JURISPRUDÊNCIA CIVIL E COMERCIAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INTERINOS - EFETIVAÇÃO - INABILITAÇÃO EM CONCURSO

- Aos interinos inabilitados em concurso não se estende a efetivação do artigo 23 das Disposições Transitórias da Constituição federal.

Requerente: Wilson Ribeiro Sampaio

Mand. de seg. nº 1.469 - Relator: MIN. AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam, à unanimidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal indeferir o pedido, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo impetrante.

Supremo Tribunal Federal, 9 de novembro de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Afrânio A. da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: O impetrante requereu segurança contra o ato do Exmo. Sr. presidente da República que o demitiu do cargo de escrivão da Coletoria Federal de Piedade, em 18 de dezembro de 1950.

Sustenta a ilegalidade da demissão:

1°) porque, nomeado para tal função, em 3 de outubro de 1941, conta 10 anos de serviço, eis que devem ser-lhe adicionados mais dois anos de cargo municipal no Maranhão.

2º) que, em tais condições, estava assegurado seu direito à função em face do art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição e art. 191, nº II, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis.

As informações estão nestes têrmos: *(lê fls. 31)*.

O parecer do Dr. procurador geral é pelo indeferimento, nestes têrmos *(lê fls. 35)*.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Denego a segurança.

Alega o impetrante ser funcionário público há mais de 10 anos e, desde outubro de 1941, escrivão interino de coletorias federais. E junta fotocópias de diversas nomeações e remoções que abrangem longos períodos no decênio.

Impetrou a segurança dizendo ter adquirido vitaliciedade, conforme o art. 191, nº 2, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (dec.-lei nº 1.713, de 1937) e art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entretanto, analisadas as alegações do impetrante; as provas oferecidas e informações prestadas pela autoridade, verifica-se a improcedência da queixa.

Com efeito, de fls. 6 verifica-se haver entrado em exercício no cargo de escrivão interino da Coletoria de São Francisco, Minas Gerais, no dia 5 de novembro de 1941; em 18 de junho de 1942, foi removido para Conceição das Alagoas (fls. 7); aí permaneceu, em exercício, até 26 de setembro de 1943, por haver sido "estranhamente demitido", segundo afirma, por decreto de 26 de agôsto de 1943. A demissão, porém, o govêrno esclarece que resultara do art. 17, § 6º, do Estatuto dos Funcionários, cuja redação ao tempo era a seguinte:

"Homologado o concurso, serão também exonerados *os interinos inabilitados*".

E o impetrante fôra inabilitado no concurso em 1º de julho de 1943. Interrompido, portanto, o prazo, ao cabo de um ano e oito meses.

Embora demonstrasse completa inabilitação para a função, não ficou ao desamparo e, no mesmo dia, foi nomeado outra vez (aí, sim, estranhamente), para escrivão interino da mesma Coletoria Federal de Conceição das Alagoas. O que vale dizer: a nomeação, contornando a dificuldade do artigo 17, encontrou-o sem emprêgo, porque já havia sido demitido, e tornou a dar-lhe o emprêgo para o qual demonstrara incapacidade.

Em 1946, encontrou-o a Constituição com três anos e um mês de exercício e, assim, o art. 23 do Ato adicional não pôde aproveitar-lhe, não só por não contar cinco anos de efetivo exercício, como, nos têrmos do parág. único, o dispositivo não se aplicava aos que "houvessem sido inabilitados em concurso para o cargo exercido".

Barrada a entrada na carreira, daí por diante - 18 de setembro de 1946 - ficou o requerente sob o regime geral do art. 186 da Constituição, que determinou que o ingresso em cargo de carreira, no funcionalismo público, "efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde". Estabilidade não podia mais adquiri-la, ante o teor explicito do art. 188.

Mais quatro anos se passaram; mas, ao que parece, de nada lhe adiantou o trato cotidiano com as coisas do cargo, porque foi novamente inabilitado em concurso realizado em fins de 1949 e homologado em 18 de janeiro de 1950. Daí sua demissão em 18 de dezembro dêsse ano. Quer dizer: ainda quase um ano permaneceu na função, até que devia chegar o momento do preenchimento do cargo, nos têrmos do art. 186 da Constituição, por alguém classificado no concurso.

Denego a segurança, por ser evidente não haver direito líquido e certo a amparar.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: indeferiram o pedido, unânimemente.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro EDGAR COSTA.

Deixaram de comparecer, o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO, por motivo justificado; o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, por se achar em gôzo de licença, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar em gôzo de férias, sendo os dois últimos substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

*

LOCAÇÃO - VISITA AO PRÉDIO LOCADO

- Sem consentimento do locatário não pode o locador fazer visitar o prédio por pessoas que desejam adquiri-lo. É obrigação do locador garantir ao locatário o uso pacifico do imóvel.

Antônio Sá Barreto Lemos *versus* Manuel José Ramires

Rec. ext. nº 18.516 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.516, do Distrito Federal, em que é recorrente António Sá Barreto Lemos e recorrido Manuel José Ramires:

Acordam os ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, conhecer do recurso e lhe dar provimento, de conformidade com as notas taquigráficas juntas aos autos.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 8 de maio de 1941. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Antônio Carlos Lafayette de Andrada*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por sua 5ª Câmara Cível:

"Relações entre locador e locatário. Obrigação do segundo de permitir a visita ao prédio arrendado pelos pretendentes à sua compra. Comunicatória procedente.

"Não constitui uma turbação à posse do locatário, senão uma obrigação dêste dar permissão a que o prédio arrendado seja visitado pelos pretendentes à sua compra, em havendo oferta pelo proprietário-locador, desde que tais visitas fiquem devidamente regulamentadas.

"Assim, procede a ação cominatória com tal objetivo.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 9.774, em que é apelante Manuel José Ramires e apelado Antônio Sá Barreto Lemos:

"Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, para assegurar ao apelante o direito de ser o apartamento visitado três vêzes por semana, às têrças, quintas e sábados, das 9 às 12 horas.

"Tôda questão objeto do presente feito se reduz ao seguinte: o apelante, proprietário do apartamento alugado ao apelado, desejando vendê-lo, deparou-se com a recusa do apelado em permitir a visita ao referido apartamento pelos candidatos à compra, em razão do que propôs a presente cominatória.

"O apelado, depois de frisar que sòmente aos sábados é que lhe seria conveniente permitir essas visitas, objetou com a norma constitucional que resguarda a inviolabilidade do lar. Entretanto, a norma invocada tem um outro sentido mais elevado e não pode ser chamada a serviço de uma interpretação contrária à lógica, ao direito e ao bom-senso, atributos de que se afastou a sentença recorrida, que se deteve ante o pedido inicial, como algo de desconhecido no mundo jurídico.

"Embora não se desconheça que, no contrato de locação, exsurge, como primordial obrigação do locador, a de assegurar ao locatário o uso e gôzo pacífico da coisa locada, e, como conseqüência, a obrigação de não turbar, êle

próprio, êsse uso e gôzo pacíficos, estendendo-se até o caso de terceiro, contudo não se trata de um direito ilimitado, absoluto. Há exceções, e, dentre elas, a do locador, como proprietário, penetrar na casa de sua propriedade quando se tornar necessário, pois, quando a lei se refere a turbação, entende-se todo fato ou tôda relação jurídica capaz de influir no uso e gôzo da coisa locada ilegitimamente, e não situações de fato ou de direito que giram dentro de justos limites. Esta obrigação, refere L. ABELLO ("Locazione", I, pág. 418), no que se prende à atividade pessoal do locador, e lhe impõe a abstenção de qualquer ato suscetível de prejudicar ao locatário, encontra uma primeira e natural limitação e determinação na própria natureza e conteúdo do contrato, pois convém se ter em vista o objeto preciso do gôzo, para determinativa da esfera da atividade até onde é permitida e até onde é vedada ao locador (cf. FUBINI, "Locazione", II, nº 460, *in fine*, pág 146). Por essa forma, a doutrina tem sustentado ser uma circunstância não constitutiva de turbação à posse do locatário o direito do locador, no fim da locação ou no caso de venda; de obter a permissão para os compradores, em dia e hora a determinar, visitarem o imóvel (H. DE PAGE, "Traité", "IV, 1ª parte, nº 612, pág. 601; PLANIOL, RIPERT e HAMEL, "Traité", t. X, nº 512, pág. 612).

"Por conseguinte, tudo quanto resta a fixar, no caso *sub judice*, é a regulamentação dessas visitas, em razão se fixam as têrças, quintas e sábados, das 9 às 12 horas.

"Custas na forma da lei.

"Distrito Federal, 26 de setembro de 1950. - *A. Serpa Lopes*, presidente e relator".

Daí o recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional. Alega-se ofensa aos arts. 302, item XII, do Cód. de Processo, 1.189, II, e 1.191 do Cód. Civil, e 141, § 15, da Constituição.

Às fls. 56 e 61 estão indicadas decisões divergentes.

As partes arrazoaram.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): Conheço do recurso pelo fundamento da letra *d*. A divergência com decisões dêste Supremo Tribunal Federal é manifesta.

Em hipótese idêntica esta Turma decidiu em contrário aos têrmos do acórdão, contra, apenas, os votos dos ministros GOULART DE OLIVEIRA e HAHNEMANN GUIMARÃES.

Reporto-me ao voto que proferi no recurso extraordinário n° 13.377, de 6 de julho de 1948. É o seguinte:

"Decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que o proprietário pode fazer visitar o prédio locado por pessoas que pretendem adquiri-lo; mesmo no silêncio da lei isso seria possível, cabendo ao juiz regular a forma dessas visitas, face à desinteligência do proprietário e seu inquilino.

"A Constituição prescreve a inviolabilidade do domicílio, não permitindo nele se penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, e nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

"O dispositivo é imperioso, expresso, dando as únicas exceções possíveis para a entrada no domicílio alheio.

"E o Cód. Civil, no art. 1.189, obriga o locador a garantir ao locatário, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa. Portanto, é direito do locatário, do morador do prédio, impedir a entrada de pessoas estranhas à sua família, aos seus interêsses, às suas relações, no seu domicílio. Êsse direito é uma das garantias da inviolabilidade do seu lar.

"Se não há leis que autorizem o proprietário fazer visitar seus imóveis, locados a terceiros, sem o consentimento dêstes, não pode a Justiça autorizar tais visitas, mesmo no interêsse de quem possui o domínio, a propriedade.

"Essa limitação ao direito do proprietário é clara em conseqüência do uso da coisa que cabe ao locatário, principalmente em se tratando de moradia de residência familiar.

A entrada de terceiros no prédio importa diminuição do uso e gôzo da coisa por parte do locatário, torna menos desejável, menos conveniente sua permanência no imóvel, além de perturbar a intimidade de sua família, o seu próprio pudor.

"CLÓVIS esclarece que a obrigação imposta ao proprietário, o locador, decompõe-se em duas:

"*a)* a de abster-se o locador de qualquer ato, que possa perturbar o uso e gôzo da coisa;

"*b)* e a de garantir o locatário contra perturbações de terceiros, obrigação a que o art. 1.191 prevê, de modo particular" ("Código Civil", vol. 4, pág. 365).

"Já êste Supremo Tribunal deu entendimento igual quando decidiu que a inviolabilidade do domicílio é uma garantia constitucional, pelo que a ninguém é lícito penetrar na casa de alguém contra a vontade de seu morador, mesmo com ordem do respectivo proprietário" (fls. 72).

Conheço do recurso pela letra *d* e dou-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, parece-me que a hipótese não é, pròpriamente, de o proprietário entrar no imóvel; trata-se de candidato à compra do imóvel, o que é coisa muito diversa. Seria terceira pessoa que, a pretexto de aquisição, penetraria no prédio e perturbaria o uso pacífico da coisa por parte do locatário. Enquanto a lei não regular essa forma de visita ao imóvel, deve permanecer o Cód. Civil tal qual está, por omissão da lei.

Estou de acôrdo com o eminente Sr. ministro relator, conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso pelos dois fundamentos e lhe dou provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): O caso desperta controvérsias entre juízes e doutrinadores. Há, para considerado, de um lado o direito do inquilino do uso e gôzo da coisa locada; do outro lado, a situação do proprietário, que não quer ver dificultado o exercício do seu *ius disponendi*.

Entendem alguns juristas que, na ausência de lei expressa, se deve aplicar temperamento que atenda ao direito do proprietário e ao direito do inquilino, como seria a fixação de hora de visita ao prédio. Na doutrina estrangeira, conhecida é, nesse sentido, a opinião, entre outros, de CUNHA GONÇALVES. No julgamento a que se referiu o eminente Sr. ministro relator, acompanhei o voto de S. Exª, porque entendo que não só o preceito constitucional tem extensão geral e não se pode conciliar com o direito irrestrito do proprietário, como também pela consideração de que, na locação, a posse direta passa tôda ao inquilino. Resta ao proprietário a posse indireta.

Como quer que seja, na ausência de texto de lei que regule, como é razoável, êsse direito de visita, também propendo, *de lege lata*, ao voto do eminente Sr. ministro relator.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, 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 - SINCERIDADE

- Não é absoluto o direito do locador à retomada, mesmo quando êle prove não residir em essa própria:

- As sanções penais previstas na lei se destinam ao caso em que o locatário não faça ou não possa fazer na própria ação de despejo a prova de insinceridade do pedido de retomada. Mas se essa prova se faz e o juiz pode desde logo evitar a fraude à lei, não é razoável que a deixe consumar-se só porque, depois, poderão ser impostas aquelas sanções ao infrator.

João Garcia de Matos e sua mulher *versus* João Bonifácio da Silva e sua mulher

Rec. ext. n° 19.043 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.043, de Minas Gerais, em que são recorrentes João Garcia de Matos e sua mulher e recorridos João Bonifácio da Silva e sua mulher, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, por maioria de votos, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 28 de junho de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: João Garcia de Matos e sua mulher moveram, em Cataguazes, ação de despejo contra João Bonifácio da Silva e sua mulher, alegando que precisavam do imóvel para uso próprio e que notificaram os locatários na forma legal.

Contestaram os réus, dizendo: que os autores residiam em casa própria, casa que alugaram recentemente, e, isto feito, passaram a residir noutra casa, de propriedade do sogro do autor varão; que, imediatamente após a mudança, notificaram os réus, pedindo a casa para uso próprio; que a desocupação do prédio próprio se deu a 8 de abril e a notificação aos réus se fêz a 17 do mesmo mês, sendo evidente a fraude.

Ouvido o autor sôbre a contestação, disse não residir em prédio próprio, não cabendo assim qualquer outra indagação; que, entretanto, *ex abundantia* esclarecia que locara o seu prédio, onde residia e onde exercia a atividade de açougueiro, por motivo de saúde e a conselho médico; que a espôsa do autor não se agradou da casa para onde se mudaram, por vários motivos, inclusive a distância da tirada de água para misteres domésticos, executados pessoalmente por ela daí ter pedido para uso próprio a casa alugada aos réus.

O juiz julgou improcedente a ação (fôlhas 35).

Fundou-se em que o juiz tem a faculdade de examinar, em cada caso, se o pedido de retomada é ou não sincero, pois se à declaração do locador se desse valor absoluto, a lei seria fàcilmente fraudada.

E acrescentou (fls. 36):

"O locador reside em prédio alugado, mas em situação e circunstâncias diferentes, porque não é o eterno inquilino que realiza o seu sonho dourado e consegue comprar um imóvel, para nêle residir com a família.

"Mas, sim, o locador que recentemente alugara a casa em que residia e que era de sua propriedade - pela quantia de Cr$ 1.666,66, - para residir em casa alugada e pertencente ao seu sogro.

"E, 10 dias depois de instalado na mencionada casa de aluguel, sua senhora não agradou da casa, por vários motivos e principalmente porque a tirada d'água ficava a uns trezentos metros da residência. E, por êste motivo, resolveu a notificar os réus para que desocupassem o imóvel, que é de propriedade dos autores e estava alugado aos réus pela quantia de Cr$ 100,00.

"Convenhamos que a diferença do aluguel da casa recentemente alugada pelos autores com a que pretendem, e ora alugada aos réus, é irrisória, valia, pois, o estratagema.

"A Lei do Inquilinato, intervindo na locação de prédios urbanos, visou evitar que, na dura crise de habitações por que passa o país, os senhorios requeressem despejos por motivos ligeiros ou simplesmente egoísticos ou anti-sociais" ("REVISTA FORENSE", vol. 129, pág. 512).

"O objetivo da Lei do Inquilinato é estabelecer um *modus vivendi* salutar e de equilíbrio entre senhorios e inquilinos.

"A simulação é evidente face às provas instrumentárias e testemunhais, trazidas nos autos".

Por ser a causa de valor inferior a Cr$ 2.000,00, os autores opuseram à sentença embargos infringentes, que o juiz rejeitou.

Os autores, então, interpuseram recurso extraordinário, sob invocação das alíneas *a* e *d* do art. 101, III, da Constituição (fls. 53).

Alegam que foi negada aplicação ao artigo 18, nº II, do dec.-lei nº 9.669, vigente ao tempo da propositura da ação, e ao preceito correspondente da atual Lei do Inquilinato (lei nº 1.300, art. 15, nº II), que não exigem prova da necessidade quando o proprietário não reside em prédio próprio. E se dêste se mudaram, foi a conselho médico (atestados de fls. 20 e depoimento de fôlhas 27).

A sentença ainda violou o art. 102 do Cód. Civil, que não contém em suas alíneas a conceituação de ato simulado admitido pelo juiz. E divergiu a sentença da interpretação dada pelos tribunais do pais aos citados artigos da Lei do Inquilinato.

As partes arrazoaram.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Conheço do recurso, pela letra *d*, visto ser notório o dissídio jurisprudencial.

Enquanto algumas decisões consideram absoluto o direito de retomada se o locador prova que não reside em casa própria, outros entendem que êle apenas está dispensado de provar a sinceridade, que se presume, mas a insinceridade do pedido pode ser provada pelo locatário. Por isso, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento.

Dificilmente poderia se apresentar uma hipótese que, melhor do que esta, servisse para mostrar a razão dos que sustentam não ser absoluto o direito do locador à retomada, mesmo quando êle prove não residir em casa própria.

Embora se deva presumir a sinceridade do locador, casos há, como o presente, em que ela evidentemente não existe; e negar ao locatário a faculdade de provar a insinceridade do pedido seria cometer flagrante injustiça e permitir o livre uso da fraude à lei. O que esta dispõe, no texto invocado pelos recorrentes, é que o locador, não residindo em prédio próprio, não tem de provar a necessidade do imóvel que pede para uso próprio, mas não diz que o locatário está impedido de provar a desnecessidade. A presunção de sinceridade, no caso, é *juris tantum* e não *juris et de jure*.

Também não procede, a meu ver, o argumento de que, verificada *a posteriori* a insinceridade, o locador ficará sujeito às sanções penais previstas na lei.

Não procede, porque, no meu entender, tais sanções se destinam ao caso em que o locatário não faça ou não possa fazer na própria ação de despejo a prova da insinceridade do locador.

Mas se essa prova se faz e o juiz, acolhendo-a, pode evitar a fraude à lei, não me parece razoável que a deixe consumar-se, só porque, depois, poderão ser aplicadas ao infrator as sanções que a lei prevê. Até porque cumpre não esquecer que ao locatário interessa sobretudo o reconhecimento do seu direito à permanência no imóvel e, obtida a decretação do despejo à custa da lesão

daquele direito, poderá inclusive o senhorio ter o campo livre para fazer com êxito ao inquilino tôdas as exigências não autorizadas pela lei.

A alegação dos recorrentes, de que se mudaram do prédio próprio por motivo de saúde, como prova o documento de fls. 27, nenhuma consistência tem.

O documento de fls. 20 é simplesmente uma receita médica.

E no depoimento do médico (fls. 27) nada consta no sentido de ter êle aconselhado a mudança.

O fato de ter o juiz, na, sentença, falado em simulação, querendo aliás claramente aludir à simulação *fraudulenta*, não permita enxergar qualquer ofensa ao art. 102 do Código Civil, pois o que, a tôda evidência, teve com razão como configurado aqui foi um caso flagrante de fraude à lei.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, tenho manifestado ponto de vista contrário ao do eminente ministro relator. Entendo que não há falar em fraude, em se tratando de direito plenamente estabelecido. Por conseguinte, basta que o locador reclame o uso da coisa para que não se lhe possa negar êsse uso, que a lei assegura de maneira incondicional. Se verificar a fraude numa apuração *a posteriori*, prevista pelo próprio legislador, nesse caso estarão aí as sanções definidas a respeito do assunto.

Assim, tenho sempre entendido e, apesar do brilhante voto do eminente ministro relator, desejo ficar com o meu pensamento anterior. Nestas condições, dou provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento do recurso, unânimemente, e negaram provimento, contra o voto do Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Deixaram de comparecer, por se achar afastado para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF e, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA.

*

PENHOR - ALIENAÇÃO DA COISA

- Um dos direitos do credor pignoratício é o de ter a coisa dada em garantia, sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação. Se o devedor aliena a coisa pratica ato ilícito em detrimento do credor.

João Alves Dias *versus* Banco do Brasil, S.A.

Rec. ext. nº 19.618 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.618, do Distrito Federal, em que é recorrente João Alves Dias e recorrido o Banco do Brasil, S. A., decide o Supremo Tribunal Federal, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 12 de novembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Trata-se de moratória de pecuarista, deferida pelo juiz.

O Banco do Brasil agravou.

E o Tribunal de Recursos reformou a sentença, porque o agravado, em carta ao Banco do Brasil, confessara ter vendido o gado apenhado.

Divergiu o ilustre ministro ARTUR MARINHO, por ser o passivo bem menor do que sobrou para cobri-lo como garantia ao credor reclamante, não tendo êste sofrido, assim, prejuízo efetivo. E o art. 5°, letra *b*, da lei nº 209, de 1948, só exclui dos benefícios dessa lei os devedores que hajam praticada atos lícitos prejudiciais aos direitos do credor.

O pecuarista interpôs recurso extraordinário sob invocação das alíneas *a* e *d*.

Cita acórdãos que decidiram: *a)* não basta a existência do ato ilícito para não gozar o pecuarista dos favores da lei (é preciso que o ato seja prejudicial aos credores); *b)* a alegação de prática de ato ilícito não, prevalece, quando o ativo é superior ao passivo.

As partes arrazoaram.

E o eminente procurador geral da República opinou (fls. 120):

"O recurso foi interposto com fundamento nas letras *a* e *d* do art. 101, III, da Constituição federal.

"O venerando acórdão recorrido, porém (fls. 89-92), não deixou de aplicar a lei invocada, o que torna o recurso incabível com fundamento na letra *a*.

"Quanto à invocação da letra *d* do preceito constitucional, a divergência apontada refere-se a questões de prova, que demonstrem se houve ou não ato ilícito doloso prejudicial aos interêsses do credor. Na caso dos autos, o ato ilícito é confessado pelo próprio devedor, quando nos acórdãos citados como divergentes tais atos eram presumidos, mas não provados.

"Opinamos, assim, pelo não provimento do recurso, caso dêle venha a conhecer êsse egrégio Tribunal.

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

É o relatório.

VOTO

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

Mas lhe nego provimento.

Dispõe o art. 5º da lei nº 209, de 1948, que não serão extensivos os benefícios dessa lei aos devedores que, segundo provado em juízo, hajam praticado atos ilícitos prejudiciais aos direitos do credor.

Ora, o recorrente confessou em carta ao Banco do Brasil ter vendido os bens que lhe dera em penhor.

Fora de dúvida, portanto, que praticou ato ilícito prejudicial aos direitos do credor pignoratício, pois um dêsses direitos é o de ter a coisa, dada em garantia, sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (Cód. Civil, art. 755).

Se, no penhor pecuário (art. 769), a coisa continua, por efeito da cláusula *constituti*, em poder de devedor, êste se torna depositário dela, obrigado a não aliena-la sem consentimento do credor. Violando essa obrigação, agiu o devedor em prejuízo do correspondente direito do credor.

Nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram e negaram provimento, por acôrdo de votos.

Ausente no relatório, não votou o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, substituto do Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha em gôzo de licença.

*

MANDATO - TESTEMUNHAS - DIREITO REAL - TRANSCRIÇÃO

- Apurado que as testemunhas instrumentárias não viram a outorgante apor a sua assinatura, certo que faltou um dos requisitos essenciais à validade do ato jurídico. Daí a nulidade do mandato e dos atos públicos subseqüentes, como a compra e venda e sua transcrição.

- É "juris tantum" a presunção de pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se transcreveu o título de domínio. Exige a transcrição capacidade das partes e título legítimo, podendo ser invalidada por vício, que a precedeu e lhe deu causa, ainda contra terceiros, ressalvados, ao adquirente, perdas e danos, quando de boa-fé, repelidos os de má-fé, requisitos êstes que desautorizam o recurso extraordinário.

Rogério Giorgi e outros *versus* Espólio de Elvira Teixeira

Rec. ext. nº 13.654 (embs.) - Rel.: MIN. BARROS BARRETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 13.654 (embargos), do Distrito Federal, em que cão embargantes Rogério Giorgi e outros, sendo embargado o espólio de Elvira Teixeira:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, rejeitar os embargos, por votação unânime.

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 11 de novembro de 1949. - *Barros Barreto*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Pela sentença de fls. 688, Elvira Teixeira foi vencedora na ação ordinária, movida contra Benedito Teixeira e outros, eis que acolhido o pedido, a fim de considerar nula a procuração em causa própria e, em conseqüência, ordenar a restituição do imóvel reivindicando, tendo como de má-fé os terceiros adquirentes.

Os vencidos vieram com apelação, a que negou provimento, sem discrepância de votos, o acórdão de fls. 834 da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Duílio Armando Filipini e outro surgiram com recurso extraordinário, apoiado no art. 101, nº III, letra *d*, da Constituição, enquanto Rogério Giorgi, sua mulher e outros recorreram extraordinàriamente, com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional.

Unânimemente, a egrégia 2ª Turma julgadora, por acórdão a fls. 943, relatado pelo eminente ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, deixou de conhecer do 1º recurso e, conhecendo do 2º, na base da letra *d*, negou-lhe provimento.

Foi o seguinte o único voto fundamentado: (*lê*).

Rogério Giorgi e outros, segundos recorrentes, ainda inconformados, opuseram embargos de nulidade e infringentes, juntos a fls. 945: (*lê*).

Admitidos os embargos (fls. 977), deixou de impugna-los o embargado, como está, certificado a fls. 980.

Ouvido o Exmo. Sr. procurador-geral, êste opinou pela rejeição dos embargos, mantendo o parecer anterior.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Apurado que as testemunhas instrumentárias da procuração *in rem propriam*, outorgada a Benedito Teixeira, por Elvira Teixeira, octogenária, não viram esta apor a sua

assinatura, faltou um dos requisitos essenciais para a validade do ato jurídico, e, daí, a decretação da nulidade do mandato e dos atos públicos subseqüentes, ainda porque se verificou a má-fé com que agiram os novos adquirentes do questionado imóvel.

Acolhendo o pedido de restituição do prédio reivindicado, proclamou a douta justiça paulista, em bem elaborada sentença, confirmada na superior instância, que é *juris tantum* a presunção de pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se transcreveu, no Registro de Imóveis, o título de transmissão da propriedade.

Mas, embora dissentindo de acórdãos proferidos por outros tribunais, quando entendem que o art. 859 do Cód. Civil encerra presunção *juris et de jure* (vide "Arq. Judiciário", 6-187 e 70-211), aquela decisão se harmoniza com os julgados do Supremo Tribunal Federal, nos recursos extraordinários ns. 9.563 e 11.235, respectivamente, de 16-7-46 e 4-7-47 - consoante salientou o eminente relator do aresto embargado visto como a transcrição que transfere o domínio exige capacidade das partes e título legítimo, podendo, pois, ser ela invalidada por vício que a precedeu e que lhe deu causa.

Nos embargos, os vencidos, longamente, insistem na tese da prevalência ou invulnerabilidade da transcrição, investindo, dêsse modo, contra a legitimidade da reivindicação, reconhecida pelo venerando acórdão de fls. 943, com o negar provimento ao extraordinário; enumeram ilustres autoridades em abono do seu respeitável ponto de vista e citam outras decisões que consagram o mesmo sentir.

Irretorquíveis são tais referências. Entretanto, nenhum argumento novo se apresentou, nesta derradeira oportunidade, capaz de abalar o jurídico pronunciamento, unânime, da colenda Turma julgadora, considerando possível a revogação da transcrição, ainda contra terceiros, ressalvado ao adquirente direito a perdas e danos, o que, aliás, na hipótese vertente, ficou repelido, face à má-fé dos terceiros adquirentes, ora embargantes, decorrentes de apreciação da prova, na instância local, não sendo o remédio extraordinário meio próprio para alterar ou corrigir a sentença.

E porque estou de inteiro acôrdo com a jurisprudência ali invocada, a que, até, emprestei o meu voto, como revisor, no julgamento dos embargos do mencionado recurso extraordinário nº 9.563, de 26-12-46 ("Direito", vol. XLV, págs. 263-264), desprezo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: O recurso foi conhecido com fundamento em diversidade de jurisprudência sôbre a interpretação da mesma tese jurídica.

Entende o recorrente que tal conhecimento proporciona o conhecimento integral da causa e, em longas razões, analisa os fatos da demanda e as provas produzidas para chegar à conclusão de que ou devia ser decretada a absolvição da instância ou julgada improcedente a ação.

Mas o acórdão embargado adotou a sentença de primeira instância e reportou-se aos princípios fundamentais da decisão. Esta encontrou apoio na prova dos autos. Ficou patente faltar à procuração *in rem propriam*, a que o julgado não negou o valimento como compra e venda, um dos seus elementos essenciais e exemplos esporádicos não podem prevalecei contra texto expresso da lei.

No tocante à má-fé, a sentença firmou-se em fatos, cuja significação e alcance os embargos não destroem.

Rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi á seguinte: desprezaram os embargos, votação unânime. Deixaram de comparecer, por motivo justificado, os Exmos. Srs. ministros LAUDO DE CAMARGO, presidente do Supremo Tribunal Federal, EDGAR COSTA, LUÍS GALLOTTI e MACEDO LUDOLF, e, por se acharem em gôzo de licença, os Ermos. Srs. ministros GOULART DE OLIVEIRA e JOSÉ LINHARES, substituído êste pelo Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal.

*

EXCUSSÃO DE PENHOR - PRISÃO CIVIL - RECURSO

- A apelação é o recurso idôneo da decisão que julga a excussão de penhor, com a decretação da prisão civil do depositário infiel.

- Só o simples despacho interlocutório, que ordena a prisão, é que comporta o agravo de instrumento.

José Rodrigues Ferreira *versus* Banco do Brasil S. A.

Rec. ext. n° 16.354 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 16.354, de Minas Gerais, sendo recorrente José Rodrigues Ferreira e recorrido o Banco do Brasil, S. A.:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, preliminarmente e por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 26 de janeiro de 1950. - *José Linhares*, presidente; *Barros Barreto*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: O Banco do Brasil S. A., por sua agência de Uberlândia, promoveu, contra José Rodrigues Ferreira, excussão judicial do penhor relativo ao crédito de Cr$ 300.000,00.

Opostos embargos, veio afinal a sentença trasladada a fls. 18 v. que, dando como provada a falta de cumprimento das obrigações contratuais, assim concluiu:

"Isto pôsto, considerando o mais que dos autos consta e os princípios de direito aplicáveis à espécie, rejeito os embargos, julgo procedente a ação para o fim de determinar a venda dos animais seqüestrados, na forma do pedido, bem como para condenar o executado José Rodrigues Ferreira a pagar ao credor Banco do Brasil, S. A. (art. 28, § 2°, da lei nº 492) a importância que se apurar de seu crédito, em ação própria, deduzido o produto liquido do leilão, juros, multa e demais pronunciações de direito postulados. Na forma da lei (art. 1.287 do Cód. Civil e art. 171, § 2º, nº III, do Cód. Penal), decreto, por 10 meses, a prisão civil do excutido".

O excutido surgiu com agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que não tomou conhecimento do recurso, nos têrmos do seguinte acórdão, unânime:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo da comarca de Tupaciguara, entre partes: José Rodrigues Ferreira, agravante, e Banco do Brasil, S. A., agravado:

"Acordam em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório retro como parte integrante dêste, não tomar conhecimento do agravo com o fundamento invocado, por não ser caso dêste recurso, na certeza de que o inciso VI do art. 842 do Cód. de Proc. Civil, que admite o agravo de instrumento da decretação da prisão, prevê, não uma decisão final, mas um interlocutório no decorrer do processo, onde o juiz decreta a prisão até que o responsável pelo bem apenhado o entregue em Juízo, em espécie ou seu equivalente em dinheiro, e antes de apresentar sua defesa, que é o que está previsto no art. 370, parág. único, do Cód. de Processo Civil.

"É o caso do § 4º do art. 23 da lei n° 492, de 30 de agôsto de 1937, que regula o penhor rural e pecuário, aplicável ao caso, e que cogita da prisão preventiva.

"E tanto é assim que é o mesmo Código de Processo que, no invocado, manda que o agravo seja de instrumento, e isto para que o processo principal, ou melhor, a causa principal, prossiga seus trâmites legais.

"No caso, porém, como o dos autos, onde o juiz julga a ação de excussão de penhor e, com base no art. 35 da lei nº 942, que prevê, não uma prisão preventiva, mas uma prisão civil do depositário que viola os deveres de seu cargo, que é o que fêz com que o Dr. juiz *a quo* condenasse o agravante em 10 meses de prisão, a decisão deixa de ser um interlocutório, e passa a ser uma decisão definitiva, apelável, portanto, com base no art. 820 do Cód. de Proc. Civil, porque, neste caso, a prisão não é o principal da condenação, mas a conseqüência do julgamento final do excutido da excussão do penhor.

