqual de Minco

Ap. nº 7.081 - Relator: DESEMBARGADOR LOUREIRO LIMA - Ac. da 3ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul, em 6 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.147)

*

DESPEJO - NECESSIDADE PARA USO PRÓPRIO

- A simples comodidade do locador não se confunde com a necessidade e, assim, não autoriza o despejo para uso próprio.

Luís Felipe da Silva Mota **versus** José Medeiros Faraco e outro

Ap. nº 7.169 - Relator: DESEMBARGADOR MELO FILHO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul, em 10 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.148)

*

DESPEJO - SINCERIDADE DA RETOMADA

- Sendo a insinceridade do pedido de despejo sòmente averiguável pelo comportamento do locador, após a retomada do prédio pedido para uso próprio, está sujeita apenas à cominação de multa proporcional ao aluguel.

Finalpag. 346

Homero Almeida Gomes **versus** Amélia Azambuja

Ap. nº 7.206 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO BATISTA - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul, em 28 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.149)

*

VENDA DE IMÓVEL - MULHER CASADA OUTORGA DE CONSENTIMENTO MARITAL

- Embora se trate de brasileira casada com argentino e residentes na Argentina, cuja lei permite à mulher administrar livremente os bens próprios, é necessário suprir judicialmente o consentimento do marido, se negado, para a venda de bem imóvel situado no Brasil.

Alfredo Isaias de Parula **versus** Cora Damé de Parula

Ap. nº 7.225 - Relator: DESEMBARGADOR ERASTO CORREIA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul, em 29 de agôsto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.150)

Finalpag. 347

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

DISTRIBUIÇÃO - MANUTENÇÃO DE POSSE - JULGAMENTO ULTRA PETITA - LIDE TEMERÁRIA

- Pode o juiz determinar posteriormente que se faça a distribuição do feito, com a devida compensação.

- Não importa nulidade o indevido deferimento inicial da manutenção de posse se a ação é afinal julgada procedente, tendo sido garantidos ao réu todos os meios de defesa.

- Importa julgamento ultra petita o deferimento de manutenção de posse em relação a casa ou benfeitoria não descrita na inicial, se esta circunscreve o pedido a outro objeto.

Não é temerária a lide simplesmente por atentar contra posse reconhecida, desde que não provada a má-fé.

Amós Correia Barbosa *versus* Espólio de João Antônio Pereira Carneiro e sua mulher

Ap. nº 2.542 - Relator: DESEMBARGADOR SOUTO MAYOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.542, da comarca de Angra dos Reis, entre partes, como apelante Amós Correia Barbosa, inventariante do Espólio de Teresa Maria de Jesus, e como apelado o Espólio de João Antônio Pereira Carneiro e sua mulher:

Na qualidade de inventariante do espólio de seus avós, João Antônio Pereira Carneiro e Joana Siqueira Carneiro, requereu Crisanto Carneiro a citação de Amós Correia Barbosa, solteiro, para responder aos têrmos de uma ação de

manutenção de posse, alegando, em síntese: *a)* que o espólio-autor é senhor e possuidor de grande área de terras no lugar "Monsuaba", 3º Distrito de Angra dos Reis, com frente para o mar, medindo cêrca de 786 metros de extensão, e com as confrontações declaradas na inicial; *b)* que essas terras se encontram, há mais de cinqüenta anos, na posse dos herdeiros e sucessores dos falecidos, pois êstes sucessores e herdeiros continuam a posse mansa e pacifica dos seus ancestrais, e estão procedendo ao inventário dos bens, em curso há anos, no mesmo Juízo; *c)* que, em 27 de dezembro de 1948, Amós Correia Barbosa, residente na localidade, invadiu, arbitrária e violentamente, as terras inventariadas, no rumo denominado Sertão, aí construindo uma cêrca de arame, que o autor, por sua própria fôrça, destruiu, recuperando, assim, a sua posse; *d)* que o réu, entretanto, useiro e vezeiro em atos turbativos, persiste em perturbar a posse do auto.

Pediu, por isso, mandado liminar de manutenção, que o Juízo deferiu, após Justificação do alegado.

Citado, ofereceu o réu a contestação de fls. 25, em que alega, em substância: 1°, e preliminarmente, que o autor alterou intencionalmente a verdade, procedendo dolosa e fraudulentamente, quando omitiu a circunstância de estar o réu na posse da área questionada há muito mais de ano e dia, circunstância provada até por documentos juntos com a inicial; 2º, que o autor nenhuma referência fêz também a uma casa, pelo réu construída nas terras há mais de seis anos, sendo certo que, ao cumprir o mandado liminar, o oficial de justiça só cogitou da cêrca, deixando o réu em paz em, sua aludida casa; 3º, que, assim, não podia ter sido concedido o mandado de manutenção *in limine litis*, de modo que é nulo, por isso, o processo; 4º, que êste é ainda nulo porque não foi a petição inicial distribuída senão muito depois, quando já oferecida a contestação; 5º, quanto ao mérito, que o autor não fêz prova convincente de sua posse, nem juntou título escorreito da alegada propriedade, não valendo em tal sentido as certidões de declaração de bens no inventário; 6º, que, ao revés, êle, réu, oferece documentos comprobatórios de seu justo título, por fôrça do qual possui, há, muito mais de ano e dia, a "Fazenda dos Fojos", que abrange as terras pleiteadas; 7º, que a ação é imprópria, pois, se o autor deseja saber o que tem, deve lançar mão da ação, demarcatória de suas terras.

O MM. Dr. juiz mandou fazer, por dependência, a distribuição do feito ao cartório por onde corre o inventário de João Antônio Pereira Carneiro e sua mulher.

O autor replicou à contestação, qual se vê de fls. 39, e juntou novos documentos, sôbre os quais falou a fls. 65 a parte contrária, insistindo pela cassação do mandado liminar concedido e executado.

Foi prolatado o saneador; transitado em julgado.

Procedeu-se à vistoria, após as formalidades legais.

Divergindo os laudos, foi nomeado perito desempatador, que trouxe aos autos o laudo de fls. 93, acompanhado de um "croquis".

Na instrução da causa, prestou ainda depoimento pessoal o autor, e foram ouvidas três testemunhas arroladas por êste.

E, na audiência, após os debates orais, proferiu o MM. Dr. juiz *a quo* a sentença,

Finalpag. 348

julgando procedente a ação. Para isso, entendeu provada a posse alegada pelo autor sôbre as terras e também sôbre a casa ocupada pelo réu, casa que êste, segundo a sentença, teria construído de má-fé, em terras sabidamente alheias, motivo pelo qual estava obrigado a perder o que construiu. Achando, por outro lado, que o réu procedera de má-fé, condenou-o ainda a pagar, além das custas, os honorários do advogado, conforme o que se apurar na execução.

Inconformado, apelou o réu da sentença, repelindo a imputação da má-fé, que teria de ser dirigida, a seu ver, ao autor apelado. Explica que não fêz prova testemunhal, porque entendeu provado pelos documentos oferecidos todo o seu articulado. Salienta que o apelado silenciou sôbre a casa, mas que, nada obstante, o Dr. juiz, indo além do pedido inicial, ao apelado deu a casa, posta fora da discussão. Analisa o *croquis* de fôlhas 100, do perito desempatador, qualificando-o de "espantosamente imaginativo", pois teria mudado por completo a posição da Cachoeira de Ourucurana. Faz ainda outras alegações, no sentido de demonstrar a necessidade de reforma da sentença apelada.

Veio o apelado com as suas razões, a fls. 122, postulando a confirmação da sentença.

À mesma conclusão chegou a Procuradoria Geral do Estado em seu parecer de fôlhas 129.

Isto pôsto, e tudo bem visto e examinado:

Preliminarmente:

É certo que, irregularmente, deixou de ser cumprido integralmente o despacho exarado na iniciai: a distribuição do feito ao cartório pelo qual deveria correr não foi feita de pronto. Entretanto, feita a reclamação do réu, ora apelante, mandou o MM. Dr. juiz *a quo* sanar a falta, e a distribuição se fêz, ordenada a compensação. A lei prevê a hipótese da falta ou êrro de distribuição (art. 50, § 4º, do Cód. de Processo Civil), e, assim, não há por onde proclamar nulidade do feito, na espécie em tela.

Por igual, não importa nulidade, já agora, o fato de ter sido concedido, liminarmente, o mandado de manutenção de posse. Tal concessão, em verdade, não tinha cabimento, dado que dos próprios documentos e da prova testemunhal inicial do autor ressaltava que a turbação da posse datava de mais de ano e dia. O mandado era de ser cassado, e não o foi. Dá-se, todavia, que a ação correu os trâmites da primeira instância e foi julgada procedente, não tendo sido o réu mutilado, molestado ou privado, mesmo em mínima parte, no seu direito de defesa, exercitado em tôda a sua plenitude. Não resultou, pois, prejuízo para o réu; e, assim, não há reconhecer qualquer nulidade no ocorrido.

De meritis:

Há muita coisa de duvidoso na prova produzida pelo apelado, em ordem a não se poder estabelecer, com precisão, a linha divisória das propriedades das partes em litígio.

Sem embargo, o essencial ficou suficientemente provado, e é que o apelado tinha posse da área de terras em que foi erigida a cêrca questionada; e, assim, a construção de tal cêrca vale pela turbação da dita posse.

Contra isso não trouxe o apelante aos autos qualquer prova capaz de destruir as alegações da parte *ex adversa*.

Antes, juntando o documento de fls. 33, mostrou que as terras de que êle diz ter posse titulada esbarram, pelo rumo de Sueste, na cachoeira de Ourucurana: "*...correndo dêste lado a rumo de Sueste até a cachoeira da Ourucurana"*.

Logo, segundo êsse documento em que se estriba o apelante, êle não se pode localizar além da mencionada cachoeira; não pode ultrapassá-la.

Conseqüentemente, se fêz a cêrca fora dêsses limites, superando-os, turbou a posse do apelado, contra a qual não fêz prova nos autos.

Ocorre, entretanto, de maneira indiscutível que, no caso vertente dos autos, não se trata de ação dominial, senão de ação meramente possessória, em que o pedido foi circunscrito a certa área de terras, onde se levantou uma cêrca de arame. A construção dessa cêrca foi o ato turbativo, sòmente, de que se queixou o apelado. Nada mais. E, a demonstrar a procedência de tal assertiva, se ela já não estivesse demonstrada por si mesma, à luz da inicial, aí estaria o fato de ter o mandado por objetivo tão-sòmente, essa cêrca de arame. A diligência do cumprimento do mandado, a que foi presente o apelado, não foi além disso (fls. 23 verso); e, por isso mesmo, não foi o apelante molestado na posse de sua casa, da casa em que reside, construída, pelo menos, há mais de quatro anos.

Ora, se a essa casa não fêz o autor, ora apelado, qualquer referência na inicial da ação, dela não podia cogitar o MM. Dr. Juiz *a quo* em sua sentença. Fazendo-o, para determinar a sua perda a prol do apelado, ultrapassou o pedido, ampliou, por sua conta, as pretensões da parte autora, o que vale dizer: julgou *ultra petita*, eis que por tal se reputa o julgamento "*quando a decisão atinge um fato que não foi objeta do pedido, violando assim o direito estatuído*" (PEDRO NUNES, "Dicionário de Tecnologia Jurídica", págs. 393 e 553, verbs. "julgamento" e "sentença").

Nessa parte, pois, o decisório recorrido não pode prevalecer contra o apelante; é de nenhum efeito, por ilegal.

Por derradeiro, e conseqüentemente ao reconhecimento de que as lindes que estremam as propriedades em causa não estão precisamente definidas, não se justifica a

Finalpag. 349

condenação do apelante nas cominações previstas para os que litigam temeràriamente, dolosamente ou de má-fé.

Êle atentou contra uma posse reconhecida, não há dúvida; entretanto, não ficou cabalmente provado que o tivesse feito de má-fé.

Por êstes fundamentos, atendendo ao mais que dos autos consta e levando em conta princípios de direito e preceitos legais reguladores da matéria:

Acordam, unânimemente, em 2ª Câmara, os juízes do Tribunal de Justiça, depois de rejeitadas as preliminares argüidas, em prover parcialmente a apelação, para o efeito de reformar a decisão recorrida na parte em que cogitou da casa do apelante e o inculcou litigante de má-fé, condenando-o, por isso, também aos honorários do advogado da parte contrária, o que se não justifica.

Custas em proporção, como de lei.

Niterói, 19 de janeiro de 1951. - *Luís Paiva*, presidente; *G. A. Souto Mayor*, relator; *Portela Santos*, revisor; *Tobias Dantas*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - EFFUSIS ET DEJECTIS

- Quem habita uma casa ou parte dela é que responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido, não se podendo imputar tal responsabilidade ao proprietário do imóvel cedido em locação.

José Francisco da Cruz Nunes Filho *versus* Genaro Anis da Cunha Sodré

Ap. nº 2.321 - Relator: DESEMBARGADOR SOUTO MAYOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.321, da Comarca de Niterói, em que é apelante o Dr. José, Francisco da Cruz Nunes Filho, e é apelado Genaro Anis da Cunha Sodré:

Acordam, unânimemente, os juízes da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório de fls. 106-107, em negar provimento à apelação, para confirmar, como confirmam, a sentença apelada, por seus jurídicos fundamentos, pagas as custas pelo recorrente, como de lei.

Não há dúvida de que a vistoria procedida no local questionado patenteou a existência de lixo e detritos outros no quintal do autor-apelante.

Êste não provou, entretanto, que a responsabilidade do fato cabia ao apelado, proprietário dos imóveis vizinhos, alugados a terceiros.

A responsabilidade cabe aos inquilinos, não ao proprietário, porque ficou no ar, como simples alegação, a alegação de aquêles procederem por ordem ou determinação dêste.

Ninguém poderá, responder por atos danosos de terceiros, aos quais tenha sido de todo estranho.

Aquêle que habitar uma casa, ou parte dela, é que será responsável pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Tem inteira aplicação ao caso o artigo 1.529 do Cód. Civil.

No que toca ao muro derruído, ou ameaçado por efeito da ação erosiva de águas, é questão que não podia mesmo ser considerada na sentença, porque não foi objeto, nem mesmo por simples referência, do petitório inicial.

Surgiu, nos autos, inoportunamente. Não foi abrangida no pedido.

Por tudo isso, a ação era de ser mesmo julgada improcedente, como foi.

Niterói, 26 de janeiro de 1951. - *Luís Paiva*, presidente; *G. A. Souto Mayor*, relator; *Portela Santos*, revisor; *Tobias Dantas*.

Finalpag. 350

Tribunal de Justiça de Santa Catarina

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO – RETOMADA - CLÁUSULA COMPROMISSÁRIA

- Pode o proprietário, em ação de renovação para fins comerciais proposta pelo inquilino, pleitear a retomada do prédio para uso próprio, o que não lhe poderá ser negado, diante da prova da necessidade e da sinceridade do pedido.

- Nenhum valor vinculativo tem entre nós o "pactum de compromittendo", por depender, para produzir efeito, do arbítrio de qualquer das partes.

Apelantes: Osvaldo Alexandre Schlemm e Liga de Sociedade

Ap. n° 3.273 - Relator: DESEMBARGADOR FLÁVIO TAVARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da comarca de Joinvile, em que são apelantes e apelados Osvaldo Alexandre Schlemm e Liga de Sociedade:

Acordam, em Câmara Cível, por unanimidade de votos, conhecer de ambas as apelações, negar provimento à do autor e prover a da ré para, reformando a sentença apelada, julgar a ação renovatória de locação improcedente, pelo reconhecimento do direito da ré à retomada para uso próprio, devendo o autor desocupar as dependências locadas dentro do prazo legal.

Custas pelo autor.

O autor, Osvaldo Alexandre Schlemm, em virtude de um contrato de locação firmado em 1937, pelo prazo de 5 anos, instalou nas dependências do prédio social da ré um cinema. A locação foi depois prorrogada várias vêzes, sempre por prazos menores de cinco anos, sendo que o último contrato, assinado em 1947, foi pelo período de 3 anos, a expirar-se em 30 de junho de 1950.

A 11 de junho de 1949, a proprietária do prédio, alegando ter necessidade das dependências locais para uso próprio, notificou o locatário para que as desocupasse, logo que findasse o prazo contratual. Êste, porém, a 12 de dezembro do mesmo ano, ingressou em Juízo com a presente ação renovatória, fundada no dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934.

Contestando a ação, alegou a ré, em primeiro lugar, que o autor não preenchia as condições legais para a propositura da ação, eis que o último contrato era por prazo inferior a 5 anos e os que imediatamente o antecederam, sendo nulos por falta de qualidade de representantes das pessoas que em ser nome os assinaram, não podendo ser levados em conta para o efeito da soma de prazos devendo a locação durante o período dos mesmos ser considerada a prazo indeterminado. E, por outro; lado, invocou o direito à retomada para uso próprio, que lhe confere o art. 8º, § 2º, letra *e*, do citado decreto.

A sentença deu por procedentes as alegações da ré, considerando não caber no caso a renovatória com fundamento na chamada lei de luvas, mas, tendo em vista a cláusula 3ª do último contrato de locação, segundo a qual "se houver interêsse por parte de Schlemm de continuar como locatário, deverá ser elaborado um novo contrato", julgou em parte procedente o pedido, determinando que vigorasse entre autor e réu um novo contrato de locação, nos

têrmos do anterior, salvo no tocante aos aluguéis que deveriam ser arbitrados na execução.

Insurge-se a ré, na apelação, contra a modificação da causa do pedido, alegando que o juiz decidiu *extra petita*, e, mesmo que a inovação pudesse ser admitida, a decisão não pode prevalecer por basear-se em cláusula contratual nula, de vez que a mesma, encerra uma condição puramente potestativa.

Por sua vez, o autor, apelando também, manteve-se no ponto de vista sustentado na inicial de que o seu pedido tem amparo no dec. nº 24.150, devendo a sentença ser reformada para que o contrato seja renovado por mais cinco anos, nas mesmas condições do anterior. Diz que não houve alteração do pedido, mas, apenas, que êste foi reforçado pelos dizeres da referida cláusula 3ª do contrato.

Tem razão a ré. A questão deveria ser situada apenas em face do dec. nº 24.150. Mas, mesmo que fôsse possível decidir-se a controvérsia em tôrno da disposição contratual tardiamente invocada, a solução acertada não seria a que lhe deu a sentença recorrida. Quando muito, teria havido um caso de inadimplemento obrigacional, que daria lugar, apenas, à indenização por perdas e danos, jamais à determinação judicial compelindo ao cumprimento da obrigação de fazer. Mas a cláusula em questão, na realidade, traz em si uma condição puramente potestativa, defesa em lei. As expressões "se houver interêsse de Schlemm", e mais ainda as outras "será elaborado um *novo* contrato", significam, em última análise, que tanto a prorrogação como as condições futuras ficariam dependentes, exclusivamente, da vontade de uma das partes.

A respeito é oportuno invocar-se a lição de JOSÉ ANTONIO NOGUEIRA, contida em famosa sentença que proferiu quando juiz da

6ª Vara Cível do Distrito Federal. Referindo-se à cláusula compromissória, diz o eminente jurista:

"Esta cláusula, isto é, o *pactum de compromittendo*, já foi fulminada de nulidade por um brilhante acórdão das Câmaras Reunidas, proferido numa causa dêste Juízo e de que foi relator o eminente desembargador VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA.

"De conformidade com essa jurisprudência, já êste Juízo se pronunciou em diversos processos de dissolução de sociedades mercantis. O certo é que a chamada cláusula compromissória, ou *pactum de compromittendo*, constitui um acôrdo, cuja eficácia fica dependendo de outro acôrdo. Mas, como não pode haver acôrdo sem consentimento harmônico de duas vontades, o primeiro acôrdo, isto é, o acôrdo de fazer outro acordo, fica dependendo, para ter efeito, do arbítrio de qualquer das partes.

"Ora, segundo o preceituado no art. 115 do Cód. Civil, nula é a cláusula que sujeita o ato ao arbítrio de uma das partes. " Logo, é nulo o *pactum de compromittendo*, que é, como se sabe, coisa muito diversa do "compromisso" ("Pandectas Brasileiras", vol. 2º, pág. 440).

Assim, no caso dos autos, se estipulou que, para a continuação da locação, "será elaborado um novo contrato", para que o acôrdo se transforme em realidade é preciso um novo acôrdo, sendo livre a qualquer das partes estar ou não por êle. E, como esclarece o acórdão citado por JOSÉ ANTONIO NOGUEIRA, nenhum valor vinculativo tem ente nós a cláusula, quer sôbre o seu aspecto jurisdicional, quer sob seu aspecto contratual. "Há em nosso direito das obrigações um princípio a invocar nesta matéria, mas não o da promessa unilateral para validar a cláusula, *sim o da condição potestativa para anulá-la*.

CLÓVIS BEVILÁQUA é também incisivo:

Em nosso direito, a cláusula compromissória é, apenas, promessa reciprocamente feita e aceita pelas partes, e, como a prestação prometida é a prática de um ato não pode ser executada coativamente porque, em primeiro lugar, *nemo potest praecise cogi ad factum*, e, depois, porque sendo o objeto da promessa a celebração de um compromisso e, sendo êste, segundo a nossa lei, ato da vontade livre, não pode resultar de coação. A coação viciaria a vontade e tornaria o compromisso anulável, como qualquer outro ato jurídico". E, em outro lance, o "juiz não tem atribuição legal" de compelir a parte a aceitar condições e cláusulas contratuais (*idem*, página 459).

Sob todos os aspectos, portanto, não procede o fundamento esposado pela sentença apelada.

Situada a questão em face do dec. número 24.150, a razão ainda está com a ré.

Sem entrarmos na indagação da controvérsia a respeito da soma dos diversos contratos de locação, que, em princípio, é admitida pela jurisprudência dominante dos nossos tribunais, para o efeito do disposto no art. 2°, letra *b*, do

citado decreto, e afastando também a questão referente à validade dos diversos contratos impugnados pela ré por falta de qualidade dos seus representantes, eis que o caso comportaria a apreciação da hipótese provável da "gestão de negócio", há que considerar na espécie o pedido de retomada do prédio para uso próprio, formulado pela ré com fundamento na letra *e* do § 2º do art. 8º.

Efetivamente, a retomada é um direito que assiste ao locador. No caso, há prova abundante da sinceridade do pedido, conforme deixou demonstrado a ré. O prédio foi por ela construído visando ao cumprimento do seu programa social. Só alugou as suas dependências principais ao autor forçada, na época, pelos seus compromissos financeiros, e mais tarde prorrogou a locação em virtude de período anormal da guerra, quando lhe foram impostas restrições para o seu funcionamento normal. Desejando reiniciar agora em tôda a sua plenitude as suas atividades sociais, - teatro, canto, danças e práticas desportivas, - conforme determinam os seus estatutos, tem necessidade das dependências locadas ao autor, e mais ainda, pretende ampliar o prédio, tendo para isso mandado confeccionar as necessárias plantas que foram aprovadas pelos poderes competentes. Tudo isso ficou exuberantemente provado dos autos, por testemunhas, documentos e vistoria.

Evidentemente, mais não é necessário para que se lhe reconheça o direito de, em ação renovatória, pleitear a retomada do prédio de sua propriedade, e, em conseqüência, julgar improcedente á ação de renovação do contrato de locação.

Florianópolis, 2 de julho de 1951. - *Flávio Tavares da Cunha Melo*, presidente e relator; *Osmundo Nóbrega*; *Nélson Guimarães*.