"E tanto é assim que o agravante não se refere a ela, pedindo seja cassada, mas aos embargos, que quer sejam recebidos para: "se declarar precluso o direito do agravado, excluída a sua possibilidade jurídica de mover excussão de penhor contra o agravante, o qual lhe fica devendo apenas uma obrigação quirografária simples, ou recebidos os embargos como relevantes, a fim de que as partes produzam as provas que de direito lhes competem" (fls. 8).

"Já o Tribunal do Distrito Federal, em acórdão de 1º de março de 1929 (a disposição que determina a prisão do depositário infiel não é nova), não conhecendo de um agravo de um depositário; cuja prisão fôra decretada em decisão final, declarou: "... não conhecer do agravo interposto por têrmo a fls. 93 v., por não se tratar na hipótese de recurso interposto de um despacho interlocutório, em que caberia agravo nos têrmos do art. 1.133, nº XXIV, do Cód. de Proc. Civil e Comercial, mas de sentença definitiva, qual a de fls. 91, que julgou procedente a ação de depósito e da qual o recurso cabível é o de apelação..." ("Rev. de Direito", vol. 94, pág. 606).

"Outra não é a opinião de CAMILO NOGUEIRA DA GAMA, quando afirma:

"O julgamento da irrelevância dos embargos - acrescenta a lei - deve conter a condenação do devedor ao pagamento do pedido, despesas judiciais e custas".

"Dessa decisória cabe recurso de apelação, por ser de natureza definitiva" ("Penhor Rural", 2ª ed., pág. 341).

"Logo, se o juiz, na parte decisória da sentença recorrida, condenou o agravante, excutido na hipótese, a pagar ao Banco do Brasil, S. A. (art. 28, § 2º, da lei nº 492) a importância que se apurar de seu crédito, em ação própria, deduzido o produto liquido do leilão, juros, multa e demais pronunciações de direito postulados. Na forma da lei (art. 1.287 do Cód. Civil e art. 171, § 2º, nº III, do Cód. Penal), decreto, por 10 meses, a prisão do excutido", esta decisão é definitiva, e, apelável, por isso, pão ensejando o recurso de agravo interposto.

"Eis por que dêle não conhecem, por unanimidade de votos, e condenam o agravante nas custas. Vale a entrelinha que diz: "partes".

"Belo Horizonte, 31 de outubro de 1949. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Costa e Silva*, vogal; *J. Benício*, vogal".

José Rodrigues Ferreira, tempestivamente, recorreu à via extraordinária, sob a alegação de não aplicação ou aplicação errada dos arts. 810 e 842, inciso VI, do Código de Proc. Civil; daí a invocação da Carta Política vigente, art. 101, nº III, letra *a* (fls. 39).

O apêlo foi razoado e contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): O simples despacho interlocutório que ordena a prisão é que comporta o agravo de instrumento, previsto no artigo 842, nº VI, do Cód. Nacional de Processo, permitindo-se prosseguir nos ulteriores têrmos da ação.

Nenhum fomento de razão tem o recorrente, quando, à sua feição, procura interpretar o citado art. 842, nº VI; tampouco se verificou, no caso, infringência

do artigo 810 do mesmo diploma, pois evidente o êrro grosseiro na interposição de um recurso por outro, inteiramente inadequado.

Nessa conformidade, deixo de conhecer do recurso, preliminarmente.

DECISÃO

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

*

DIVISÃO DE IMÓVEIS - INDIVISIBILIDADE - ENGENHO DE AÇÚCAR

- Os engenhos de açúcar são coisas indivisíveis, mas deixam essa qualidade, perdendo a sua destinação, estando a maquinaria desmontada e bastante danificada, com fogo morto, há algum tempo.

Luís Lopes Varela e sua mulher *versus* Ari Alecrim Pacheco e sua mulher

Rec. ext. n° 16.465 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 16.465, do Rio Grande do Norte, sendo recorrentes, Luís Lopes Varela e sua mulher, e recorridos Ari Alecrim Pacheco e sua mulher:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, preliminarmente e por votação unânime, não tomar conhecimento do recurso.

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 24 de abril de 1950. - *Barros Barreto*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: No juízo da comarca de Ceará-Mirim, Estado do Rio Grande do Norte, promoveram Ari Alecrim Pacheco e sua mulher, contra Luís Lopes Varela e sua mulher, ação de divisão do imóvel denominado "Jericó", de que são co-proprietários os litigantes.

Opondo-se ao pedido, os réus alegaram a indivisibilidade da propriedade em aprêço, devendo ser observado o que prescreve o art. 632 do Cód. Civil.

A minuciosa sentença de fls. 103 *usque* 707, dando pela improcedência da contestação oferecida, mandou que se procedesse à divisão requerida, na forma da lei.

Apelaram os vencidos, que viram provido o seu recurso, por maioria de votos, nos têrmos do acórdão a fls. 129, *verbis*:

"Vistos, relatados, e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.513, da comarca de Ceará-Mirim, em que são apelantes Luís Lopes Varela e sua mulher, e apelados Ari Alecrim Pacheco e sua mulher:

"I. Agravo no auto do processo.

"Em regra, o documento só poderá ser produzido pelo autor com a inicial (artigo 223, nº I, do Cód. de Proc. Civil) e pelo réu com a defesa (mesmo artigo, número II).

"Por exceção, poderá ser êle produzido também em caso de fôrça maior, ou de produção de prova contrária (art. 223).

"As certidões de fls. 96-97 referem-se à última coleta do impôsto de indústria e profissão e ao pagamento da última patente de registro, e foram, na verdade, juntas aos autos da ação na respectiva audiência de instrução e julgamento, a pedido dos autores.

"Ao formularem o seu pedido, alegaram êstes que tais documentos serviam para "ajudar a convencer sôbre o abandono do engenho".

"Conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão de 15 de abril de 1948:

"Não acarreta nulidade da sentença o fato de não ter sido ouvida a parte contrária sôbre o documento produzido depois da inicial ou da defesa, se êste não tiver servido de elemento substancial ou complementar da prova" ("REVISTA FORENSE", fasc. 546, pág. 505).

"*A contrario sensu*, se os documentos oferecidos são complementares da prova e sôbre êles foram ouvidos os réus, como se verifica, na hipótese dos autos, é de se negar provimento ao agravo no auto do processo.

"I. *De meritis*.

"Alegam, em suma, os autores que querem separar o seu quinhão dos pertencentes aos comunheiros, ora denominados réus.

"Pela escritura com que instruíram o pedido, êsse quinhão é representado por uma parte da terra *pro indiviso*, de 16 braças de frente, na propriedade "Jericó", com direito na casa de residência, maquinismo, tachas, etc.

"Ao tempo da aquisição, esclarece a inicial, possuía o engenho maquinismo e prédios no valor de Cr$ 111.000,00, a saber: 1 casa de residência e 14 de taipa; 1 caldeira; 1 máquina a vapor; 1 tôrno de moenda e 5 tachas de ferro.

"Diz-se mais que o maquinismo do engenho fôra na sua quase totalidade alienado pelos réus.

"A requerimento dêstes, houve vistoria no imóvel questionado, sendo constatada a existência do engenho, com caldeira, balão de ar, moendas, tachas (resposta dos peritos ao primeiro quesito dos réus).

"Enquanto o perito dos autores e o desempatador declaram que a caldeira, balão de ar e tachas se encontram desmontados e bastante estragados, em condições de não funcionarem, diz o perito dos réus que a caldeira e as tachas se acham provisòriamente desmontadas, para apontamento.

"Por sua vez, a prova testemunhal de ambos os lados dá como certa a existência ali de um engenho de fabricação de açúcar, com a sua maquinaria.

"III. A própria sentença apelada reconhece que os engenhos destinados ao fabrico de açúcar são considerados indivisíveis, incluídas as terras destinadas ao cultivo de cana, que constitui a matéria-prima para a fábrica".

"O Cód. Civil, em seus arts. 52 e 53, estabelece o conceito do que se deve entender por coisas *divisíveis* e *indivisíveis*.

"Como ensina CLÓVIS:

"Os imóveis, que constituem uma unidade econômica ou industrial, e que perdem a sua utilidade e o seu valor, quando desintegrados, como uma fábrica, são coisas indivisíveis" ("Código Civil", vol. I, pág. 298).

"Diz LISIPO GARCIA que:

"A indivisibilidade, em direito, não significa a possibilidade de se dividirem as coisas, porque, sendo tôdas suscetíveis de se decompor, tôdas seriam divisíveis. A divisibilidade, que se tem em vista, é a das coisas em relação aos direitos de que são objeto. Em relação aos imóveis, observa SAVIGNY, considerados êles como partes de superfície da terra inteira e contínua, é a vontade humana que os limita para constituírem unidades especiais. Assim, o solo pode ser ilimitadamente dividido, mas as novas unidades são idênticas, a si e ao todo originário; já o mesmo não acontece ao solo edificado, que forma um todo artificial, cuja divisão destruiria a idéia dêsse todo. Dá-se, porém, que algumas vêzes o próprio solo assume em direito o caráter de indivisível, como, ao inverso, as casas apresentarem-se com a feição de divisíveis. Assim é, porque dividir, não significando separar em partes, mas transformar uma unidade em outras que constituam todos distintos, sem lhe destruir a substância ou torná-la inapta ao fim a que se destina, compreende-se que o solo destinado à cultura, à

indústria pastoril ou a edifício, se pela divisão não puder satisfazer aos fins a que se destina; considera-se indivisível; a deu turno, uma casa, se dividida por paredes, puder converter-se em duas ou mais casas independentemente, será considerada divisível" ("Registro de Imóveis", págs. 122-123).

"Não é o fato de se encontrar o engenho em desuso, por estar sendo feita a moagem da cana que ali se cultiva, em maior escala, na Usina São Francisco, que torna divisíveis as terras de sua destinação.

"Nem é possível afastar a hipótese de poder ainda o engenho voltar a safrejar.

"IV. Por outro lado, na conformidade da prova, existe também na propriedade "Jericó" um ôlho d'água, a 50 ou 60 metros da casa residencial.

"Êsse olheiro é a fonte essencial de abastecimento, d'água (primeira testemunha dos próprios autores), com água muito bom (segunda testemunha também dos autores), muito bom e grande, sendo a melhor água que existe na propriedade (terceira testemunha ainda dos autores).

"É, como se depreende, a única fonte que fornece água potável, de boa qualidade, a quem mora na propriedade, circunstância que, por si só, em vista de sua destinação, a torna, pràticamente, indivisível.

"O próprio perito dos autores, com o beneplácito do desempatador, chega à conclusão de que, pela colocação do engenho, da casa de residência, do ôlho d'água, etc., a divisão não pode ser feita na largura da terra (resposta ao 1º quesito dos réus), entendendo-a possível, porém, de Sul a Norte, para a facilidade do que, acrescentou êle, deveriam ser avaliadas separadamente as benfeitorias (resposta ao 3° quesito dos autores).

"Sendo assim, torna-se impraticável a divisão, oferecendo-se como solução legal a regra do art. 632 do Cód. Civil, nos têrmos do qual,

"Quando a coisa fôr indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições

iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior".

"Por estas razões, adotando o relatório *retro* como parte integrante desta decisão, acordam em Turma dêste Tribunal, por maioria de votos, dar provimento à apelação, para julgar os autores carecedores da ação de divisão.

"Custas na forma da lei.

"Natal, 1° de julho de 1949. - *Antônio Soares*, presidente; *P. Canindé de Carvalho*; *Seabra Fagundes*, vencido, com o voto que vai em separado numa fôlha dactilografada e rubricada de ambos os lados:

"1. Tive como procedente a ação.

"2. Sem dúvida alguma os engenhos de açúcar são coisas indivisíveis. Mas, na espécie, não se trata de engenho de açúcar. O imóvel perdeu essa destinação, e, com ela, a indivisibilidade. É que há quatro anos se acha de fogo morto, estando a maquinaria em parte desmontada e bastante danificada (vistoria de fls. 65-66).

"O condômino que o explorava, proprietário que é de uma usina contígua, nesta fabrica o açúcar das canas ali plantadas. Nem o segundo laudo pericial impressiona quando diz que as peças desmontadas estão pintadas de novo. Se o primeiro laudo afirma, como se viu, que elas se acham estragadas, é bem de ver que o beneficiamento recente foi feito adrede. E aquêle laudo, acentue-se, é mais de crer que êste outro, tanto porque o subscrevem o perito do autor e o do juízo, como por mais sereno. O perito do recorrente chega a afirmar que de terceiros ouviu pretender êle moer na próxima safra, afirmativa que escapa ao seu papel e própria de testemunha. Não se nega que o perito, em certos casos, pode ouvir terceiro (exemplo: no de lançamento de marcos), mas, na espécie, e com o sentido com que se apresenta, a indagação seria descabida.

"Por outro lado, o interêsse econômico do recorrido estaria contrariado se, possuindo usina contígua ao terreno, para a qual adquire cana de terceiros, fôsse moer também no engenho.

"3. Não é possível admitir a indivisibilidade perpétua por existir na propriedade a maquinaria. O que assegura a indivisão em casos tais é o destino dado ao bem. Do contrário, qualquer fábrica, por mais abandonada estivesse, desgastado o material e sem possibilidade de reencetar a produção, vincularia o imóvel à indivisão, sem objetivo econômico e ao capricho de qualquer dos sócios.

"4. Sustenta-se ainda a indivisibilidade por existir no terreno uma fonte, que abastece os moradores de água potável. As fontes d'água são em si mesmas indivisíveis. Mas as propriedades onde se achem não o são. A fonte ficará em algum dos quinhões. A não ser que se trate de imóvel para cuja exploração a sua água seja indispensável (para uso doméstico, irrigação, etc.). Ora, na espécie, se a fonte vier a integrar um quinhão, nem por isto o outro perderá o valor econômico. É que, além das suas águas, recebe o terreno, noutro ponto, as do rio Azul, utilizáveis para irrigação.

"O Tribunal de São Paulo já decidiu, o que colhe à espécie por analogia, que a existência de queda d'água não obsta à divisão ("Brasil-Acórdãos", vol. IV, número 11.820)".

Arí Alecrim Pacheco e sua mulher apareceram com embargos, reportando-se ao voto vencido do eminente desembargador SEABRA FAGUNDES.

O ilustre tribunal local, pelo acórdão de fls. 155, que lerei em seguida, julgou procedentes os embargos, a fim de cassar a decisão anterior e restabelecer a sentença de primeira instância:

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de embargos ao acórdão número 1.513, do têrmo e comarca de Ceará-Mirim, sendo embargantes Ari Alecrim Pacheco e sua mulher, e embargados Luís Lopes Varela e sua mulher:

"Insubsistentes são os dois fundamentos em que se estribou o venerando acórdão embargado de fls. 109 a 131, para firmar a indivisibilidade do terreno em litígio, e julgar os autores carecedores da ação de divisão.

"Em primeiro lugar, o fato de existirem na propriedade peças de engenho desmontadas e em mau estado não implica que permaneça o engenho "Jericó"

em funcionamento, sabido como está que o mesmo há quatro anos não funciona, estando de fogo morto.

"O costume, a que se reportam algumas das testemunhas, de que de uma moagem para outra se desmontam as caldeiras e tachas para apontamento, não colhe na espécie, dado que o engenho "Jericó" acha-se assim desmontado há quatro anos, podendo permanecer nesse estado indefinidamente, obstando dessarte que as suas terras sejam divididas.

"Se assim fôra, jamais se poderia fazer a divisão de terras que fôssem de engenho, pelo só fato de nelas permanecerem, mesmo em estado de imprestabilidade, peças que se destinem ao seu funcionamento. Uma vez desaparecida a destinação dessas peças, está claro, desapareceu com elas a razão da indivisibilidade das terras do imóvel.

"E, na espécie dos autos, é isto que se verifica sem sombra de dúvida.

"Os embargados, possuindo, como possuem, uma usina que lhes garante maior rendimento, abandonaram per completo o engenho "Jericó", tipo *bangüê*, e não pretendem jamais utilizá-lo para êsse fim. E a circunstância de lá deixarem as peças, a que se referem os laudos de fls., não é razão suficiente para que a propriedade não possa sofrer divisão, como entendem os embargados. Seria uma maneira muito fácil de burlar a lei.

"Por outro lado, o fato da existência no terreno litigioso de uma fonte de água potável, para abastecimento de seus moradores, também não constitui empecilho legal capaz de obstar à sua divisão, uma vez que ela ficaria, forçosamente, no quinhão de um dos condôminos, cabendo ao outro o rio Azul, que, por sua vez, presta-se ao serviço de irrigação de terrenos, muito embora a sua água seja inferior à da fonte em aprêço.

"Desta forma, não há como encontrar-se a caracterização da indivisibilidade do imóvel, constituído de terras agrícolas, apropriadas não sòmente ao cultivo da cana de açúcar, mas ainda ao de quaisquer cereais.

"Por êstes fundamentos:

"Acordam, por maioria de votos, os juízes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, julgar procedentes os embargos, para, reformando o acórdão embargado, manter a sentença de fls. 103 a 107, pelos seus jurídicos fundamentos.

"Custas na forma da lei.

"Natal, 16 de novembro de 1949. - *F. Canindé de Carvalho*, presidente substituto; *Adalberto Amorim*, relator; *Félix Bezerra*, vencido; *J. Dantas Sales; Carlos Augusto; Seabra Fagundes*".

Os embargados recorreram extraordinàriamente, com amparo no art. 101, nº III, letras *a* e *d*, da Constituição federal, eis que contrariado o art. 628 do Cód. Civil, além de se achar em conflito o julgado com certa decisão do Tribunal de Justiça de Alagoas (fls. 157).

O recurso teve processo regular.

Êste é o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Promovida, pelos recorridos, a divisão da propriedade agrícola "Jericó", situada no vale de Ceará-Mirim, os recorrentes argüiram a indivisibilidade das terras em litígio, por isso que ali existiam um engenho de açúcar e uma fonte de água potável.

Apurou-se, porém, face aos elementos fornecidos pelos autos, que faltava fundamento legal para a alegada indivisibilidade do imóvel, principalmente porque, no caso em tela, não se tratava de engenho de açúcar, mas de peças de engenho desmontadas e em mau estado de conservação.

Com efeito, não estando caracterizada a apregoada indivisibilidade, como demonstrou o venerando acórdão recorrido, era possível, sem sombra de dúvida, proceder-se à separação pleiteada, uma vez que se insurgiram alguns interessados contra a permanência do dito imóvel no estado de comunhão.

Deflui, do exposto, que não se alterou a destinação da coisa comum, sem o consenso de todos os co-proprietários, como pareceu aos recorrentes, quando procuraram invocar o art. 628 do Cód. Civil, dando-o por violado. E, conseguintemente, não tem adequação à espécie o aresto apontado como dissonante.

Desmerecendo, pois, acolhida o recurso, o meu voto, preliminarmente, é pelo não conhecimento dêle.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixou-se de conhecer do recurso, por votação unânime.

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 AFRÂNIO COSTA.

*

HERANÇA - ADJUDICAÇÃO

- Sòmente após o pagamento das dívidas, liquidação de encargos e ultimação da partilha se concretiza o quinhão de cada herdeiro. Só então e herdeiro, ou herdeiros, pode requerer lhes seja adjudicado o bem da herança, que não admita divisão cômoda, repondo em dinheiro, aos demais, o que sobrar.

Antônio Elói Silveira *versus* Elias Quinto de Sousa e sua mulher

Rec. ext. nº 17.200 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo recorrido.

Supremo Tribunal Federal, 30 de outubro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Processava-se o inventário de Feliciana Maria de Sousa; diversos foram os herdeiros declarados; como bem a inventariar parte de uma fazenda, "Conceição"; a 7 de janeiro de 1947, os herdeiros de Nestor, um dos filhos, cederam seu quinhão a Antônio Elói Silveira. Foi então ajuizada por Elias Quinto de Sousa esta ação para anular a cessão, oferecendo o preço, invocando os arts. 1.139 do Cód. Civil e 410 do Cód. de Proc. Civil. Contestaram os réus a indivisibilidade do imóvel.

Deu o juiz pela improcedência da ação, porque: "a cessão de direito hereditário não implica, mesmo no caso de espólio inventariado; só compreender imóvel por natureza, determinado imóvel, ou parte em determinado imóvel.

"A referência, nas cessões de herança, a determinado imóvel, não tem efeito se não relativamente à preferência que, por comodidade na partilha, poderia caber ao cedente e assim passa a poder caber ao cessionário.

"Antes da partilha não se sabe o que é que vai tocar a cada herdeiro nos bens inventariados.

"Podem ocorrer circunstâncias diversas, como venda dos bens para pagar dívidas e custas, por falta de pedido de adjudicação como torna por ser incômoda a divisão etc.; e por isso não tocar a êsse ou àquele herdeiro, às vêzes, precisamente, o bem que êle pretendia, ou teve em mira ceder.

"Dêste modo, só no próprio inventário, quando se tiver de deliberar sôbre a partilha, é que cabe apreciar a divisibilidade e a comodidade dos imóveis, ou a

concórdia dos interessados no gôzo comum da coisa, para se proceder na forma pela qual o Código Civil procura evitar questões futuras entre os interessados (arts. 635 e 1.777).

"Se, feita a partilha em comum, houver depois desacôrdo entre os condôminos, ou um dêles quiser dispor de sua parte no todo, então; ou se extingue a comunhão por acordo, ou pela justiça, ou se atende à indivisibilidade da coisa, para não ser alienado a estranho algum dos quinhões (artigo 1.139).

"Em resumo, antes da partilha, a cessão de herança, mesmo mencionando parte de determinado imóvel inventariando, não é alienação de parte de imóvel natural afetado de indivisibilidade".

Em apelação, a sentença foi reformada e pelos seguintes fundamentos julgada a ação procedente:

"Como as provas documentais dos autos atestam, a Fazenda "Conceição", medida, demarcada, titulada sob nº 2.444, devidamente registrada, constitui um todo legalmente indivisível, desde muito tempo, eis que os apelantes, por direito de sucessão e por efeito de contratos aquisitivos de quinhões dos herdeiros, se tornaram possuidores e proprietários de mais de quatro quintos do referido imóvel, na área do qual, esparsamente, realizaram benfeitorias valiosas, das quais se aproveitariam, harmônicamente, os co-herdeiros, cujos quinhões não foram transferidos aos apelantes. A intromissão de terceiros, estranhos, com direitos nessa propriedade rural, viria quebrar a harmonia entre os demais co-proprietários, sendo, naturalmente, os mais prejudicados êsses ora apelantes, por serem os maiores proprietários. Se, em geral, se admite ampla liberdade na cessão de quinhões hereditários, ela é, por vêzes freqüentes, obstada, desde que produza ou possa produzir resultado contrário ao direito facultado a todo co-proprietário de bem indivisível de haver para si, a tanto por tanto, a parte que outro co-proprietário tente transferir, ou haja transferido a estranhos ao condomínio.

"No caso dêstes autos, o que se tem à vista é a existência de uma herança que se abriu, e cujo objeto único que a corporifica é uma fazenda rural, um imóvel, pertencente já, em grande parte, a um dos co-herdeiros. Não há outro ou outros bens nessa herança. Êsse imóvel, porém, de muito se tornara legalmente

indivisível, porque, em verdade, nenhum dos poucos condôminos poderia pretender-lhe a divisão geodésica sem lhe diminuir o valor, sem lhe desviar a finalidade. Ao demais, seria normalmente impossível ir buscar nesgas de terrenos por entre as benfeitorias fixadas ao solo, aqui e ali, esparsamente.

"Imprudência indisfarçável foi pretenderem os compradores Antônio Elói Silveira e espôsa intrometer-se nessa dita fazenda. Êles não compraram, como quis fazer crido a sentença recorrida, um quinhão abstrato, que tanto poderia, em outra hipótese, ser preenchido por títulos ao portador, dinheiro em moeda corrente, jóias, móveis, mercadorias industrializadas, ou produtos naturais, ou um conjunto de parcelas de cada um dêsses efeitos, se nisso combinassem herdeiros e assentisse o juiz. Não; êles compraram "um quinhão abstrato"; compraram um quinhão que sabiam, a entrar pelas vistas, ser tirado, forçosamente, no imóvel indivisível legalmente. Queriam penetrar ali. O resto viria com o tempo. O grande proprietário rural vizinho teria meios e modos de alargar sua fazenda, com um pedaço, e quem sabe? com tôda a fazenda "Conceição"!

"Mas o direito civil, melhormente interpretado e aplicado, em função das mais justas e equitativas regras constitucionais do nosso país, não servirá de manto à continuidade da formação de latifúndios".

Daí o recurso extraordinário pelas letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição dando por vulnerado o art. 1.139 e por denegado um acórdão da egrégia 1ª Turma, no rec. ext. nº 13.741, inserto *in* "REVISTA FORENSE", vol. 122, pág. 150, em que teria sido decidido que "a herança não é coisa ou bem indivisível, porque constitui uma universalidade, antes de partilhada mediante inventário".

Admitido, arrazoado e contra-arrazoado, subiram os autos, opinando o Dr. procurador geral pelo conhecimento e não provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Conheço do recurso pela letra *d* e lhe dou provimento.

No curso de um inventário, um dos herdeiros vendeu a um estranho seu quinhão hereditário; outro herdeiro ajuizou esta ação, depositando o preço, para obter preferência sôbre o estranho, conforme o art. 1.139 do Cód. Civil. Concedeu o acórdão recorrido a preferência por ser a herança constituída de um único bem, imóvel, indivisível - uma fazenda de lavoura e pastos.

Mas, não é da fazenda que se trata, e sim de herança à qual está vinculada parte da fazenda.

Seja a herança universalidade dos bens de um defunto com os seus encargos, compreendendo os seus imóveis, de raiz, direitos e ações que lhe pertencem, as dívidas que contraiu e os encargos a que estava obrigado (PEREIRA E SOUSA); seja a sucessão na universalidade dos direitos ativos e passivos de um defunto, tais quais existiam ao tempo de sucessão (FERREIRA BORGES); o que não resta dúvida, na opinião dos DD., endeusada por TEIXEIRA DE FREITAS, é que, mesmo que compreenda todos os bens móveis e imóveis, considera-se coisa incorpórea, porque não é de sua essência que se achem bens.

Sòmente após o pagamento das dívidas, liquidação dos encargos, procedida a partilha, concretiza-se o quinhão de cada herdeiro em parte alíquota sôbre o bem, ou em parte determinada, ou ainda em dinheiro, se houver que ser vendido, por não admitir cômoda divisão ou ainda inexistindo numerário para pagar as dívidas ou encargos. Aí então um ou mais herdeiros poderão requerer lhes seja adjudicado, repondo aos outros, em dinheiro, o que sobrar (art. 1.777 do Cód. Civil, e art. 503 do Cód. de Processo).

DECISÃO

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

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro EDGAR COSTA, que, por motivo justificado, se retirou.

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.

*

LOCAÇÃO - RETOMADA PARA RECONSTRUÇÃO - INDENIZAÇÃO

- O locatário tem direito a razoável indenização, pela perda do fundo de comércio, sacrificado à pretensão do lote de reconstruir o edifício, com o que, pasto beneficie a coletividade, está procedendo "de lucro captando". Não se trata de indenização de ato ilícito, punitiva, mas de composição de interêsses, de atenuação dos prejuízos, de indenização compensativa, que deve envolver as despesas de reinstalação.

Antônio Gris *versus* Marjory Gage da Silva Prado

Rec. ext. nº 11.875 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.875, de São Paulo, recorrente Antônio Gris, recorrida Marjory Gage da Silva Prado:

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

Supremo Tribunal Federal, 24 de janeiro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: É da lavra do Exmo. Sr. Des. PINTO AMARAL o acórdão de fls. 286, *verbis*:

"Deram provimento, em parte, aos dois recursos.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 31.585, da comarca de São Paulo, em que são apelantes e recìprocamente apelados Antônio Gris e D. Marjory Gage da Silva Prado:

"Acordam, em 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado como parte integrante o relatório de fls., dar provimento, em parte, aos dois recursos. Quanto ao do autor, é de excluir-se a parte referente a honorários de advogado, em que a sentença o condenou. Não há temeridade da lide, desde que o próprio juiz rejeitou a preliminar de carência da ação, para entrar no mérito. Não houve inadimplemento contratual, e se a ação deixou de ser julgada procedente foi porque se acolheu o pedido de retomada do prédio. Êsse acolhimento foi razoàvelmente decretado, em que pêse às razões do autor. Não era necessário que a ré apresentasse planta aprovada, dado que isso não é exigido pela lei que dispõe sôbre a renovação das locações. O pedido de retomada está suficientemente justificado, tendo bem decidido a sentença, que merece confirmação no tocante a êsse ponto.

"Quanto ao recurso da ré, é de ser provido também em parte, porque, efetivamente, a sentença é contraditória: o juiz, depois de dizer que não havia indenização a ser concedida, ressalvou ao autor a indenização por motivo de mudança, a que se refere o art. 20 da lei. A única indenização cabível, no caso, é a do art. 21, § 3º, se a ré não iniciar as obras no prazo que lhe foi fixado. Tem-se invariàvelmente decidido que não cabe indenização por motivo de mudança no caso de pedido de retomada.

"A preliminar apresentada pela ré foi bem rejeitada pela sentença, que também nessa parte merece confirmação, por seus fundamentos.

"Assim, fica modificada a sentença apenas em dois tópicos: no que se refere aos honorários de advogado e no tocante à indenização por motivo de mudança. O provimento é, por isso, parcialmente concedido.

"Custas pelas partes, em proporção.

"São Paulo, 30 de janeiro de 1947. - *Teodomiro Dias*, presidente; *Pinto do Amaral*, relator; *Meireles Santos; A. Câmara Leal*".

A reação de Antônio Gris traduziu-se no presente recurso extraordinário, que procura suporte na letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal, em face do dissídio jurisprudencial de que são índices os arestos citados a fls. 275 e 275 v. dos autos. As partes razoaram a fls. e fls.

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Decidiu o aresto recorrido não caber indenização ao locatário pelo locador que exerce o *droit de réprise* para reconstrução.

Ora, tese diferente foi consagrada pelo Tribunal do Distrito Federal, nos acórdãos citados a fls. 275 e 276 e que, em tais casos, outorgam ao locatário uma côngrua-indenização.

Objeta-se (fls. 285) que êsse dissídio traduz "mera divergência doutrinária quanto aos direitos inerentes ao domínio".

Certo, porém, é que êle se arma em tôrno de questão momentosa derivada da aplicação do dec. nº 24.150, têrmos em que, a meu ver, cabe o recurso extraordinário de que, preliminarmente, tomo conhecimento.

E meu voto - de acôrdo, aliás, com pronunciamentos meus ainda recentes - é para dar provimento ao recurso, a fim de que se reconheça ao recorrente direito a razoável indenização, pela perda do fundo de comércio sacrificado à pretensão do dono de reconstruir o edifício, com o que, pôsto beneficie a coletividade, está procedendo de *lucro captando*.

Além de razões de ordem lógica que pelejam em favor dessa conclusão, ela se esforça em motivos poderosos de eqüidade, que no *ius speciale* de que se trata deve constituir inspiração constante do aplicador da lei.

Se os elementos corpóreos do "fundo de comércio" não se perdem com a deslocação do seu titular (material, mercadoria), podem sofrer alterações gravemente prejudicais os seus elementos incorpóreos que são os mais

importantes, como a clientela, a *achalandage* e outros. É justo que, além dos prejuízos pela mudança dos primeiros, seja satisfeita a indenização pelos prejuízos dos segundos.

Não se trata de indenização de ato ilícito, punitiva, mas de composição de interêsses, de atenuação dos prejuízos do titular do "fundo de comércio", sacrificado à atividade do titular da propriedade do prédio, de indenização compensativa.

O "fundo de comércio" não é uma abstração, uma criação cerebrina dos juristas. Como disse PIERRE VIGNANCOM ("Le Fonds de Commerce dans les rapports entre épaux", pág. 6), êle se tornou no século XIX, e, ainda mais em nossos dias, *"l'élément principal de la fortune mobilière, du mains si l'on fait abstraction de la masse des fonds d'état"*.

Para, no caso, manter, com o direito do proprietário, a satisfação do interêsse geral ligado à expansão e embelezamento das cidades, o direito do titular do fundo de comércio de não dar preferência a quem *certat de lucro captando* contra quem peleja *de damno vitando*, a indenização, a meu ver, se impõe, como no caso de ampliação de negócio.

Não se trata de pagar o prejuízo todo, senão de conceder uma indenização-côngrua, razoável, moderada, mas que abranja também as despesas de reinstalação. Tenho em outros votos desenvolvido os argumentos que me levam a conceder, no caso, indenização, interpretando a Lei de Luvas, de tão notável densidade sociológica, à luz da eqüidade e atendendo aos motivos que originavam o direito especial, que ela traduz.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, só tenho concedido indenização, nesta hipótese, para a mudança. Acompanho o voto de V. Exª, com restrições.

VOTO

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

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e deram-lhe provimento, vencidos, em parte, no mérito, os Exmos. Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e 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.

*

CAMBIAL - PRESCRIÇÃO

- É de seis anos, contados da sua emissão, o prazo da prescrição da ação por título cambial sem data de vencimento.

Egídio Tambelini *versus* Josefina Wels Pacheco de Toledo

Ag. nº 14.548 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam em Supremo Tribunal Federal, por decisão da 2ª Turma julgadora e por maioria de votos, - relatados êstes autos de agravo de instrumento n° 14.548, do Estado de São Paulo, em que é agravante Egídio Tambelini e é agravada Josefina Wels Pacheco de Toledo - em negar provimento ao mesmo agravo, nos têrmos do voto do relator constante das notas anexas da assentada do julgamento.

Custas pelo agravante.

Supremo Tribunal Federal, 7 de novembro de 1950. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: O agravante propôs uma ação executiva contra a agravada para haver a importância de duas letras de câmbio, sacadas em 1927 e 1928, com vencimento em branco; por embargos à penhora, alegou a executada a prescrição da ação; acolheu o juiz essa alegação e julgou improcedente a ação. Apelou o exeqüente e o Tribunal de Justiça, pela sua 5ª Câmara Cível, negando provimento ao recurso, julgou não improcedente a ação, mas dela carecedor o exeqüente. A prescrição da ação cambial emitida com vencimento em branco, - considerou o Tribunal, - ocorre no prazo de 6 anos a partir da data de sua emissão, uma vez que, equiparada à cambial à vista, torna-se exigível dentro de 12 meses contados da sua emissão; na hipótese, a extinção do direito de cobrar executivamente as cambiais ajuizadas verificou-se, respectivamente, em 1933 e 1934 (ac. às fôlhas 11).

Pretendeu o exeqüente recorrer extraordinàriamente dêsse acórdão, com fundamento nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, argüindo-o de violador do art. 442 do Cód. Comercial, aplicável, na espécie, na ausência de dispositivo prevendo especificamente o caso; do art. 443 do mesmo Código, que manda contar o prazo prescricional do vencimento e, na sua falta, do protesto; do art. 141, § 2º, da Constituição, obrigando a propor ação no prazo de 6 anos contados da data da emissão dos títulos, quando existe lei neste sentido; e, afora outras infrações, por divergente de acórdão dêste Tribunal, segundo o qual: "em matéria de prescrição exigem-se disposições expressas, não se podendo ampliar, por analogia, um preceito que regula determinada hipótese". O recurso não foi admitido (despacho às fls. 14 v.), daí o presente agravo, em que, condensando os fundamentos do recurso denegado, sustenta o agravante que: o acórdão impugnado violou direito expresso, parque aplicou à espécie dos autos o art. 21 da lei cambial, que não tinha cabimento; infringiu o art. 443 do Cód. Comercial, porque deixou de aplicá-lo; aplicando, por analogia, em matéria prescricional, o citado art. 21, contrariou jurisprudência dêste Supremo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): O título cambial sem prazo de vencimento considera-se à vista, e, como tal, deve ser apresentado ao pagamento dentro de 12 meses contados da sua emissão (artigo 21 da lei nº 2.044); da data em que terminar êsse prazo começa a correr, contra o seu emitente, o prazo para a prescrição, que é, assim, o de 6 anos a partir da emissão. Essa a lição de WHITAKER ("Letra de Câmbio", nº 201) e de MAGARINOS TÔRRES ("Nota Promissória", n° 325 e nota 104 *bis*). E, nessa conformidade, decidiu o acórdão impugnado pelo recurso não admitido pelo despacho agravado. Sem ofensa à letra da lei, aplicou-a o acórdão recorrido, não por analogia, mas, segundo a melhor interpretação, que, aliás, lhe tem sido dada por outros tribunais.

Nego provimento ao agravo.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, dou provimento ao agravo para fazer subir o recurso.

DECISÃO

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

*

INALIENABILIDADE DE BENS – VENDA JUDICIAL DA HERANÇA - DÍVIDAS DO MORTO

- A cláusula de inalienabilidade diz respeito às dívidas do herdeiro, ou legatário, e só se aplica aos bens, a êle transmitidos, não formando obstáculo a que, precìpuamente, se pague, pelas fôrças do acervo, o passivo do "de cujus". Onde há dívida, não há herança, e a cláusula atinge, apenas, esta.

Angelina Tavares de Oliveira e outros *versus* Brígida dos Santos e outro

Rec. ext. nº 10.602 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 10.602, de São Paulo, recorrentes Angelina Tavares de Oliveira e outros, recorridos Brígida dos Santos e outro:

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sem lhe trazer quaisquer acréscimos e à conta de seus fundamentos, o Tribunal de São Paulo, pelo acórdão de fls. 474 verso, confirmou a sentença de fls. 451, *verbis*:

"Executando a sentença de fls. 312, confirmada pelo egrégio Tribunal de Apelação, D. Brígida dos Santos, baseada na liquidação da condenação, pela qual ficou evidenciado ser o seu crédito de Cr$ 19.006,40, fêz penhorar o prédio da rua Cunha Gago n° 106, do qual lhe pertence uma parte correspondente a quinze vinte e oito avos (15/28), pertencendo aos devedores - D. Angelina Tavares de Oliveira e outros - a outra parte.

"Prosseguindo na execução, foram expedidos editais e levada à praça a parte ideal remanescente do imóvel - ou seja, treze vinte e oito avos (13/28) do mesmo - que foi arrematada pela exeqüente em benefício de seu crédito e pelo valor do mesmo, como consta do têrmo de fls. 411.

"Na oportunidade, entraram os executados com os embargos à praça, de fls. 413, nos quais alegam que foram condenados: *a)* a restituírem à exeqüente a metade do prédio da rua Cunha Gago nº 106, metade do depósito de Cr$ 1.084,60 e mais a sétima parte dêsses bens referentes à legítima de sua filha Angelina Santos, tudo correspondente a 15/28 ou 53/571% dos bens deixados por Antônio de Oliveira Matos; *b)* pagar a quantia de Cr$ 12.374,70, correspondente a 15/28 ou 53/571% do rendimento líquido do prédio da rua Cunha Gago; *c)* pagar os juros de 6% sôbre a quantia que corresponder a 15/28 ou 53/571% da quantia de Cr$ 1.084,60; *d)* juros da mora e custas da data da citação para a presente liquidação, tudo no total de Cr$ 19.006,40, sendo penhorado o prédio e respectivo terreno da rua Cunha Gago nº 106, já referido, incluídas, nessa totalidade, as partes que têm nêle os embargantes, isto é, Angelina Tavares de Oliveira e seus filhos. Semelhantes partes couberam aos embargantes em virtude do testamento, devidamente processado, e em que se estipularam para o legado da embargante D. Angelina Tavares de Oliveira as cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade. E, em tais condições, houve, por um lado, excesso de penhora, e, por outro, a penhora feita, sôbre a parte pertencente à legatária é nula, tudo o que, acarreta, irremediàvelmente, a nulidade da referida execução e, em conseqüência, da arrematação havida. Estes embargos, acrescenta, têm legítimo fundamento no art. 1.009, número II, combinado com o art. 1.010 do Cód. de Processo, sendo, em conseqüência, de decretar-se a nulidade argüida para restituir-se aos embargantes os bens dos quais foram ilegalmente despojados.

"Os embargos foram contestados a fôlhas 418, oficiando nos autos o Procurador de Resíduos, que opinou pela procedência dos embargos.

"O processo foi saneado, realizando-se, a seguir, a audiência de instrução e julgamento, na qual, sem a produção de quaisquer outras provas, houve debates orais e juntada de memorial. Posteriormente converti o julgamento em diligência para determinar esclarecimentos que foram prestados pelas partes.

"Isto pôsto, decido:

"Trata-se de saber se há nulidade a ser decretada, uma vez que o imóvel arrematado acha-se gravado com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

"Antes de tudo deve-se examinar se a defesa pode ser interposta agora, isto é, na fase da arrematação, pois é certo que os devedores, citados, não se defenderam por ocasião da penhora, deixando o processo correr à revelia.

"A alegação apóia-se no art. 1.010, número III, combinado com o art. 1.009, número II, do Cód. de Processo - excesso de execução ou sua nulidade até a penhora.

"Quanto ao excesso de execução é incabível a alegação em embargos à arrematação, como na hipótese dos autos, nos têrmos do art. 1.011. Por êste último artigo, combinado com o citado art. 1.010, nº III, nesta fase só são admissíveis os embargos de nulidade da execução. Essa nulidade pode ser conhecida mesmo neste ato como bem o demonstra a embargante em seu memorial.

"Mas a verdade é que, quanto ao mérito, não vejo como reconhecer a procedência da defesa, no que se refere a nulidade.

"Não sustento, nem a isso me abalaria, que a inalienabilidade instituída no testamento para os bens arrematados deixe de operar só porque não foi alegada na primeara fase da execução, pois essa alegação, como vimos, pode ser feita em embargos à arrematação.

"Outras razões a isso me levam: é que os bens objeto da execução, embora inalienáveis, respondem pelo encargo reconhecido na sentença proferida na ação de anulação de testamento e petição de herança movida pela exeqüente-arrematante contra os embargantes, pois onde há dívida - como bem argumenta a embargada - não há herança, não podendo, assim, ser cumprido o testamento.

"Ainda que se considere - como quer a embargante, - dívida desta a quantia que deu origem à execução e à conseqüente praça, não se pode negar que essa

dívida provém dos rendimentos dos bens que o julgador atribuiu à embargada, tendo, uns e outros, origem no testamento do falecido marido da embargada, a quem o julgado reconheceu o direito ao recebimento da quantia objeto da condenação:

"Em conseqüência, rejeito os embargos opostos, havendo por boa e valiosa a praça efetuada, expedindo-se oportunamente a competente carta.

"Dactilografei esta para ser publicada ha audiência designada para hoje.

"São Paulo, 16 de julho de 1945. - *Virgílio Argemites*".

Daí o presente recurso extraordinário, que procura superfície e assento na letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal, e em que se alega com a vulneração dos artigos 1.676, 1.677 e 1.723 do Cód. Civil e 942, I, do Cód. de Processo.

Razões a fls. e fls. (*ler*). O parecer do então procurador geral da República, hoje nosso eminente colega Sr. ministro LUÍS GALLOTTI, oferece o seguinte conteúdo:

"O acórdão recorrido de fls. 474 v. manteve por seus fundamentos e provas dos autos a sentença apelada de fls. 451, que, em embargos à arrematação, havendo por valiosa a praça efetuada, repelira não só a argüição de excesso de execução, por sua intempestividade, como a alegação de nulidade da penhora e respectiva arrematação, por isso que os bens arrematados, embora dados como inalienáveis em testamento, respondiam, todavia, pelo débito executado, pois onde há dívida não há herança.

"Não há como dizer tal decisão contrária à letra da lei.

"E, assim, opinamos que se não conheça do recurso extraordinário, interposto sob invocação da alínea *a* do preceito constitucional (fls. 476).

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

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Foi, no caso dos autos, pôsto em almoeda, em processo de execução, e arrematado imóvel gravado com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

A sentença de fls. (que o acórdão recorrido confirmou sem nada aditar à sua fundamentação) teve, não obstante, a venda judicial por boa, firme e valiosa.

Sem dúvida que a alegação de nulidade, pôsto suscitada na fase de arrematação, merecia considerada. E o foi. Mas, para desencontrar acolhida, com o que, segundo a recorrente, vulnerados foram os arts. 1.676, 1.677 e 1.723. do Cód. Civil, e 942, I, do Cód. de Processo.

O art. 1.677 do Cód. Civil versa a sub-rogação da inalienabilidade em outros bens - assunto estranho à hipótese. E quanto ao art. 1.723, que faculta ao testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, quebrando o princípio da intangibilidade da legítima, como já o fizera, de resto, a lei FELICIANO PENA (dec. n° 1.839, de 31 de dezembro de 1907, art. 3°), é certo e certíssimo que o não vulnerou a sentença. Não se negou que essa faculdade possa ser legalmente exercida; o que decidiu o juiz foi que, no caso, não adargava a cláusula a herança, que inexistia, em face de débitos.

Os dispositivos que podiam ser vulnerados estão no art. 1.676 do Cód. Civil, por fôrça do qual a cláusula de inalienabilidade, assim temporária que vitalícia, não poderá ser invalidada ou dispensada por atos judiciais, e no art. 942, nº I, do Cód. de Proc. Civil, em face de cuja preceituação não podem absolutamente ser penhorados os bens inalienáveis por fôrça de lei.

A alegação não era tardia por manifestada na fase de arrematação, como, aliás, o reconheceu o juiz.

Como ensina PONTES DE MIRANDA, em opulento livro recentíssimo ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. VI, pág. 218), o *beneficium competentiae* do art. 942 é oponível pelo devedor executado, como por quem tenha interêsse na alegação e "deve o juiz respeitá-lo de ofício". Não cabe, observa PONTES DE MIRANDA, "qualquer interpretação do art. 942 que lhe busque *rationes legis* diferentes, em seus incisos, para lhe atenuar, em certos casos, a imperatividade, a respeitabilidade de ofício e o igual tratamento" (liv. cit., vol. cit., loc. cit.).

E como, na certa verdade, almoedados foram bens em que pesava a cláusula de inalienabilidade, razão tem, à prima vista, o recorrente.

O juiz, entretanto, dilucida nestes têrmos o caso: "os bens, objeto da execução, embora inalienáveis, respondem pelo encargo reconhecido na sentença proferida na ação de anulação de testamento e petição de herança movida pela exeqüente-arrematante, pois onde há dívida não há herança".

É certo que os bens presos pela cláusula de inalienabilidade não se sujeitam à execução *por débito do herdeiro*.

Não há que falar em prejuízo de credores.

Os credores do herdeiro, escreve CLÓVIS BEVILÁQUA, se anteriores à herança, não podem julgar-se prejudicados, porque a herança, mera possibilidade, não era parte componente do patrimônio do seu devedor, e se posteriores já encontraram o bem sujeito à condição de impenhorabilidade ("Código Civil Comentado", vol. 6, pág. 178).

Não importa considerar, com LAURENT ("Príncipes", vol XI, nº 472), que contavam os credores anteriores ao estabelecimento da cláusula com os bens futuros do devedor. *"Heredem nondum habet sed habere sperat"*. Essa expectativa se fundava em simples *spes iuris* e não poderia impedir o exercício de uma faculdade assegurada ao testador ou doador. *"Hereditas viventi non datur"*.

O acórdão, entretanto, não afirmou o contrário. O que se nêle enuncia é que a cláusula atinge a herança e esta inexiste em fuce de débitos do *de cujus*.

Como observa CARLOS MAXIMILIANO ("Direito das Sucessões", vol. II, nº 710), a cláusula de inalienabilidade diz respeito às dívidas de herdeiro ou legatário e só se aplica aos bens a êle transmitidos, não formando obstáculo a que precìpuamente se pague pelas fôrças do acervo o passivo do *de cujus*.

Tenho que o caso não comporta o recurso extraordinário, de que não conheço, preliminarmente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso. A decisão tomou-se 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.

*

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PRESCRIÇÃO - DESPACHO SANEADOR

- A prescritibilidade da ação investigatória da paternidade é de direito comum humano e, pois, reconhecida pela consciência jurídica universal. Não havendo, em nosso direito, prazo especial, o prazo de sua prescrição é de trinta anos, contado do dia em que a ação poderia ser proposta.

- No despacho saneador podem ser resolvidas as questões de direito, que impedem o término do feito, como a prescrição.

Ângela Ramos de Sousa Bruno e outros *versus* Mariano Ramos e outros

Rec. ext. nº 14.196 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário, em que são recorrentes Ângela Ramos de Sousa Bruno, seu marido e outra, e recorridos Mariano Ramos e outros:

Acordam, unânimemente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão da 1ª Turma julgadora, tomar conhecimento do recurso e negar-lhe provimento, pelos fundamentos constantes do voto a fls. 22 a 22 v., em notas taquigráficas.

Custas pelos recorrentes.

Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1950. - *José Linhares*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Na ação de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança intentada em Cuiabá por D. Ângela de Sousa Bruno e seu marido contra o Des. Oscarino Ramos, sua mulher e outros, o juiz proferiu despacho saneador julgando prescrita a ação. Dêste despacho houve agravo para o Tribunal de Justiça do Estado que, pelo acórdão de fôlhas 182 e segs., negou provimento ao mesmo, para confirmá-lo, pelos fundamentos apontados e que são resumidos na sua ementa:

I. O despacho saneador oferece oportunidade para o reconhecimento de prescrição argüida, por fôrça do art. 294, nº III, do Cód. de Proc. Civil.

II. Estão prescritos os direitos de ação investigatória de paternidade ou filiação ilegítima para tôdas as pessoas maiores ou capazes à data em que se fêz vigente o Código Civil.

III. O prazo prescricional conta-se da data em que a ação poderia ser proposta, isto é, corre desde o momento em que assistiu uma perspectiva de direito ao interessado, e não da data em que se alega ter tido conhecimento dessa perspectiva.

Com a decisão não se conformaram os autores, interpondo recurso extraordinário, na base do art. 101, III, *d*, da Constituição federal, e argüindo divergir a decisão de outras dos Tribunais do país, as quais citaram.

Os litigantes arrazoaram na instância Inferior. Nesta superior instância foi oferecido parecer pela douta Procuradoria Geral da República, quando solicitado pelo Exmo. Sr. ministro A. PRADO, substituto então do Exmo. Sr. ministro CASTRO NUNES. É impedido o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): Carece de procedência o recurso na base da letra *a*, de vez que, ao contrário do que se alega, no despacho saneador podem ser resolvidas questões de direito, que impedem o término do feito.

Conheço do recurso com fundamento no inciso *d* do art. 101, III, da Constituição federal, porque sabida é a divergência de julgados e do jurista em que conceituar a ação de investigação como imprescritível.

Mas, nego-lhe provimento. O eminente CLÓVIS, que concorreu, a princípio, para que se entendesse imprescritível a ação de estado, por fim modificou a opinião exprimindo-se dêste modo: "A prescritibilidade desta ação é reconhecida pela consciência jurídica universal, como se vê da legislação dos povos cultos". E acrescenta: "É, portanto, de direito comum humano a prescritibilidade da ação de investigação de paternidade". "Em nosso direito, não havendo prazo estabelecido, especialmente, a prescrição é de 30 anos" (CLÓVIS BEVILÁQUA, parecer em "Rev. dos Tribunais", vol. 130, págs. 446 e segs.).

FILADELFO AZEVEDO, versando a matéria, em parecer publicado na "Rev. dos Tribunais", assim se expressa: "Nosso Código é omisso a respeito, mas, do seu sistema, parece resultar o princípio de que as ações de estado não estão excluídas do princípio geral de prescrição trintenária, quando o prazo menor não é estabelecido, como nos arts. 178, §§ 3º, 4º, nº 1, 6°, nº XII, e 9º, nº VI". E

logo dá a razão: "O art. 179, com caráter de refôrço, é generalizante e só encontra limites nas exceções expressas, como na hipótese do art. 350, em que se assegura a ação de prova de filiação legítima ao filho, enquanto vivo".

No mesmo sentido é a opinião de CARPENTER.

Assim, apuradas as correntes doutrinárias, a respeito, toma vulto a que sustenta a prescritibilidade da ação de investigação materna, e a ela me inclino.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento do recurso e negaram-lhe provimento, unânimemente. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI. Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO.

*

AÇÃO RESCISÓRIA - IMPEDIMENTO DE JUÍZES - FALSIDADE DE DOCUMENTO

- Não são impedidos para o julgamento da rescisória os juízes do acórdão rescindendo nem o juiz da sentença de primeira instância, integrando, acaso, o tribunal por ocasião daquele julgamento.

- A falsidade de documento secundário, que serviu apenas de adminículo de prova, não autoriza a ação rescisória.

Berta Brandão Stempf *versus* Stefano Lompa e sua mulher

Rec. ext. nº 19.688 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.688, do Estado do Rio Grande do Sul, em que é recorrente Berta Brandão Stempf e recorridos Stefano Lompa e sua mulher:

Acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, não conhecer do dito recurso, na conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 20 de dezembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Berta Brandão Stempf e outros, ora recorrentes, propuseram contra os recorridos, Stefano Lompa e sua mulher, Adalcinda Brandão Lompa, ação rescisória do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que julgou procedente uma ação de investigação de paternidade movida pela recorrida Adalcinda contra a recorrente Berta e sua irmã, filhos e herdeiros do investigado, coronel Aquiles Brandão. Fundou-se a rescisória no art. 798, II, do Cód. de Proc. Civil: um documento, isto é, um caderno escolar, em que Adalcinda, muitos anos antes, anotara a própria idade ao tempo do término do seu curso, fôra reconhecido como prova de que seu nascimento ocorrera antes do casamento do investigado com a mãe das rés, de modo que não era filha adulterina, senão simplesmente natural; mas tal anotação se ressentiu de artifício, pois fôra aposta, muito de indústria, largo tempo depois da formatura de Adalcinda, já obedecendo ao fim da propositura da ação investigatória.

O acórdão recorrido, julgando a ação improcedente, assim se pronunciou, referindo-se ao acórdão rescindendo:

"Para assim julgar (isto é, para declarar Adalcinda filha simplesmente natural de Aquiles Brandão), entendeu a maioria que a autora da investigação foi concebida antes do Casamento de Aquiles com D. Elvira Domingues, celebrado em outubro de 1886, dado que seu nascimento ocorrera em setembro daquele ano. A decisão fundou-se, nesse particular, nos depoimentos de Lauro Oscar e Fausto José Domingues, cunhados de Aquiles, corroborados pelos de condiscípulas da investigante e de amigas de D. Elvira, por atestados,

"tornando induvidoso o ponto que se discute", baseado um dêles num caderno escolar, "abandonado no Colégio Bom Conselho, durante 34 anos", em cuja última fôlha, escrita em 1907, a investigante assinalara o fim do curso aos 21 anos de idade. Referindo-se a êsse caderno, vindo para os autos por determinação judicial, disse o acórdão rescindendo que prova dessa natureza, de acentuada prevalência e de molde a gerar convicção, consubstanciada em escrito particular, constitui o que se denomina prova casual, ou o testemunho produzido em escrito que se não fêz com o direto intuito, por parte de seu autor, de provar alguma coisa".

E continua o acórdão:

"Pretendem os autores desta ação rescindir o julgado, alegando falsidade do escrito lançado à última fôlha do caderno aludido, e de declaração da investigante, em petição ao juiz da causa, sôbre o paradeiro de sua mãe, cujo depoimento fôra ordenado, dizendo ignorá-lo e presumir, até, a sua morte. O caderno, alegam, não permaneceu no colégio, desde que, daí, saiu Adalcinda. O escrito da última fôlha foi lançado muitos anos depois. A mãe da investigante está viva e mora com ela. A rescisória funda-se no art. 798, II, do Código de Proc. Civil, modificado pela lei nº 70, de 20 de agôsto de 1947, *in verbis*:

"É nula a sentença quando o seu principal fundamento fôr prova declarada falsa em juízo criminal, ou de falsidade inequivocamente apurada na própria ação rescisória".

"Mas a natureza da ação rescisória, com o conceito e o âmbito que lhe dá a lei processual, não permite, como pretendem os autores, que se parta do exame de falsidade de um documento para reexame de tôda a prova, embora com êle não relacionada. Ao contrário do que afirmam, o caderno em referência não serviu de esteio a fundamento principal do acórdão rescindendo. O escrito lançado em sua última fôlha, dado como prova casual, foi, sem dúvida, um dos elementos de convicção para o julgamento da investigante como filha natural *in specie*. De outros elementos, porém, serviu-se o julgado, para assim concluir, concluir, fazendo expressa menção dêles. Afastado, ou eliminado, o escrito mencionado, por se admitir o seu lançamento posterior, com o propósito de conseguir um atestado da madre-diretora do Colégio Bons Conselho, com êle cairá, apenas, esse atestado.

"Os outros elementos de prova a que se refere o acórdão, cujo reexame é impossível, bons ou maus, bem ou mal apreciados, permanecerão de pé. Independentes do escrito, nenhuma influência arrasadora sofrerão com o reconhecimento da falsidade argüida. Por outro lado, a informação de Adalcinda, de desconhecer a residência de sua mãe e de ignorar se a mesma ainda vivia, não foi considerada no julgamento da investigação. Nenhum efeito resultaria, portanto, do reconhecimento da falsidade alegada, que daria ensejo à rescisória, na hipótese de constituir o escrito argüido de falso a prova única, ou fundamental, de um dos requisitos para a proclamação judicial da filiação investigada".

Inconformados, os recorrentes interpuseram o presente extraordinário, com fundamento na letra *a* da casuística constitucional, alegando violação: *a)* do art. 233 da Cód. de Organização Judiciária do Estado sulino, em face do qual não poderiam ter funcionado no julgamento da rescisória os desembargadores signatários do acórdão rescindendo, bem como o juiz de primeira instância, atualmente desembargador; *b)* dos arts. 2°, parág. único, 113, 213 e 798, II, do Cód. de Proc. Civil.

A fls. 414 contra-arrazoaram os recorridos, procurando defender o acêrto do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): A argüida nulidade do acórdão em face de lei estadual exorbita, de recurso extraordinário; mas, ainda que assim não fôsse, é claro que o citado dispositivo do Código Judiciário do Rio Grande do Sul não diz com a ação rescisória, que, como é elementar, se propõe perante o mesmo juiz que proferiu a decisão, para que esta seja por êle retratada.

Nenhum dispositivo de lei federal foi infringido pelo acórdão recorrido. Basta uma leitura do longo acórdão rescindendo para se verificar que a "anotação no caderno escolar da recorrida Adalcinda" foi apenas um adminículo de prova.

Encontra-se êsse acórdão a fls. 620 v. do volume 6º dêstes autos. Depois de acentuar a fôrça de convicção dos vários depoimentos e outros elementos probantes, no sentido do nascimento ou, pelo menos, da concepção de Adalcinda anteriormente ao casamento do investigado (de quem ficaram cartas confirmadoras da pleiteada filiação), refere que um atestado fornecido por madre Benícia, do Colégio Bom Conselho, fundara-se, entre outros motivos, no caderno em questão e que, por ordem do juiz da causa, fôra junto aos autos. E assim discorre o julgado: "O caderno de fls. 393 era utilizado pela autora para teoremas de aritmética e, no final, de seu próprio punho e, ao par da inscrição - 25 de novembro de 1907 -, contém a exata indicação de sua idade naquela data, ou seja, a de 21 anos.

"É incontestável o valor de uma tal prova, de vez que as referências constantes: do documento foram lançadas naturalmente sem o espírito preconcebido de instruir, com êle, futura demanda, tanto assim que ficou abandonado no colégio durante 34 anos e a sua inclusão aos autos se processou em virtude de ordem judicial, a requerimento da parte. Prova desta natureza, de acentuada prevalência, e de molde a gerar convicção, consubstanciada em escrito particular, constitui o que se denomina *prova casual*, ou o testemunho produzido em um escrito, que se não fêz com o direto intuito, por parte de seu autor, de provar alguma coisa (NEVES E CASTRO, "Teoria das Provas", nº 68, nota 2)".

Foi como um argumento *ex abundantia* que se acentuou o mérito convincente dêsse caderno. Ainda que abstraído êsse elemento de prova, o acórdão rescindendo continuaria adstrito à sua conclusão. Longe de ter sido o *principal fundamento* da decisão, a anotação do caderno figura entre os secundários, de par com a "posse do estado", também invocada. Foi em obediência ao próprio dispositivo do nº II do art. 798 do Código de Proc. Civil que o acórdão recorrido julgou improcedente a rescisória, sem entrar na indagação da prova no sentido do artificialismo da referida anotação, sendo de notar-se, aliás, que, conforme alegam os recorridos, o caderno fôra abusivamente retirado dos autos da ação investigatória e submetido ao exame do perito particular, que o tratou com processos químicos, de modo a torná-lo imprestável a uma perícia formalizada.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade de votos, deixou-se de conhecer do recurso.

Não assistiu ao relatório o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI, e assim não tomou parte no julgamento.

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

*

SENTENÇA - LIQUIDAÇÃO

- Na liquidação não se pode incluir outra condenação que não a de sentença liquidanda, pois é princípio de direito processual que a sentença deve ser executada fielmente, sem ampliação ou restrição. Considerar-se-á, todavia, como expresso o que, virtualmente, nela se contenha.

José Francisco de Paula Costa *versus* Osvaldo & Demerval

Rec. ext. nº13.998 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário, em que é recorrente José Francisco de Paula Costa, e recorridos Osvaldo & Demerval:

Acordam, unânimemente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão da 1ª Turma julgadora, tomar conhecimento do recurso e dar-lhe provimento pelos fundamentos constantes do voto do relator, junto a fls. 141 e segs. em notas taquigráficas.

Custas pelos recorridos.

Supremo Tribunal Federal, 24 de novembro de 1949. - *José Linhares*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Na liquidação de sentença obtida por José Francisco de Paula Costa contra Osvaldo & Demerval, foi a firma vencida condenada a pagar ao seu empregado a importância de Cr$ 14.501,00, e custas, independentemente da importância, de Cr$ 300,00, relativamente a férias, consoante está inserto na carta de sentença a fls. 2 dêstes autos. Consoante se vê dó relatório a fls. 105, da lavra do Exmo. Sr. ministro OLIVEIRA LIMA, a decisão exeqüenda condenou a executada a pagar ao exeqüente o salário mínimo e, ainda, o acréscimo de 20% sobre aquêle salário, por trabalhar à noite (ac. a fls. 70).

Em embargos, já na execução, o Tribunal Superior do Trabalho, pelo acórdão de fls. 107, por maioria de votos, tomou conhecimento do recurso e, *de meritis*, lhe deu provimento, para: *a)* mandar que o salário mínimo do exeqüente fôsse fixado de acordo com o tempo do trabalho diário; *b)* que o acréscimo noturno fôsse calculado sôbre o salário mínimo fixado e referente às horas noturnas; *c)* que o pagamento do acréscimo cessou a partir da vigência do dec.-lei nº 9.666, de 30 de agôsto de 1946.

Com esta decisão não se conformou José Francisco de Paula Costa, interpondo o presente recurso extraordinário, arrimando-se no art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição federal, e argüindo ter sido violado o art. 891 do Cód. de Proc. Civil.

As partes arrazoaram, subindo o recurso fique, nesta superior instância, tem o parecer de fls. 125 do douto procurador geral da República, ao tempo o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): Dispõe o art. 891 do Cód. de Processo Civil:

"A sentença deverá ser executada fielmente, sem ampliação ou restrição do que nela estiver disposto. Compreender-se-á, todavia, como expresso o que virtualmente nela se contenha".

Ora, se a sentença exeqüenda condenou o empregador a pagar ao empregado, ora recorrente, quantia certa e apurada em liquidação de sentença, não vejo como na execução se possa modificar a condenação, sem atentar contra o que dispõe o citado dispositivo processual, que é cânone em direito judiciário.

Razão por que, conhecendo do recurso pelo primeiro dos fundamentos citados, dou-lhe provimento para que a execução se faça de acôrdo com a sentença exeqüenda.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento do recurso e deram-lhe provimento, unânimemente. Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

*

LOCAÇÃO COMERCIAL - PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Nula é a cláusula em que se tenha convencionado a prorrogação automática do contrato, no fim do respectivo prazo, ou apenas o aluguel da futura locação.

- O recurso extraordinário não tem feição acadêmica para nêle se discutirem teses de direito sem alcance prático.

Maximino Rodrigues da Costa *versus* Dr. Horácio Alves Borges e outro

Rec. ext. nº 11.137 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.137, do Distrito Federal, em que é recorrente Maximino Rodrigues da Costa e são recorridos Dr. Horácio Alves Borges e outro, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, não conhecer do recurso, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 28 de novembro de 1949. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: O acórdão recorrido, da lavra do ilustre desembargador FLAMÍNIO DE RESENDE, é o seguinte (fls. 59):

"Locação de imóvel para fins comerciais. Nulidade da cláusula em que se tenha convencionado a prorrogação automática do contrato, no fim do respectivo prazo, ou apenas o aluguel da futura locação.

"Vistos e relatados êstes autos de apelação cível, entre partes: apelante o autor Maximino Rodrigues da Costa, e apelados os réus Dr. Horácio Alves Borges e Francisco, Alves Borges:

"Acordam os juízes da 4ª Câmara do Tribunal de Apelação negar provimento ao recurso para confirmar a sentença de fls. 48 que julgou improcedente a ação. O autor, na qualidade de arrendatário do prédio à rua Engenho de Dentro n° 35, tendo deixado que se esgotasse o prazo dentro do qual deveria requerer a renovação da locação, resolveu propor contra os réus, locadores do imóvel, a presente ação cominatória para que os mesmos fôssem condenados a prorrogar o contrato sob pena de multa, acrescida de perdas e danos e honorários de advogado. O autor baseou o seu pedido no pressuposto de que no contrato de arrendamento existia uma cláusula obrigando os locadores a prorroga-lo automàticamente no fim do respectivo prazo. Entretanto, nessa cláusula as partes contratantes apenas fixaram o futuro aluguel do prédio no caso de ser renovada a locação. Em todo caso, ainda mesmo que os locadores e locatários

tivessem convencionado a prorrogação do contrato, sem necessidade de intervenção judicial, ou tão-sòmente o aluguel da futura locação, em qualquer dessas hipóteses a cláusula seria nula em face do art. 30 do decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934; que assim dispõe:

"São também nulas de pleno direito quaisquer cláusulas que visem iludir os objetivos da presente lei, e nomeadamente as cláusulas proibitivas da renovação do contrato de locação, ou que impliquem renúncia dos direitos tutelados por esta lei".

"Custas na forma da lei.

"Rio, 25 de junho de 1946. - *Flamínio de Resende*, presidente e relator".

Ficou, assim, confirmada a sentença de primeira instância, que, julgando improcedente a ação, reconheceu ao autor o direito de permanecer no imóvel, salvo infração do contrato, provada em ação judicial, enquanto estiverem em vigor as leis de emergência.

Daquele acórdão recorreu o autor, procurando apoio nas alíneas *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição (fls. 61).

Sustenta que foi violado o art. 115 do Cód. Civil, pois se interpretou a condição inserta no contrato de fls. 4 como sendo meramente potestativa.