*

PROMISSÓRIA - ASSINATURA A RÔGO

- É nula a nota promissória assinada a rôgo, ainda que com a impressão digital do emitente.

João Basso *versus* José Zambon Filho

Ag. nº 1.929 - Relator: DESEMBARGADOR OSMUNDO NÓBREGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 1.829, da comarca de Campos Novos, em que é agravante João Basso e é agravado José Zambon Filho:

Acordam, em Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do agravo e negar-lhe provimento, para confirmar a decisão agravada.

Finalpag. 352

Custas pelo agravante.

Trata-se de ação executiva baseada em nota promissória, assinada a rôgo. Em face desta circunstância e da impugnação do réu, considerou o Dr. juiz *a quo* imprópria a ação proposta, convertendo-a em ação ordinária, com anulação dos atos inaproveitáveis, nos têrmos do art. 276 do Cód. de Proc. Civil.

Inconformado, agravou o autor, alegando que a nota promissória é válida, de vez que traz ao lado da assinatura a rôgo a impressão digital do emitente.

Não tem razão, porém, o agravante. A nota promissória é um título formal. A lei enumera seus requisitos essenciais, entre os quais figura "a assinatura do próprio punho do emitente ou do mandatário especial". A falta dêste requisito primordial não pode ser suprida pela impressão digital do emitente analfabeto, incapaz de por si só conhecer o conteúdo do título, mediante o qual assumiria a obrigação cambial.

É certo que o mesmo também poderá ocorrer quando a nota promissória fôr assinada de próprio punho por analfabeto que saiba apenas assinar o nome. Isso realmente acontece. Mas a admissão da constituição da obrigação cambial, nesta hipótese, tem por fim evitar restrições ao princípio da independência da nota promissória sob o ponto de vista da validade intrínseca, o que poderia afetar o seu caráter de título formal e completo, válido por si mesmo. Nada justifica, pois, que, por aquela analogia imperfeita, se estenda o valor excepcional que a lei atribui à cambial, a título que não ostente os seus requisitos essenciais, expressamente enumerados.

Assim sendo, desde que o título ajuizado não autoriza a ação executiva, *ipso facto*, não poderá subsistir a penhora em que se converteu o arresto procedido a requerimento do autor, que, aliás, pelo mesmo motivo, não deveria ter sido deferido, conforme resulta do art. 681. do Cód. de Proc. Civil.

Florianópolis, 21 de maio de 1951. - *Flávio Tavares da Cunha Melo*, presidente, com voto; *Osmundo Nóbrega*, relator; *Nélson Guimarães*; *Alves Pedrosa*.

Finalpag. 353

Tribunal de Justiça do Ceará

SENTENÇA - PUBLICAÇÃO EM CARTÓRIO

- É nula de pleno direito, por ser a decisão em audiência formalidade essencial ao sistema de oralidade processual instituído no novo Cód. de Proc. Civil nacional, a sentença que, contrariando flagrantemente aquêle sistema vem a ser proferida nos autos, mediante têrmo de conclusão, e pelo escrivão publicada mediante o arcaico têrmo de publicação no processo, em certidão de intimação das partes interessadas.

Dr. Luís Nogueira Bezerra e sua mulher *versus* Francisco Jerônimo da Silva, sua mulher e outros

Ap. n° 3.714-Relator: DESEMBARGADOR CURSINO BELÉM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.714, da comarca de Russas, em que são, respectivamente, apelantes o Dr. Luís Nogueira Bezerra e sua mulher, e apelados Francisco Jerônimo da Silva, sua mulher e outros:

Perante o Juízo de Direito da Comarca de Russas ajuizaram os ora apelantes contra os apelados uma ação ordinária de reivindicação, nos têrmos da petição inicial de fls.

Está a inicial acompanhada dos docs. de fls. e fls.

Contestaram os réus, Francisco Jerônimo da Silva e sua mulher, e Alexandre Celedônio da Silva e sua mulher, na forma constante de fls., acompanhada a contestação dos documentos de fls. e fls.

Do despacho que julgou saneado o processo não houve recurso (despacho saneador de fls.), tendo o Dr. juiz, *ex officio* determinado a realização de uma vistoria, formulando quesitos.

Compromissados devidamente, apresentaram os expertos das partes o laudo comum, de fls., por ambos assinado.

Encerrada a instrução em audiência, presentes as partes, por seus procuradores, e encerrado o debate oral, foi pelo Dr. juiz da causa declarado que, "não lhe sendo possível proferir a sentença" naquela audiência, mandava "lhe fôssem os autos conclusos marcando o prazo da lei para a publicação da mesma sentença" (têrmo de audiência de instrução e julgamento de fls.).

Conclusos os autos por têrmo, na conformidade da determinação do juiz, prolatou êste nos mesmos a sentença de fls., cuja parte conclusiva é a seguinte:

"Pelas considerações expendidas, julgo improcedente esta ação.

"Custas na forma da lei.

"Publique-se e intime-se".

Datada e assinada pelo juiz.

Consta de fls. o têrmo de publicação pelo escrivão:

"Nesta data, em cartório, publiquei a sentença *retro* do Dr. juiz de direito, do que faço êste têrmo.

"Russas, 9 de agôsto de 1948. - *Raimundo Nogueira Santiago*".

Certificou o escrivão, logo em seguida, que, na data da certidão (18 de agôsto de 1948), intimara as partes, por seus advogados, da sentença proferida nos autos pelo juiz.

Apelaram os autores, contra-arrazoado o recurso pelos réus.

Isto pôsto:

I. Cumpre acentuar, antes de tudo, que a audiência de instrução e julgamento é uma só, ainda quando se venha a realizar em atos diversos, ou diversas audiências.

Em hipótese alguma, perde a audiência de instrução e julgamento o seu caráter essencial e intrínseco de audiência única.

Dado o sistema visceral do Código, estabelecendo as condições do processo oral, não há mais sentença definitiva proferida fora daquela audiência, nem há mais a publicação da sentença do antigo estilo processual.

Tudo se cifra, rigorosa e absolutamente no proferimento, na prolação da sentença em audiência naquela audiência de instrução e julgamento.

É inteiramente contrário à sistemática de novo Cód. de Proc. Civil nacional o entendimento de que a chamada audiência de publicação da sentença seja uma audiência especial, diferente ou desintegrada da audiência de instrução e julgamento, possibilitando a prolação de sentenças simplesmente nos autos ou não proferidas naquela audiência - a audiência de instrução e julgamento.

Tal inteligência é errônea, tal prática viola flagrantemente o sistema da oralidade, adotado pelo nosso vigente diploma legal.

Foram precursores da oralidade processual no Brasil, como é sabido e consta mesmo da exposição de motivos da nova lei, RUI BARROS (1910), CARVALHO MOURÃO (1911), SABÓIA DE MEDEIROS (1924) e FRANCISCO MORATO, êste em discurso pronunciado

Finalpag. 354

no Congresso Nacional de Direito Judiciário de 1936.

Pois bem, é FRANCISCO MORATO, um daqueles precursores, o saudoso professor da Faculdade de Direito de São Paulo, que escreve, significativamente:

"A oralidade caracteriza-se pelas circunstâncias de serem as discussões travadas e as conclusões deduzidas de viva voz em audiência do juiz singular ou coletivo; da prontidão com que pronuncia a sentença o mesmo juiz que assistiu à instrução e debates do feito; da concentração de tôda a atividade processual, atinente à instrução e tratamento da causa, em uma só audiência ou em audiências imediatas ("Miscelânea Jurídica", vol. II, São Paulo, 1945, págs. 787-788).

Concentração de tôda atividade processual, atinente à instrução e tratamento da causa, em uma só audiência ou em audiências imediatas - diz o emérito doutrinador.

Mas, o sentido da lei e o próprio texto da lei demonstram, e assim o interpretam os seus mais autorizados comentadores, que a audiência de instrução e julgamento é uma só, é única, mesmo quando se venha a realizar em atos diversos, ou diversas audiências, inclusive a chamada audiência de publicação da sentença.

Vem, a propósito das características da oralidade processual, mais um tópico do professor FRANCISCO MORATO, extraído da citada "Miscelânea Jurídica", vol. II, página 788:

"A oralidade caracteriza-se nas suas linhas mestras por cinco elementos:

"1º - A predominância da palavra falada;

"2º - A imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios produtores da certeza;

"3° - A identidade física do órgão judicante em todo o decorrer da lide;

"4º - A irrecorribilidade das interlocutórias;

"5º - A concentração da causa no tempo".

É, de modo mais decisivo e significativo, completa o mestre o seu pensamento sôbre as condições essenciais ou fundamentais do processo oral:

"O elemento chamado da concentração da causa é, porventura, a principal característica do processo oral e o que tem mais "influência na abreviação da lide a tal ponto que, no dizer dos autores, falar de oralidade equivale a falar de concentração. "Consiste em apertar o feito em um período breve, reduzindo a uma audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos. "Quanto mais próximos da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto menor é o perigo do desaparecimento das impressões pessoais e dos fatos que a memória registra" (MORATO, ob. e local estados, pág: 793).

II. Insistimos, a bem do respeito ao espírito e letra do nosso Cód. de Proc. Civil, na demonstração de que a audiência de instrução e julgamento é uma só embora realizada em mais de um dia, com designação de outros dias de audiências, a critério do juiz.

Em seu art. 270, prescreve, expressa e claramente, o Cód. de Proc. Civil nacional:

"A audiência será contínua, e só por motivo de fôrça maior se interromperá. Não sendo possível num só dia, o juiz, independentemente de novas intimações, marcará a continuação para dia próximo".

Sempre o princípio de uma audiência única a audiência de instrução e julgamento.

"Terminada a instrução, o juiz fixará os pontos a que deverá limitar-se o debate oral", dizia o art. 269 do Código.

Agora com a nova redação, dada no artigo 20 pelo dec.-lei nº 4.585, de 11 de agôsto de 1942 (alterações da lei processual vigente):

"Terminada a instrução, o juiz fixará o objeto da demanda e os pontos em que se manifestou a divergência".

Como se vê do confronto dos próprios textos, e segundo o comentário autorizado de PLÁCIDO E SILVA ("Alterações da Lei Processual", pág. 24), a alteração, em realidade, não acarretou qualquer modificação essencial ao artigo em questão.

Fixando os pontos a que deverá limitar-se o debate oral ou, na nova linguagem da lei, fixando o objeto da demanda e os pontos em que se manifestou a divergência, fazendo-o - acrescenta o referido comentador - o julgador limita a matéria dos debates, para que não se vá além daquela determinada e indicada que sòmente ela precisa de esclarecimento, para que se decida a favor de quem possua a razão jurídica.

Estabelecidos os pontos divergentes, isto é, aquêles sôbre os quais repousa ou se funda a controvérsia, o litígio e ouvidos os procuradores das partes e órgão do Ministério Público, quando fôr caso, o juiz proferirá a sentença respectiva.

O Código é peremptório a respeito da sentença imediata, não cogitando sequer do preparo do processo rara essa sentença, com o objetivo evidente de não retardá-lo.

Daí a determinação terminante, categórica, do art. 271: "Encerrado o debate, o juiz proferirá a sentença".

Concluído o debate oral - comenta ZÓTICO BATISTA ("Código de Processo Civil

Finalpag. 355

Anotado e Comentado", pág. 214) - concluído o debate oral, segue-se a sentença verbal, proferida imediatamente, ou a escrita, proferida em outra audiência que o juiz designará, desde logo, e na qual a sentença será publicada, em prazo não excedente de dez dias.

Eis os próprios têrmos da lei processual:

"Se não se julgar habilitado a decidir a causa, designará (o juiz), desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de dez (10) dias, a fim de publicar a sentença".

Casos poderão ocorrer em que o juiz não possa imediatamente proferir a sentença, encerrado o debate, como manda o art. 271. Conforme pondera, muito bem, o notável ZÓTICO BATISTA, poderá haver complexidade de motivos e fundamentos que exijam maior ponderação e detido exame por parte do julgador. Não se julgue êle habilitado a decidir a causa imediatamente na audiência do encerramento do debate, como diz e impõe a lei. Neste caso, equivale a um motivo de fôrça maior, deixa de sentenciar, mas, determina, imperativamente, o parág. único do art. 271 que o juiz "determinará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de dez (10) dias, a fim de publicar a sentença".

Temos, pois, como um conjunto imperativo e harmônico de dispositivos (art. 270 e parág. único, art. 272 e parág. único), que prescreve ó Cód. de Proc. Civil em vigência no Brasil, o chamado Código unitário:

- que a audiência de instrução e julgamento será contínua, e, por isso mesmo, só por motivo de fôrça maior se interromperá;

- que, não sendo possível concluir a instrução, o debate e o julgamento num só dia, o juiz da causa marcará, independentemente de novas intimações, a continuação dos trabalhos da audiência para dia próximo;

- que, encerrado o debate entre os procuradores das partes, sôbre a matéria controvertida na causa, ou matéria do litígio, proferirá o juiz na mesma audiência, ou sem perda de tempo, a respectiva sentença;

- que, não se julgando, contudo, habilitado a sentenciar a causa imediatamente, por motivos que exijam maior ponderação e detido exame equivalendo a um

motivo de fôrça maior, poderá deixar de proferir a sentença naquele momento impôsto na sistemática do novo Cód. de Proc. Civil, mas, impõe-se-lhe o dever legal de designar, desde logo, outra audiência em continuação daquela que se realizará dentro de dez dias, a fim de publicar a sentença;

- que, do ocorrido em tôda a audiência de instrução e julgamento, na conformidade do art. 272 daquele Código, lavrará o escrivão, "no livro próprio, ditado pelo juiz, têrmo que conterá, em resumo, os esclarecimentos do perito, não constantes do laudo, os debates e requerimentos, bem como, por extenso, os despachos e a sentença".

Como observa o eminente jurista e saudoso desembargador do Tribunal do Estado do Rio, são condições precípuas do processo oral ora vigorante no País:

a) que seja insubstituível o juiz que intervenha na instrução e julgamento, salvo se o fundamento da substituição consistir em incapacidade física ou moral para o exercício do cargo, sendo que, neste caso ou no do falecimento, o substituto poderá, se necessário, mandar reproduzir as provas;

b) que o processo seja, quanto possível, centrado em audiência ou em outras seguintes, fixadas proximamente, o que, no dizer de CHIOVENDA, é a principal conseqüência da oralidade, uma vez que determina a brevidade da lide;

c) que, no procedimento, tenha o juiz uma função ativa, tomando as precisas providências no sentido de assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa, usando da sua autoridade de modo que a decisão corresponda à verdade e à justiça.

Tudo domina o princípio da concentração dos atos do processo.

E a continuidade da audiência – diz JORGE AMERICANO - é requisito para a celeridade e concentração processual.

Por isso mesmo, só por motivo de fôrça maior se interromperá a audiência. O conceito de fôrça maior, segundo o citado JORGE AMERICANO, não pode ser entendido com o rigor definido no parág. único do artigo 1.058 do Cód. Civil, isto é, como fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. A razão de fôrça maior para autorizar o juiz a suspender a audiência, interrompendo a sua obrigatória continuidade legal (art. 270 do Cód. de Processo), é antes uma severa advertência ao juiz, para que não quebre o

sistema da concentração em audiência, suspendendo esta por motivo secundário.

Vale a pena transcrever do egrégio mestre de processualística brasileira, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o tópico adiante sôbre a concentração do processo na audiência de instrução e julgamento ("Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil", vol. I, pág. 570):

"A audiência, no atual sistema, concentra o processo. Nela se realizam, ordinàriamente, os atos probatórios, a discussão e o ato decisório. É, portanto, ato de caráter continuado. Só não se realizam na audiência: *a)* os atos da fase ordinatória (petição inicial, defesa, despacho saneador); *b)* os atos probatórios realizados ad *perpetuam rei memoriam*, os atos deprecados, e a prova pericial; *c)* os atos executórios da sentença.

"A audiência transformou-se, pois, por completo, deixando de ser apenas o ato

Finalpag. 356

coordenador do expediente forense. Deixa de se verificar semanalmente, em dia certo, requerendo sucessivamente os advogados interessados nas várias causas, para verificar-se cada audiência independente em cada causa. É marcada, portanto, nos autos da causa, e não por uma tabela semanal fixa".

Por completo, transformou se a audiência - observa muito bem o douto processualista. Passou a ter outra significação no sistema do Código. Cada causa, cada audiência de instrução e julgamento no processo ordinário comum.

Em seu "Código de Processo Civil Anotado e Comentado", dá-nos ZÓTICO BATISTA o inteiro sentido do que é a audiência em nossa nova processualística, definindo-a como sendo o ato oficial, solene e público, em que o juiz procede à instrução da causa, apurando as provas e ouvindo as partes, para a imediata decisão da lide.

E, por isso mesmo, acrescenta o comentarista, já não há mais as audiências semanais em dias prefixados por editais, do antigo estilo forense. De acôrdo com o novo regime do Código, as audiências, nos casos em que sejam necessárias, são fixadas no respectivo processo, nos moldes prefigurados da lei.

No processo ordinário de cada ação, uma audiência de instrução e julgamento. A audiência será contínua, e só por motivo de fôrça maior se interromperá. Não

sendo possível concluir a instrução, o debate e o julgamento num só dia, o juiz, independentemente de novas intimações, marcará a continuação para dia próximo.

A continuidade da audiência, como bem pondera AMERICANO, é requisito para a celeridade e concentração do processo.

Encerrado o debate, o juiz sentenciará imediatamente o feito. Só não se julgando habilitado, por um motivo equivalente ao de fôrça maior, - mesmo porque, sendo a audiência contínua, só por fôrça maior se pode interromper, - só em razão de um motivo de tal império deixará o juiz de proferir a sentença da causa, designando, desde logo, outra audiência em continuação daquela, a qual se realizará dentro de dez dias, Dará a publicação da sentença, na conformidade do imperativo legal (art. 271, parág. único).

III. A sentença considerar-se-á publicada na audiência em que fôr proferida (Código de Proc. Civil, art. 286).

Quer dizer: na conformidade do espírito do sistema de oralidade processual adotado no Brasil, tornado bem certo, claro e insofismável, nos têrmos peremptórios do art. 286; *supra* citado, proferimento da sentença definitiva em audiência e publicação em audiência da sentença definitiva passaram a traduzir o mesmo conceito legal, entraram a ter a mesma significação jurídica.

Seja a sentença proferida na audiência de instrução e julgamento, logo após o encerramento do debate oral (Cód. de Processo, art. 271), seja lida na chamada audiência de publicação, dentro dos dez dias do parágrafo único do citado art. 271, tanto em uma como em outra dessas ocasiões, a leitura da decisão pùblicamente pelo Dr. juiz da causa, em presença das partes, realiza o objetivo da lei, que é dar a conhecer aos interessados, para os fins de direito, a existência da sentença, a solução definitiva do litígio.

Temos, aqui, nesse passo, em primeiro lugar, o comentário sintético de JORGE AMERICANO ao art. 286 ("Comentários", vol. I, pág. 697):

"A publicação é o fato de ser a mesma (a sentença) dada a conhecimento público, e resulta automàticamente do seu proferimento em audiência. Enquanto não proferiria, a sentença não tem existência legal. Mas, proferida, a sua existência resulta da própria promulgação, independentemente de qualquer formalidade especial de publicação".

Depois de JORGE AMERICANO, vem um significativo tópico de OSVALDO PINTO DO AMARAL ("Código de Processo Civil Brasileiro", coleção de juízes de São Paulo, vol. V, pág. 14):

"Na maioria dos processos, a sentença é proferida após a instrução e os debates em audiência. Ou o juiz a profere na própria audiência dos debates ou posteriormente, se não se sentir habilitado a decidir desde logo. No primeiro caso, a publicação da sentença é dada como feita na própria audiência. No segundo, a publicação tem lugar na audiência que o juiz é obrigado a designar, dentro de dez dias (art. 271 e parágrafo único).

É da data da publicação, em ambos os casos, que se conta o prazo para a interposição de recurso".

Daí o dispositivo do art. 812 do Cód. de Proc. Civil nacional:

"Contar-se-á da data da leitura da sentença (art. 271) o prazo para a interposição de recurso, observando-se nos demais casos o disposto no art. 28".

Proferimento da sentença em audiência, publicação da sentença em audiência e leitura da sentença em audiência são expressões que se equivalem para o efeito do início do prazo para o recurso de apelação, a ser interposto das sentenças definitivas proferidas em audiência.

Os demais casos, a que se refere a segunda parte do art. 812, são os recursos interpostos contra sentenças não proferidas em audiência (processos especiais, processos acessórios) e os recursos interpostos de despachos não constitutivos de sentença, mas encerrando

Finalpag. 357

uma decisão recorrível, como bem observa o douto JORGE AMERICANO.

IV. Trata-se de uma sentença proferida fora da audiência de instrução e julgamento, em uma ação ordinária de reivindicação. Nem proferida na audiência de instrução e julgamento, logo após o debate oral, nem proferida em outra audiência, que, no prazo máximo de dez dias, se viesse a realizar em prorrogação daquela, por designação do juiz.

Declarou o juiz que, "não lhe sendo possível proferir a sentença" naquela audiência, mandava "lhe fossem os autos conclusos, marcando o prazo da lei

para a publicação da mesma sentença" (têrmo de audiência de instrução e julgamento de fls).

O Dr. juiz não marcou outra audiência, a realizar-se dentro dos dez dias da lei (Código de Processo, art. 271, parág. único), a fim de publicar a sentença. Nada, designou. Nenhuma outra audiência veio a realizar-se, em continuação da anterior, ou em prorrogação da audiência de instrução e julgamento.

Não proferida em audiência, nem em audiência publicada, foi, no entanto, a sentença escrita nos autos - de fls. a fls. - mediante têrmo de conclusão, concluindo o Dr. juiz de direito por ordenar - Publique-se e intime-se -, o que fêz o escrivão (têrmo de publicação e certidão de intimação, ambos de fls.).

Temos, pois, como perfeitamente certo que não existe nos autos uma decisão em audiência, como exige o sistema estabelecido no novo Cód. de Proc. Civil brasileiro.

Admitir como possível ou tolerável uma tal prática, como simples irregularidade formal um tal julgamento, seria abolir, sem nenhuma dúvida, um dos pressupostos fundamentais do regime da oralidade e concentração dos atos do processo adotado no Brasil.

O julgamento feito na sentença simplesmente lançada nos autos pelo juiz e pelo escrivão publicada, mediante têrmo do antigo estilo forense, com intimação das partes, é inteiramente contrário ao novo sistema de oralidade processual do nosso Código, que teve violado o seu texto.

A questão não é de simples forma, de mera formalidade processual, é de fundo, é do próprio sistema adotado, é de observância do chamado princípio de concentração dos atos do processo.

O caso é da verificada preterição de um ato substancial do processo, da violação de uma das condições essenciais ao novo regime da oralidade, nos têrmos estabelecidos na lei.

A sentença é nula de pleno direito - eis tudo, por ser a decisão em audiência formalidade essencial da sistemática do vigente Cód. de Proc. Civil nacional.

O chamado princípio da concentração é só comparável em importância e alcance ao princípio da imediatidade, com identidade física do julgador. Tratando do princípio da concentração, diz JORGE AMERICANO (ob. cit., vol. I, pág. 218):

"Todos os elementos de convencimento, que não forem de natureza incompatível com a audiência, nela se realizam oralmente; sucede-lhe o debate oral, seguindo-se-lhe o julgamento oral" (arts. 263-272).