Acresce que o art. 30 do dec. n° 24.150, de 20 de abril de 1934 (lei de luvas), foi invocado pelo acórdão em desarmonia com o seu verdadeiro alcance, porquanto, como é notório, êle visa à proteção do locatário.

Cita acórdão dêste Supremo Tribunal, no rec. extr. nº 5.832, de que foi relator o eminente ministro JOSÉ LINHARES e onde ficou declarado que cláusulas, como a de fôlhas 4, meramente potestativas, ferem o artigo 115 do Cód. Civil, donde se aplicar, quanto ao proprietário, o princípio da sobrevivência da obrigação principal, que no caso é a prorrogação da ação.

Nas razões, o recorrente esclarece que, no citado rec. ext. nº 5.832, o Supremo Tribunal examinou hipótese idêntica à dêstes autos, apenas com a variante de

que a cláusula de prorrogação era no meio do contrato e redigida em sentido inverso, isto é, de notificação pelo locador para interromper a sua fluência, e nenhuma dúvida teve o Tribunal em aplicar o princípio do art. 115 do Cód. Civil.

Contra-arrazoaram os recorridos (fls. 72).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Não tem razão o recorrente quando pretende que foi violado o art. 115 do Cód. Civil.

Êste realmente considera contrária ao direito a condição que sujeita o ato ao arbítrio de uma das partes.

Mas, na espécie, o acórdão considerou que o autor deixara esgotar-se o prazo dentro do qual poderia requerer a renovação da locação e, ainda, que a cláusula invocada não era de prorrogação automática, pois nela apenas se fixou o aluguel futuro, *no caso de prorrogação* do contrato.

Por conseguinte, o acórdão não deu a essa cláusula o caráter de condição puramente potestativa, dependendo do exclusivo arbítrio de uma das partes. Não deu, porque assentou que a prorrogação só seria possível, ou mediante a ação renovatória ajuizada tempestivamente, ou mediante estipulação oportuna entre as duas partes. Quem, ao revés, pretende emprestar à cláusula aquêle caráter, é o autor-recorrente, visando à prorrogação pela só manifestação da sua vontade.

Aliás, considerada a referida cláusula como juridicamente impossível, a conseqüência, ao contrário do que pretende o recorrente, seria anular-se todo o ato.

É o que dispõe o art. 116 do Cód. Civil:

"As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, têm-se por inexistentes. *As jurìdicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados*".

O fundamento, que o acórdão tirou do art. 30 do dec. n° 24.150, de 1934, decorreu de uma concessão feita para argumentar: ainda que a cláusula questionada fôsse de prorrogação automática, seria nula, em face daquele art. 30, por visar iludir os objetivos da lei de luvas.

Trata-se, pois, de fundamento adminicular, sem o qual subsiste integro o anterior.

Ora, como já afirmou êste Tribunal, em acórdão da lavra do eminente COSTA MANSO, o recurso extraordinário não tem feição acadêmica, para nêle se discutirem teses de direito sem alcance prático.

Mostra-o bem CHIOVENDA, no tocante à cassação (v. "Instituições", trad. de J. GUIMARÃES MENEGALE, 1945, vol. 3º, pág. 412).

Do exposto se vê que, na espécie, não houve ofensa à letra da lei e sim interpretação de um contrato, em face de cuja cláusula a justiça local teve como evidente não se haver estipulado a pretendida prorrogação.

Resta o exame quanto à alínea *d*.

O próprio e ilustre advogado do recorrente lealmente assinalou que, no caso anteriormente julgado por êste Tribunal, havia cláusula de prorrogação e ficara facultada ao locador a notificação para interromper a fluência do contrato. Aí é que se teria visto condição sujeita ao puro arbítrio do locador. Caso diverso do presente, em que, como vimos, o locatário é quem pretende, para operar a prorrogação, o arbítrio que ali se recusou ao locador para interromper a fluência do contrato.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, unânimemente. Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO. Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro JOSÉ LINEARES.

*

REIVINDICAÇÃO - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO

- Antes de consumada a prescrição aquisitiva, é sempre possível a propositura da ação reivindicatória.

Espólio de José Maximino e outra *versus* Veloso, Filho & Cia. Ltda.

Rec. ext. nº 11.460 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.460, de São Paulo, em que são recorrentes o espólio de José Maximino e outra, e recorridos Veloso, Filho & Cia. Ltda., decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, não conhecer do recurso, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 28 de novembro de 1949. - *José Linhares*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: O acórdão de fls. 405, por maioria de votos, negou provimento à apelação dos ora recorrentes, confirmando a sentença que dera pela procedência da oposição da ora recorrida, na ação de reivindicação de que tratam êstes autos.

Entendeu o acórdão ter sido bem repelida a prescrição alegada pelos réus-apelantes. Se é certo que êstes não têm título, tanto que invocam o usucapião

extraordinário, por outro lado o domínio dos opoentes já foi reconhecido pelas decisões judiciárias por êles citadas.

A Municipalidade de São Paulo, reconhecendo êsse domínio, desistiu. Não há como reconhecer prescrito o direito dos opoentes, senhores do domínio, pelo simples decurso do prazo de 30 anos sem terem movido a ação de reivindicação, quando os réus, que nenhum título possuem, já invocaram o direito de usucapião e dêle decaíram, por decisão que produziu coisa julgada.

Que fariam os opoentes com o seu domínio reconhecido judicialmente, sem ação para defendê-lo? O art. 177 do Cód. Civil não pode ser interpretado como soam as suas palavras, dado que contém um êrro crasso, como observa CARPENTER, erro que foi corrigido pelos arts. 550 e 619 do mesmo Código. A prescrição, nas ações reais, é de 30 anos. Tal prescrição, porém, não se consumou, pelo motivo de não se ter consumado o usucapião, o qual se estriba em posse que foi dada como precária em acórdão que passou em julgado.

Se a prescrição aquisitiva não se consumou, é sempre possível a reivindicação, visto que a prescrição extintiva não se pode separar daquela.

Êsse, em síntese; o acórdão recorrido.

Ficou vencido o ilustre desembargador CUNHA CINTRA, por considerar que a prescrição extintiva das ações reais e o usucapião são institutos diferentes, um disciplinado na parte geral e outro na especial em capítulo do direito das coisas. Muitas vêzes prescrição extintiva e usucapião andam juntos. Mas a primeira pode surgir independentemente do segundo, como no caso ocorre.

Recorrem os réus invocando as alíneas *a* e *d* do art. 101, III, da Constituição (fôlhas 412).

Alegam ter sido frontalmente violado o art. 177 do Cód. Civil, que o acórdão afirmou conter um êrro crasso.

Invocam o elemento histórico para mostrar que não houve êsse êrro e que, na elaboração do Código, venceu o princípio consagrado no art. 177.

Citam acórdão dêste Supremo Tribunal, onde se decidiu que as ações reais, como as pessoais, prescrevem em 30 anos, e que os prazos de 10 e 20 anos, marcados no artigo 177 do Cód. Civil, se referem ao usucapião, à prescrição aquisitiva e não à liberatória, ou extintiva.

As partes arrazoaram (fls. 439 e 459).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): O acórdão recorrido não é contrário à letra da lei.

Sê-lo-ia se considerado isoladamente art. 177 do Cód. Civil.

Mas, as leis devem ser entendidas de modo que os seus vários preceitos não se contradigam e sim se harmonizem.

E, na espécie, o que se fêz foi interpretar o art. 177 do Código, de modo a conciliá-lo com outros preceitos do mesmo diploma e ajustá-lo ao seu sistema.

Isso não é ofender a letra da lei, mas dar-lhe interpretação conforme aos bons princípios de hermenêutica.

VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA enfrentou magistralmente a questão ventilada neste recurso.

Disse o saudoso mestre:

"A desigualdade de prazos do usucapião e da prescrição da reivindicatória cria um problema que cumpre resolver" ("Mannual do Código Civil", vol. 8°, pág. 214).

E, impugnando a opinião de que o domínio se perde pelo não uso, observa (páginas 215-16):

"Mas esta conclusão subverteria tôda a concepção científica do domínio. Êle deixa de ser prescrito, pois que prescritível por 30 anos; deixaria igualmente de ser a faculdade de usar a coisa, pois que se a fraudaria, essa faculdade, do seu conteúdo negativo - *o não uso* - que lhe é inerente. "Não se deve confundir a prescrição com a perda de um direito pelo não uso, escreve CROME. É de regra que nenhum direito se extingue pelo não uso, pois que na essência de um direito tampem existe a faculdade de não exercê-lo, segundo apraz ("Manuale", trad. it., vol. 1, § 137, pág. 361).

"Entretanto, diante dos têrmos insofismáveis do art. 177 do nosso Código, a alternativa que temos é esta: ou a ação de reivindicação prescreve em 20 anos e o domínio se perde pelo não uso, o direito pelo seu não exercício, ou o art. 177 não compreende a reivindicação.

"Ora, uma coisa é o direito e outra o seu exercício.

"Os direitos são eternos: *Tempus non est modua constituendi vel dissolvendi juris*; com efeito, comentava VICCO, o tempo não pode começar nem acabar o que é eterno" ("Obras Escolhidas", trad. MICHELET, vol. 2, pág. 339).

"A tese, na sua generalidade, parece repugnar às obrigações; mas esta repugnância não tem razão de ser. Eu pago uma obrigação prescrita. Se o tempo extinguisse o direito, claro é que eu poderia repetir o pagamento por indébito. Todavia, não posso (Cód. Civil, art. 970).

"Quanto à propriedade, figuro a hipótese do possuidor com os requisitos necessários para usucapi-la, tê-la abandonado e o legítimo dono vier novamente ocupá-la. Qual a situação dêste último? Se o não uso extinguisse o direito, êle não poderia invocar senão a sua posse atual, e o domínio êle só viria a tê-lo pelo usucapião, tal qual o que havia abandonado a propriedade usucapida.

"Mas, quem lhe negará o domínio e o direito conseqüente e implícito às ações que o defendem?

"Ninguém. A palavra de VICO exprime, portanto, a verdade e o tempo por si só não cria nem extingue o direito, que é eterno.

"Não nos resta, portanto, senão a outra solução, isto é, *que o art. 177 não compreende a reivindicação*, e a êle eu adiro convencidamente.

"Se não admitimos a perda do domínio pelo não uso, somos forçados a não admitir a prescrição da reivindicação, pois que a duma acarreta a do outro, uma vez que ela entra como elementar no conceito de domínio, como o estabelece o art. 524.

"*Até que se opere o usucapião, o domínio é do proprietário desapossado*, e contra o possuidor êle agirá hàbilmente com a reivindicatória. *Consumado o usucapião, prescrita lhe estará ela, não como prescrição autônoma da ação, mas como conseqüência da perdas do domínio. Se ela* decorre e pressupõe o domínio, como invocá-lo, perdido êste?

"Esta convicção, ao revés de debilitar-se, se robustece ao contato do direito anterior".

FILADELFO AZEVEDO, em brilhante voto vencedor no rec. extr. nº 4.998, acompanhando OROZIMBO NONATO, é também explícito, quanto ao ponto ora questionado:

"A parte alegou a prescrição extintiva, como contrapartida do usucapião; aliás, a *ação reivindicatória não obedece aos prazos de prescrição extintiva, catalogados nos arts. 177 e 178 do Cód. Civil, perdurando com o domínio até que êste passe a terceiros, em virtude de usucapião*" ("Um Triênio de Judicatura", vol. II, pág. 109, n° 214).

Do exposto se vê que o acórdão recorrido não ofendeu a letra da lei e sim lhe deu interpretação harmônica com a consagrada na melhor doutrina e com a que lhe tem atribuído êste Supremo Tribunal Federal.

O aresto, apontado como divergente e de que foi relator CASTRO NUNES, não colide, antes se ajusta a êsse entendimento.

Basta ler esta passagem do voto do relator, unânimemente adotado (fls. 432):

"A matéria do art. 177, no tocante aos prazos *para usucapir*, está evidentemente deslocada e disciplinada em idênticos têrmos, no lugar próprio, na parte relativa ao usucapião. Porque nisso consiste a chamada prescrição aquisitiva que, contendo embora um elemento extintivo, que é a perda do direito pelo usucapião, é preponderantemente meio de adquirir, fonte geradora e não extintiva de direito. O prescribente tem nela, seja autor ou réu, o título do direito que alega, e não tanto a extinção do direito do adversário".

E ainda, referindo-se, aos prazos do art. 177:

"A ação do proprietário para reivindicar ou reintegrar-se na posse, *não prescreve nesses prazos*. Se movida, contra o possuidor, *que possa invocar ùtilmente a aquisição*, tal indagação pertencerá ao exame do mérito. O usucapião ser invocado por ação ou por exceção.

"Já então, consumada a prescrição, estará êle em juízo como proprietário ou, na posição de réu, repelindo a pretensão do antigo proprietário. A prescrição do direito dêste é da relação jurídica, prescrição do domínio, mérito da controvérsia, *e não da ação*".

Vê-se, assim, que êsse aresto, longe de contrariar o princípio sustentado no acórdão recorrido, com êle perfeitamente se harmoniza.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

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

*

LOCAÇÃO COMERCIAL - RETOMADA

- Nega-se a retomada para uso próprio ao sublocador que a pleiteia para tentar gênero de negócio em que já fracassou.

Café e Bilhares Éden Ltda. *versus* Davi Libmann

Rec. ext. nº 19.447 - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.447, do Distrito Federal, em que é recorrente Café e Bilhares Éden Ltda. e recorrido Davi Libmann, etc.:

Acordam os ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em tomar conhecimento do recurso e negar-lhe provimento, na forma do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 26 de novembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Ábner de Vasconcelos*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: A firma Café e Bilhares Éden Limitada, estabelecida à rua Conde de Bonfim nº 384, propôs, como locatária do prédio, ação de retomada da parte do mesmo prédio sublocada a Davi Libmann, com profissão e negócio de alfaiate.

O juiz de primeira instância julgou a ação procedente. Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça, amparado na vistoria feita no prédio e baseado em que as dependências da autora se achavam em estado precário de aproveitamento, com a seção de bilhares mal zelada e pouco freqüentada, servindo até de depósito de objetos, julgou fraco o pedido de retomada pára ampliação de negócio próprio ou de sócio seu, para fim residencial. Por outro lado, pesou a circunstância do réu estar estabelecido no local há longo tempo, e de ter fundo de comércio a zelar. Sendo voto vencido o do eminente desembargador SERPA LOPES, propiciou os embargos interpostos pela autora. A 1ª Turma de Câmaras Reunidas, por unanimidade, proferiu o seguinte acórdão:

"Trata-se de retomada, de sobrado, que o sublocador quer exercitar para atender à necessidade de seu negócio, alegando estar mal alojado, sem espaço para

guardar utensílios e objetos do seu comércio. No julgamento da apelação, a maioria da 5ª Câmara, reformando a decisão recorrida, deu de insincera a retomada, ao passo que, vencido, o desembargador SERPA LOPES entendeu estar provada a necessidade, ante a verificação técnica consignada no laudo do perito desempatador. Cogitara-se da conveniência de serem os sócios da firma alojados no sobrado com a sua residência, nenhuma divergência se verificou, quanto a êste ponto, o voto vencido não reconhecendo senão a necessidade de "alargar o seu negócio", estando "o salão de bilhares mal situado", "daí não ter freqüência... servindo de depósito de garrafas". Não podem, pois, os julgadores dos embargos entrar no exame da retomada para residência dos sócios, já que tal recurso só comporta dirimir a divergência havida no julgamento da apelação.

"E, quanto à necessidade do sobrado, para melhor instalar o negócio, é entendimento da 1ª Turma de Câmaras Cíveis que não se justifica a retomada. O sublocador criou a situação, em que se encontra sublocando a melhor parte da loja, para instalação de barbearia, e, assim criando a necessidade, pretende desacomodar o inquilino do sobrado, pouco próprio a satisfazer as necessidades do negócio.

"Melhores fundamentos sustentam o acórdão embargado que os do voto vencido.

"E, em conseqüência:

"Acordam, unânimemente, os juízes da 1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas Tribunal de Justiça do Distrito Federal desprezar os embargos, para que subsista acórdão recorrido, pagas as custas embargante.

"Distrito Federal, 26 de fevereiro de 1951. - *Mem de Vasconcelos Reis*, presidente, com voto; *Eduardo Espínola Filho*, relator".

Inconformada, a autora manifestou recurso extraordinário com fundamento na Constituição federal, art. 101, III, alíneas *a* e *d*.

Dá como violados os arts. 1º, § 1º, e nº IV, da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950.

Como divergência jurisprudencial, numerosos acórdãos que sufragam a orientação de que a locação parcial, desde o regime do dec.-lei nº 9.669, de 1946, art. II, está sujeita a pedido de retomada sem que fôr para atender às comodidades sublocador, sem necessidade de ser comprovada.

As partes razoaram longa e proficientemente o recurso, defendendo as teses opostas, ainda divergentes na doutrina e nos tribunais.

E é o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): O recurso visa a um ponto único: o da legitimidade do pedido da retomada pelo sublocador para atender a conveniências ou necessidades próprias. E como a decisão recorrida preferiu amparar o direito do sublocatário com o seu fundo de comércio bem caracterizado, pretende o recorrente tenham sido ofendidos os textos dos arts. 1°, § 1º, e 15, IV, da lei nº 1.300, de 1950.

Entretanto, o que fêz o Tribunal *a quo* foi interpretá-los para recusar a retomada quando o locador tiver dado causa ao motivo alegado. Aproximou-a ao caso de pedido insincero. A falta de direção nos seus próprios negócios não habilita a rescisão contratual de uma sublocação parcial, com atividade comercial consolidada, pelo simples pretexto de querer o sublocador tentar êxito de uma exploração já fracassada, variando de localização no mesmo prédio.

Acima dêsse objetivo, que é fraco, o julgador colocou o valor jurídico e econômico do fundo de comércio que tão grande amparo tem na legislação locativa.

Embora a lei estenda o direito de retomada, atribuído ao proprietário, ao locatário que subloca parte do prédio, nem por isso quer dizer que qualquer pedido formulado, sem base segura, deva ser atendido. Diante do direito de dois locatários, a Justiça houve por bem assegurar o daquele que tem o seu comércio firme e próspero, em vez do de quem se mostrou inábil no desenvolvimento dos seus negócios.

Circunstância digna de menção é a de que foi relator do acórdão recorrido o desembargador EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, que é dos maiores exegetas da lei do inquilinato.

A hipótese, pois, foi, antes, de interpretação dos dispositivos legais indicados, do que de ausência de sua aplicação ao caso *sub judice*, pelo que não cabe o recurso pela alínea *a*.

Quanto à divergência de julgados, apesar da lei conceder ao locador o direito de retomada, não impede que o intérprete distinga entre os direitos dos dois titulares. Os do proprietário são amplos, pois lhe pertence todo o destino da propriedade, sem limitação no tempo, enquanto o do locatário é restrito ao contrato ou às conseqüências de prazo indeterminado. Nessas condições, não se impõe ao espírito do julgador o pedido de retomada, cujo interêsse invocado não iguale ou supere o do sublocatário.

Nesse caso, o fundo de comércio dêste avulta pela sua fixidez e valor, em face da pouca consistência do que lhe é oposto, preponderando por espírito de justiça.

Assim, conhecendo do recurso pelo conflito jurisprudencial, nego-lhe, entretanto, provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomou-se conhecimento e negou-se provimento, à unanimidade de votos.

Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, por não ter assistido ao relatório.

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

*

SERVIDÃO DE PASSAGEM - AÇÃO POSSESSÓRIA

- Admite-se a proteção possessória das servidões aparentes e, desde que estabelecidas por justo título, das não aparentes.

Francisca Teixeira de Jesus e outros *versus* Augustinho Lourenço Batista e sua mulher

Rec. ext. nº 15.070 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.070, de São Paulo, em que são recorrentes Francisca Teixeira de Jesus, João Borin e sua mulher, sendo recorridos Augustinho Lourenço Batista e sua mulher:

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Em sentença de 15 de dezembro de 1947 (fls. 100), o juiz de direito da comarca de Biriqui, Dr. LUÍS GONZAGA PARAÍBA CAMPOS, manteve Augustinho Lourenço Batista e sua mulher na posse de servidão aparente de trânsito, cominando a pena aos que a turbaram, João Borin, sua mulher e Francisca Teixeira de Jesus, se insistissem na moléstia, e condenando-os à indenização.

Em acórdão de 16 de setembro de 1948 (fls. 135), foi a condenação acrescida da verba para honorários de advogado.

Rejeitados os embargos infringentes pelo acórdão de 17 de fevereiro (fls. 154), opuseram os réus impugnação fundada no artigo 101, III, *a* e *d*, da Constituição

(fls. 155), apontando como ofendidas as disposições dos arts. 509, 674, II, 676, 696, 700, 497 e 527 do Cód. Civil.

Os recorrentes, em suas razões, insistem em que a servidão de trânsito é descontínua, (fls. 159).

Os recorridos fizeram referência a razões anteriores (fls. 163).

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Referindo-se à Ordenação de 1667 e ao costume de Paris, POTHIER comentava que não cabia a *complaine*, a ação de manutenção, para proteger o gôzo da passagem que não se fundasse em título, pois era de se presumir a tolerância ("Oeuvres", IX, 1846, nº 90, pág. 293).

Resultou, daí, a regra de que sòmente pode haver posse de servidões contínuas e aparentes, estabelecendo-se apenas por título as servidões contínuas não aparentes e as descontínuas, aparentes ou não (Código Civil francês, arts. 690 e 691).

É corolário dessa regra as servidões contínuas e aparentes, que podem ser defendidas pela ação possessória, ao passo que as outras só permitem essa tutela se houver um título constitutivo emanado do proprietário do prédio serviente ou de seus autores (AUBRY et RAU. "Cours de Droit Civil Français", II, 1897, pág. 192).

Essa disposição foi consignada no artigo 490 do Cód. Civil português, de que passou ao art. 509 do nosso Cód. Civil.

Estabeleceu, porém, adiante, nos artigos 697 e 698, o Cód. Civil brasileiro que só as servidões não aparentes têm por único ato constitutivo a transcrição no Registro de Imóveis, sendo possível a aquisição da servidão aparente pela posse incontestada, não titulada e contínua por trinta anos (art. 698 cit., parág. único).

Se é admissível a posse não titulada de qualquer servidão aparente *ad usucapionem*, admissível é ela *ad interdicta*.

Conciliando-se, pois, as duas disposições, deve-se admitir a proteção possessória das servidões aparentes e, desde que estabelecidas por justo título, das não aparentes.

Perde, assim, tôda a significação o requisito da continuidade.

O acórdão impugnado seguiu, assim, o entendimento que harmoniza embora se tenha desviado da jurisprudência.

Conheço, pois, do recurso e lhe nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, também conheço do recurso e lhe nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): O eminente Sr. ministro relator desdobrou os motivos em que funda seu brilhante voto, que, aliás, está de acôrdo com a jurisprudência paulista e mineira.

Já ao assunto me referi em outros votos. A objeção de POTHIER não subsiste quando a servidão, com que descontinua, é aparente.

Aliás, seria ilógico houvesse uma posse *ad usucapionem* que não fôsse *ad interdicta*, quando o efeito constante do instituto é o interdito.

Estou, assim, de acôrdo com o eminente Sr. ministro relator: conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e negaram-lhe provimento, decisão unânime. Deixaram de comparecer, por motivo justificado, os Exmos. Srs. ministros EDGAR COSTA e MACEDO

LUDOLF, substituto do Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, que se acha em gôzo de licença.

*

FRAUDE A EXECUÇÃO - PENDÊNCIA DA LIDE - EMBARGOS DE TERCEIROS

- Considera-se a liberalidade em fraude de execução quando, à época, já havia demanda pendente, contra os alienantes, capaz de alterar-lhes o patrimônio, reduzindo-os à insolvência. A pendência da lide, no conceito jurídico, é o estado de direito em que se vislumbra a existência de uma ação ou execução aparelhada, prestes a ser ajuizada. Não é necessária a venda judicial dos bens do devedor, para se aquilatar de sua insolvabilidade. A nulidade pode ser decretada em embargos de terceiros prejudicados.

Ana Vargas de Castilho e outros *versus* Antônio Pedro de Castilho e outros

Rec. ext. nº 8.009 - Relator: MINISTRO MACEDO LUDOLF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n° 8.009, de Goiás, entre partes, recorrentes Ana Vargas de Castilho e outros e recorridos Antônio Pedro de Castilho e outros:

Acorda a 2ª Turma de Juízes do Supremo Tribunal, sem divergência de votos, não tomar conhecimento do apêlo, nos têrmos das notas inseridas.

Supremo Tribunal Federal, 18 de novembro de 1949. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edmundo de Macedo Ludolf*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Por motivo de duas ações cambiárias cumuladas e que foram intentadas na cidade mineira de Uberlândia pelo Banco

de Crédito Real de Minas Gerais, contra Antônio Pedro de Castilho, fazendeiro domiciliado no Município de Goiatuba, Estado de Goiás, para se reclamar do mesmo o pagamento da quantia de Cr$ 95.000,00, houve expedição de precatória para êsse último Município, a fim de ter ali lugar a venda de bens de raiz penhorados ao devedor e sua mulher.

A tal precatória opuseram embargos de terceiros prejudicados Ana Vargas de Castilho e outros, todos menores, filhos do executado, alegando a qualidade de senhores e possuidores de uma parte dêsses bens; aconteceu, todavia, que os referidos embargos vieram a ser desprezados, sob fundamento de que o imóvel litigioso havia sido objeto de doação aos embargantes, operada em fraude de execução.

Em agravo, a decisão foi confirmada por acórdão do ilustre Tribunal goiano, a fôlhas 58, longamente fundamentado (*lê*).

Inconformados, aquêles embargantes manifestaram então o presente recurso extraordinário, com assento na Carta de 1937, art. 101, III, letra *a*, alegando que o aresto impugnado, em vista de ter decidido por aplicação do disposto no art. 895, II, combinado com o art. 888, V, ambos do vigente Cód. de Proc. Civil e Comercial, confundira *fraude de execução* com *fraude de credores*, quando apenas esta é que poderia configurar-se na espécie, e, dêsse jeito, violara os arts. 106 a 113 do Cód. Civil.

Os recorrentes ofereceram razões a fôlhas 75, deixando os recorridos defluir o prazo sem nenhuma alegação.

O Exmo. Sr. Dr. procurador geral da República, em parecer a fls. 81, opinou pelo não cabimento do apêlo, eis que a decisão recorrida, apreciara matéria de prova.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator): Trata-se de uma doação de pais a filhos, por antecipação de legítima hereditária, considerando o acórdão

recorrido que, em face das provas produzidas, essa doação se dera em fraude de execução, isto é, pela assertiva de que, à época, já havia demanda pendente contra os alienantes, capaz de alterar-lhes o patrimônio, reduzindo-os à insolvência (Cód. de Proc. Civil, art. 895, II).

A pendência da lide, como se conceitua, jurìdicamente, é aquêle estado de direito em que se vislumbra a existência de uma ação ou execução aparelhada, prestes a ser iniciada em Juízo.

Foi, aliás, o que sustentou o referido acórdão, assinalando mais não ser necessário que se faça, executivamente, a venda judicial dos bens do devedor, para se aquilatar de sua insolvabilidade.

O aresto recorrido, apreciando provas, reconheceu, no caso, a existência da situação que vem de ser fixada, diante da concorrência de seus requisitos definidos em lei.

Deu-se, portanto, aplicação ao citado art. 895, II, em harmonia com o art. 888, V, do aludido Código, dispondo, êste último, que ficarão sujeitos à execução os bens alienados ou hipotecados em fraude da mesma.

Não há margem, sequer, para o exame da distinção ventilada pelos recorrentes, no tocante ao aspecto de ordem jurídica que discorreram, pois que o julgado impugnado, expressamente, teve como extremada a fraude apontada, diante da natureza da ação intentada, em cujo âmbito procuraram intervir os mesmos recorrentes, na qualidade de terceiros embargantes.

O Banco de Crédito Real movera executivo contra os recorridos, para cobrança de títulos cambiários vencidos, proclamando-se, afinal, que a doação litigiosa se efetivara com o intuito de burlar o pagamento do débito, já então existente, débito êsse fundado em títulos revestidos dos pressupostos de liquidez e certeza, e, portanto, executáveis por si mesmos.

Não há cogitar, assim, de simples fraude de credores, mas de fraude de execução, estando esta, como realmente estava, em condições de ser exercitada.

A espécie, não há negar, é de nulidade do ato alienatório, segundo foi decretada e podia ocorrer regularmente, na decisão dos embargos opostos, em face da amplitude que, hoje, se atribui ao uso dêsse meio processual, *ex vi* do preceituado em o art. 707 do prefalado Cód. de Processo.

Em conseqüência do exposto, é de se proclamar a improcedência da invocada vulneração dos arts. 106 a 113 da nossa codificação civil, pôsto que êles não indicam qualquer pertinência com os têrmos em que se colocou a decisão da Justiça goiana.

A êsse ponto se limitou o recurso interposto, de que não conheço, preliminarmente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram de tomar conhecimento do recurso. Não se verificou divergência de votos.

Impedido o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA. 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 - DEPÓSITO ELISIVO - CHEQUE

- O depósito elisivo da falência é o feito em moeda corrente. Não tem êsse efeito o constituído por cheque.

Fábrica de Tecidos da Pedreira, S. A. *versus* Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S. A.

Rec. ext. nº 18.220 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.220, de Minas Gerais, recorrente Fábrica de Tecidos da Pedreira, S. A., recorrido Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S. A.:

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Refletem-se as linhas principais da controvérsia dos autos no acórdão de fls. 44 v., *verbis*:

"Falência - O depósito que o § 2º do art. 11 da lei de falências (dec.-lei número 7.661, de 21 de junho de 1945) faculta ao devedor citado sòmente obsta à decretação da falência se feito em dinheiro.

"Vistos e relatados êstes autos de agravo de instrumento nº 3.641, de Belo Horizonte, em que é agravante a Fábrica de Tecidos da Pedreira, S. A. e agravado o Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S. A.:

"Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento e condenar a agravante nas custas.

"Não é depositando cheque de emissão do próprio devedor que obsta à decretação da falência.

"Se havia fundos do emitente no Banco sacado, cumpria ao emitente levantar a quantia e apresentar em juízo numerário suficiente, porque é com dinheiro que se faz o depósito facultado pelo § 2° do artigo 11 da lei de falências.

"Belo Horizonte, 14 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator".

Daí o presente recurso extraordinário, com invocação das letras *a* e *d* do art. 101, III, da Constituição federal, dando-se como lei ofendida o § 2º do art. 11 da Lei de Falências e como decisões divergentes as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e publicadas na "REVISTA FORENSE", volume 120, págs. 89-90, e "Diário da Justiça" de 2 de março de 1950 (rec. ext. nº 9.571).

Razoaram as partes a fls. e fls. (*ler*). E, por derradeiro, oficiou o eminente Sr. Dr. procurador geral da República. Disse S. Exª:

"O recurso foi interposto com fundamento nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, sendo citado como vulnerado o art. 11, § 2º, da lei de falências.

"A sustentação do agravo de fls. 37, feita pelo MM. juiz, e o venerando acórdão de fls. 44 v. bem apreciaram e resolveram a questão frente à prova dos autos.

"Os acórdãos citados como divergentes são sôbre matéria diversa da discutida nestes autos.

"Somos, assim, pelo não conhecimento do recurso.

"Se, entretanto, êste egrégio Tribunal dêle conhecer, opinamos por que se lhe negue provimento, para confirmar, por seus fundamentos, a decisão recorrida.

"Distrito Federal, 24 de setembro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador-geral da República".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Lê-se no venerando acórdão recorrido:

"Não é depositando cheque de emissão do próprio devedor que se obsta à decretação da falência.

"Se havia fundos do emitente no Banco sacado, cumpria ao emitente levantar a quantia e apresentar em juízo numerário suficiente, porque é com dinheiro que se faz o depósito facultado pelo § 2º do artigo 11 da Lei de Falências.

"Na versão do recorrente, Fábrica de Tecidos da Pedreira, S. A., o venerando aresto, com êsse teor de julgar, vulnerou o art. 11 citado e entrou em chaças com decisões dêste Supremo Tribunal.

"Não ficou, entretanto, demonstrada a ocorrência de dissídio jurisprudencial. Lê-se no parecer do eminente Sr. Dr. procurador-geral da República que "os acórdãos citados como divergentes são sôbre matéria diversa da discutida nestes autos".

"De feito. O acórdão proferido no recurso extraordinário nº 9.571, e de que foi relator o eminente Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, realçava circunstâncias pelas quais não podia o endossatário requerer a falência "de quem obrigado não era pela soma constante do título".

E no aresto proferido no recurso extraordinário nº 12.941, relatado pelo eminente Sr. ministro BARROS BARRETO, se trata - no lance transcrito pelo recorrente - da indivisibilidade da conta-corrente.

Resta, pois, saber se, por desaceitar cheque da emissão do devedor como impeditivo da decretação da falência, vulnerou o aresto o § 2° do art. 11 do dec.-lei nº 7.661, de 1945.

Reza o dispositivo citado:

"Citado (para defesa em pedido de falência), poderá o devedor, dentro do prazo para defesa, depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, para discussão de sua legitimidade ou importância, elidindo a falência.

Feito o depósito, a falência pode ser declarada...".

A *federal question* a ser decidida é saber se, em face do preceito citado, vulnera a lei a afirmativa do acórdão de que não obsta à falência o depósito, não da quantia reclamada, senão de simples cheque da emissão do próprio devedor.

MIRANDA VALVERDE fala, ao propósito, em depósito, no juízo da falência, da "quantia correspondente ao crédito reclamado", em "depósito integral" da importância do crédito ("Comentários à Lei de Falências", ed. "REVISTA FORENSE", vol. I, ns. 100 e 101).

Trata-se, afinal, de pagamento para apagar o fato da impontualidade.

E o pagamento deve ser feito em moeda corrente.

Cuida-se, é certo, de depósito para discutir que, já no regime anterior, se admitia, por fôrça de doutrina armada à ilharga do texto legal e com o patrocínio do autorizadíssimo dos nossos comercialistas, CARVALHO DE MENDONÇA (vêde VALDEMAR FERREIRA, "Direito Comercial", vol. II, pág. 98).

Mas, se a sua finalidade é afastar o fato da *insolvência*, opera como *pagamento*, ainda que condicional, e, pois, deve ser, em princípio, efetuado em moeda corrente, única que tem fôrça liberatória.

A dívida de dinheiro, como diz MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, deve ser paga em moeda corrente: não pode o credor recusar o pagamento sob fundamento de desvalorização, como não pode ser compelido a aceitar títulos de dívida, ainda pública, que não têm fôrça legal liberatória.

O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, prescreve o art. 147 do Cód. Civil, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação. Pode a juiz, em certos casos - que se não paragonam ao dos autos - atenuar o rigor do princípio para a caracterização da insolvência ou da impontualidade.

Certo, porém, que o venerando acórdão não vulnerou a letra da lei, como se fazia mister para o cabimento do apêlo extremo.

Não conheço, preliminarmente, do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia*, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

DECISÃO

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

Deixou de tomar parte na votação o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, por estar ausente.

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

*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - CONCUBINATO

- A decisão, fundada na inexistência de prova de concubinato, não enseja o recurso extraordinário. A justiça locai é soberana, em matéria de fato.

- Improcede a investigação de paternidade quando não ficar provado o concubinato, nem coincidir a data do nascimento do autor com o tempo em que teria a mãe vivido em companhia do pretendida pai.

Emílio Orlando *versus* Herdeiros de Vicente Orlando

Rec. ext. nº 6.887 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário, em que é recorrente Emílio Orlando, e recorridos herdeiros de Vicente Orlando:

Acordam, unânimemente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 1ª Turma julgadora, não tomar conhecimento do recurso, pelos fundamentos do voto do relator, junto a fls. em notas taquigráficas.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 21 de novembro de 1949. - *José Linhares*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: No fôro de Cuiabá, Emílio Orlando intentou ação de investigação de paternidade contra os herdeiros de Vicente Orlando, a fim de que lhe fôsse reconhecida sua filiação, e, conseqüentemente, lhe atribuída a herança. A ação vingou na primeira instância, reconhecendo o autor como filho natural do *de cujus*, e conseqüentemente habilitado a concorrer com os filhos legítimos à sucessão hereditária.

Houve um incidente no processo, por ter o Dr. procurador da República interposto apelação para o Supremo Tribunal por entender se tratar no caso de herança jacente. O incidente foi solucionado pelo acórdão desta 1ª Turma julgadora, que concluiu não se tratar de jacência de bens.

Em apelação, o Tribunal de Apelação, por sua 2ª Câmara, reformou a decisão para julgar improcedente a ação (ac. a fls. 176). Fundou-se o acórdão em que "a prova, de terem vivido concubinados a mãe e o pretendido pai, produzida, é falha e imprestável para convencer que o autor tenha sido concebido no período em que dos autos se pode aceitar, tivesse a mãe do autor vivido sob o mesmo teto, ou amancebada, com o pretendido pai". "Pretende o autor que a certidão de batismo que juntou prevaleça, por "ter o registro civil sido feito por informações errôneas", e logo acrescenta o acórdão: "Não ficou provado, porém, dos autos, que o autor tivesse sido concebido no período de concubinato de sua mãe com o pretendido pai, dentro dos 120 dias, pelo menos, dos 300 dias anteriores ao seu nascimento". "A prova documental, corroborada com outros elementos que fornecem os autos, não pode ser infirmada pela prova testemunhal, fraca, vacilante, que produziu o autor, no sentido de pretender

convencer que nasceu em 8 de agôsto de 1904, e de, nesse período, estar sua mãe vivendo em concubinato com o pretendido pai".

O vencido interpôs o presente recurso extraordinário, com fundamento no art. 101, II, nº 2, letra *a*, e III, letras *a* e *d*, da Constituição federal de 1937, pelos seguintes motivos:

a) por ter a 2ª Câmara do Tribunal mato-grossense julgado a apelação interposta pelos réus antes de ter sido julgada pelo Supremo Tribunal a que foi interposta da mesma sentença pelo procurador regional da República, firmado, destarte, no art. 2º do dec.-lei nº 6, de 6 de novembro de 1937;

b) por ter negado aplicação ao art. 3°, nº 1, inciso VI, do dec.-lei n° 1.764, de 10 de novembro de 1939.

As partes arrazoaram, tendo indevidamente juntado farta documentação, não apreciada nas assentadas dos julgamentos locais.

Nesta superior instância, a douta Procuradoria Geral da República apresentou o parecer de fls. 267, em que concluiu não ser caso de recurso.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): O presente processo foi grandemente tumultuado com a intervenção do Ministério Público Federal, interpondo agravo de apelação - para êste Supremo Tribunal - que a êle deu, em tempo, solução consoante as circunstâncias que se apresentavam sob o aspecto de herança jacente, afastando-se do debate.

O recurso não tem nenhum fundamento legal, como bem advertiu a ilustre Procuradoria Geral da República, não só porque o nº II do art. 101 não justifica a Interposição de recurso extraordinário, como também porque, como já ficou assentado, a questão incidente já foi resolvida em acórdão dêste Supremo Tribunal.

Resta o outro fundamento, do nº III, letras *a* e *b*. Viu-se do relatório que a decisão recorrida, fundada em prova, da qual fêz minucioso exame, concluiu por não achar provado o concubinato, e, mais, não coincidir a data do nascimento do autor com o tempo em que teria a mãe do autor vivido em companhia do *de cujus*, sendo certo que, a êste tempo, era ela simples empregada dêle.

Não houve violação de lei federal, antes, e não aplicação dela, em face da prova, em cuja apreciação é a Justiça local soberana.

Assim sendo, deixo de tomar conhecimento do recurso.

DECISÃO

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

*

COMÉRCIO DE ARMAS - REGISTRO NO MINISTÉRIO DA GUERRA – LICENÇA POLICIAL

- Tratando-se de comércio de armas e munições, o registro no Ministério da Guerra não dispensa a licença da autoridade policial.

Impetrantes: G. Laport & Cia.

Rec. ext. nº 3.449 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 3.449, do Distrito Federal:

Acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal não conhecer do dito recurso, na

conformidade das precedentes notas taquigráficas integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 26 de novembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Os recorrentes G. Laport & Cia., estabelecidos com o comércio de armas e munições nesta Capital, impetraram, em outubro de 1937, à antiga Côrte de Apelação, hoje Tribunal de Justiça do Distrito Federal, mandado de segurança contra o então chefe de Policia, para que êste cessasse o constrangimento que estava a exercer sôbre êles, com o exigir, além do registro no Ministério da Guerra, *ut* art. 76 do dec.-lei nº 1.246, de, 11 de dezembro de 1936, licença da autoridade policial.

Por acórdão de 26 de janeiro de 1938, foi negada a segurança, com a seguinte argumentação: o dec.-lei nº 1.246, de 11 de dezembro de 1936, art. 76, estatui que:

"Ficam sujeitos a um registro sumário, de acôrdo com o art. 9º do dec. número 24.602, nos têrmos desta regulamentação, todos quantos, constituindo firmas comerciais ou não, necessitem importar, manipular e negociar com os produtos sujeitos à fiscalização dêste regulamento".

Por sua vez, o dec. nº 24.531, de 2 de julho de 1934, em seu art. 31, XIII, da ao chefe de Polícia competência para:

"Fiscalizar e regulamentar as vendas e portes de armas, bem como o fabrico, a venda e o uso de explosivos, inflamáveis e corrosivos, sendo obrigados os exportadores e importadores a remeter, mensalmente, à Repartição Central de Polícia, as respectivas relações, conforme os modelos anexos".

Esta disposição não foi revogada pelo citado dec.-lei nº 1.246, art. 76, pois não colidem. Harmoniza-se a esfera de ação do órgão militar e policial, em face dos

dispositivos invocados, desde que, atendendo à finalidade da intervenção de um e de outro daqueles órgãos, se nota que à ação fiscalizadora do Ministério da Guerra estão sujeitos explosivos, armas e munições, enquanto nos trapiches alfandegários e dependentes do desembaraço da Alfândega..., passando à ação fiscalizadora da polícia quando desembaraçados e entregues ao comércio local, em jôgo estando, então, o interêsse da segurança pública.

Como bem nota o Dr. 1º procurador da República, "as atividades policiais têm o contato mais direto com as necessidades imediatas da ordem pública, conhecem melhor os meandros das atividades subversivas, individualizam melhor os diferentes, casos e as pessoas sôbre as quais deve atuar o poder público para a manutenção da ordem. Não se nega a competência legítima do Ministério da Guerra, a quem cabe controlar em *ultima ratio* o fabrico e o ... comércio de munições, hoje, mais do que nunca, constituídos como verdadeiro monopólio das organizações militares. O que é preciso, porém, é admitir a competência concorrente das duas autoridades, cada qual dentro da esfera traçada pela sua natureza específica. Constituiria, manifesta violação do dec. n° 24.531, citado, negar-se à autoridade policial a competência que lhe foi conferida com relação à venda e ao comércio de armas, munições, etc. Esta competência decorre da lei, não viola, a Constituição, é, portanto, legal, legítima e necessária. Pouco importa que o, aludido dispositivo não tivesse sido até agora regulamentado. Esta falta acha-se suprida pelas instruções baixadas pela portaria de 3 de outubro de 1933. Ora, essas instruções prescrevem apenas as normas a serem seguidas pelas autoridades policiais, na execução da lei. O seu valor jurídico é incontestável porque atribuem funções compreendidas na disposição legal".

Pelas informações ministradas pelo chefe de Polícia, de fls. 20 a 28, se vê que "houve apenas restrição ao comércio de armas aos requerentes, impedindo-se o de armas curtas e carabinas de calibre superior, por falta de idoneidade dêles, revelada pelas infrações cometidas, que apontam destacadamente; sobressaindo a venda de um revólver a um rapaz neurastênico, que pretendia suicidar-se, como informou sua mãe, não sendo aduzida defesa suficiente".

Daí o presente recurso extraordinário, com fundamento no art. 101 da Constituição de 1937, alegando-se violação do art. 76 do dec.-lei nº 1.246, de 1936.

Oficiaram os Drs. 1° procurador e procurador geral da República, opinando pelo não provimento do recurso, sustentando ambos a competência concorrente da autoridade policial, cujas portarias, aliás, em tôrno do assunto, foram expedidas em execução do dec. nº 24.531, de 1934.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): O acórdão recorrido não infringiu o art. 76 do dec.-lei nº 1.246, de 1936, mas, sim, cotejando-o com o de nº 24.531, de 1934, entendeu, e razoàvelmente, que aquêle não colide com o último, que continuou em vigor. O que se apresenta é uma competência simultânea do Ministério da Guerra e da Polícia, mas cada qual em setores próprios: um no tocante ao interêsse da segurança nacional, é outra no tocante à ordem pública. O registro no Ministério da Guerra não dispensa a licença da autoridade policial.

As portarias desta provêm da execução do dec. nº 24.531 e, portanto, não são produtos de arbítrio.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por decisão unânime, não conheceram do recurso.

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

*

DESPACHO SANEADOR - LEGITIMIDADE DE PARTE - COISA JULGADA - DESPEJO - NU-PROPRIETÁRIO - USUFRUTUÁRIO

- Embora julgadas, no despacho saneador, as partes legítimas, não impede a ausência do recurso, agravo no auto do processo, que o tribunal "ad quem" venha a apreciar a relação de direito atinente à posição das partes, declarando, por último, carecedor o autor do direito de ingressar, em juízo, com ação de despejo, que competiria, não a êle, titular apenas de uma parte da nua-propriedade, mas ao usufrutuário, que aluga o imóvel, dado o seu direito à posse, uso, administração e percepção de frutos. Inocorre a coisa julgada, que deve emergir nítida, com os seus pressupostos legais.

Maria Pires Dias *versus* Maria de Jesus

Rec. ext. nº 9.118 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 9.118, de São Paulo, recorrente Maria Pires Dias, recorrida Maria de Jesus:

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

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 2 de novembro de 1949. - *José Linhares*, presidente; *A. Ribeiro da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: A hipótese ficou definitivamente vazada nos fundamentos constantes do acórdão prolatado a fls. 107, pelo ilustre Tribunal de Apelação de São Paulo, *verbis*:

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação nº 20.375, da Capital, apelante Maria de Jesus, apelada Maria Pires Dias:

"Acordam, em 1ª Câmara Civil, dar provimento ao recurso, para declarar a autora carecedora da ação e condená-la a pagar à ré Cr$ 500,00 de honorários de advogado e nas custas de todo o processado.

"Alegou a ré, na contestação, que tomara em locação o prédio a Benedita Dinis Fontes, não sendo proprietária dêle, nem locadora, a apelada; que, inicialmente, se apresentara em tais qualidades, com a declaração de precisar do imóvel para uso próprio. Essa questão não ficou bem esclarecida em primeira instância e o magistrado, expressamente, não lhe deu solução.

"Como, ao contra-arrazoar a apelação, dissesse a autora que era, apenas, condômina e administradora do imóvel, cujo usufruto pertence à sua mãe, determinou o relator que se exibisse prova das afirmações.

"Em obediência ao despacho, a apelada ofereceu certidão da escritura de doação do prédio, outorgada por Benedita Dinis Fontes, com reserva de usufruto, a diversos filhos, entre os quais a autora.

"Conclui-se da escritura em aprêço que a autora é simples titular de uma parte da sua propriedade e que à doadora compete o usufruto vitalício do imóvel. Como usufrutuária, tem a doadora direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (Cód. Civil, art. 718).

"E, no caso, realmente, é a doadora quem aluga o prédio e aufere os respectivos aluguéis conforme se apura de recibos unidos aos autos.

"A ação de despejo competiria à usufrutuária e não à apelada, que, como já ficou esclarecido, é mera titular de parte da sua propriedade.

"Tendo ajuizado ação que, manifestamente, lhe não cabia, deve a apelada pagar os honorários de advogado, que a apelante se viu na contingência de contratar para defender-se, e que ficam, desde já, arbitrados em Cr$ 500,00.

"São Paulo, 11 de outubro de 1943. - *Mário Guimarães*, presidente; *Vicente Penteado*, relator".

Valeu-se D. Maria Pires Dias do apêlo constitucional, na base das alíneas *a* e *d* do inciso adequado, fundando-o na violação do disposto nos arts. 4º e 294, I, do Cód. de Proc. Civil e bem assim dos arts. 640 e 1.288 do Cód. Civil, discrepando, por demais, dos julgados cuja indicação consta da petição de fls. 108, *in fine*.

Constam, a fls. 117 e seguintes, as razões impugnadas a fls. 127, tendo o então procurador geral da República, o eminente ministro LUÍS GALLOTTI, oficiado, nesta superior Instância, pelo parecer de fls. 135, *verbis:*

"O acórdão de fls. 107 entendeu, com razão, que a ação de despejo competiria à usufrutuária e não à recorrente, que é apenas titular de uma parte da nua-propriedade.

"Sustenta a recorrente que, tendo transitado em julgado o despacho que saneou o processo e considerou legítimas as partes, não mais poderia a decisão recorrida julgar a autora carecedora de ação com aquêle fundamento.

"Mas o acórdão de fls. 107 observou que essa questão não ficou bem esclarecida em primeira instância e o magistrado, expressamente, não lhe deu solução.

"Assim, não há que falar de coisa julgada.

"E opinamos que o egrégio Tribunal não conheça do recurso ou, se conhecer, que lhe negue provimento.

"Distrito Federal, 9 de agôsto de 1948. - *Luís Gallotti*, procurador geral da República".

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): O acórdão recorrido mostra-se imune, por seus fundamentos, à censura do recurso constitucional.

Quanto à irrogada ofensa à norma dos arts. 4º e 294, I, do Cód. de Proc. Civil, é de escassa ponderação e menor alcance o argumento esposado pela recorrente,

de vez que, embora o juiz houvesse, no saneador, julgado legitimas as partes, essa circunstância não impedia que, independentemente do recurso hábil - o agravo no auto do processo - pudesse o Tribunal *ad quem* apreciar a relação de direito atinente à posição das partes, em juízo, estabelecendo, por último, a carência de direito da autora, para ingressar em juízo com ação de despejo, a qual competiria à usufrutuária e não à recorrente, por ser esta apenas titular de uma parte da nua-propriedade.

É certo que fôra a recorrente considerada parte legítima, por ser proprietária do prédio, sem se indagar, todavia, da extensão do seu direito ou apreciar o litígio. Ressaltou o acórdão, ao propósito, que essa questão não ficara bem esclarecida em primeira instância e o magistrado, expressamente, não lhe dera solução.

A coisa julgada, pois, não emerge nítida, na espécie, com os pressupostos legais, que a integram, nada obstando a que se fizesse o exame da relação de direito em causa.

Apurou o acórdão, em face da escritura de doação do prédio, com cláusula de reserva de usufruto, que a doadora, tendo, como usufrutuária, direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (Cód. Civil, art. 1.718), era quem, realmente, alugava o prédio e auferia os respectivos aluguéis, segundo consignam os recibos juntos aos autos.

Vê-se, do exposto, não ter sido infringida a letra dos arts. 640 e 1.288 do Cód. Civil. E nem existe comprovada a divergência jurisprudencial. Deixo de acolher o recurso, por infundado nas alíneas *a* e *d*.

DECISÃO

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

*

FALÊNCIA - EMPREGADO

- É a sentença proferida pela justiça trabalhista, reconhecendo o crédito por salários, e não a simples qualidade de empregado que autoriza o ingresso dêste em juízo, para requerer a falência do patrão.

Nélson Escóssia Barbosa e outros *versus* União Algodoeira, S. A.

Rec. ext. nº 18.255 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.255, do Ceará, recorrentes Nélson Escóssia Barbosa e outros, recorrida União Algodoeira, S. A.:

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, 18 de outubro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Proferiu o ilustre Tribunal do Ceará, lavrado pelo Exmo. Sr. desembargador BOANERGES DO AMARAL, o acórdão de fls. 58 v.:

"*Ementa* - A sentença proferida pela Justiça do Trabalho, em virtude da qual o empregado é considerado com direito à percepção dos seus salários, é que constitui título de dívida líquido e certo que o habilita a ingressar em juízo.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.180, de Fortaleza, em que são agravantes Nelson Escóssia Barbosa e outros, sendo agravada União Algodoeira, S. A.:

"Nelson Escóssia Barbosa, Luís Chaves e João Alves da Silva, dizendo-se credores da União Algodoeira, S. A., de cêrca Cr$ 60.000,00, proveniente de indenizações e salários, requereram a sua falência no Juízo da 3ª Vara da Capital.

"Alegam os suplicantes; em síntese, a União Algodoeira, S. A., há tempos, vem procedendo de maneira irregular, caracterizando essa sua conduta o estado de falência.

"Aludem a várias vendas feitas pela União Algodoeira, S. A., e salientam que, da antiga União Algodoeira, restam, apenas, alguns alcaides, insuficientes para o pagamento dos credores, que não tiveram a felicidade de participar da distribuição feita *intra muros*.

"Contestando, porém, realça, a suplicada a circunstância de terem os suplicantes requerido a falência de uma firma que está reorganizando o seu patrimônio econômico e centralizando as suas atividades na Capital, a fim de efetuar novas operações, com o objetivo de se ressarcir dos enormes e incalculáveis prejuízos provocados pela última guerra.

"O Dr. juiz *a quo*, acolhendo a preliminar aflorada, de ilegitimidade dos autores, indeferiu a inicial.

"Com efeito, não juntaram os autores ao requerimento nenhum documento comprobatório do seu crédito.

"Quer na hipótese do art. 1°, quer na do art. 2º, só o credor é que pode requerer a falência, mediante a exibição do título de seu crédito.

"Nesse sentido, aliás, é a lição de MIRANDA VALVERDE, nos seus comentários ao art. 9° da lei falimentar:

"Mas, quer fundamente o pedido de falência no art. 1°, quer no art. 2º, provará o credor a sua qualidade exibindo o seu título de crédito, ainda que não vencido" ("Comentários à Lei de Falências", ed. "REVISTA FORENSE", 1948, vol. 1º, pág. 102).

"Não apresentaram os requerentes o seu título de crédito.

"Claro está que não provaram a qualidade de credores.

"É fora de dúvida que os autores fizeram à Junta de Conciliação e Julgamento de Fortaleza uma reclamação, cuja cópia se encontra a fls. 17, pleiteando o reconhecimento das indenizações a que se julgam com direito.

"Nada prova, em juízo, essa cópia da reclamação.

"No juízo trabalhista, em verdade, é que se reconhece ou não o direito dos autores.

"E o reconhecimento dêsse direito, pela Junta de Conciliação e Julgamento, será o título do seu crédito.

"Daí a decisão da Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal, *in verbis*:

"A sentença proferida pela Justiça do Trabalho, em virtude da qual o empregado é considerado com direito a uma indenização por despedida injusta e salários em atraso, constitui título de dívida líquido e certo, cuja apresentação na falência lhe confere o direito de ser classificado entre os credores da massa falida" (CESARINO JÚNIOR, "Consolidação das Leis do Trabalho", pág. 230).

"Bem é de ver que, no caso de falência, é assegurado ao empregado o direito à indenização.

"E ao pagamento dessa indenização não pode eximir-se o falido.

"Por isso, assim decidiu a 1ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal:

"Mesmo em caso de falência, é devida pelo empregador a indenização legal por rescisão do contrato de trabalho" (ARNALDO SUSSEMND, "Dicionário Brasileiro de "Decisões Trabalhistas", pág. 109).

"Antes de uma decisão da Justiça do Trabalho, têm os autores, apenas, uma expectativa de direito.

"Por enquanto, nenhum direito lhes assiste.

"Nessas condições:

"Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, pelos juízes de sua Turma julgadora, por votação unânime, conhecer do agravo e lhe negar, provimento, confirmando, assim, a decisão recorrida.

"Custas pelos agravantes.

"Fortaleza, 31 de julho de 1950. – *Pires de Carvalho*, presidente; *H. do Amaral*, relator".

Irresignado a essa solução, opôs-lhe o vencido recurso extraordinário, com invocação da letra *a* do art. 101, n° III, da Constituição federal e alegação de ofensa dos artigos 12 da lei de falências, 136 do Cód. Civil brasileiro e 456 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Razões do recorrente a fls.

Fluiu *in albis* o prazo de contra-razões do recorrido. O parecer do eminente Sr. Dr. procurador geral PLÍNIO TRAVASSOS se encontra a fls. 79 e encerra o conteúdo seguinte:

"O recurso foi interposto com fundamento na letra *a* do preceito constitucional, tendo sido citado como ofendido o art. 12 da Lei de Falências.

"O venerando acórdão recorrido (fls. 58-161) não vulnerou a lei, ao decidir que sòmente a sentença proferida pela Justiça do Trabalho, em virtude da qual o empregado é considerado com direito à percepção dos seus salários, é que constitui título de dívida líquido e certo, que o habilita a ingressar em juízo.

"Os recorrentes não apresentaram qualquer título de crédito para fundamentar o pedido de falência, a não ser uma reclamação feita à Junta de Conciliação e Julgamento de Fortaleza pleiteando o reconhecimento das indenizações a que se julgam com direito.

"Sòmente após o pronunciamento da Justiça do Trabalho é que os recorrentes teriam um título líquido e certo, cuja apresentação na falência lhe conferiria o direito da classificação entre os credores.

"Somos, assim, pelo não conhecimento do recurso.

"Distrito Federal, 24 de setembro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Nélson Escóssia Barbosa e outros, empregados da União Algodoeira, S. A., requereram a falência da empregadora. Não lograram seu intento. O juiz, considerando que êles estavam pleiteando, ainda, o seu direito na Justiça especial do Trabalho, negou fôssem titulares de crédito que os habilitasse a requerer a falência da devedora.

E o acórdão de fls. seguiu essa esteira: a sentença proferida pela Justiça do Trabalho, em virtude da qual o empregado é considerado com direito à percepção de seus salários, é que constitui título de dívida, líquido e certo, que o habilita a ingressar em juízo.

Que a indenização legal é devida pelo empregador ao empregado, ainda no caso de falência, pela rescisão do contrato de trabalho, constitui *ius receptum*, citando o venerando aresto recorrido, ao propósito, ARNALDO SUSSEKIND, "Dicionário de Decisões", pág. 109, e a seguinte decisão da Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal:

"A sentença proferida pela Justiça do Trabalho, em virtude da qual o empregado é considerado com direito a uma indenização por despedida injusta

e salários em atraso, constitui título de dívida líquido e certo, cuja apresentação na falência lhe confere o direito de ser classificado entre os credores da massa falida" (CESARINO JÚNIOR, "Consolidação das Leis do Trabalho", pág. 230).

Em volta dêsses conceitos, nenhuma controvérsia. Nem ela seria possível, em face dos arts. 448, 449, 497 e 499 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Preceituam o art. 499 e seu § 1º da Consolidação citada:

"Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da emprêsa.

§ 1º Na falência e na concordata, constituirão crédito privilegiado a totalidade dos salários devidos ao empregado e um têrço das indenizações a que tiver direito, e crédito quirografário os restantes dois terços".

O princípio constante no art. 449 tem a esforçá-lo razões muito ponderosas e, antes, ainda, da Consolidação a elas se inclinava certa jurisprudência.

Também se tornou incontendível caber à Justiça do Trabalho apurara procedência ou decretar a improcedência do crédito do empregado contra o falido.

COSSERMELLI:

"Em face do princípio da universalidade do juízo da falência, entendiam alguns que as questões trabalhistas entre empregados e as emprêsas falidas deviam ser solucionadas pelo juiz da falência. Êsse ponto de vista, após largos debates doutrinários, ficou afastado definitivamente, sendo hoje pacifico que os tribunais de trabalho apreciarão tôdas as questões trabalhistas, mesmo aquelas em que a emprêsa já esteja com a falência decretada. Cumpre a esta defender-se perante a Junta de Conciliação e Julgamento, através do síndico ou seu representante legal. A sentença da Junta, passada em julgado, representa título líquido e certo, capaz de permitir a habilitação no processo da falência, como autor" ("Contrato Individual do Trabalho", págs. 86-87).

Mas, o que se discute nos autos é se o crédito do empregado, antes, ainda, de reconhecido na Justiça especial, habilita seu titular a requerer a falência do empregador.

Concluiu o venerando aresto negativamente e, a essa conta, rejeita-lhe o recorrente a coima de vulnerador do art. 12 e seu § 3° da Lei de Falências, do art. 136 do Código Civil brasileiro e do art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A argüição de ofensa implícita ao artigo 136 é totalmente baldia.

Não negou o venerando aresto, em qualquer de seus lances, assim expressa que tàcitamente, à carteira profissional a qualidade de instrumento público.

Apenas, entendeu não bastar a carteira à prova do crédito que habilita a requerer a falência.

Por igual, incólume ficou, através do venerando acórdão, o art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe:

"A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito".

"Trata-se de prova instrumental importante, documento de qualificação civil e de habilitação profissional, título para inscrição sindical, instrumento prático de contrato individual do trabalho" (MARCONDES FILHO, *in* COSSERMELLI, liv. cit., pág. 119).

O aresto não o negou. Teve, entretanto, que a carteira, antes de exsolvido o pleito na Justiça do Trabalho, onde seria examinada, não valia, por si só, a título poderoso a fazer instaurar a falência do empregador.

E com êsse teor de julgar não vulnerou o que dispõe, literalmente, o art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, que atribui às anotações constantes da carteira profissional valor de prova do contrato individual do trabalho.

Assim, em resumo de contas, o que fica a examinar é a alegação de ofensa do preceito da Lei de Falências, do art. 12 e seu § 3º do dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

Enumera o art. 2º, como é sabido, fatos que, ainda que não ocorra impontualidade no pagamento de obrigação líquida, levam o devedor à falência, e dos quais, alguns, como observa MIRANDA VALVERDE, "revestem a figura do crime falimentar, ficando, por isso, o juiz autorizado, na sentença que declarar aberta a falência, a decretar a prisão preventiva do falido" ("Comentários à Lei de Falências", nº 103, pág. 119).

O art. 12 dispõe:

"Para a falência ser declarada nos casos do art. 2º, o requerente especificará na petição os fatos que a caracterizam, juntando as provas, que tiver, e indicando as que pretenda aduzir".

E o § 3º preceitua:

"Não havendo provas a realizar, o juiz proferirá a sentença; se as houver, o juiz, recebendo os embargos, determinará as provas que devam ser realizadas, e procederá a uma instrução sumária, dentro do prazo de cinco dias, decidindo em seguida".

Em face dos preceitos citados, sustentam os recorrentes que a exigência do acórdão, da apresentação de título de dívida, é incurial.

Segundo argumentam, não exige o artigo 12 citado, para o requerimento de falência com fundamento no art. 2º, a produção de título de dívida.

Basta - e outra não é a lição de VALDEMAR FERREIRA ("Instituições", vol. IV, pág. 123) - demonstre sua qualidade de credor, ou seja seu interêsse de agir.

O que lograra (§ 3º) por qualquer meio de prova judicial, cuja produção o aresto atalhou, por via de exigência contra a lei.

É assim que os recorrentes entenderam a questão.

Na forma do art. 12, para ser declarada a falência nos casos do art. 2°, especificará o requerente, no pedido, os fatos que a caracteriza, juntando as provas que tiver e indicando as que pretende aduzir.

Mas, as provas a que alude o art. 12 dizem respeito *aos fatos que caracterizam a falência*.

Além dessa, entendeu o acórdão deviam mos requerentes juntar o seu *título de crédito líquido*, a que não podia ser comparada a simples prova de relação de trabalho.

Muito expressivo é, sem dúvida, o magistério de VALDEMAR FERREIRA trazido à colação pelos recorrentes:

"Não é essencial demonstre a requerente a liquidez de seu título, mas tão-sòmente a sua qualidade de credor, ou seja, o seu interêsse de agir. O *montante* de seu crédito verifica-se posteriormente, no tempo e pela forma adequada".

Em sentido mais restrito, o ensino de MIRANDA VALVERDE, *in verbis*:

"Mas, quer fundamente o pedido de falência no art. 1º, quer no art. 2°, provará o credor a sua qualidade, exibindo o seu título de crédito, ainda que não vencido" (liv. cit., vol. cit., pág. 102).

E certo é que o art. 9º, nº III, determina produza o credor o "título de seu crédito, ainda que não vencido".

Renite o recorrente que a carteira profissional bastaria aos fins da lei, pois demonstra o *interêsse de agir*, a que alude VALDEMAR FERREIRA.

De obtemperar, entretanto, que VALDEMAR FERREIRA, ao que se dessume do relanço citado, pôsto admita se trate de crédito ilíquido, exige seja certo. Dispensa a demonstração liminar da liquidez do título e difere para outra oportunidade o montante do crédito.

No caso, há uma circunstância particular que, não obstante a procedência, em princípio, de argumentos do recorrente, desconvizinha a espécie da previsão da letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

É que a apuração do crédito alegado e a verificação mesma de sua existência descompetem ao juízo da falência.

Trata-se de pensão da Justiça especial do Trabalho, têrmos em que a exigência da prévia verificação do crédito para o pedido de falência não é ofensiva da letra mesma do art. 12.

Podia o crédito ser condicial, vencido, ilíquido. Mas, de qualquer modo, afirmado pela Justiça do Trabalho, o que ainda não se verificara quando do requerimento da falência.

Ao credor, em tais condições, caberia apenas tomar a iniciativa de providências conservatórias e resguardadoras de seus direitos.

Êsse entendimento não ofende a lei, em sua literalidade. É exato que a afirmativa de terem os recorrentes, no caso, simples *expectativa de direito* oferece flanco a objeções consideráveis.

Mas, êsse desvio de técnica do venerando acórdão não leva à conclusão de haver êle violado a lei, em sua própria superfície verbal. E é essa indagação só que cabe ao juiz do recurso extraordinário na preliminar de seu conhecimento.

Não conheço do apêlo.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia* de V. Exª, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

DECISÃO

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

Não tomou parte na votação o Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

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

*

PRINCÍPIO DA IGUALDADE - PRESCRIÇÃO

- Só há violação do princípio da igualdade, por parte do juiz, quando, de par com o reconhecimento da identidade de situações, a elas aplicar princípios diferentes de direito.

- Se a prescrição é invocada pelo juiz como razão a mais da improcedência da ação, não justifica recurso extraordinário o fato de ter sido reconhecida sem que sôbre sua argüição fôsse ouvida a parte contrária.

Moisés Leme da Silva e sua mulher *versus* Aeroclube de Bauru

Ag. nº 15.175 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 15.175, de São Paulo, agravantes Moisés Leme da Silva e sua mulher, agravado Aeroclube de Bauru:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório retro e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, negar provimento.

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 4 de dezembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Em reivindicação movida por Moisés Leme da Silva e sua mulher contra o Aeroclube de Bauru, o juiz de direito de Bauru, Dr. EUGÊNIO TEIXEIRA DE ANDRADE, proferiu a decisão de fls., que rematou pela declaração da improcedência da ação.