V. O Prof. JORGE AMERICANO - escreve o monografista das nulidades em nosso direito processual novo TITO PRATES DA FONSECA - o Prof. JORGE AMERICANO, ao comentar o art. 273, do Cód. de Processo, refere-se à ausência de sistematização com assento na definição dos atos substanciais do processo, clássica em nosso direito. O juiz, segundo JORGE AMERICANO, deverá valer-se dos elementos informativos necessários, dentro da doutrina, da lógica e do sistema da nova lei.

E manifesta TITO PRATEB ("As Nulidades em Face do Código de Processo Civil", 1941, pág. 173) o seu perfeito apoio á assertiva de AMERICANO e à discriminação por êle feita dos atos substanciais do processo, que, por isso mesmo que essenciais, não podem ser preteridos, sob pena de nulidade.

De acôrdo com o que estabelecem, em seriação, ambos os egrégios processualistas brasileiros, os atos necessários ao estabelecimento, desenvolvimento e extinção normal da relação processual são os seguintes: a citação (salvo o comparecimento), o pedido, o têrmo de defesa, o despacho saneador, a audiência (com as provas que houver), a decisão em audiência, o prazo para recurso, as decisões sôbre os recursos, a citação para a execução, o pedido na execução, o têrmo para a defesa do executado, a liquidação do pedido ilíquido, a apreensão da coisa sôbre que recai a execução, ou o ato coativo equivalente, a avaliação, os editais de praça e a arrematação.

Tais os atos substanciais, cuja preterição invalida o processo da ação ou o processo da execução.

A audiência de instrução e julgamento - diz, por sua vez com a autoridade do seu nome, o Prof. RESENDE FILHO, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, "Curso de Direito Processual Civil", vol. II, pág. 206, - a audiência de instrução e julgamento é têrmo essencial do processo ordinário, não podendo ser dispensada. Ainda quando as partes não hajam protestado pela produção de provas casuais, o juiz é obrigado a marcar a audiência de instrução e julgamento, pois é do sistema do Código que nela se realize o debate oral e se profira o julgamento da causa.

A seu turno, tratando da eficácia da sentença, em comentário ao art. 286 do Código, escreve DE PLÁCIDO E SILVA ("'Comentários", 1940, págs. 236-

237) que, "tão logo proferida na audiência marcada para o julgamento, está a sentença publicada. A publicidade

Finalpag. 358

é têrmo indispensável. Não tem força a sentença que não receba êsse batismo. JOÃO MONTEIRO já acentuava a importância da formalidade, quando esclarecia que a sentença tem na publicidade o indispensável fator para que produza os efeitos pretendidos. Então, diante das regras instituídas pelo Código, pelas quais a publicação da sentença sòmente ocorre em audiência, a exeqüibilidade decorrente não terá apoio sem a sua satisfação. Nenhum outro ato o substituirá. O meio único é o que o Código determina nos arts. 271 e 288".

A sentença em exame é, pois, nula de pleno direito, eis tudo, por ser a decisão em audiência formalidade essencial da sistemática do vigente Cód. de Proc. Civil nacional.

VI. Não tem alcance no caso, para o efeito de deixar a superior instância de decretar a nulidade de uma tal sentença, a circunstância de não ter sido cominada a pena de nulidade para a decisão proferida fora de audiência e publicada simplesmente pelo escrivão, mediante o clássico têrmo de publicação, nos autos.

Assim, também, não importa a circunstância, na espécie secundária, dá não alegação da nulidade pela parte, bem como não há cogitar se, na hipótese - tratando-se de uma sentença prolatada simplesmente nos autos e nos autos publicada pelo próprio escrivão, mediante um arcaico têrmo de publicação, com intimação das partes, contrária ao sistema instituído na nova lei processual, tratando-se de decisão proferida em ação ordinária, - não há cogitar se na hipótese houve ou não prejuízo da parte.

Por outro lado, não há como buscar suprir a falta ou o defeito insanável de uma sentença, nula por contrária ao sistema do Código, lançada pelo juiz nos autos e pelo escrivão publicada, mediante têrmo, sem ter o seu prolator sequer designado a audiência, em prorrogação da anterior, para o fim especial da publicação, dentro do prazo legal de dez dias:

Nula, a sentença de pleno direito, por não proferida ou publicada em audiência, e já do conhecimento público, por constante dos autos, não há como pretender revalidá-la, fazendo-a publicar em outra audiência.

Caso é de nova sentença, a ser proferida em audiência, em justa observância do sistema adotado na lei.

A Turma julgadora, *ex officio*, entende do seu dever legal - em resguardo daquele sistema e restabelecimento do texto violado, que obriga seja a sentença sempre proferida em audiência, têrmo essencial do processo oral, - pronunciar a nulidade da sentença em referência, por um manifesto e insofismável interêsse de ordem pública. Não é a nulidade no simples interêsse das partes: é a decretação da nulidade no interesse da lei, da justa observância do texto e espírito do novo Código, com o seu caráter publicístico.

VII. Pelos fundamentos expostos:

Acordam os juízes componentes da Turma julgadora da Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Ceará, sem discrepância, de votos, conhecer do recurso apelatório, tão sòmente para o fim de *ex officio*, e preliminarmente, decretar a nulidade da sentença proferida fora de audiência, e com ela a do processo, a partir da mesma sentença, para que seja proferida outra decisão, com justa e inteira observância da preceituação legal.

Custas como de direito.

Fortaleza, 3 de fevereiro de 1949. - *Daniel Lopes*, presidente; *Cursino Belém*, relator; *Péricles Ribeiro*; *Pires de Carvalho*.

Finalpag. 359

Tribunal de Justiça de Alagoas

TESTEMUNHAS - ROL - AUDIÊNCIA ADIADA

- Designado, dia para a audiência de instrução e julgamento e não realizada por embaraço do Juízo, fica sem efeito dita designação. Valendo sòmente o novo dia marcado, pode o rol de testemunhas ser apresentado 48 horas antes da audiência.

Maria Sampaio de Oliveira *versus* Frederico da Costa Medeiros

Ap. nº 3.183 - Relator: DESEMBARGADOR ARAÚJO SOARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível procedentes da comarca de Atalaia, sendo apelante D. Maria Sampaio de Oliveira, e apelado Frederico da Costa Medeiros:

Na ação executiva movida pelo apelante contra o espólio de Antônio Sabino de Oliveira, representado pela apelante, inventariante do mesmo espólio, agravou-se esta, no auto do processo, por não haver o juiz admitido a prova testemunhal que a mesma quis dar.

Sustentou o juiz o seu despacho sob o fundamento de que, tendo sido a audiência de instrução e julgamento designada para o dia 14 de abril, não teve lugar por não terem sido realizadas diligências ordenadas pelo mesmo, de modo que marcou novo dia para que tivesse lugar dita audiência. E se não fêz a agravante, em tempo, o depósito das testemunhas que pretendia fôssem inquiridas, não podia mais fazê-lo para o outro dia designado a fim de ser realizada dita audiência.

Entendeu o juiz ter havido "pecaminosa negligência" da parte, não podendo valer-se de uma transposição de datas para dela se purgar, pois a designação feita para a realização da audiência em outro dia não foi para restaurar situação perdida, mas sim para suprir falhas do processo.

Como se vê dos autos, a audiência de instrução e julgamento da ação proposta foi designada para o dia 14 de abril, não tendo o agravante juntado o rol de suas testemunhas. Mas verificou o juiz, antes de inicia-la, como afirmou, que havia falhas a corrigir, não podendo ela realizar-se no dia marcado, pelo que designou novo dia para que tivesse lugar, ou seja, a 29 de abril, havendo a agravante apresentado no dia 26 o rol das testemunhas que desejava fôssem inquiridas na audiência.

Essa apresentação foi, por conseguinte, dentro do prazo de 48 horas anteriores ao dia da mesma audiência da que realmente teve lugar.

Não vale dizer-se que perdeu a agravante o prazo em face do dia 14 anteriormente designado, pois ela não se realizou nesse dia e isso por culpa de outrem, que não a agravante. Se esta fôsse a provadora desta transferência, poderia ter sido maliciosa, mas tal não ocorreu.

Não há como falar-se de uma audiência que se não realizou, por embaraço do juízo, por conseguinte, sem efeito a designação anterior, nem como dizer-se que a transposição de datas redundaria em proveito de quem pedira o prazo.

Poderia ter mesmo acontecido não haver sido feito o depósito do rol das testemunhas diante das falhas do processo a que o juiz se referiu, do que resultaria, como resultou, a não realização da audiência.

O caso presente nada tem de semelhante, e muito menos de igual, ao do acórdão do Tribunal do Distrito Federal, trazido em apoio do despacho agravado. Enquanto aqui não houve, não poderia haver, a audiência no dia marcado, lá a audiência se realizou, e, não concluída, prosseguiu em dia posterior. Nessa hipótese, sim, que nenhuma das partes poderia oferecer novas provas.

Audiência que não se realiza por obstáculo judicial não pode como tal ser denominada por inexistente.

Audiência foi a que se fêz a 29, tendo a 26 a agravante feito o depósito do rol de suas testemunhas, pelo que no prazo legal. E de vez que não foram ouvidas, como pediu a agravante, constituiu um cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de produção de prova, procedente, portanto, o agravo no, auto do processo, com fundamento no artigo 851, II, do Cód. de Proc. Civil.

Assim, pois, tomando conhecimento do mesmo como preliminar da apelação, *ex vi* dos arts. 852 e 876 do citado Código:

Acorda o Tribunal, em julgamento de Turma e por maioria de votos, dar provimento ao agravo, a fim de que sejam tomados os depoimentos das testemunhas arroladas pela agravante.

Custas pelo agravado.

Maceió, 4 de agôsto de 1950. - *M. Xavier Accioly*; presidente; *H. B. de Araújo Soares*, relator designado; *Baltar Filho*, relator, vencido: Preliminarmente, é de ser negado provimento ao agravo no auto do processo, interposto pela apelante do despacho em que o juiz indeferiu o pedido de juntada do rol de testemunhas (fls. 35). Interpondo o recurso na forma do art. 851, II, do Cód. de Proc. Civil, diz a agravante que, indeferindo

Finalpag. 360

a petição que está a fls. 35, o juiz não admitiu a prova requerida, havendo cerceamento de defesa.

Mas, no despacho saneador, admitindo a prova testemunhal, pela qual se protestara, marcou o juiz o dia da audiência de Instrução, competindo às partes depositar o rol das testemunhas até dois dias antes do marcado para essa audiência, como fêz a parte autora, a fim de lavrar-se o têrmo de assentada (art. 239). No dia designado, 14 de abril, presentes as partes por seus advogados, foi lavrado o têrmo de assentada das testemunhas do autor, que compareceram, designando, porém, o juiz o dia 29 para a audiência, com o fim de suprir uma falha do processo, e não para restaurar posição perdida pela, ré, que a tempo não depositara rol de testemunhas. E tendo ela requerido êsse depósito no dia 26, depois de haver perdido oportunidade, não podia ser deferido o seu requerimento.

Decai do direito de apresentar testemunhas a parte que não deposita, dois dias antes do marcado para a audiência de instrução e julgamento, sendo inadmissível fazê-lo no caso de adiamento, quando se realizaram os atos preliminares da prova testemunhal e apenas designado outro dia para a mesma audiência, a fim de ser suprida uma outra falha do processo; *Barreto Cardoso*.

*

SUSPEIÇÃO - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - ADVOGADO PARENTE EM 3º GRAU DE JUIZ

- Dá-se conflito negativo de jurisdição quando um juiz se averba de suspeição numa causa e aquele que o deve substituir entende que inexiste a suspeição declarada.

- Não está o advogado impedido de requerer perante juiz do cível, por ser parente em 3º grau na linha colateral; devendo o juiz afastar-se de suas funções em tal hipótese.