Depois de expor fatos da causa e de aludir às provas produzidas, disse o juiz:

"Ensina AFONSO DIONÍSIO GAMA que "a reivindicação é a ação exercida por uma pessoa que reclama restituição de uma coisa, da qual se considera proprietária", ou de acôrdo com a definição de LAFAYETTE, "é a ação real que compete ao senhor da coisa para retomá-la do poder de terceira que, injustamente, a possui" ("Das Ações de Reivindicação", pág. 29).

"Deve provar: *a)* que lhe pertence o domínio da coisa, declarando com clareia qual é, bem como os seus sinais e confrontações; *b)* que o réu, injustamente, retém a coisa em seu poder (*id*., pág. 87), constituindo, uma das defesas do réu a prescrição da ação (*id*., pág. 95).

"Os autores pretendem reivindicar uma área de 17.628 m^2 de terreno que o réu, Aeroclube de Bauru, adquiriu da chamada à autoria, Sociedade Civil de Educação Guedes de Azevedo, conforme escritura de fôlhas 20, individuado no item 12 da inicial, de acôrdo com o mapa que juntou a fôlhas. Verifica-se, entretanto, dêsse próprio mapa, que tal área tem 1.908 m^2 e, pela perícia de fls., 1.472 m^2 e *croquis* de fls., havendo, assim, uma disparidade imensa de metragem, o que prova que o que os autores pretendem é reivindicar toda a área vendida pela chamada à autoria ao réu, pois se firmou na escritura de fls. 20. Mas, isto não é possível, pois, pelo próprio mapa da divisão da Fazenda Campo Redondo e sua partilha (fls. 9), só teriam êles direito ao pequeno triângulo de pouco mais de 1.000 m^2. Equivale a dizer que o imóvel reivindicando não foi bem individuado, não sendo claro qual a área ou terreno que se pretende reivindicar.

"E só isto bastaria para a improcedência da ação.

"Além disso, os autores fundam o seu pedido na subdivisão geodésica da gleba de terras da Fazenda Campo Redondo, documento de fls. 9, mas se vê que, em tal divisão, o réu, Aeroclube de Bauru, não foi parte por não ter sido citado para a ação sendo a divisão para êle *res inter alios*, além de que tal pagamento não foi transcrito para valer contra terceiros, o que daria até direito à absolvição de instância ("REVISTA FORENSE", vol. LVII, pág. 78). Afora êsse pagamento, os autores, com os títulos que juntaram, não provaram ser estreme de dúvida proprietários dos 17.628 m^2 ou, mesmo, de 1.908 m^2, conforme pedem, sem clareza.

"O terreno reivindicando, ou o triângulo menor, já se achava na posse do Aeroclube de Bauru, na ocasião em que foi lavrada a escritura de fls., conforme esclarecem os peritos, e todo cerrado, conforme fotografia de fls., estremadas, assim, de qualquer comunhão, tendo o réu sua posse, somada à de seus antecessores, a justo título, sem contestação de quem quer que seja, por tempo suficiente para gerar a prescrição aquisitiva, como alegou o Aeroclube de Bauru. Realmente, a prescrição aquisitiva, invocada pelos autores, no item 8º da inicial, é, *mutatis mutandis*, a mesma que têm os réus, certo como é, que seus direitos se entrincam, por igual, à primitiva aquisição e posse de José Rapôso, no imóvel Campo Redondo. Assim, se necessário para consolidar o seu domínio, escoimando qualquer dúvida, tem o réu Aeroclube de Bauru o usucapião, nas suas três modalidades, nos têrmos do art. 550 do Cód. Civil. À vista do exposto, julgam procedente a ação...".

Subiu o pleito ao egrégio Tribunal do Estado, que confirmou a sentença acima transcrita. E o fêz sem lhe enumerar quaisquer outros fundamentos. Tanto não se encontra nos autos a respectiva certidão. Vê-se que o vencido pediu recurso extraordinário, deparando o seu seguimento, entretanto, obstáculo no despacho de fls., do Exmo. Sr. desembargador presidente MEIRELES DOS SANTOS:

"Trata-se de mera questão de fato e simples aplicação de dispositivos legais à espécie controvertida, segundo se vê dos têrmos da sentença de fls., confirmada pelo acórdão recorrido. Denego o recurso".

Irresignada a essa solução, agravou o vencido, citando o art. 294, II, do Cód. de Proc. Civil e o art. 141, § 1°, da Constituição federal. Decorreu *in albis* o prazo de contraminuta.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Inapresentada a certidão do pedido de recurso extraordinário, não é fácil verificar a injuridicidade - a que o recorrente proclama - da veneranda decisão agravada.

E se essa circunstância não leva ao reconhecimento da desformalização do agravo, pois que não se trata de peça cujo traslado a lei exija, no caso, enfraquece, entretanto, a pretensão da reforma pretendida:

Aliás, visto o caso à luz da minuta de agravo, o remate a que se chega é o da improcedência das razões apresentadas.

Argumenta o agravante com o preceito constitucional da igualdade de todos perante a lei.

Mas, a sentença, confirmada pelo venerando aresto de fls., em nenhum de seus lances enuncia ou aceita, pôsto que virtualmente, princípio que adverse o do art. 141, § 1º, da Constituição federal.

Argúi-se haver a decisão, no apurar as provas, haver tomado, para casos idênticos, critérios diversos, usando, em sua solução, e contra a severa advertência do rei sapientíssimo, de dois pesos e duas medidas.

Entretanto, se a sentença incidiu em êrro - o que se concede por amor do debate - êle não diz para os princípios de direito, pontualmente guardados, mas para a apuração de provas, matéria exótica - falando pela via ordinária - ao recurso extraordinário, na preliminar do seu conhecimento.

Não houve da parte da sentença, de par com o reconhecimento de identidade de situação, aplicação de princípios diferentes de direito, a têrmos de ofender o preceito sumo da igualdade acolhido na Constituição mesma.

Quanto ao art. 294, nº II, do Cód. de Proc. Civil, reza êle o seguinte:

"No despacho saneador, o juiz mandará ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária quando, na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser extintivo do pedido".

Não excluiu a sentença do âmbito do despacho saneador a providência de que se trata.

Mas, na versão do agravante, vulnerado foi êle porque o juiz reconheceu a ocorrência de prescrição sem que determinasse a audiência do autor, nos têrmos do preceito citado.

Não acho razão ao agravante.

Na própria minuta se consigna que "o despacho saneador não mandou ouvir o autor sôbre a contestação que, reconhecendo o fato em que a ação se fundou, opusesse outro extintivo do pedido, única e exclusivamente porque a ré não o alegou...".

Se assim é, invulnerado se acha o artigo 294, nº II, do Cód. de Processo, que prevê hipótese incorrida no caso dos autos.

É exato que, segundo o agravante, não alegando a ré a prescrição na fase processual de, que se trata (a contestação), renunciou tàcitamente a essa defesa.

A afirmativa descobre tendões vulneráveis e oferece margem larga a objeções e restrições.

E o mesmo passa com o asserto, de haver o preceito transcrito revogado o art. 182 do Cód. Civil.

Mas, ainda que se acolhesse, neste particular, a argumentação do agravante, caso não seria de ofensa do art. 294, nº II, do Cód. do Proc. Civil, cujos pressupostos de fato, na afirmação do mesmo agravante, não ocorreram na espécie.

De resto, a prescrição foi invocada pelo juiz como razão a mais da improcedência da ação, a par de outras, como a falta de individuação do imóvel reivindicando e ausência de título de *ius in re*, oponível aos réus.

Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA-LAGOA: Sr. presidente, *data venia*, dou provimento ao agravo para mandar subir o recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, nego provimento ao agravo, de acôrdo com V. Exª.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: contra o voto do Sr. ministro ROCHA LAGOA, negaram provimento.

Deixou de votar o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por não ter assistido ao relatório.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

*

DESAPROPRIAÇÃO - RETROCESSÃO

- O direito de retrocessão ou preempção legal é meramente pessoal. A única diferença entre a preempção legal e a convencional está em que naquela a condição é a devolução do preço pago e nesta é o pagamento de tanto por tanto.

Municipalidade de São Paulo *versus* Carolina Soares Queirós

Rec. ext. nº 18.711 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n° 18.711, entre partes, como recorrente, a Municipalidade de São Paulo e, como recorrida, Carolina Soares Queirós:

Acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, conhecer do dito recurso é dar-lhe provimento, na conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 3 de dezembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: A recorrente, Municipalidade de São Paulo, desapropriou judicialmente o imóvel à rua Anita Garibaldi nº 217, pertencente à recorrida, Carolina Soares Queirós. O decreto que autorizara a desapropriação, de 3 de janeiro de 1941, depois de aprovar o projeto de alargamento da dita via pública, assim dispunha (art. 2º):

"São declarados de utilidade pública, para o fim de serem desapropriados judicialmente ou adquiridos mediante acôrdo, os imóveis atingidos pelo mesmo projeto e necessários ao alargamento das ruas e obras complementares de regularização, embelezamento e reconstrução arquitetônica, de conformidade com as conveniências urbanísticas do local".

Em dezembro de 1941, a recorrente entrou na posse do imóvel, e, tendo encetado o alargamento da rua, as obras já tinham atingido o seu fim precípuo, com o novo alinhamento já definido, quando constou à recorrida que a recorrente estava entabulando com terceiro a venda da área que restara do

terreno expropriado, por inútil ao plano de alargamento, e cuidou de propor contra a recorrente uma ação de retrocessão.

Contestou a recorrente, alegando que as obras ainda não estavam, sequer, concluídas, e seu objetivo, de acôrdo com o decreto de desapropriação, não se limitava ao alargamento da rua, pois abrangia "a regularização, embelezamento e reconstrução arquitetônica, de conformidade com as conveniências urbanísticas do local", o que importava autorizar até mesmo, implìcitamente, a revenda das áreas desapropriadas. Além disso, a recorrida deixara de pleitear a preempção nos 30 dias depois de ter sido afrontada por ela, recorrente, de modo que o seu direito teria caducado. Por último, caso ainda vigente o direito à preempção, a alienação, sem aviso prévio ao titular daquele, sòmente acarretaria a obrigação por perdas e danos. No curso da ação, procedeu-se à vistoria no local, e os três peritos que nela funcionaram divergiram em pontos relevantes, entre os quais a possibilidade de aproveitamento da área remanescente para fins de utilidade pública, nos têrmos do decreto de desapropriação.

O juiz deu ganho de causa à recorrida, assim pronunciando-se: "De distinguir-se a figura da preempção ou preferência, invocada pela ré, da retrocessão. A primeira é um "direito pessoal", de natureza privada, convencionada nos contratos de compra e venda de imóveis (*sic*): A segunda é um "direito real", resultante da lei e pertencente à esfera do direito público.

"O desapropriante não pode dispor do direito de "alienar livremente" o bem expropriado, que tem destino certo, ao passo que, na preempção ou pacto de preferência, o comprador se obriga, caso queira vender o imóvel, comprado por venda ou dação em pagamento, a dirigir-se em primeiro lugar ao primitivo vendedor. A retrocessão tem o seu próprio fundamento no art. 1.150 do Cód. Civil e a preempção no art. 1.149. É certo que há divergência entre os autores sôbre o reconhecimento da retrocessão. OLIVEIRA E CRUZ bem apreciou a questão: "Realmente, se o desapropriante *não pode* mudar o destino do imóvel desapropriado; se a desapropriação é ato de Império do Estado, tornando-se *personalíssimo*, isto é, sem poder passar da pessoa do titular, quando delegado a uma pessoa física ou jurídica que explore serviços de natureza útil ao público; se o imóvel desapropriado não pode ser transferido a terceiros por vontade exclusiva do desapropriante, sem oferecimento prévio ao desapropriado, não

sob a condição de "tanto por tanto", mas mediante a restituição do preço que fôra pago como indenização: se nada disso é possível, pelo menos jurìdicamente falando, claro está que a retrocessão repele a preempção ao invés de confundir-se com ela, porque, para tanto, seria necessário que o desapropriante tivesse o direito de alienar livremente, o que, positivamente, repugna ao instituto da desapropriação" ("Da Desapropriação", n° 50, pág. 121). Assente essa diferenciação, vejamos da pretensão da autora, e do procedimento da ré. Alega aquela que esta tentou alienar o remanescente do seu imóvel expropriado por desnecessário às obras no local.

"A Municipalidade sustenta que tal porção de terrenos lhe é necessária para futuros melhoramentos. A maior dificuldade em configurar-se a retrocessão consiste em caracterizar o "momento" em que o imóvel deixou de ter o destino para o qual fôra desapropriado. Pretende a ré que tal remanescente lhe é ainda preciso, eis que se não ultimaram as obras a serem feitas no local. Ora, essa afirmativa não deve ser aceita senão quando acompanhada de qualquer prova admissível, que, no caso, a ré não produziu. Contudo, êste Juízo, tendo presente o ensinamento de WHITAKER ("Desapropriação", 2ª ed., nº 150, letra *a* e nota 3, pág. 106), determinou a providência de fls. 178, a fim de bem conhecer da intenção da ré, que, não obstante, ciente pelos ofícios de fls. 180 e 183, deixou de atender à solicitação judicial. Decorridos já mais de seis meses da data daquele aludido despacho, é de presumir-se não tenha a ré necessidade de utilização de tal área. O terceiro perito nomeado, dada a divergência dos laudos, conclui que a área remanescente não é edificável. Também afirma que não é aproveitável para estacionamento de automóveis, hipótese aventada nos autos. Todavia, sugere, "um recanto ajardinado seria um embelezamento"; mas, por que essa iniciativa não foi levada a efeito, já passados oito anos? A questão principal que ressalta no caso, entretanto, é a do propósito da ré em pretender negociar a venda dessa área com Joaquim de Morais Filho. Tal negociação ficou evidenciada nos autos e a ré não a contesta. Assim, provada a desnecessidade dessa área por parte da expropriante, que pretendia aliená-la a terceiro, assiste à autora pleitear o seu direito à reversão do remanescente. A espécie seria de invocar-se o art. 1.150 do Cód. Civil. CLÓVIS BEVILÁQUA, em seus comentários ao Código, vol. 4º, pág. 318, letra *d*, ensina: "Se a União, o Estado ou o Município não cumprir a sua obrigação de oferecer o imóvel ao ex-proprietário, no caso previsto pelo artigo 1.150, incorrerá em perdas e danos (art. 1.156). Aliás, o ex-proprietário poderá tomar a iniciativa de fazer valer o

seu direito de prelação, se o bem não tiver o destino para o qual foi desapropriado".

"A ré, em sua contestação, alude à obrigação de responder por perdas e danos (arts. 1.150 e 1.156 do Cód. Civil), quando o decreto expropriatório não autorizasse implìcitamente a revenda para fins urbanísticos.

"Comentando, a propósito, um acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado que, pelos fundamentos da sentença, julgara improcedente certo pedido de retrocessão, firmado no princípio de que o desapropriante só responde por perdas e danos quando não tenha o imóvel o destino para que se desapropriou, o Prof. NOÉ AZEVEDO concluiu: "Segundo as nossas leis, a indenização garantida ao expropriado deve ser a mais completa possível, compreendendo não só o valor intrínseco da coisa como tôdas as despesas, prejuízos ou danos, que, em conseqüência, venha a sofrer o proprietário.

"Fixada essa indenização cometa e integral, por uma sentença que tenha transitado em julgado, não é mais possível falar-se em perdas e danos. Posta a questão nestes têrmos, vê-se que qualquer sentença que, porventura, viesse a julgar procedente uma ação de indenização de perdas e danos, seria proferida contra a coisa soberanamente julgada" ("Rev. dos Tribunais", vol. 57, pág. 100).

"Bem sabemos que há divergência entre os autores sôbre reconhecer, atualmente, no nosso direito a figura de retrocessão. OLIVEIRA E CRUZ chega mesmo a afirmar que ela "é um instituto para se classificar entre as matérias de ordem pública" (ob. cit., nº 50, pág. 121). O fato é que se a retrocessão mantém o direito à propriedade, garantido pela Constituição e recomendado pelo Cód. Civil, a sua aceitação, parece-nos fora de dúvida, se impõe como complemento necessário à desapropriação. Não vale argumentar com o art. 35 do decreto federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Trata-se de parte do imóvel desapropriado que a ré pretendera vender, por desnecessário às suas obras. Essa circunstância afasta a idéia de incorporação da dita área do patrimônio municipal, por isso que ela não chegou a ser incorporada à Fazenda Pública. Também as hipóteses da revenda ou do benefício estético, estudadas por EURICO SODRÉ ("A Desapropriação", 2ª ed., págs. 92-98), no caso, não seriam de ser conhecidas em face da ausência de informação da ré à requisição

dêste Juízo e constante da providência de fls. 178. WHITAKER, - que admite a retrocessão como corolário do preceito constitucional relativo à propriedade, - após mencionar as duas condições para o exercício do direito de retrocessão (*a*) que a coisa não tenha sido empregada no interêsse público; *b)* que o adquirente restitua a importância que houver recebido em pagamento), observa: "Se a propriedade não fôr restituída, o preço a se - entregar é o que foi recebido e não o que possa ter a coisa na atualidade" (ob. cit., nº 150)".

E a sentença conclui condenando a ré a entregar a área em questão à autora pelo preço de Cr$ 26.313,00, que é o correspondente, ao tempo da desapropriação.

Foi tal sentença confirmada, em acórdão lacônico, pelo Tribunal de Justiça paulista.

Daí o presente recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *d* do nº III do art. 101 da Constituição, alegando a recorrente violação dos arts. 1.149 e segs. do Cód. Civil e divergência entre o acórdão recorrido e o proferido por êste Supremo Tribunal no recurso extraordinário nº 13.270, cuja cópia foi junta a fls. 214, e insistindo em que a área remanescente de que se trata "não foi, nem nunca será vendida", pois vai ser "empregada em obras de utilidade pública", para o que foi desapropriada, devendo notar-se que as obras no local não estão concluídas, mas apenas delimitadas.

A fls. 225, contra-arrazoou a recorrida, insistindo nos seus argumentos anteriores, entre os quais o de que o decreto de desapropriação não faz menção de áreas destinadas a revenda, de modo que a recorrente é que pretende violar o art. 4° da lei de desapropriações, e mais que a argüida caducidade do seu direito não pode ser reconhecida, eis que agiu tempestivamente. A fls. 242, oficiou o Dr. procurador geral da República, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Em face do dec.-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, já não prevalece o disposto no art. 14 do dec. nº 4.956, de 9 de setembro de 1903, que fazia da retrocessão um verdadeiro direito real. Com a vigente lei de desapropriação, voltou o assunto a ser regulado pelo Cód. Civil, que considera a retrocessão mero *direito pessoal*, disciplinando-a de par com a preempção convencional. Na "Exposição de Motivos" que acompanhou o projeto definitivo da dita lei, o ministro FRANCISCO CAMPOS presta o seguinte esclarecimento: "Deixaram de ser regulados os institutos da requisição e da *retrocessão*, hoje erradamente assimilados ao da desapropriação, os quais continuam a reger-se pelo Cód. Civil". Ora, o nosso Cód. Civil, contràriamente a outras legislações, como, por exemplo, a italiana, não consagrou a retrocessão como *direito real*, exercitável contra o expropriante ou *quem semper possidentem*.

Cotejados os seus arts. 1.149 e 1.150, torna-se evidente que a retrocessão ou *preempção legal*, do mesmo modo que a preempção convencional, só é exercitável quando se pretende revender a *res*, e significa apenas um direito de prelação ou preferência à reaquisição. E isto bem entendido: quando o decreto de desapropriação não autorizar a livre revenda, nos casos em que o permite o dec.-lei nº 3.365. A única diferença entre a preempção legal e a contratual está em que naquela a condição é a devolução do preço pago, enquanto nesta é o pagamento de "tanto por tanto". Fora daí, uma e outra se regem pelos mesmos princípios, inclusive o do art. 1.156, que é o mais frisante atestado de que se trata, na espécie, de mero direto pessoal, pois declara que êle se resolve em perdas e danos, caso o comprador efetue a revenda sem dar ciência ao vendedor, ou seja, quando o expropriante revenda o imóvel sem oferta ao expropriado. Comentando o art. 1.156, JOÃO LUÍS ALVES justamente disserta: "Êste preceito torna certo que o direito de preempção é um direito pessoal, isto é, só assegura ao vendedor a indenização por perdas e danos; não torna nula a venda e, portanto, não autoriza a reivindicação, quando o comprador aliene o imóvel, sem ouvir o vendedor". No mesmo sentido, CLÓVIS BEVILÁQUA ("Código Civil", vol. 4°): "O ex-proprietário; por isso que perdeu o seu domínio, não tem o direito de reinvidicação, que, errôneamente, se lhe reconhecia, anteriormente, mas, sim, o direito de preempção, que é meramente pessoal, não acompanhando a coisa alienada".

Desarrazoada é a acerba crítica que OLIVEIRA E CRUZ faz ao Cód. Civil, neste ponto, desapercebendo-se de que êste não admitiu a retrocessão como direito real e nem estava adstrito a fazê-lo.

No caso vertente, dá-se como provado que a expropriante, ora recorrente, pretendeu vender a parte remanescente do imóvel desapropriado, e é certo que não caducara o direito da recorrida, pôsto que não fôra devidamente notificada; mas a recorrente afirma e reafirma, *coram judice*, que desistiu do seu anterior propósito, tendo resolvido empregar a faixa remanescente a fita de utilidade pública, dentro dos têrmos do decreto de desapropriação, por não falar somente em alargamento da rua Anita Garibaldi, mas, também, em "obras complementares de regularização, embelezamento e reconstrução arquitetônica". Ora, se o terreno remanescente já não vai ser vendido, a nenhuma preferência tem direito a recorrida, e, como já foi acentuado, tendo sido revogado o art. 14 do dec. nº 4.956, de 1903, igualmente não lhe assiste a retrocessão pelo fato de não terem as obras abrangido o dito terreno, ainda que provada estivesse a impossibilidade do seu aproveitamento, nos têrmos do decreto de desapropriação.

A tese do caráter pessoal do direito assegurado no art. 1.150 do Cód. Civil é a sustentada, com apoio na autoridade de SEABRA FAGUNDES, pelo acórdão dêste Supremo Tribunal no recurso extraordinário número 13.270, que versava sôbre caso idêntico ao dêstes autos, *in verbis*: "... não há dispositivo legal que determine reverter ao proprietário expropriado o remanescente dos terrenos depois de preparada a via pública; a Prefeitura poderá livremente doar ou vender êsses remanescentes; na primeira hipótese, não há que consultar aos proprietários expropriados; na segunda hipótese, poderá oferecer-lhes os terrenos preferentemente". O *oferecerá* do art. 1.150 não pode deixar de ser entendido como poderá *oferecer*, desde que o expropriante poderá deixar de fazer a oferta, sujeitando-se a perdas e danos, de acôrdo com o art. 1.156.

Por estas razões, conheço do presente recurso, pelos seus dois fundamentos, e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação da recorrida contra a recorrente.

VOTO

O SR. MINISTRO MARIO GUIMARÃES: Sr. presidente, estou de inteiro acôrdo com as observações e conclusões do eminente ministro relator.

Êsse direito de reversão, doutrinàriamente, se reconhece quando se trata de desapropriação em que o poder público volta atrás e não se aproveita de coisa alguma do objeto da desapropriação. Então, se desapareceu, ou não existia, aquêle fim público para o qual se destinava a desapropriação, pelo menos como medida de justiça ou por eqüidade se deve atender para a reversão.

Na hipótese, porém, não se trata disso, mas de sobras. A lei de 1941 teve por objetivo aproveitar essas sobras. O poder público sente, às vêzes, necessidade de juntar uma e outra parte, para vender num bloco só, em benefício do público.

A interpretação dada ao texto de lei pelo eminente ministro NÉLSON HUNGRIA me pareceu irrepreensível, razão por que acompanho seu brilhante voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por decisão unânime, conheceram e deram provimento.

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.

*

TRANSPORTE DE MERCADORIAS - CLÁUSULA DE INOPONIBILIDADE

- É nula a cláusula de inoponibilidade, no transporte de mercadoria.

Cia. Comércio e Navegação *versus* Mútua Catarinense de Seguros Gerais

Rec. ext. nº 18.450 - Relator: MINISTRO JOSÉ LINHARES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário, em que é recorrente Companhia Comércio e Navegação, e recorrida Mútua Catarinense de Seguros Gerais:

Acordam, unânimemente, os ministros do Supremo Tribunal, em sessão de 1ª Turma julgadora, tomar conhecimento do recurso e negar-lhe provimento, pelos fundamentos do voto do relator, junto a fls. 228-229, em notas taquigráficas.

Custas pela recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 7 de maio de 1951. - *José Linhares*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Adoto como relatório o acórdão de fls. 147 da lavra do Exmo. Sr. desembargador SERPA LOPES, quando do julgamento dos embargos opostos pela recorrida, aduzindo terem as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, recebido os embargos por julgar procedente a ação. É do seguinte teor a ementa do acórdão: "Contrato de seguro - Cláusula de Inoponibilidade - Aplicação do art. 1º do decreto nº 19.473". Dados os têrmos peremptórios do art. 1° do dec. n° 19.473, de 10 de dezembro de 1930, e de acôrdo com a jurisprudência que em maioria se vai acentuando, não há fundamento algum para controvérsias em tôrno da cláusula de inoponibilidade, formalmente fulminada pelo citado dispositivo.

Daí ter sido interposto pela Companhia Comércio e Navegação o presente recurso extraordinário, fundado no art. 101, *a* e *d*, da Constituição federal, argüindo prescrição de ação e divergência jurisprudencial.

Admitido o recurso pelo despacho de fôlhas, subiu o processo depois de arrazoado pelas partes litigantes.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES (relator): Conheço do recurso pelo fundamento da letra *d*, de vez que a recorrente indicou decisões divergentes da recorrida, em que a jurisprudência em geral é em citação ao julgado.

Nego provimento ao recurso, para confirmar pelos seus próprios fundamentos a decisão recorrida, que aplicou devidamente o art. 1º do dec. nº 19.473, de 1930, e seguiu a jurisprudência uniforme dêste Supremo Tribunal em casos análogos, consoante se vê da indicação de decisão da recorrida, nas suas razões.

Hoje em dia não se discute mais em doutrina a cláusula de irresponsabilidade nos contratos de transporte marítimo. O ilustre comercialista patrício JOÃO VICENTE CAMPOS, em notável monografia, deixou o assunto de tal modo esclarecido, já em face à doutrina e à jurisprudência, que já não é mais discutida cláusula com tamanha extensão à irresponsabilidade.

DECISÃO

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

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro JOSÉ LINHARES.

Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros RIBEIRO DA COSTA, ANÍBAL FREIRE e BARROS BARRETO, o primeiro por se achar afastado para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF, o segundo, por se achar em gôzo de licença, substituído pelo Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA, e o terceiro por motivo justificado.

*

FUNCIONÁRIO - READMISSÃO - CONTAGEM DE TEMPO

- Com a readmissão é que se inicia a contagem de tempo de serviço na classe. Para tal efeito, não se conta o tempo de serviço em cargo de que o funcionário tenha sido legalmente dispensado.

Alberto da Silva Ramos *versus* I.P.A.S.E.

Rec. ext. nº 18.495 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.495, em que é recorrente Alberto da Silva Ramos e recorrido I.P.A.S.E.:

Acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, não conhecer do dito recurso, na conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 13 de dezembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O recorrente é funcionário do I.P.A.S.E., antigo Instituto Nacional de Previdência, a cujo serviço ingressou, como auxiliar de escrita, em 1927, tendo sido efetivado, em 1929, no cargo de 2º escriturário. Em fevereiro de 1931, foi dispensado, na conformidade do art. 39, § 1º, do dec. nº 19.646, de janeiro do mesmo ano. Quatro anos depois, isto é, em 2 de fevereiro de 1935, foi readmitido como conferente; mas, extinto êste cargo em 1938, foi aproveitado, em 5 de fevereiro do mesmo ano, mediante nova nomeação, no cargo de 2º escriturário. Julgando-se espoliado por ato da Comissão de Promoções de referido Instituto, o recorrente propôs contra êste uma ação ordinária, visando a vários objetivos. Não logrou êxito, porém, quer na primeira, quer na segunda instância. Entre as pretensões do recorrente

figurava a de que lhe fôsse computado, como tempo de serviço, na classe de 2º escriturário, o período em que exerceu o cargo de conferente. Sôbre êste ponto, assim se pronunciou a sentença de primeira instância:

"Se o autor fôra legalmente dispensado, não tinha direito a reintegrar-se no cargo de 2º escriturário. E, se o tivesse, tê-lo-ia perdido com o aceitar uma simples readmissão em cargo isolado. Extinto o cargo de conferente, a conseqüência de direito seria a exoneração do autor que, em 1936, ainda não gozava de estabilidade, nos têrmos do art. 169 da Constituição de 16 de julho de 1934. Haveria justa causa para a sua destituição (art. 169, parág. único). Em vez, porém, de o exonerar, o poder público nomeou-o para outro cargo; porém, o de 2° escriturário. Com essa nomeação é que se iniciou a carreira do autor na sua classe. Daí é que se conta o seu tempo de serviço para efeito da promoção; a sua antiguidade de classe. Transformado o Instituto Nacional de Previdência em autarquia, com a denominação atual, em 1941, os funcionários lotados naquela repartição passaram para o I.P.A.S.E. A situação dêsses servidores "foi regulada pelo dec.-lei nº 6.555, de 2 de junho de 1944. Foi, então, o autor nomeado para o cargo de oficial administrativo, classe "J", correspondente ao de 2º escriturário, que exercia no Instituto de Previdência. A sua antiguidade só pode ser contada na classe a que pertencia, isto é, na de 2º escriturário, a princípio, e na classe "J", depois do dec.-lei nº 6.555. Em 1945, não estava êle entre os dois terços mais antigos, pelo que não podia participar da lista para a promoção".

Êste critério de decisão veio a ser expressamente adotado pelo Tribunal Federal de Recursos.

Inconformado, vem o recorrente com o presente apêlo extraordinário, procurando apoiá-lo na letra a da casuística constitucional. Os dispositivos da legislação federal violados teriam sido os arts. 20, § 1º do dec.-lei nº 1.290, de 28 de janeiro de 1938, e 52, parágrafo único, do dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939.

Dispõe o primeiro:

"A antiguidade do funcionário na classe para a qual foi transferido, a pedido ou por permuta, será contada da data em que entrar em exercício.

§ 1º Se a transferência ocorrer por conveniência do serviço, e *ex officio*, será levado em conta, na apuração da antiguidade na nova classe, o tempo líquido de efetivo exercício prestado na classe anteriormente ocupada".

E o segundo preceitua:

"A antiguidade de classe, no caso de transferência, a pedido ou por permuta, será contada da data em que o funcionário entrar em exercício na mesma classe.

Parágrafo único. Se a transferência ocorrer *ex officio*, no interêsse da administração, será levado em conta o tempo de efetivo exercício na classe a que pertencia".

Invoca, também, o recorrente uma circular do D.A.S.P., sob n° 229, publicada no "Diário Oficial" de 6 de maio de 1941, que assim determina: "O ocupante de cargo isolado, reajustado ou transferido, *ex officio*, no interêsse da administração, para cargo de carreira, contará, para interstício, o tempo de efetivo exercício no cargo anterior". E assim conclui o recorrente: "Readmitido no cargo de conferente em 2 de fevereiro de 1935, ao ser transferido ou reclassificado no cargo de 2º escriturário, em 5 de fevereiro de 1936, tem direito a que se lhe compute, na classe de segundos escriturários, o tempo de serviço em que permaneceu como conferente, cargo extinto no interêsse da Administração".

A fls. 697, oficiou o Dr. procurador geral da República, opinando no sentido de se não tomar conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): A parte a circular do D.A.S.P., que não é lei federal, nenhuma infringência se pode reconhecer, por parte do acórdão recorrido, contra os decretos-leis invocados pelo recorrente. Readmitido no serviço do Instituto recorrido, no cargo de conferente, e não reintegrado no cargo de 2º escriturário, de que fôra legalmente dispensado em

1931, o recorrente não tem direito algum ao que pretende, em face mesmo dos preceitos legais a que se reporta. Não se deu sua *transferência*, em fevereiro de 1936, para o cargo de 2º escriturário. O que ocorreu foi a extinção do cargo de conferente, e como não fôsse o recorrente, a êsse tempo, funcionário estável, podia ter sido dispensado; mas o Instituto recorrido resolveu aproveita-lo no cargo de 2° escriturário. Negando-lhe o direito de contar, como tempo de antiguidade para a promoção na classe de 2º escriturário, o período em que serviu como conferente, o acórdão recorrido não fêz mais do que atender à legislação aplicável à espécie. É deplorável que um funcionário do merecimento do recorrente não tenha podido ser promovido a êsse título; por não estar ainda incluído entre os dois terços dos mais antigos; mas ilegalidade ou negação de direito é que se não pode reconhecer no caso vertente.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não foi conhecido o recurso, por acôrdo de votos.

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

*

COMPRA E VENDA MERCANTIL – MORA "EX RE" E "EX PERSONA" - INTERPELAÇÃO JUDICIAL

- É necessário estar o devedor em mora "ex re" ou "ex persona", para que possa a parte lesada pleitear indenização.

- Tratando-se de obrigação mercantil sem prazo determinado, torna-se indispensável a interpelação judicial prévia, para que o comprador adquira contra o vendedor o direito à indenização por prejuízos sofridos com o descumprimento da obrigação.

(Omitidos os nomes das partes)

Rec. ext. n° 15.950 (Embs.) - Rel.: MIN AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo embargante.

Supremo Tribunal Federal, 12 de abril de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Adoto, *data venia*, o de fls. 124 (*lê*).

O acórdão embargado negou provimento ao recurso na conformidade do voto do relator, Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, nestes têrmos: (*lê*).