- A restrição à liberdade profissional, sendo de direito estrito, é de estar expressa em lei.

Suscitante: Juiz de direito de Atalaia

Conf. de jur. nº 3.179 – Rel.: DESEMBARG. ARAÚJO SOARES

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos os autos de conflito de jurisdição procedentes da comarca de Atalaia, em que é suscitante o Dr. juiz de direito dessa comarca e suscitado o da comarca de Murici:

Em Murici, moveu Antônio Marinho de Gusmão uma ação executiva contra o espólio de Djalma Gomes da Silva, funcionando o autor como advogado em causa própria, devidamente licenciado pelo juiz. Depois de contestada a dita ação, o autor constituiu advogado, que requereu juntada do mandato que lhe fôra outorgado, e como dito advogado fôsse sobrinho do juiz da ação, êste se averbou de suspeito, indo os autos à conclusão do de Atalaia.

Esse juiz, não se conformando com a referida suspeição, dirigiu uma reclamação ao Tribunal, junta, aos autos da executiva, em que alega o impedimento do advogado de ingressar no feito, depois do mesmo se encontrar já na fase de instrução e julgamento, invocando o art. 128, nº IV, da Organização Judiciária dêste Estado, de 1928, e o art. 11, inciso IV, do Regulamento da Ordem dos Advogados, que cataloga entre os impedidos de procurar em juízo as pessoas assim declaradas em lei, decreto ou regulamento anterior. E sustenta que, não havendo recurso na espécie, a reclamação é o meio jurídico apropriado à restauração, da ordem judiciária.

O desembargador presidente mandou que a mesma fôsse processada como conflito de jurisdição; e assim se fêz.

Ouvido o juiz de Murici, êste disse que os argumentos são judiciosos, reconhecendo que não devera ter admitido o ingresso do advogado seu sobrinho no feito em curso, mas conclui que, pelo dito fato, sobreveio, de sua parte, interesse na decisão do mesmo, pelo que nêle não pode funcionar.

O Sr. procurador geral opinou pela competência do juiz de Murici, por não estar impedido ou suspeito de funcionar no processo, de vez que nêle ingressou o advogado depois do juiz haver proferido despachos ordenatórios do processo.

Examinada a espécie, bem procedeu o Sr. presidente do Tribunal mandando processar a reclamação do juiz de Atalaia como conflito de jurisdição, pois o é, e negativo. Nesse sentido vem-se aqui orientando a jurisprudência.

Quanto à suspeição alegada pelo juiz de Murici, ela está apoiada por dispositivo existente no Cód: de Proc. Civil (art. 185, I).

A proibição ou impedimento de procurar em juízo é uma restrição à liberdade profissional que somente poderá existir quando expressa em lei federal.

O Cód. Civil não estende dito impedimento aos parentes do juiz em 3º grau, na linha colateral (art. 1.325, V), nem as leis que criaram e regulamentaram a Ordem dos Advogados (arts. 10 e 11 do respectivo Regulamento).

Sucede, porém, que estas incluíram entre os proibidos e impedidos aquêles que anteriormente tivessem sido assim declarados por lei, decreto ou regulamento federal, estadual ou municipal.

Finalpag. 361

Não há que examinar, se de tal modo procedendo, bem fizeram, frente às legislações estaduais e municipais, diante de dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de profissão.

E não é de ser examinado porque a disposição contida no art. 126, IV, da Organização Judiciária invocada, proibindo de servir juntamente o juiz ou escrivão com o advogado que tenha com êle parentesco colateral, até o 3° grau, não prescreve o afastamento do advogado. Nem se pode compreender de modo contrário, pois dita lei judiciária não fêz senão fixar a situação dos que exercessem funções públicas reguladas por lei estadual, e não sôbre o exercício do mandato, matéria que escapava, como ainda hoje, da competência do legislador estadual, por ser da órbita federal.

Evidencia-se ainda mais que não houve o propósito de afastar o advogado, de vez que não está disposto expressamente que assim suceda, pôsto tenha prescrito, no art. 127 da citada Organização Judiciária, entre outros casos qual dos impedidos deixaria de funcionar.

Antes, determinou, no inciso IX do citado artigo, que "entre o funcionário ou auxiliar de justiça e o advogado, serão aquêles os impedidos na causa patrocinada por êste", silenciando sôbre o juiz e o advogado, por se tratar de matéria regulada pela legislação federal, como já ficou dito.

Resultarão certamente inconveniências, como a que o suscitante aponta, de poder assim a parte afastar um juiz de suas funções, mas não são os juízes que legislam, nem podem deixar de aplicar a lei pelas inconveniências que possam suceder, por exceção. Além disso, seria admitir a leviandade do juiz antecipando a sua opinião sôbre a causa iniciada, para que a parte se apressasse em afasta-lo de suas funções.

O que se não justifica é o dito de que o advogado, sobrinho do juiz, pode iniciar perante êste uma demanda, mas não pode nela ingressar depois de aforada. Não sendo admissível no último caso, também não seria no outro, pois em ambos o juiz teria de se afastar.

O dispositivo invocado não autoriza essa distinção.

Não existindo disposição expressa de lei, quer substantiva, quer formal, no cível, proibindo ou impedindo um advogado, parente colateral em 3° grau do juiz, de patrocinar causas perante o mesmo, antes, prescrevendo o Cód. de Proc. Civil, no art. 185, I, que se suspeite o juiz quando o procurador da parte tenha com êle o parentesco acima referido, legal foi a suspeição declarada pelo Dr. juiz de direito de Murici no caso trazido a êste Tribunal para que fôsse solucionado.

Existe, sim, essa proibição no processo penal (art. 267 do respectivo Código), não afastando, contudo, o advogado que tenha ingressado no feito antes do juiz (art. 252, I), mas, sendo as proibições de direito estrito, não pode ser aplicada a do processo penai no processo civil, tanto mais quando êste, em vez de declarar o impedimento do advogado, prescreve a suspeição do juiz.

Pelo exposto:

Acorda o Tribunal, por maioria de votos, tomar conhecimento da espécie como conflito negativo de jurisdição, e declarar competente, para prosseguir na ação executiva processada em Murici, o juiz de direito da comarca, de Atalaia.

Custas na forma da lei.

Maceió, 4 de agôsto de 1950. - *M. Xavier Accioly*, presidente; *N. B. de Araújo Soares*, relator; *Barreto Cardoso*; *Meroveu Mendonça*, vencido: Está fora de dúvida que não podem funcionar conjuntamente juiz e advogado que forem parentes até o 3º grau (Código de Proc. Civil, art. 185, nº I; Cód. de Proc. Penal, art. 252, nº I).

A dúvida é saber quem deve funcionar no processo, se o juiz ou o advogado. O Código de Proc. Civil não esclarece. Deve-se, portanto, recorrer à legislação subsidiária, aos principias gerais de direito. E, em matéria que o Cód. de Proc. Civil não tem motivo para divergir do Cód. de Proc. Penal, cabe bem a aplicação do que neste se contém. O Cód. de Proc. Penal, como salientaram ESPÍNOLA e CÂMARA LEAL, consagrou a solução de que o juiz só não

funcionará se já tiver funcionado no processo o advogado parente (comentários ao art. 252 do Código de Proc. Penal).

A aplicação dêste princípio, aliás, a jurisprudência já vinha fazendo. Assim, êste Tribunal, nos acórdãos ns. 1.421, de 20 de março de 1917, 4.876, de 15 de março de 1935, e 5.170, de 17 de abril de 1936, como o Supremo Tribunal Federal, no acórdão de 22 de janeiro de 1926 ("Rev. de Direito", volume 90, pág. 107), decidiram que o advogado sòmente exclui o juiz da 2ª instância quando já constituído na 1ª instância.

A solução concilia a regra de que a jurisdição do juiz não deve ser cerceada pela parte com a escolha de um advogado, com o princípio de que a liberdade profissional do advogado não deve sofrer maior restrição.

Na espécie, o sobrinho do juiz foi constituído advogado quando já aforada a causa. Por isso, julguei procedente o conflito de jurisdição para que o juiz de direito de Murici continue a funcionar no feito cabendo à parte substituir o seu advogado; *Baltar Filho*, vencido.

Fui presente. - *Alfredo Mendonça*.

Finalpag. 362

Tribunal de Justiça de Goiás

TESTAMENTO PÚBLICO - REQUISITOS - NULIDADE

- Não há falar em nulidade do ato simplesmente porque se registraram rápidas ausências, quando da feitura material do testamento, ora de uma, ora de outra testemunha, desde que tôdas elas ouviram as declarações do testador, certificando-se, depois, presentes também à leitura do auto, de que fielmente respeitada foi a vontade manifestada. O enfêrmo, embora em estado grave, não está impossibilitado de testar, se a moléstia não produz delírio ou perturbação da mente.

José Gonçalves Damasceno *versus* João Coelho Guimarães e outros

Ap. nº 1725 - Relator: DESEMBARGADOR CARLOS DAYRELL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.725, da comarca de Suçuapara, em que é apelante José Gonçalves Damasceno, sendo apelados João Coelho Guimarães e outros:

Acorda a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, conhecer da apelação e lhe negar provimento, ficando assim confirmada, pela procedência de seus fundamentos, a sentença recorrida.

Consoante esclarece o relatório *retro*, que fica, fazendo parte integrante dêste, batendo-se pela decretação da nulidade do testamento com que faleceu Nicolau Ribeiro da Silva, alegou o autor, ora apelante, a inobservância, na efetivação do ato, de formalidades das apontadas por lei como substanciais. Assim é que - afirmou, - contrariando expressa exigência legal, as testemunhas instrumentárias não estiveram presentes ao ato, sòmente comparecendo para assinar o "pseudo testamento": o auto não foi lido, mas simplesmente assinado pelas testemunhas; a testemunha que assinou a rôgo do testador não o fêz a pedido dêste, mas do testamenteiro, não constando do auto, por duas vêzes, o nome dessa testemunha; o oficial que lavrou o testamento não especificou cada uma das formalidades exigidas por lei, quando se exige especial menção a cada um dêsses requisitos, não bastando a declaração de que "foram praticadas, ato contínuo, tôdas as formalidades"; feita pelo oficial no testamento em questão. Alegou, ainda, o autor, examinando o ato sob o aspecto intrínseco, que o testamento é nulo, por não exprimir a vontade do testador, mas do testamenteiro, que era quem determinava o que se deveria escrever, sendo completa a inconsciência do testador, que, achando-se em estado de coma, não podia manifestar qualquer consentimento.

Isto pôsto:

Não há dúvida de que as formalidades a que se refere o art. 1.632 do Cód. Civil são substanciais, resultando da inobservância de qualquer delas a nulidade do ato. O testamento, no dizer sempre atual e oportuno de LAFAYETTE, "é ato soleníssimo, que se não constitui, simplesmente, pela prova da vontade, exigindo, ainda, para que esta se tenha como diretamente manifestada, que revista a forma legal, traçada pelos textos". A pretensão do autor, ora apelante, estaria, assim, a merecer acolhimento, se procedentes suas assertivas. Acontece, porém, que não encontram elas amparo nas provas coligidas nestes autos, que estão, muito ao contrário, a indicar que, no testamento sôbre cuja validade se questiona, observados foram os requisitos legais. E isto mesmo bem soube demonstrar o ilustrado e culto prolator da sentença apelada, o que, após examinar detida e judiciosamente, em suas diversas facêtas, a questão posta em juízo, concluiu, muito acertadamente, pela improcedência da ação.

Com efeito, ao contrário do que atesta o autor, ora apelante, dos autos resulta provado que as declarações do testador foram prestadas na presença de cinco testemunhas, que assinaram o auto, após a sua leitura, feita pelo oficial na sua presença, como na do testador. Não há, pois, falar em nulidade do ato, simplesmente porque se registraram rápidas ausências, ora de uma, ora de outra testemunha, quando da feitura material do instrumento.