Os recorrentes, vencidos, embargaram, sustentando, como anteriormente, não ser indeterminado o tempo da prestação, por ser o embargado obrigado a embarcar as madeiras vendidas assim que chegassem à estação de seu domicílio os três vagões encomendados e remetidos pelo ora embargante. Verificara-se, assim, a mora *ex re*. Sustenta a seguir estar de há muito abandonada pela jurisprudência a anacrônica exegese do artigo 205 do Cód. Comercial, reservada agora apenas para os casos em que existir momento certo para execução do pactuado.

E renova, ao propósito, citações anteriormente feitas de doutrina e jurisprudência, para afirmar que a citação inicial vale como interpelação.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Desprezo os embargos. Trata-se de negócio mercantil e a interpelação judicial prévia, firmada no art. 205 do Cód. Comercial, é indispensável para que o comprador adquira contra o vendedor o direito à indenização por prejuízos sofridos com o descumprimento da obrigação, principalmente em casos como o presente.

Não havia no contrato tempo certo, determinado para o cumprimento da obrigação. O embarque das madeiras dependia da chegada de certos vagões, segundo o comprador, e da solução de dificuldades que também surgiram, segundo o vendedor. Cêrca de dois anos permaneceu o estado de incerteza a que sòmente podia findar por uma interpelação, em forma regular, que não foi feita. Ao invés disso, ingressou o autor diretamente em juízo com a ação, sem a verificação da *mora solvendi*. Os arestos citados do Supremo Tribunal não decidem coisa diversa, fazendo a distinção clássica entre a mora *ex re* e a mora *ex persona*.

Desprezo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Julgou a 2ª Turma, no acórdão embargado, ser necessário estar o devedor em mora, *ex re* ou *ex persona*, para que possa a parte lesada pelo inadimplemento pedir indenização.

O princípio é inadversável. Os mesmos embargantes o proclamam. Apenas, entendeu falecer, no caso, ensejo de sua aplicação e, em face da prova, sustentam que não era indeterminado o tempo da prestação do devedor. Ao revés, havia data certa, determinada para o adimplemento contratual: a data da chegada dos vagões encomendados.

Mas, no caso, exigia a lei a interpelação por que se considerar-se o devedor em mora (Cód. Comercial, art. 205).

Inexistia, no caso, a mora *ex re*, não só por amor do preceito legal citado, como porque, na falta de dia marcado para o cumprimento da obrigação, não podia prevalecer o *dies interpellat pro homine*.

É certo que, ao propósito do preceito no art. 205 do Cód. Comercial, CARVALHO DE MENDONÇA, o ilustríssimo dos tratadistas brasileiros de direito comercial, ensina que, para pôr em mora o contratante inadimplente, poderosa é a propositura da ação, a mais enérgica das fórmulas de interpelação. Mas, ainda acolhido êsse magistério, faltaria, no caso, a data do vencimento da obrigação, como o demonstrou o venerando acórdão, confirmado (fls. 82), têrmos em que deveprevalecer o acórdão com a rejeição dos embargos.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer os Exmos. Senhores ministros RIBEIRO DA COSTA e HAHNEMANN GUIMARÃES, por se acharem afastados para terem exercício no Tribunal Eleitoral, e o Exmo. Sr. ministro ANÍBAL FREIRE, por ter entrado em gôzo de licença, sendo substituídos, respectivamente; pelos Exmos. Srs. ministros MACEDO LUDOLF, AFRÂNIO COSTA e ARMANDO SAMPAIO COSTA.

*

SOCIEDADE MERCANTIL – LIQUIDAÇÃO - PARTILHA

- Os liquidantes são obrigados, ultimada a liquidação, a proceder imediatamente à divisão e partilha, dos bens sociais.

Verena Haser *versus* Germano Hirsch

Rec. ext. nº 17.036 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 17.036, sendo recorrente Verena Haser e recorrido Germano Hirsch:

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

Supremo Tribunal Federal, 10 de abril de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Rocha Lagoa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: A espécie dos autos assim foi exposta perante o Tribunal de Justiça do Paraná, pelo respectivo relator:

"D. Verena Haser moveu uma ação ordinária para anular o contrato da sociedade "Cercado Limitada", celebrado entre a autora e Germano Hirsch, êste apresentou a sua contrariedade e ofereceu uma reconvenção, no sentido de ser dissolvida a mesma sociedade, com fundamento no art. 336, nº III, do Cód. Comercial. Pela sentença de fls. 204-212, do segundo volume, foi julgada improcedente a ação e procedente a reconvenção, cuja decisão foi confirmada pelo acórdão de fls. 257 (2º volume).

"Interposto recurso extraordinário pela autora, o egrégio Supremo Tribunal Federal, pelo acórdão unânime de fls. 297, não conheceu do recurso.

"A seguir, Germano Hirsch entrou com o pedido de fls. 302 e seguinte, em que requer a nomeação de um liquidante estranho à sociedade, para promover a liquidação da referida sociedade, levantando o balanço, para sacrificar as importâncias recebidas pela sócia-autora, pela renda dos lotes já realizados e por realizar, bem como a verificação dos lotes por vender, com as respectivas avaliações, a fim de serem calculadas as percentagens previstas no contrato, para cada sócio, tudo nos têrmos do art. 657 do Cód. de Processo Civil. A êsse pedido a autora ofereceu a impugnação de fls. 309-313, do 2° volume, sôbre a qual o requerente se pronunciou a fls. 317-318 v. Finalmente, foi deferido o pedido (fls. 319 v.) e nomeado liquidante o advogado Dr. Rubens Requião, que, compromissado, deu início aos trabalhos da liquidação.

"O plano da partilha foi apresentado pelo liquidante acompanhado de um laudo de levantamento da escrita da sociedade e consta de fls. 2 do 3º volume.

"A autora, D. Verena Haser, impugnou o plano apresentado, de fls. 2, alegando: que, de acôrdo com a contestação apresentada por Germano Hirsch, no curso da ação, a sociedade tinha por fim a propaganda, agência e promoção das vendas de lotes de terrenos; que a sentença que julgou improcedente a ação e procedente a reconvenção também decidiu que o objetivo social era justamente a divisão em lotes e agenciamento da venda dos mesmos, bem como a propaganda com o fim de valorizar o imóvel e não a venda do próprio imóvel; que a sociedade se constituiu com capital insuficiente; que Germano Hirsch foi para a Europa, em junho de 1945, lá permanecendo sete meses, ficando alheio aos negócios sociais; que desapareceu a sociedade desde que foi ela extinta ou rescindida, não podendo o exeqüente pedir, em execução, que se observe um contrato rompido e anulado; que, na liquidação, foram abrangidos não só os terrenos vendidos antes da rescisão, como também os vendidos depois dela, e até os não vendidos ou compromissados.

"Pela sentença de fls. 39 e seguintes, foi homologado o plano de partilha apresentado pelo liquidante, excluído dêle o terceiro período, isto é, a percentagem atribuída ao sócio Germano Hirsch pelas vendas ainda não realizadas. A referida decisão atribuiu à sócia D. Verena Raser a importância de Cr$ 494.213,00 e ao sócio Germano Hirsch a quantia de Cr$ 185.345,00.

"O exeqüente apresentou embargos de declaração à sentença, que o Dr. juiz decidiu a fls. 48, declarando que a decisão não excluiu qualquer indenização a que porventura o declarante se julgue com direito e cuja procedência e cabimento só poderão ser apreciados em ação própria.

"Inconformada a executada, D. Verena Haser apelou da decisão proferida, apresentando um longo arrazoado, terminando por pedir a reforma da sentença, no sentido de negar homologação à proposta do liquidante, anular êste processo de liquidação de sociedade comercial. Em complemento às razões, ainda, a apelante apresentou novas razões, em que termina pedindo que seja declarado prescrito o direito que Germano Hirsch pretenda contra a apelante nos têrmos do art. 444 do Código Comercial.

"O apelado contra-razoou o recurso, pugnando pela confirmação da sentença.

"Curitiba, 7 de junho de 1949. - *Antônio Leopoldo dos Santos*, relator".

Aquela côrte judiciária, no acórdão de fls. 424, confirmou a sentença apelada, por seus próprios fundamentos.

Inconformada, manifestou a apelante recurso extraordinário, com fundamento no art. 101, n° III, letra *a*, da Constituição, alegando que aquela decisão violara as expressas disposições dos arts. 134, nº 2, 147, 158, 530, nº 1, 531, 532, 533, 534 e 1.093 do Cód. Civil; 253 do dec. nº 9.857; 4 e segs. do decreto-lei nº 58, de dezembro de 1937; 345, 191, 346, 349 e 350 do Cód. Comercial; 280, 281, 287, 289, 831, 891, 897, 655, 673 e 674 do Cód. de Proc. Civil, e 154 da Constituição federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Nos têrmos do art. 345 do Cód. Comercial, os liquidantes são obrigados, ultimada a liquidação, a proceder imediatamente à divisão e partilha dos *bens sociais*.

Tratando-se, de sociedade que se formou com o objetivo de promover, como corretora, a venda de determinado imóvel, ao todo ou em lotes, impossível seria incluir na partilha do acervo liquidando percentagens de vendas de lotes, não realizadas por intermédio daquela sociedade, máxime após o arquivamento, na Junta Comercial do Paraná, em 1º de outubro de 1942, do distrito social (fls. 314).

Tendo o liquidante, no plano de partilha que veio a ser homologada, incluído percentagens de vendas realizadas após o distrito social, é evidente que partilhou bens não sociais, pelo que a sentença que homologou tal plano, confirmada pelo acórdão recorrido, violou o mencionado art. 345 do Cód. Comercial.

Conheço, assim, do recurso e lhe dou provimento para, reformando o acórdão recorrido, determinar que a partilha fique restrita aos bens sociais.

As demais argüições de violação de dispositivos legais carecem de fundamento.

DECISÃO

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

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.

*

PRESCRIÇÃO - CONDIÇÃO SUSPENSIVA "ACTIO NATA" - RECONHECIMENTO INEQUÍVOCO DO DEVEDOR

- A norma segundo a qual não corre a prescrição na pendência de condição suspensiva é consectária inarredável do princípio da "actio nata". Direito que se subordine à condição suspensiva é direito a que ainda não corresponde ação, cabendo ao seu titular o só exercício de providências acauteladoras da situação.

- É questão deixada ao juiz a verificação da ocorrência do ato inequívoco que importe reconhecimento do direito pelo devedor. É mais questão de fato que de direito.

Horácio Michelletti *versus* Francisco José Michelletti

Rec. ext. nº 17.794 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 17.794, de São Paulo, recorrente Horácio Michelletti, recorrido Francisco José Michelletti:

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Proferiu o Dr. YOUNG DA COSTA MANSO, juiz de Jundiaí, a sentença de fls. 142, *verbis*:

"Vistos, etc.:

"1. Horácio Michelletti propôs esta ação ordinária contra Francisco José Michelletti, Artur Michelletti e o espólio de Fernando Michelletti, com o objetivo de anular as escrituras públicas de compra e venda lavradas pelo 2º tabelião desta comarca, em 19 de janeiro de 1940, no respectivo livro de notas nº 82, fls. 176, 179, 182 e 185, baseado nos seguintes fundamentos:

"*a)* em princípios de 1940, durante a última guerra, os réus, sobrinhos do autor, disseram a êste que, sendo italiano, súdito do país, inimigo, estava na iminência de perder os seus bens, por confisco do govêrno brasileiro;

"*b)* o autor, então homem solteiro e de idade provecta (contava mais de 70 anos), levado a êrro substancial, pelas injunções dos sobrinhos, outorgou as mencionadas escrituras de venda de tôdas as suas propriedades imóveis;

"*c)* mas, embora conste o contrário das escrituras, os réus, que eram os compradores, nada pagaram, e conseqüentemente o autor ficou na miséria;

"*d)* entretanto, os réus prometeram desfazer o negocio, quando findasse a guerra, e a prova disso está nas procurações, que deram ao velho tio, com poderes expressos de administração daqueles imóveis, recebimento de suas rendas e autorização para vendê-los, sem prestação de contas;

"*e)* portanto, as referidas escrituras de compra e venda emanaram de êrro substancial, conseguidas mediante dolo e coação (Cód. Civil, arts. 86, 87, 89, 92, 98 e 99), e assim deverão ser anuladas;

"*f)* além disso, aquelas escrituras de compra e venda constituíram atos simulados (vide o item 10° da inicial), porquanto, comparadas com as procurações que os compradores deram em seguida ao vendedor, êste, na realidade, não vendia, nem aquêles compravam coisa alguma, pois o objetivo do ato era exclusivamente o de resguardar a propriedade do autor, em face de um possível decreto de congelamento ou seqüestro dos bens de súditos inimigos.

"Com êsses argumentos, o autor pede sejam anuladas as escrituras, nos têrmos do art. 158 do Cód. Civil, e condenados os réus nas custas e demais pronunciações de direito, inclusive honorários de advogado.

"Foram citados pessoalmente, ou compareceram, dando-se por citados, não só os réus como também suas mulheres e sucessores: Francisco José Micheletti, Casério Peliciari e sua mulher, Odete Peliciari, Rodolfo Doca e sua mulher, Impéria Doca, Artur Michelletti e sua mulher, Bruna Michelletti,

Artur de Morais e sua mulher Lídia Alves de Morais, Fernando Michelletti Júnior e Maria Dilma Michelletti (e sendo os dois últimos menores, interveio, igualmente, o representante do Ministério Público).

"Eis a contestação, resumida:

"*a)* a ação, que visa anular atos jurídicos, sob alegação de êrro, dolo, simulação e fraude, está prescrita, *ex vi* do art. 178, § 9°, nº V, letra *b*, do Cód. Civil, pois já decorreu o prazo de quatro anos, a contar dos atos impugnados (escrituras públicas lavradas em 19 de janeiro de 1940);

"*b)* se houvesse coação, ela teria cessado no dia seguinte, isto é, em 20 de janeiro de 1940, quando os réus, pelo doc. de fls. 61, se comprometeram a dar o usufruto e todos os direitos sôbre os imóveis alienados ao próprio autor, ou, ainda, em junho de 1940, quando outorgaram procuração em causa própria ao mesmo autor, para que êste administrasse e até vendesse os referidos bens, ou,

na pior hipótese, em 12 de julho de 1945, quando foi publicado o dec.-lei nº 7.723, que liberou integralmente os bens e direitos das pessoas físicas italianas, e assim, também nesse caso de coação, a ação está prescrita nos têrmos do art. 178, § 9º, nº V, letra *a*, do Código Civil;

"*c)* no caso de simulação, se houvesse, o autor estaria impedido de invoca-la, porque ninguém pode tirar vantagem do próprio dolo;

"*d)* finalmente, quanto ao mérito, negam os réus a existência dos vícios apontados.

"Feito êsse relatório, passo a decidir, desde logo, as questões preliminares, que repelem o julgamento da causa em seu merecimento.

"2. No princípio da última guerra, o autor, italiano, vendeu suas propriedades aos sobrinhos brasileiros: e o fêz porque, segundo afirma, êstes o convenceram de que o govêrno iria confiscar os bens de súditos inimigos.

"Mas, acrescenta, era mentira, astúcia, plano preconcebido dos sobrinhos para tomar as propriedades do velho tio.

"Baseado nesse fato, quer o autor anular as vendas, alegando que houve coação, êrro, dolo e simulação.

"Observo, inicialmente, que, a meu ver, os fundamentos do pedido são contraditórios: a simulação exclui o êrro e a coação; e o êrro, por sua vez, exclui a coação.

"Contudo, de qualquer forma, se o motivo que o levou a vender suas propriedades foi o temor de um decreto, não poderá falar agora em coação praticada pelos sobrinhos, porque êstes, não sendo legisladores nem govêrno, jamais teriam elementos para incutir fundado temor ao paciente, com a simples ameaça de promulgação de lei...

"O fato narrado pelo autor, portanto, não caracteriza a coação.

"Haveria, quando muito, o dolo, consistente no artifício malicioso empregado para enganar o autor, induzindo-o a vender suas propriedades por êrro (falsa idéia da situação).

"Mas, para anular o ato jurídico viciado pelo êrro ou por dolo, a ação do interessado prescreve em quatro anos, a contar do dia em que se realizou o ato (Cód. Civil, artigo 178, § 9°, nº V, letra *b*).

"Ora, na hipótese, os atos, que o autor pretende anular, foram praticados em 19 de janeiro de 1940 (vide as certidões de fls. 10, 12, 14 e 16).

"Logo, quando ingressou com esta ação em juízo, aos 16 de agôsto de 1949, já se consumara a prescrição.

"Doutro lado, se aquelas escrituras constituíram atos simulados, visando excluir as propriedades do autor de um possível confisco, em virtude das leis de guerra, não pode o autor invocar o vício contra os seus comparsas; só o govêrno nacional, em caso de confisco dos bens de súditos inimigos, poderia invocar a simulação (Cód. Civil, arts. 104 e 105).

"Noto, ainda, que as considerações do autor, produzidas na resposta de fls. 69, sôbre a aplicação do prazo de prescrição ordinária, não podem ser acolhidas: o artigo 177 do Cód. Civil é aplicado, sòmente, por fôrça do art. 179, quando o prazo da prescrição não foi expresso (e, na hipótese, o prazo está marcado no art. 178, § 9º, nº V).

"3. Em face do exposto, julgo que o autor não tem direito à ação proposta, e assim o condeno nas custas e honorários de advogado (10% sôbre o valor da causa):

"*a)* porque a ação está prescrita;

"*b)* porque, no tocante à simulação, se não estivesse prescrita, a ação não poderia ser proposta contra os comparsas no ato simulado.

"E os honorários de advogado são devidos porque houve culpa na propositura de ação manifestamente prescrita.

"P. e I.

"Jundiaí, 1º de dezembro de 1949. - *Young da Costa Manso*".

E o ilustre Tribunal de São Paulo, em grau de agravo, confirmou a sentença, por seus próprios fundamentos, excluídos apenas os honorários, como se vê do acórdão de fls. 190, *verbis*:

"Deram provimento parcial.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 48.127, de Jundiaí, em que é agravante Horácio Michelletti e agravados Artur Michelletti e outros:

"Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls. 142 e 144 como parte integrante, dar, por unanimidade de votos, provimento parcial ao recurso apenas para excluir da condenação a verba destinada a honorários de advogado.

"A ação está realmente prescrita, como precedentemente o demonstrou a bem lançada sentença, cujos fundamentos ficam adotados, por estarem de acôrdo com o direito e provas.

"Os honorários foram excluídos porque na espécie não se justificava essa condenação, por não se tratar de lide temerária, nem ocorrer a hipótese do art. 64 do Código de Processo.

"Custas na forma da lei.

"São Paulo, 13 de junho de 1950. - *J. M. Gonzaga*, presidente, como voto; *Fernandes Martins*, relator".

Não se resignou Horácio Michelletti e opôs ao venerando aresto recurso extraordinário, nos têrmos de fls. 192, *verbis*:

"Horácio Michelletti, solteiro, italiano, residente em Jundiaí, dêste Estado, à rua Olavo Guimarães nº 151, pelo advogado que esta subscreve, - inscrição nº 1.882 - nos autos de agravo de petição número 48.127, de Jundiaí, em que contende com Artur Michelletti e outros, não se conformando, *data venia*, com a decisão proferida no venerando acórdão da egrégia 2ª Câmera Cível dêste Tribunal (fls. 191 v.), que, em síntese, confirmou a respeitável decisão de primeira instância, ou seja, do ilustrado juiz de direito da comarca de Jundiaí, quer, com fundamento no art. 863 do Cód. de Processo, combinadamente com o art. 101, nº III, letras *a* e *d*, da Constituição federal de 1946, interpor, como de fato interposto tem recurso extraordinário para o egrégio Supremo Tribunal Federal, requerendo assim se digne o brilhante desembargador presidente, analisando a hipótese, admiti-lo, determinando o seu processado, em face dos fatos e do direito autorizando tal medida legal.

"1º) Propôs o ora recorrente, contra os recorridos, uma ação ordinária para anular determinadas transações de imóveis que possuía na comarca de Jundiaí.

"Fundamentou o pedido nos dispositivos dos arts. 145, nº II, 147, nº II, combinadamente com os arts. 82, 86, 89 e 90, todos do Cód. Civil brasileiro, lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Defendendo-se, alegaram os recorridos que, em face do que dispõe o art. 178, § 9º, nº V, do mesmo Cód. Civil, prescrita está a ação, pelo decurso do prazo cogitado neste artigo que invocaram.

"O ilustre juiz de direito da comarca, na respeitável sentença de fls. 142, acolheu semelhante argumentação e, em conseqüência, julgou *prescrita a ação*.

"O venerando acórdão recorrido (fls. 191), por sua vez, mantendo a sentença de primeira instância, negou provimento ao recurso do ora recorrente, visto estar aquela decisão "de acôrdo com o direito e provas".

"2º) *Data venia*, nos têrmos em que se encontram, a decisão de primeira instância e o venerando acórdão, que para a mesma se transportaram, contrariados foram dispositivos expressos da lei federal, o Código Civil.

"Pelo que dispõe o art. 172, nº IV, do Cód. Civil;

"A prescrição interrompe-se:

".....

"Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor".

"É ainda preceito expresso do mesmo Cód. Civil, em seu art. 170, que:

"Não corre igualmente (a prescrição).

"I. Pendendo condição suspensiva".

"Todos nós sabemos que; por ato inequívoco, não só a jurisprudência, como os tratadistas, apontam o simples documento emanado da outra parte, ou como doutrina POTHIER: "Por qualquer ato em que seja reconhecido o direito, seja êste ato passado com a anuência ou não da outra parte".

"Dos autos, a fls. 61, encontramos o documento emanado dos próprios recorridos, cujos têrmos inequívocos não admitem qualquer dúvida a respeito. Diz o aludido escrito: "... comprometem-se a, sob a honra de suas assinaturas, deixarem o usufruto e *todos os direitos* sôbre os referidos imóveis continuem (*sic*) pertencendo ao seu tio Horácio Michelletti, assim como todos os impostos e demais despesas".

"Por outro lado, se não bastasse a plenitude desta declaração expressa de reconhecimento do direito do ora recorrente, encontramos nas procurações de fls. 18 a seguinte referência:

"O outorgado-procurador não fica obrigado a prestar contas a êles outorgantes, não podendo, porém, transmitir, por qualquer forma, aquêles imóveis, sem primeiro indenizar êles outorgantes, relativamente ao primeiro imóvel, da quantia de 2:078$200, acrescida dos juros de 10% ao ano, a contar de 19 de janeiro do corrente ano, e relativamente ao segundo imóvel, da quantia de 371$500, acrescida dos juros de 10% ao ano, a partir também de 19 de janeiro do ano fluente".

"Iguais referências encontramos na procuração de fls. 19, ambas outorgadas pelos recorridos ao ora recorrente.

"Estabeleceu mais, e de suma gravidade, o mandato de fls. 18, ou seja:

"*Se o outorgante falecer sem haver transmitido os mencionados imóveis, a presente procuração será desde logo considerada de nenhum efeito*".

"Analisadas as hipóteses documentalmente provadas, oriundas de notas públicas e de reconhecimento expresso dos recorridos em favor do recorrente, verificamos que; a prescrição que porventura pudesse ser invocada estaria *interrompida* pelo documento de fls. 61, bem como *suspensa*, pela existência de condição suspensiva, retratada, não só pelos dizeres do mencionado documento, como pelo referido nas procurações, que indubitàvelmente completaram aquêle aludido documento de fls. 61.

"3°) Olvidados foram, pois, na decisão recorrida, que se transportara para a sentença de 1ª instância a aplicação de textos legais precisos e indiscutíveis, como sejam os dos arts. 170, nº I, e 172, nº V, todos do Cód. Civil brasileiro. Há a acrescentar, ainda, que não só a respeitável sentença, como o venerando acórdão, silenciam acêrca da aplicabilidade ou não dêstes incisos, devidamente invocados nas razões do recurso.

"Deixando de analisar a questão sob êste prisma, inquestionàvelmente o direito do recorrente ficou menosprezado, de vez que, e precisamente em tais peças documentais, arquitetara-se o direito indisputável de ver reconhecido o que pleiteou na inicial.

"As decisões, desta forma, silenciando a respeito, quanto à *interrupção* e *impedimento* do curso da prescrição, pela existência de ato inequívoco demonstrado nos autos e admitido pela lei civil, como pela demonstração da condição suspensiva reconhecida pelo art. 114 do Cód. Civil, que envolve não só o documento de fls. 61 como as procurações de fls. 18 e 19, estão calcadas de forma contrária aos princípios da lei federal nº 3.071, de 1° de janeiro de 1916 (Cód. Civil), como também de maneira diversa a interpretação dada não só pelo nosso Tribunal de Justiça, como pelo próprio Suprema Tribunal Federal.

"Assim verificamos, na "Rev. de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", vol. 27, 1945, pág. 110; "REVISTA FORENSE", vol. CXXI, 1949, págs. 116 e 128: "Revista dos Tribunais", vol. 84, pág. 353, e vol. 106, pág. 286, decisões aceitando o nosso ponto de vista, sob os mais variados prismas que se pretenda encarar a questão, até àquele que doutrinava TROPLONG ("Commentaire sur la Prescription", Bruxelas, 1843, nº 700, pág. 382): *"L'impossibilité d'agir provient de plusieurs origines diverses; ou d'une incapacité personnelle, telle que la minarité ou de la force majeure que paralise la faculté d'agir, ou d'une obstacule conventionnel; ou d'une défaut d'intérêt actuel, comme par exemple lorsque le droit en vertu duquel on pourrait agir n'est nas encore né"*.

"4º) Ante, pois, os olhos de V. Exª, tendo em atenção os elementos dos autos, desenha-se perfeitamente cabível na espécie a admissão do presente recurso extraordinário ora pretendido pelo suplicante, que com a serenidade de sempre aguarda a manifestação do ilustrado desembargador presidente, no sentido de deferir o recurso e assim ordenando o respectivo processado.

"Nestes têrmos,

"E. Deferimento.

"São Paulo, 8 de agôsto de 1950. - pp. *Roberto Dente*".

Razões a fls. e fls. (*ler*).

Falou, por derradeiro, pela Procuradoria Geral da República, e com a concordância do eminente chefe do Ministério Público, Dr. PLÍNIO TRAVASSOS, o procurador Dr. CORREIA PINA. Lê-se no parecer de fls. 222:

"Confirmando unânimemente, em parte, o despacho saneador de fls. 142-145, o venerando acórdão recorrido julgou prescrita a ação ajuizada, *ex vi* do art. 178, § 9º, V, *b*, do Cód. Civil, dispositivo segundo o qual prescreve em quatro anos a ação de anular ou rescindir os contratos eivada de êrro, dolo, simulação ou fraude (fls. 190 e verso).

"Entendeu o ilustre Tribunal de Justiça que os documentos de fls. 18, 19 e 61 não constituíam atos inequívocos com fôrça interruptiva da prescrição, nem expressavam uma condição suspensiva, que teria impedido o curso do prazo prescricional (Código Civil, arts. 170, I, e 172, V).

"Em assim decidindo, o venerando acórdão recorrido não contrariou, máxime em sua letra, os citados dispositivos legais, como pretende o recorrente, pelo que *incabível* é o apêlo extraordinário, quanto ao fundamento da alínea *a* do preceito constitucional.

"Não o justifica também o alegado dissídio da jurisprudência, quê constitui o fundamento da alínea *d*, por isso que não demonstrou o recorrente, como lhe cumpria, que houvessem apreciado hipóteses idênticas à dêstes autos as decisões das quais, segundo alega, teria divergido o venerando acórdão recorrido.

"*Ex positis*, opino, *preliminarmente*, pelo não conhecimento do recurso.

"Distrito Federal, 30 de outubro de 1951. - *Oscar Correia Pina*, procurador da República.

"De acôrdo. - *Plínio de Freitas Travassos*".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Malogrou o pedido que os autos versam pelo reconhecimento da prescrição da ação.

O caso seria, observou o MM. juiz na sentença de fls., quando muito, de dolo, da emprêgo de máquinas e artifícios maliciosos para enganar o autor induzindo-o a vender suas propriedades por êrro (falsa idéia da situação).

Para anular o ato jurídico viciado pelo êrro ou por dolo, a ação do interessado prescreve em quatro anos a contar do dia em que se realizou o ato (Cód. Civil, art. 178, § 9º, nº V, letra *b*).

Fortalecida nessas considerações foi que a Justiça paulista acabou pela prescrição da ação.

Entretanto, na versão do recorrente, a decisão de que se trata vulnerou o princípio do art. 172, nº V, do Cód. Civil brasileiro, pelo qual a prescrição se interrompe por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importa reconhecimento do direito pelo devedor.

Malferiu, ainda, o art. 170, nº I, do Código Civil, pôsto guardasse silêncio ao propósito das alegações ligadas aos dispositivos citados.

Ademais disso, o venerando aresto voga ao arrepio dos acórdãos citados a fls. 208.

Mas, as citas do recorrente não demonstram a ocorrência de identidade ou por semelhança de hipóteses, a têrmos de caracterizar o caso previsto na letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

As referências do recorrente mostram-se de manifesto insuficiente para tornar patente a semelhança aludida.

Trata-se de simples alusões genéricas em que não se realçam lances dos arestos que argúam a discórdia, alegada mas não provada.

Resta verificar se o aresto vulnerou os preceitos citados.

Por fôrça do art. 170, nº I, do Cód. Civil não corre a prescrição pendendo condição suspensiva.

Trata-se de consectário inarredável do princípio da *actio nata*. Direito que se subordine a uma condição suspensiva é direito a que ainda não corresponde ação, cabendo ao seu titular o só exercício de providências acauteladoras da situação.

Dispõe o art. 118 do Cód. Civil:

"Subordinando-se a eficácia do ato a condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que êle visa".

Invocando êsse preceito, observa CARPENTER que se trata, no art, 170, nº I, citado, de causa que impede se assinale o início mesmo da prescrição, e conclui:

"Portanto, aqui não há início do curso de prescrição, porque não há ação nascida e, pois, não havendo ação nascida, também não há prescrição nascida ou começada" (*in* "Manual Lacerda", vol. IV, pág. 271).

Como quer que seja, certo é não haver o venerando aresto feito rosto a êsse preceito.

Apenas, implìcitamente, deixou de reconhecer a ocorrência, no caso de *condição suspensiva*, do antessuposto da aplicabilidade do art. 170, nº I, isto é, do impedimento, no caso, do curso da prescrição e que derivaria dos dizeres do documento de fls. 61 e do referido nas procurações de fls.

Com o deixar em oblívio êsse argumento, o que valeu por sua virtual rejeição, não vulnerou o aresto o art. 170, nº I, do Cód. Civil, uma vez que não reconheceu a ocorrência, no caso, de condição suspensiva.

Desmerece, por igual, acolheita a alegação de ofensa do art. 172, nº V, do mesmo Cód. Civil, em virtude do qual a prescrição se interrompe por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Replicam os recorridos que, pôsto se atribuísse ao documento de fls. 61 virtude interruptiva da prescrição, data êle de 20 do janeiro de 1940.

Interrompida a prescrição, começa a fluir novo prazo, inteiramente desprêso do antigo, que se inutiliza.

Ora, a ação foi proposta em 1949 e o prazo de prescrição era de quatro anos, nos têrmos do art. 178, § 9°, nº V, letra *b*, do Cód. Civil.

De resto, a verificação da ocorrência de ato inequívoco que importe reconhecimento expresso ou tácito do direito pelo credor é questão deixada, em princípio, à Justiça local.

"I giudici, a questo proposito" – dizem BAUDRY e TISSIER - *"hanno un potere sovrano di apprezamento"* ("Della Prescrizione", ed. Vallardi, nº 530).

Invoque-se, ainda, a lição de GUILLOUARD:

"La question de savoir si un acte renferme une reconnaissance expresse du débiteur ou du détenteur, ou si un fait émané de lui implique une reconnaissance tacite est parfois très délicate: mais son examen, dans les deux cas, appartient souverainement au juge du fait, puisqu'il sagit d'une appréciation d'actes ou de faits pour lesquels la Cour de cassation, juge du droit, n'a aucune mission" ("Traité de la Prescription", vol. I, nº 257, pág. 236).

Trata-se, sobretudo, como dilucida GIORGI, de "*una questione* de bono et equo..., *una questione più di fatto che giuridica, posta nel pieno dominio del magistrato di merito"* ("Obblig.", vol. VIII, nº 276, pág. 437).

Não conheço, preliminarmente, do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, conheço do recurso para lhe negar provimento.

DECISÃO

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

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

*

TRANSPORTE MARÍTIMO - CLÁUSULA DE COMPETÊNCIA DE FÔRO

- O segurador sub-rogado nos direitos do embargador fica adstrito à cláusula de competência de fôro eleita por êste e o transportador.

Cia. Comércio e Navegação *versus* Pôrto Seguro, Cia. de Seguros Gerais

Rec. ext. nº 18.538 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.538, de São Paulo, em que é recorrente a Companhia Comércio e Navegação e recorrida Pôrto Seguro, Companhia de Seguros Gerais:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, por unanimidade de votos.

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 19 de abril de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Barros Barreto*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Promovida no juízo da 3ª Vara da comarca de Santos, pela Pôrto Seguro, Cia. de Seguros Gerais, ação ordinária de ressarcimento para receber da Cia. Comércio e Navegação certas importâncias correspondentes às somas que pagou, ficando sub-rogada nos direitos dos segurados, a ré surgiu com exceção declinatória do fôro, repelida pela sentença certificada a fls. 11, *verbis*.