Exigindo, em casos tais, a presença de testemunhas, o objetivo da lei é o de que fique comprovado que "a escritura contém e encerra a vontade expressa pelo testador" (DIONÍSIO DA GAMA, "Tratado de Testamento", pág. 38), objetivo êsse plenamente atingido, desde que; como aconteceu na hipótese *sub judice*, tôdas as testemunhas ouviram as declarações do testador, certificando-se, depois, presentes também à leitura do auto, de que fielmente respeitada foi a vontade pelo mesmo manifestada.

De nenhuma procedência, igualmente, a afirmativa do autor, relacionada com irregularidade na assinatura do instrumento, já que, corroborando a assertiva do tabelião, atestam as testemunhas, a uma voz, que, não permitindo seu estado de saúde exarasse êle sua assinatura no auto, concordou o testador, de maneira clara, a uma pergunta que lhe foi dirigida pelo oficial, que por êle assinasse a testemunha João Bonifácio da Silva. Pouco importa que, apondo sua assinatura no escrito, não tivesse a referida testemunha

Finalpag. 363

declarado que também o fazia a rôgo do testador. Trata-se de simples irregularidade,

sem fôrça para comprometer a validade do ato.

A alegação do autor, ora apelante, de que o oficial, ao finalizar o escrito, não mencionou uma a uma as formalidades que foram cumpridas, respondeu, com vantagem, o ilustrado prolator da decisão recorrida, invocando, para tanto, pronunciamentos dos tribunais do país; inclusive dêsse Tribunal segundo as quais "não é necessário que o notário, ao finalizar a escritura, mencione uma a uma as formalidades que foram cumpridas, desde que do corpo do instrumento ressalta patente terem sido, destacadamente, especificadas, bastando apenas que porte por fé haverem sido tôdas integralmente observadas". Ainda recentemente, em acórdão datado de 27 de junho de 1949, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim se manifestou a respeito; "O art. 1.632 do Cód. Civil discrimina os requisitos que deve conter o testamento público. Todos eles

foram cumpridos, pois, para a validade do testamento público, não é necessário que o oficial se refira a cada uma das formalidades mencionadas por lei; é bastante que se reafirme, com sua fé pública, haverem sido praticadas as solenidades prescritas pela lei. Isso consta do livro de notas" ("Rev. dos Tribunais", vol. 182, novembro de 1949, pág. 182).

Também no que se relaciona com a existência, no escrito, de emenda, rasura e palavra riscada, é de se concluir que, não obstante o nenhum valor da ressalva com a qual se procurou explicar tais defeitos, porque feita após assinatura do tabelião, testador e testemunhas, comprometida não ficou a validade do ato. Tais irregularidades, como bem soube acentuar o ilustrado prolator da sentença apelada, não afetando a integridade do documento, não a atingiram em sua essência. Resta, assim, o exame das alegações formuladas pelo autor, relacionadas com o aspecto intrínseco do ato. Ainda nesse particular, a razão está com o ilustrado juiz *a quo*. Não conseguiu, em verdade, o autor fazer prova de que, ao testar, não estivesse o testador no uso de sua inteligência, de sua vontade. O exame das declarações prestadas pelo notário, pelas testemunhas instrumentárias, pelo Sr. Benedito Vieira dos Santos, em cuja casa de residência faleceu o testador, e pelo Dr. José Camilo de Oliveira, médico-assistente do testador, não autorizam a conclusão de que este se achava em estado de inconsciência quando da fatura do testamento. Ao revés, o que se conclui de atento exame de tais elementos de convicção é que o testador, embora gravemente enfermo, não estava com sua integridade mental comprometida.

As perguntas que lhe eram feitas, respondia pausadamente, com voz fraca mas perfeitamente audível. Por duas vezes, a uma pergunta do oficial, declarou que deixava seus bens para J. Coelho, prestando informes quanto ao seu estado civil, religião e ainda esclarecendo que deixava a importância de Cr$ 50,00 para que fôssem rezadas missas por sua alma. Terminada a leitura do auto - sua leitura foi feita pelo notário, - declarou o testador, de viva voz, em resposta a uma pergunta que lhe fez o oficial, que estava de acôrdo. Ora, quem assim age jamais poderá ser considerado em estado de inconsciência, jamais poderia se encontrar em estado de coma. Como se vê, a presunção da integridade intelectual do testador, decorrente da declaração nesse sentido feita pelo notário, constante do instrumento, longe de ser abalada, viu-se robustecida com as declarações das testemunhas instrumentárias, do médico-assistente do testador e daquele em cuja casa de residência o testador viveu seus últimos dias.

Como bem fez sentir CLÓVIS BEVILÁQUA, "a proximidade da morte não determina incapacidade testamentária ativa, se a moléstia de que padece o

testador não produz delírio ou perturbação da mente" ("Código Civil", vol. 6º, pág. 87). Em aresto há tempos proferido, mas sempre atual, frisou o Tribunal de Minas Gerais: "Para se julgar inábil o testador, por falta de capacidade intelectual, não basta dizer-se que ele sofre moléstias, que afetam suas faculdades, mas é essencial, e de absoluta necessidade, provar-se plenamente que, no ato de fazer o seu testamento, se achava ele fora do seu perfeito juízo, não tendo menor conhecimento do ato que praticou" ("Dos Testamentos no Direito Brasileiro", JOSÉ DE SOUSA SOARES, pág. 64).

Resta a assertiva de que "o testador não ditou nem fez declarações, restringindo-se exclusivamente a responder às perguntas que lhe eram formuladas". Ainda nesse particular orientou-se com acerto a decisão recorrida. O art. 1.632 do Cód. Civil, em seu inciso 1, exige que o testamento público seja escrito por oficial público, em seu livro de notas, de acôrdo com o *ditado ou as declarações do testador*.

Ora, tais declarações, no caso *sub judice*, existiram, pouco importando que as tenha prestado o testador respondendo perguntas que o oficial lhe dirigia, provado como está que as perguntas foram formuladas de modo a não importar, qualquer delas, insinuações ou sugestão ao testador.

Custas pelo apelante.

Goiânia, 9 de agôsto de 1951. - *Eládio de Amorim*, presidente; *Carlos Dayrell*, relator; *Moacir José de Morais*; *Ovídio N. Machado Júnior*.

Finalpag. 364

PRIMEIRA INSTÂNCIA

JUÍZO DE DIREITO DA 13ª VARA CÍVEL DO DISTRITO FEDERAL

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO - INTERVENÇÃO CIRÚRGICA

- Para que responda civilmente pelo insucesso da intervenção cirúrgica, é preciso que o médico tenha escolhido técnica reconhecidamente má ou executado mal a técnica acertada.

Ari Alcoforado Nunes *versus* Dr. Osvaldo Pinheiro Campos

SENTENÇA

Vistos, etc.:

Ari Alcoforado Nunes, brasileiro, solteiro, bancário, residente à rua Grajaú nº 130, nesta cidade, propôs esta ação ordinária contra o Dr. Osvaldo Pinheiro Campos, brasileiro, casado, médico, residente também nesta cidade, alegando que: em março de 1946, em virtude de acidente, sofreu fratura da 5ª e 6ª vértebras, tendo sido hospitalizado e obtido alta em outubro; que, após o tratamento, regressou às suas ocupações habituais, embora claudicasse da perna esquerda, com contrações musculares do mesmo lado e apresentasse fenômenos esfintéricos; que, para a correção dêsses defeitos, consultou vários médicos, que lhe aconselharam massagens e exercícios, desaconselhando, por inútil, qualquer intervenção cirúrgica; que, porém, levadas ao réu radiografias suas para exame, encontrou-se, dias após, o autor com o Dr. Osvaldo Pinheiro Campos, que lhe assegurou tratar-se de operação banal, sem riscos, com oitenta por cento de probabilidade de recuperação completa; que, não obstante súplicas da mãe do autor, temerosa dos resultados da intervenção, o réu decidiu-se a opera-lo; que, no dia pré-fixado, foi o autor, com seus próprios pés, para o local da operação; que, logo ao início desta, manifestou-se uma hemorragia comum, fato perfeitamente previsível, e, tendo faltado "espuma de fibrina", pôs-se o réu a cortar às cegas músculos do paciente, para tamponamento muscular; que, em seguida, perdeu o réu, na nuca do paciente, um alfinete de metal, que não mais conseguiu localizar; que, para completar a série de erros, deixou o réu de imobilizar o pescoço do paciente, ou seja, deixou de proceder à distensão da coluna vertebral na zona em que ia intervir; que, tendo se proposto a aliviar pressão sôbre a medula e devendo intervir entre as 5ª e 6ª vértebras, praticou a intervenção entre a 3ª e 4ª vértebras; que, quando o paciente voltou a si, estava quadriplégico; que é incontestável só ter surgido a quadriplégia após a intervenção, que a motivou, portanto; que, ainda que fôsse um risco da intervenção, êsse risco estaria em desproporção com os resultados a obter; que o réu, conhecido como ortopedista, fêz intervenção própria de neurocirurgião, sem se fazer assistir de um especialista; que, entretanto, a quadriplégia não era um risco da operação, que poderia ser absolutamente inócua; que a quadriplégia foi atribuída, pelo réu, a lesão do segmento cervical da, medula, mas, o que fêz, foi pior, foi sacionar a medula entre a 3ª e 4ª vértebras; que, transportado aos Estados Unidos, e submetido a tratamento, nenhum resultado obteve; que, diante dos erros enormíssimos praticados pelo réu, deve êste reparar os prejuízos causados ao autor.

Contestando a ação, o réu sustenta, em resumo: que nada garantiu, nem podia garantir, quanto aos resultados da operação; que nenhuma imperícia houve no diagnóstico; que o réu manteve o autor em observação durante cinco meses;

que, manifestando ao autor o desejo de conhecer sua família, disse-lhe êle que era maior, e, portanto, capaz de deliberar sòzinho sôbre o que lhe convinha; que a laminectomia foi realizada de acôrdo com a técnica usual; que a medula não foi tocada; que a hemorragia havida foi perfeitamente controlada; que, sobrevindo a quadriplégia, supôs o réu ter havido edema medular; que, não alcançada melhora, aventou-se a hipótese de hematoma extradural; que, de pleno acôrdo com o autor e sua família, foi feita nova intervenção, sem que se encontrasse, porém, qualquer anormalidade; que igual resultado teve a intervenção levada a efeito no estrangeiro; que tôda intervenção cirúrgica oferece margem a derivações imprevistas; que, em suma, não houve imprudência, negligência ou imperícia por parte do réu.

Falou o autor, em réplica, a fls. 111.

Saneador a fls. 121 v.

Juntou o réu documentos, a fls. 137, e sôbre êles falou o autor.

Tomei, a fls. 159, com intérprete oficial juramentado, o depoimento do Dr. John F. Scarff, testemunha referida por ambas as partes.

Procedeu-se a perícia médica, conforme laudos de fls. 202, 246 e 282.

Audiência a fls. 296.

Tudo visto e examinado:

Quero deixar, aqui, registrado meu profundo agradecimento ao Dr. Antônio Rodrigues de Melo, perito do Juízo, pela sua aceitação a um convite que encerrava inconvenientes de tôda a sorte, entre as quais avultava a delicadeza da tarefa. Saiu-se cabalmente

Finalpag. 365

bem, informando cumpridamente o Juízo e mostrando como é possível, sem ser magistrado, ter tanta isenção como se o fôsse.

A questão que, após apaixonante desenvolvimento, agora me chega às mãos para decisão, importa o julgamento da conduta profissional de um médico. E em momento conto êste que se pode sentir, na mais alta tensão, a responsabilidade do juiz: Se, no cível, êle é, quase sempre, mero árbitro de questões patrimoniais, diminuído no confronto com o juiz do crime, a quem se

confia a sorte do indivíduo no que tem de mais precioso, esta oportunidade o transfigura, envolvendo-o em função só comparável à do magistrado penal, porque a sentença decidirá do conceito e, portanto, da própria honra profissional de um médico.

Compenetrado disso, esforcei-me, humildemente, por acertar. Se o não houver conseguido, valha, ao menos, a intenção, superada pela grandeza da tarefa.

Em qualquer caso de responsabilidade civil exige-se, para imposição da obrigação de reparar, que haja nexo causal entre o ato danoso e o procedimento daquele a quem é atribuído. Fórmula geral, que se adapta à própria teoria do risco, completa-se quando se aplique a teoria da culpa, com a verificação, na origem da ação, do elemento ilícito. Se, para essa definição, em sentido genérico, basta apurar a existência de um germe de culpa, pois, nesse terreno, continua atual a norma romana *in lex Aquilia et levíssima culpa venit*, é preciso, em certos casos, investigar com maior cautela os pressupostos da ação. A conduta social, considerada amplamente, é a medida para a apreciação dêsses pressupostos, quando se trate de procedimento danoso não identificado como atuação profissional. Se é desta que se cogita, cumpre ter em vista outra distinção, pertinente à caracterização do procedimento do agente. Se alguns deveres profissionais envolvem obrigação de resultado, outros se reduzem, por imposição das limitações humanas, a obrigação de meios, aquela, pois, exigindo da parte do agente, não só o desempenho, mas também proveito concreto, em favor do sujeito ativo da obrigação, esta se esgotando com a prestação de correto desempenho. No quadro das obrigações de meios figura, com precedência, a do médico, precisamente porque, em contraste com o seu incessante progresso, continua a desafiá-la, séculos a fora, a incógnita da vida, diante da qual AMBROISE PARÉ grande sábio, e por isso mesmo prudentemente modesto, testemunhava a própria falibilidade: *Je le paneay, Dieu e quarit*. Tinha o pai da cirurgia consciência dos imponderáveis que gravitam em tôrno da arte de curar aqui inutilizando os mais desvelados cuidados e o mais fundamentado prognóstico, ali subtraindo ao desenlace fatal matemàticamente esperado o doente sem esperança. Que se louve a ciência médica, pela sua busca heróica, na luta contra o mal. Mas a melhor forma de fazê-lo é reconhecer a desproporção de suas fôrças, ante o nebuloso mistério da doença e da morte.

É sob êsse critério que deve ser apreciada a atuação do réu, no tratamento profissional dispensado ao autor.

Analisemos, para metodizar a exposição, os fundamentos do pedido. Não provou o autor que o réu o houvesse induzido à operação, subestimando os

riscos que naturalmente envolvia. Quando assim me expresso, não pretendo dar ao réu evasiva, que para êle só poderia ser humilhante, mas ressaltar a obrigação, em que se achava o autor, de dar prova da afirmação, tão chocante à luz das circunstâncias. O mais atrasado dos cirurgiões sabe, pois que os próprios leigos o sabem, que tôda e qualquer operação envolve risco.

Antes de ser problema de profissão, é questão de ética saber se o médico pode reduzir, no conselho ao cliente, os riscos naturais de qualquer tratamento. Não lhe é lícito acovardar-se, cedendo o doente à sua sorte. Menos lícito, porém, é apresentar-lhe perspectiva menos discreta do que a singela advertência de que nenhuma intervenção é absolutamente livre de riscos.

Ora, se isso se deve presumir de qualquer médico, porque não se presume a traição aos mais elementares deveres da profissão, tem o réu, por seu passado, direito a exigir que também dêle se presuma a necessária consciência profissional, para advertir o autor dos riscos e até do moderado alcance da intervenção a tentar. Conhecedor dos problemas criados em volta de tais intervenções, interessado em defender seu conceito, tudo leva a crer, com a maior firmeza, que o réu não iria abalançar-se a tal insensatez, até porque nem o proveito pessoal a poderia explicar. Rico e famoso, não seria homem para tentar-se por miragens dêsse gênero.

Nota forçada da inicial é, também, a alegação de que o réu desatendeu a súplicas da mãe do autor, no sentido de não operá-lo. É preciso fazer muito mau juízo dos médicos em geral e do réu em particular para acreditar que, ocorrendo tal circunstância, não provocasse imediata consulta a outros membros da família, ou, pelo menos, uma acareação entre o cliente e os opositores a seu propósito de ser operado.

Aqui enfrentamos o problema do consentimento válido, sem o qual, sejam quais forem as circunstâncias, qualquer operação cirúrgica se constitui em ato ilícito.

Não posso concordar com o autor nem corri seus ilustres assessores.

Também, aqui, o fato da maioridade do autor, sua ida ao consultório e ao hospital em que se daria a intervenção armam presunção favorável ao réu: Quem nega o consentimento,

deve provar a maneira pela qual se processou a violência. Nem admito, *data venia*, a hipótese do transtôrno mental transitório. Vi o autor, ferido pelo destino, reduzido a imobilidade, em contraste com a sua robusta vitalidade de moço. A impressão mais viva que até hoje guardo é a que me ficou da sua serenidade de ânimo, da sua firmeza de vontade. Felizmente para êle, é um homem.

Nenhuma conseqüência se atribui à hemorragia ocorrida no início da intervenção, fenômeno banal em operações em campo de intricada rêde venosa. Foi ela detida, como reconhece a inicial, que, entretanto, censura o meio empregado. Mas a espuma de fibrina é apenas um entre vários processos de hemostasia. E o douto perito do réu mostra que não é o melhor. Como quer que seja; não havendo relação entre êsse incidente e o resultado de que se queixa o autor, não há como considerá-lo em função da responsabilidade do réu.

É também, o que se pode dizer do alfinete de metal que teria sido deixado na nuca do paciente. A presença do fio (e não alfinete) não é responsável por nenhum dos sintomas apresentados pelo autor (relatório do professor SCARFF, pág. 107 v.).

Sustenta-se, na inicial, que o réu deixou de imobilizar o pescoço do paciente. Não se indica o inconveniente que daí adveio ou a relação entre êsse procedimento e o dano.

Aliás, não houve prova dessa omissão, realmente difícil de ocorrer, uma vez que as próprias mesas de operação são providas de dispositivos para êsse fim.

Operando no lugar em que operou, o réu encontrou a compressão de que suspeitara, felicidade que não logrou o cirurgião norte-americano que operaria posteriormente o autor. Também não se relaciona êsse fato com a quadriplégia, isto é, não houve prova ou demonstração pericial de que a escolha do réu tenha resultado na atual situação do paciente. Não há responsabilidade civil, repita-se, sem ligação causal entre o dano e o procedimento daquele a quem se atribui a obrigação de reparar. É fato incontestável e incontestado que a quadriplégia do autor ocorreu após a intervenção. Permanece, porém, não provada a sua relação com a intervenção, em conexão de efeito e causa. Para dispensar o autor dessa demonstração, seria preciso que a quadriplégia só pudesse provir da intervenção, tal como feita pelo réu, ou que, podendo provir de outras causas, estivessem estas afastadas, no caso concreto. Mas é precisamente o contrário que sucede. Em obra dedicada ao estudo especialíssimo das complicações tardias dos traumatismos da coluna cervical, um autor francês, depois de aludir à longa latência dos fenômenos dêles resultantes, enfrenta exatamente a

hipótese da quadriplégia traumática remota, filiando-a diretamente ao acidente (figura traumatismo semelhante ao sofrido pelo autor: queda de um trapézio), e identificando, cortejo clínico idêntico ao apresentado pelo autor: "Depois, em dada manhã, ao despertar, percebe formigamentos nos dedos, primeiro de um, depois de outro lado, os membros superiores se tornam desajeitados, se entorpecem, perdem a fôrça. É o início habitual, que já afirma a futura predominância da quadriplégia nos membros superiores, consistindo outro modo inicial na aparição de distúrbios esfintéricos: micções difíceis e dolorosas" (JEAN BENASSY, "Complications tardives des traumatismes méconnus du rachis cervical", Paris, 1938, pág. 43).

O secionamento da medula é a morte e o paciente está vivo. Mais um elemento que falta à pretensa cadeia de erros do réu.

Até aqui analisamos a inicial, em cujas alegações não pudemos encontrar fundamento para condenação ao procedimento do réu. Devemos, todavia, tanto em beneficio do cirurgião, como em atenção ao autor, levar mais adiante nossa investigação.

Segundo recomendei aos doutores peritos, por ocasião de nossa visita ao paciente, sua função consistiria em verificar se houve êrro na indicação operatória, na execução da técnica indicada ou adoção de técnica desaconselhada.

A indicação operatória foi acertada. O leigo tem de admiti-lo, uma vez que o réu suspeitara de compressão da medula e esta se confirmou, pelo ato cirúrgico. O autor há pouco citado não tem outra opinião com sua responsabilidade de técnico e de cientista: "Apresentado o diagnóstico da compressão traumática, é preciso esforçar-se por precisar-lhe a natureza. Pode-se, de início, basear na noção de freqüência que milita em favor desta ou daquela hipótese, de maneira diferente, conforme a altura do traumatismo..." *"Si la radiographie ne donne pas une réponse positive, le problème est délicat car on peut toulours se demander quel est le rôle des phénomènes vasculaires, mais si les thérapeutiques médicales ou physio-thérapiques misses en oeuvre ont eté inactives*, il nous semble légitime que la troisième temps du diagnostic soit la laminectomie" (JEAN BENASSY, ob. cit., página 68).

Perdoem os médicos a um leigo tão demorada incursão aos seus domínios. Mas aqui não decido, apenas encontro e transmito ensinamento. O mesmo JEAN BENASSY, abordando o problema das lesões tardias da coluna vertebral, sustenta, grifando êle próprio, suas expressões, para lhe dar a ênfase querida, que: *"La seule méthode chirurgicale que l'on puisse proposer est la*

laminectomia"(pág. 82), que "concilia as exigências da teoria e os resultados práticos" (pág. 82) e que, além de exploradora, como se reputa em técnica operatória, pode "*étre ensuite curatrice*" (pág. 69).

No que toca ao local da intervenção, não há, tampouco, como censurar o Dr. Osvaldo

Finalpag. 367

Pinheiro de Campos. O autor francês a que vimos pedindo ajuda o afirma, em face de circunstâncias exatamente idênticas às apresentadas pelo autor (paraplegia espasmódica orgânica de longa evolução, signo de Babinski em extensão, origem traumática remota - *"Si on interroge le malade, on apprend qu'il a subi un traumatisme quelques années auparavant"* - radiografia reveladora de lesão, quase sempre discreta, correspondente à anomalia neurológica que determinou a investigação): "Cumpre fazer uma laminectomia na altura indicada pela radiografia e pelos *sinais neurológicos*, nada havendo a recear para a estática da coluna cervical..." (pág. 53).

Teria, entretanto, o réu, decidindo operar, errado na escolha do processo, escolhido a técnica desaconselhada ou executado mal a boa técnica?

Não. BENASBY informa (pág. 79) que a técnica da laminectomia não apresenta nenhuma dificuldade especial, o que, de si, é bastante para estabelecer presunção de que um cirurgião como o réu (honrado pelas manifestações mais eloqüentes de respeito e admiração pelo estrangeiro, mesmo o menos entusiasta de nossas coisas) também não encontraria dificuldade, em terreno reputado banal, no que se refere à técnica.

Com êsses dados, estou plenamente habilitado a aceitar as conclusões do cirurgião J. D. SCARFF, assim como a dos eminentes peritos do autor e do Juízo: "o acidente pós-operatório decorreu, não de defeito de técnica cirúrgica, mas sim de imprevisíveis anomalias vasculares e de transtôrno circulatório intramedular, por descompressão súbita, quando da abertura do espaço intra-raquidiano".

Pelo exposto, julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas.

P. R. I.

Distrito Federal, 28 de julho de 1952. - *José de Aguiar Dias*.

Finalpag. 368