"Vistos, etc.:

"Êste Juízo já tem opinião formada, e conhecida, a respeito do conteúdo e dos conseqüentes efeitos da cláusula 25ª dos conhecimentos emitidos pela excipiente, Companhia de Comércio e Navegação, com fundamento na qual pretende que o fôro competente para conhecer e julgar do litígio, que faz o objeto desta ação, seja o do Distrito Federal. Assim é que, examinando hipóteses semelhantes à dos autos, teve o ensejo de concluir, em decisão confirmada pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça dêste Estado, e que se acha publicada na "Rev. dos Tribunais", vol. 185, pág. 340, que, não obstante entender que o "fôro do contrato" subsiste entre nós, malgrado a omissão a respeito, verificada no Cód. de Proc. Civil, como tal não poderia ser havido o do Distrito Federal, a que se refere a cláusula 25ª dos conhecimentos da excipiente, por ser esta uma cláusula imposta à outra parte contratante, em contravenção ao princípio de que o "fôro do contrato" assenta na liberdade contratual. Além disto, mesmo que se admitisse a possibilidade do seu unilateral estabelecimento pela excipiente, nenhum valor teria em relação à exceta, em virtude, de ser, esta, terceiro, pois o "fôro do contrato" só vale entre as partes contratantes. Por outro lado, aceitando-se, para argumentar; que fôsse ela oponível à exceta, então seria de se acolher a alegação desta, de que, tratando-se de uma cláusula ambígua, da qual não se sabe se se destina a regular o transporte internacional ou o nacional, mais parecendo que o primeiro, a sua interpretação deveria correr contra o estipulante que faltou à obrigação de ser claro. Não vejo por que modificar êsse modo de ver a questão, motivo pelo qual julgo improcedente a exceção, mandando que se prossiga no processamento da ação, como de direito.

"Custas pela excipiente.

"Santos, 26 de agôsto de 1950. - O juiz substituto, *Romeu Coltro*".

Agravou-se de instrumento a excipiente, sendo sustentada a decisão (fls. 23).

Não teve provimento o agravo, pelo acórdão de fls. 27, confirmatório daquele julgado, por seus fundamentos. Daí a interposição de recurso extraordinário, amparado pelo art. 101, III, alínea *d*, do Estatuto Político de 1946.

Sòmente a recorrente arrazoou a fôlhas 32.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Funda-se o apêlo na divergência jurisprudencial acêrca da obrigatoriedade da cláusula inserta no conhecimento de transporte marítimo, elegendo o fôro do Distrito Federal para as questões derivadas de tala contratos.

São indicados, entre outros, os arestos do Supremo Tribunal Federal, nos recursos extraordinários ns. 10.327, 11.947 e 12.477, publicados, respectivamente, na "REVISTA FORENSE", vol. 116, pág. 108, e no "Diário da Justiça" de 12 de agôsto de 1949, página 2.134, e de 12 de novembro de 1949, página 3.841.

Trata-se, no caso, de cláusula de competência, perfeitamente válida, em favor do credor originário e a que fica adstrita a parte sub-rogada nos direitos eventuais do embarcador segurado.

Não havia, pois, como deixar de ser respeitada dita cláusula, contida no contrato de adesão, sem a ambigüidade alegada, e à qual estavam vinculadas as partes interessadas.

Daí a procedência da *declinatoria fori* oposta pela recorrente e a competência, para a lide, do fôro da capital da República.

E, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento, no mérito.

DECISÃO

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

Impedido o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

Deixaram de comparecer, por se achar afastado para ter exercício no Tribunal Eleitoras o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA e, por se achar em gôzo

de licença, o Exmo. Sr. ministro ANÍBAL FREIRE, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros MACEDO LUDOLF e SAMPAIO COSTA.

*

CESSÃO - EXECUÇÃO – DESISTÊNCIA

- Uma vez que a cessão se operou, o interêsse da execução toca ao cessionário, único, então, que vàlidamente dela pode desistir.

Esperidião Alves Filho e sua mulher *versus* Judite Mendes de Andrade

Rec. ext. nº 14.073 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 14.073, da Bahia, recorrentes Esperidião Alves Filho e sua mulher, recorrida Judite Mendes de Andrade:

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, 27 de novembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Proferiu o ilustre Tribunal da Bahia o aresto de fls. 259 v., *verbis*:

"Ao de fls. 222 v. *usque* 225, que adoto, acrescento que, havendo o apelado, ora embargante, pedido a juntada aos autos do documento de fls. 227, sôbre êle

foi ouvida a apelante, ora embargada (fls. 229-232). Pronunciou-se, também, acêrca do mesmo documento, o Exmo. Sr. Dr. procurador geral do Estado que, com o seu parecer de fls. 235, modificou as conclusões do anterior, de fls. 217-218, examinando, como diz, melhor o caso. Em seguida, com o venerando acórdão de fls. 237-238 v., deu-se provimento à apelação interposta pela ora embargada, por dois votos, contra o vencido, do Exmo. Sr. desembargador PERCILO BENJAMIM, no sentido de reformar-se a sentença de primeira instância, homologatória de uma desistência da presente execução de sentença, em que se acordaram os embargantes e a viúva, genros e filhos de Paulino Fernandes dos Santos Silva. Inconformados, embargaram o acórdão Espiridião Alves Filho e sua mulher (fôlhas 247-250). A embargada, D. Judite Mendes de Andrade, por si e por seus filhos menores, contestou os embargos (fls. 254-257 v.). Na qualidade de relator sorteado, houve por bem mandar ouvir, sôbre os embargos, o Exmo. Sr. Dr. procurador geral do Estado, que emitiu o seu parecer de fls. 258 v. Vistos os presentes autos, mando-os ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

"Salvador, 18 de março de 1948. - *Adalício Nogueira*".

Irresignado a essa resolução, opôs-lhe Espiridião Alves Filho recurso extraordinário, pedindo-o nestes têrmos:

"Espiridião Alves Filho e sua espôsa, por seu advogado *infra* firmado, vêm, *data venia*, interpor recurso extraordinário da decisão dêste Tribunal nos embargos cíveis de Itambé nº 2.370, entre partes, embargantes os requerentes, embargada D. Judite Mendes de Andrade.

"O recurso tem seu fundamento na letra *a*, nº III, art. 101, da Constituição federal, conforme vai adiante exposto:

"Os requerentes foram réus numa ação de reintegração de posse que lhes moveu D. Isabel Fernandes dos Santos Silva, como inventariante do espólio de Paulino Fernandes dos Santos Silva.

"Esta ação, iniciada em 4 de julho de 1942, teve seu desfecho em dezembro de 1944, por decisão dêste Tribunal, que, em apelação, confirmou a sentença de primeira instância e condenatória dos requerentes.

"Procedendo à execução, munida da carta de sentença, porquanto os requerentes interpuseram recurso extraordinário, a referida D. Isabel fêz prossegui-la até quase final.

"A certa altura, porém, os requerentes promoveram um acôrdo com a então exeqüente D. Isabel Fernandes dos Santos Silva, acôrdo êste que foi homologado por sentença do juiz de Itambé.

"Antes, contudo, a recorrida dá entrada em juízo, e na execução, a uma petição dizendo que, sendo seu falecido marido, Esmeraldo Pinheiro de Andrade, cessionário da viúva D. Isabel Fernandes dos Santos Silva e de todos os herdeiros do espólio de Paulino Fernandes dos Santos Silva, pedia o prosseguimento da execução.

"Esta petição, com o documento que a instruiu, certidão da transcrição da escritura da cessão, não teve despacho, e os requerentes jamais dela tiveram conhecimento.

"É preciso ressaltar que as pretendidas cessões de meação e herança se teriam realizado por escritura de 20 de fevereiro de 1938 e transcrita a 8 de março de 1938.

"Homologado o acôrdo acima referido, a recorrida D. Judite Mendes de Andrade apela da sentença, sob fundamento de que, não tendo D. Isabel Fernandes dos Santos Silva e seus filhos qualquer interêsse na ação, porquanto cederam sua meação e herança, respectivamente, não podiam sob nenhum pretexto ter realizado o acôrdo que acabara de ser homologado.

"Êste Tribunal, na apelação, contra um voto, reformou a sentença para mandar que o juiz se pronunciasse sôbre a petição de habilitação de fls., decisão esta que, nos embargos, foi mantida contra três votos.

"Tal o histórico.

"É evidente, com a simples exposição dos fatos, a procedência do recurso.

"Em verdade.

"A decisão recorrida investe contra o art. 2º do Cód. de Proc. Civil, por isso que admitiu postulasse em juízo quem não tinha mais interesse econômico ou moral no feito.

"É o que passam os requerentes a demonstrar:

"Se é verdade que, desde 1938, D. Isabel Fernandes dos Santos Silva e seus filhos cederam sua meação e direitos sucessórios ao falecido Esmeraldo Pinheiro de Andrade, não mais tinha ela qualidade para seguir na inventariança do espólio e em nome dêste propor ação em 1942.

"Se o fêz, ela é nula, irremediàvelmente, desde seu início.

"Entretanto, a decisão recorrida não deu pela nulidade, e, pois, vai contra o dispositivo legal acima citado.

"Alega-se, é bem verdade, que um pedido de destituição da inventariante foi feito, mas ficou sem despacho.

"Mas êsse pedido de destituição é de 20 de julho de 1945, conforme se vê nos autos em apenso, isto é, posterior três anos ao início da ação e um ano após o comêço da execução. Mas, não fica nisto.

"Se cessão tivesse havido no curso da ação, na forma do art. 750 do Cód. de Processo Civil, os cessionários deviam: 1°) provar que todos os cedentes estavam habilitados no inventário de Paulino Fernandes dos Santos Silva; 2º) fazer citar os requerentes, com quem contendiam na ação e, posteriormente, na execução.

"Nada disso foi feito.

"Não obstante, a decisão da recorrida, *data venia*, reconhecendo de plano a validade da cessão, sem obedecer àqueles mandamentos da lei, pois a tanto vale sua conclusão: mandar que o juiz da primeira instância, conhecesse da petição da recorrida que pediu o prosseguimento da execução.

"Os requerentes, expondo sumàriamente o cabimento do recurso, com maior amplitude farão a justificação dêle quando apresentarem suas razões.

"Pedem que, estando a interposição dentro do prazo, pois a decisão recorrida foi publicada no "Diário da Justiça" de 11 de agôsto corrente, digne-se V. Exª de admitir seu recurso e mandar processá-lo como de lei.

"P. J. e deferimento.

"Salvador, 18 de agôsto de 1948. - *Inácio Antônio Fernandes*".

Razões a fls. e fls. (*ler*).

Disse, por fim, o eminente procurador geral, Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

"Decidiu o venerando acórdão de fôlhas 259 v.-264, confirmando, em embargos, por maioria de votos, o julgado de fls. 237-246, que a viúva e os herdeiros de Paulino Fernandes dos Santos Silva não tinham qualidade legítima, pela carência de direito, para desistir da execução de sentença, movida aos recorrentes, por isso que, anteriormente, haviam cedido a Esmeraldo Pinheiro de Andrade, hoje representado pelos recorridos, sua viúva meeira e filhos menores, todos os seus direitos à meação e à herança do *de cujus*.

"Em assim decidindo, o venerando acórdão recorrido não contrariou, máxime em sua letra, os arts. 2º e 750 do Cód. de Proc. Civil, como pretendem os recorrentes. (fls. 265-268 e 271-273).

"Sendo, pois, incabível o apêlo extraordinário, manifestado em tempo oportuno, opino, preliminarmente, pelo seu não conhecimento.

"Distrito Federal, 7 de novembro de 1951. - *Oscar Correia Pina*, procurador da República.

"De acôrdo. - *Plínio Travassos*".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Lê-se no venerando acórdão de fls. 259 v. que "a viúva e os herdeiros de Paulino Fernandes dos Santos Silva não podiam desistir da execução de sentença objetivada nestes autos, de vez que nenhum direito já lhes assiste ao espólio respectivo, tendo-o cedido, como o cederam, a Esmeraldo Pinheiro de Andrade, hoje representado pela sua viúva, D. Judite Mendes de Andrade, e seus filhos menores".

Em face dêsse fundamento, conclui o parecer da Procuradoria Geral da República não haver o venerando aresto contrariado, máxime em sua letra, os arts. 2º e 750 do Cód. de Proc. Civil, como pretendem os recorrentes.

O art. 2º citado é certo que, acolhido o pressuposto aludido, não foi nem podia ser trateado pelo venerando aresto.

É que, então, faleceria aos recorrentes legítimo interêsse para reclamar a prestação jurisdicional que lhes foi negada, ou, para atender à lição de PONTES DE MIRANDA, esforçada em razões mui persuasivas (vêde "Comentários ao Código de Processo Civil", I, III), faleceria aos recorrentes *interêsse*, sem que inexiste a ação.

As objeções que se armam ao aresto miram a desfazer conceito de fato, cuja aceitação, aliás, ainda que implicassem êrro, não atingiria a tese do art. 2º do Cód. de Processo Civil.

Está no acórdão que, não obstante a cessão a Esmeraldo, continuou a viúva de Paulino na inventariança e foi o espólio de Paulino o autor vitorioso da ação possessória contra Esperidião.

Uma vez, entretanto, que a cessão se operou, o interêsse da execução cabe aos cessionários, únicos que podem, vàlidamente, dela desistir.

Cita-se, em prol dos recorrentes, o artigo 750 do Cód. de Proc. Civil, *verbis*:

"O cessionário ou sub-rogado poderá, sem habilitação, prosseguir na causa, juntando aos autos o título de cessão ou sub-rogação e provocando a citação da parte adversa".

A cita não altera os têrmos da controvérsia.

O art. 750 dispensa a habilitação e o cessionário apresentou-se no feito, produziu prova da cessão de *todos* os interessados (fôlhas 153 e segs.), podendo assim opor-se à desistência apresentada pelos cedentes.

Não ocorrendo vulneração de letra de lei, deixo, preliminarmente, de conhecer do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, 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 em gôzo de férias, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

ANOTOCISMO – JUROS DE JUROS

- A proibição da contagem de juros ou anatocismo é, no direito brasileiro, "ius cogens". A convenção dos particulares é impotente para afastá-la.

Banco do Brasil, S. A. *versus* Itagiba Lourenço de Lima

Rec. ext. nº 19.533 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.533, do Distrito Federal, recorrente Banco do Brasil, S. A., recorrido Itagiba Lourenço de Lima:

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.

Supremo Tribunal Federal, 6 de novembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Trata-se de recurso extraordinário suscitado contra o acórdão de fls. do egrégio Tribunal Federal de Recursos.

A espécie foi relatada, nestes têrmos, pelo Exmo. Sr. ministro MOURÃO RÚSSEL:

"Perante o Dr. juiz de direito da comarca de Patos de Minas, no Estado de Minas Gerais, Itagiba Lourenço de Lima requereu e obteve os benefícios da lei nº 209, de 1948.

"Por sentença de fls. 115 v. a 116, foi julgado procedente o pedido, assim fundamentando a decisão o ilustre Dr. juiz *a quo*:

"Demonstrada está a qualidade de pecuarista do requerente face ao contrato pignoratício de fls. e, havendo sido apresentado seus imóveis em valor superior a 30% do total das dívidas, desaparecem de "todo as impugnações formuladas pelo Banco do Brasil.

"Efetivamente, como salienta o pecuarista às fls. 110 (item IV), os débitos habilitados alcançaram o total de Cr$ 209.295,60, e, assim, para que obtenha êle a medida visada, isto é, 30% a mais, basta que o global dos imóveis atinja Cr$ 272.084,28.

"Ora, o laudo de fls. 29 v. e fls. 95 (aceito pelo desempatador) acusa um total de Cr$ 280.972,50.

"Isto pôsto:

"Julgo procedente o pedido para conceder a Itagiba Lourenço de Lima os favores da lei nº 209, de 2 de também de 1948, combinado com a lei nº 457, de 29 de outubro de 1948, na forma do parág. único do artigo 1º da referida lei, podendo pagar as suas dívidas, desde que especialize bens em garantia total, abrangendo os relacionados nos laudos acolhidos, dentro de 12 anos, em prestações iguais, a partir de 31 de janeiro de 1949, ao juro da tabela Price, ficando, em conseqüência, liberado o rebanho.

"Classifico como credores:

"*a)* o Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais, S. A., pelo empréstimo de Cr$ 15.000,00 e juros contratuais até 4 de maio de 1948, e, para a frente, sob a taxa de 8%; *b)* o Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S. A., pelo capital de Cr$ 10.000,00 e juros de 12% até 4 de maio de 1948, e, para diante, sob os juros de 8%; finalmente, *c)* o Banco do Brasil, S. A., pelo empréstimo de Cr$ 150.000,00 e mais os juros de 7% até 4 de maio de 1948, e, daí para a frente, sob a taxa de 6%, fazendo-se a amortização de Cr$ 15.000,00" (fls. 21, item 5º).

"Inconformado, agravou o Banco do Brasil, S. A., alegando que a decisão lhe restringiu o crédito declarado, com alteração substancial do contrato pignoratício a que, voluntàriamente, se vinculou o devedor, e que tal decisão negou-lhe as despesas, a comissão de fiscalização e a capitalização dos juros. Desenvolve o agravante, longamente, em sua minuta argumentos em prol de seu ponto de vista, pretendendo que seja provido o agravo para que se lhe mande pagar o crédito, em sua totalidade, tal qual foi êle declarado.

"Contraminutando o agravo, levanta a agravada a preliminar de que não se deve tomar conhecimento do recurso interposto por impróprio e inadequado, pois a decisão agravada em nenhum de seus lances se referiu às questões ventiladas nas "razões do recurso", trata-se de sentença omissa e, em conseqüência, o recurso próprio seria o de embargos de declaração, não agravo de petição. No

mérito, desenvolvendo, longamente, argumentação em favor da sentença agravada, declara o agravado esperar seja negado provimento ao recurso.

"A sentença agravada foi mantida por seus fundamentos, por despacho a fôlhas 138 v.

"A douta Subprocuradoria Geral da República, a fls. 142, manifestou-se pelo provimento do agravo.

"É o relatório".

O voto de S. Exª, acompanhado à unanimidade, está a fls. 146:

"A preliminar argüida é improcedente, pois a matéria discutida na minuta de agravo é de ser apreciada, pois que a ela se referiu o ilustre Dr. juiz *a quo* na sentença.

"No mérito, confirmo por seus fundamentos a decisão agravada.

"A matéria discutida no presente agravo já tem sido decidida em inúmeros casos por êste Tribunal, sendo a jurisprudência contrária à pretensão do agravante. Aliás, o próprio agravante declara que as parcelas cuja legitimidade defende (despesas, comissão de fiscalização e capitalização dos juros), o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais repele e condena, mas que, entretanto, vem o agravante reeditando em todos os pedidos de moratória que tem discutido pela Agência de Patos de Minas com o fito de ver reconhecido o seu ponto de vista.

"A contraminuta do agravo cita acórdãos dêste Tribunal contrários à pretensão do agravante.

"É o meu voto".

Tomou-se, assim, o acórdão de fls. 148:

"*Ementa* - Moratória de pecuarista - Capitalização de juros - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos referente ao detalhe.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 1.315, de Minas Gerais, em que é agravante o Banco do Brasil, S. A., e agravado Itagiba Lourenço de Lima:

"Acordam os ministros componentes da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo, na conformidade das notas taquigráficas que dêste ficam fazendo parte integrante.

"Tribunal Federal de Recursos, 24 de abril de 1951".

O recurso se funda na letra *d* do artigo 101, nº III, da Constituição federal, e foi pedido nos têrmos de fls. 149 (*ler*). Razões a fls., deflui *in albis* o prazo de contra-razões. É o seguinte o parecer do eminente procurador geral, Exmo. Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

"O recurso foi interposto com fundamento na letra *d* do preceito constitucional, visando o recorrente lhe seja reconhecido o direito à capitalização de juros convencionada em contrato sob garantia pignoratícia e que lhe foi negada pelo venerando acórdão recorrido.

"Somos pelo conhecimento do recurso, em face da jurisprudência divergente apontada pelo recorrente, e pelo seu provimento para o fim de prevalecer a estipulação que facultou os juros capitalizados, obedecida, porém, na hipótese; sem retroatividade, a redução prevista no art. 2º da lei nº 209, de 1948, e observada a restrição do art. 4º da lei de usura, conforme já decidiu êste egrégio Tribunal no julgamento dos recursos ns. 15.946 e 18.337.

"Distrito Federal, 28 de outubro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): A vedação do anatocismo é, entre nós, *ius cogens*.

A convenção dos particulares é impotente para afastar-lhe a eficácia e o império em todos os casos.

Impossível, em nosso direito, contar juros de juros por amor de convenção, que estaria em chaças com lei de ordem pública.

Ainda no regime caduco, a opinião que merecia prevalecer não era a do sumo TEIXEIRA DE FREITAS, que o conselheiro ORLANDO acompanhou sem lhe trazer quaisquer ádibes. Mas, a do sábio LACERDA DE ALMEIDA, fortalecida nos melhores princípios e no exemplo das legislações dos povos policiados.

Voltando, *data venia*, a fundamentos que já apresentei em casos simílimos, e aceitos por esta 2ª Turma, conheço do recurso pela letra *d* e lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e lhe negaram provimento. Decisão unânime. Impedido o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

Ausentou-se, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro 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.

*

FALÊNCIA - JUROS

- Juros contabilizados um ano antes do reconhecimento judicial da insolvência não se podem considerar sob a proibição legal de sua fluência contra a massa falida.

Sinibaldo Reccanello *versus* Pesce & Cia.

Rec. ext. nº 18.742 - Relatou MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, não conhecer do recurso, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 23 de outubro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator designado para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Perante o Tribunal de Justiça do Paraná, foi exposta a espécie dos autos, nestes têrmos: "Pesce & Cia., atacadista de cereais na cidade de São Paulo, registrados na junta comercial dessa cidade, credores e habilitandos na falência de Sinibaldo Reccanello, brasileiro, casado; residente e comerciante em Cornélio Procópio, neste Estado, veio a juízo para se habilitar pela importância de Cr$ 115.000,00, proveniente de quatro promissórias, juntas a êste processo, respectivamente, dos valores de Cr$ 50.000,00, Cr$ 5.000,00, Cr$ 50.000,00 e Cr$ 10.000,00 (fls. 3 a 6), estando as duas primeiras vencidas e as duas outras com vencimentos conseqüentes à falência.

"Na habilitação dêsse crédito, disse o falido que, conferindo os documentos referentes às transações comerciais mantidas com a firma em questão, ressalta claramente que seu crédito provém de juros que foram pagos aos bancos.

"Declarou mais que não deve os juros, além de outras razões, porque pelo contrato de sociedade de cotas de responsabilidade limitada (fls. 4), que teve com os credores Pesce & Cia., era responsável apenas por 40% dos lucros ou prejuízos, sendo os 60% de inteira responsabilidade dos habilitantes credores.

"A conta-corrente de (fls. 6 e 7) no decurso de 26 de outubro de 1946 a 17 de fevereiro de 1947, acusou um saldo devedor do falido, ou melhor, da firma Pesce & Reccanello Ltda. à Pesce & Cia., num total de Cr$ 1.382.841,40.

"Procedido ao balanço geral e ao acôrdo de liquidação da firma em 28 de março de 1947, retirou-se o sócio Sinibaldo Reccanello, com um débito na conta de lucros e perdas de Cr$ 211.238,40 e no ativo com um saldo credor de Cr$ 111.238,40, composto de seu capital social de Cr$ 60.000,00 e como compensação o lucro de valorização de valores mobiliários e imobiliários de Cr$ 51.238,40, ficando ainda a dever Cr$ 100.000,00, que liquidou com as promissórias que objetivaram o agravo presente.

"Do balanço geral, partilha e acôrdo amigável de liquidação da sociedade comercial Pesce & Cia. Ltda., consta o seguinte:

"Sinibaldo Reccanello e Pesce & Cia., aqui representados por seu bastante procurador Sr. Pascoal Calivitti, de comum acôrdo, resolveram dissolver a sua sociedade comercial que girava... sob a denominação de Pesce & Reccanello Ltda., na forma seguinte: Retira-se da sociedade o sócio Sr. Sinibaldo Reccanello, pago e satisfeito de sua conta de capital e lucros, assumindo o sócio remanescente Pesce & Cia. a responsabilidade do ativo e passivo da firma...

"O sócio Sr. Sinibaldo Reccanello, que consta do ativo como devedor de Cr$ 211.238,40 e no passivo como credor da importância de Cr$ 60.000,00, valor de que é composto seu capital social, recebeu como compensação de valores mobiliários e imobiliários a importância de Cr$ 51.238,40, pelo que se dá *por plenamente pago e satisfeito de tôdas as suas vantagens* de sócio, passando a resumir-se a sua situação perante os sócios Pesce & Cia. da seguinte forma:

"Saldo a favor dos Srs. Pesce & Cia., Cr$ 100.000,00.

"Para pagamento do saldo *supra* de Cr$ 100.000,00, o sócio Sr. Sinibaldo Reccanello aceita, neste ato, duas notas promissórias, do valor de Cr$ 50.000,00 cada uma, com vencimentos para 20 de fevereiro de 1948 e 1949, respectivamente, e mais os juros de 10% ao ano decorrente entre a data da emissão e do resgate...".

Pesce & Cia. respondeu às alegações de Sinibaldo, dizendo ser êste gerente e caixa da sociedade e que por ocasião da liquidação da sociedade êste, que era contador, formado, não apresentou escrita por não a ter regularmente feita e que assinou o balanço e a dissolução social e os títulos sem nada opor ou reclamar, antes concordando com seu débito, pelo que deu quitação social plena e que nesta impugnação também não apresentou a escrita da firma nem a conta de lucros e perdas, e que resultados das contas não foram demonstrados pelo falido, porque tal demonstração não interessa ao mesmo.

Para melhor elucidar o juízo, Pesce & Cia. protestou por exame pericial em sua escrita e documento, e na escrita existente em mão do falido, bem como sua apresentação dos documentos da firma Pesce & Reccanello Ltda. depoimento pessoal do falido - e inquirição de testemunhas.

A peritagem havida concluiu não ser ilegal a cobrança, e que a importância em dinheiro fornecida por Pesce & Cia. atingiu Cr$ 2.297.385,40 e que a fornecida por Pesce & Reccanello Ltda. orçou em Cr$ 974.543,90 e, finalmente, que a liquidação e dissolução da sociedade obedeceram às normas de direito.

O falido confessou ser contador legalmente habilitado, que não organizou a escrita comercial da firma Pesce & Reccanello de acôrdo com a praxe de comércio, e que assinou o balanço da dissolução certo de que ali não estava incluída a importância dos juros.

Houve depoimento do representante de Pesce & Cia., o de uma testemunha e a audiência de verificação de crédito (fls. 65 a 70). A sentença de habilitação, de fls. 71, que habilitou parte do crédito de Pesce & Cia., no valor de Cr$ 64.000,00, quando dito credor requeria que fôsse no total da mesma, isto é, de Cr$ 115.000,00. O síndico considerou o credor habilitado apenas em Cr$ 10.000,00. Esta decisão ensejou o presente agravo de petição, com fundamento

no art. 97 do decreto-lei n° 7.661, de 21-6-1945 (Lei de Falências) e art. 846 do Cód. de Proc. Civil.

Das razões do agravante, Pesce & Cia., consta que a firma Pesce & Reccanello Ltda. existiu como uma sociedade de fato e que após o acêrto de contas e dissolução amigável apresentou o débito de Cr$ 1.000.000,00, dívida e juros dessa dívida após a dissolução dessa sociedade que foi feita por instrumento particular assinado pelos sócios distratantes; que a dívida não é de juros e se fôsse nada haveria a deduzir porque não eram de juros contra o falido e que a dissolução social assinada pelos sócios fêz lei entre as partes e concluiu que, de fato, a importância de Cr$ 5.000,00 deve ser excluída por ser de juros vencidos contra o falido, na forma proibida pelo art. 26 da Lei de Falências.

Aquela Côrte judiciária deu provimento ao agravo para, reformando em parte a decisão recorrida, julgar habilitado o crédito dos agravantes na importância de Cr$ 110.000,00, excluída a quantia de Cr$ 5.000,00, por decorrer de juros contados contra a massa falida.

Não confirmado, manifestou o agravado recurso incomum, com base no art. 101, inciso III, letra *a*, da Constituição, apontando como violado o art. 26 da Lei de Falências, segundo o qual contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal. Sustenta o recorrente que a cobrança do crédito de Cr$ 115.000,00, da firma recorrida, inclui o lançamento de juros na importância de Cr$ 90.000,00, como se mostra do documento de fls. 6 a 7.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, por isso que improcede a alegada ofensa de lei federal. Está expresso, no texto argüido de vulnerado, que contra a massa não correm juros. Ora, no caso em aprêço, o impugnado lançamento contábil de juros foi feito a 3 de dezembro de 1946, como se vê do extrato de conta-corrente de fls. 6 dêstes autos, sendo certo que a falência só foi requerida em 26 de abril de 1948. De resto, como mostra o acórdão recorrido, o crédito impugnado decorreu da

dissolução de sociedade comercial, que existira entre o recorrente e a firma recorrida, a qual dissolução se fêz por instrumento particular, datado de 28 de março de 1947 e assinado por ambos, sendo reconhecido em favor da mesma o saldo credor de Cr$ 100.000,00. Ora, consoante está, expresso no art. 348 do Cód. Comercial, acabada a liquidação e proposta, a forma de divisão e partilha, e aprovada uma e outra pelos sócios liquidandos, cessa tôda e qualquer reclamação da parte dêstes, entre si, recìprocamente, e contra os liquidantes. Lícito não era, assim, ao recorrente reabrir controvérsia em tôrno de parcela tornada líquida.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Sr. presidente, cogita-se, na hipótese, de suposta violação ao dispositivo da Lei de Falências que determina a não-fluência de juros contra massa falida. Entretanto, da clara exposição do eminente Sr. ministro relator, vê-se que, se houvesse juros na verba reclamada, êsses juros teriam sido registrados na contabilidade, cêrca de um ano antes da decretação da falência. Antes mesmo da dissolução da sociedade comercial, já haviam sido os juros incluídos. Não há razão, pois, para encontrar na decisão recorrida violação de lei, pelo que não conheço do recurso, *data venia* do eminente Sr. ministro relator.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, não conheço do recurso.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram de conhecer do recurso, divergindo o Sr. ministro relator.

Não tomou parte na votação o Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

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

*

ANALOGIA DE CARGO OU FUNÇÃO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- A matéria de analogia ou identidade de cargo ou função não envolve, em regra, "federal question", própria do recurso extraordinário.

Cia. Brasileira de Eletricidade Siemens Schuckert S. A. *versus* Antônio Manuel Álvares Barreto

Ag. nº 14.917 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 14.917, do Distrito Federal, gravante Cia. Brasileira de eletricidade emens Schuckert S. A., e agravado Antônio Manuel Álvares Barreto:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório *retro* e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, negar provimento.

Custas na forma da lei.

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Proferiu o ilustre Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região o acórdão transcrito a fls. 8, *verbis*:"

"Acórdão n° 1.378-48.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso ordinário, entre partes, como recorrentes, Antônio Manuel Álvares Barreto e outro, e como recorrida Companhia Brasileira de Eletricidade Siemens Schuckert Sociedade Anônima:

"Acordam os juízes do Trabalho da 2ª Região, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por maioria, contra os votos dos Srs. juízes Drs. WILSON DE SOUSA CAMPOS BATALHA e ERNESTO MENDONÇA DE CARVALHO BORGES, em dar provimento parcial ao recurso, para determinar apenas a equiparação dos vencimentos dos recorrentes aos que percebe Hans Herman Kratz, mantendo quanto ao mais a decisão recorrida. O Sr. juiz Dr. ERNESTO MENDONÇA DE CARVALHO BORGES determinava também o pagamento dos salários do recorrente Antônio Manuel Álvares Barreto quando se encontrava prestando serviços à emprêsa, fora do serviço normal, por se encontrar doente. Custas em proporção. *Primeiro*. Os engenheiros Antônio Manuel Álvares Barreto e Miguel Chacur, empregados da reclamada, Companhia Brasileira de Eletricidade Siemens Schuckert Sociedade Anônima, expõem que trabalham para esta mediante remuneração consistente em uma parte fixa e percentagens, tendo sido garantido pela reclamada um mínimo mensal a êste último título. Entendem, entretanto, que a reclamada viola os dispositivos atinentes à proteção do trabalhador nacional, por pagar a um estrangeiro, que não tem habilitação legal e ocupa o cargo de chefe do seu departamento técnico, salários muito superiores aos dos reclamantes, que estão legalmente habilitados e são as maiores autoridades técnicas da reclamada e os responsáveis pela execução dos seus serviços técnicos de engenharia, mecânica e hidráulica. Pedem a equiparação e pagamento das diferenças desde cinco anos anteriores à data da reclamação, com os juros legais da mora. Explicam, ainda, que a reclamada quis, à viva fôrça, modificar a participação mínima para "gratificação complementar eventual", o que alteraria substancialmente a natureza da remuneração, que passaria a constituir liberalidade aleatória. Os reclamantes não concordaram em assinar os recibos em que tal modificação se apresentava e, por isso, não puderam receber os salários, que ora reclamam, com os juros da mora. Entendendo que esta atitude da reclamada importou rescisão contratual, embora continuem em serviço, pretendem sejam declarados rescindidos seus contratos de trabalho, com indenização em dôbro, a apurar-se em liquidação, por estabilitários. Pretendem, também, com base no art. 159 do

Cód. Civil, ressarcimento do dano material e moral que, com seu procedimento, lhes causou a reclamada. O reclamante Antônio Manuel Álvares Barreto alega, ainda, que, em agôsto de 1941, por motivo de grave enfermidade, se afastou dos serviços, passando a receber seguro-doença pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, até julho de 1943, na base de Cr$ 1.200,00, mensais; a reclamada, nós três primeiros meses de moléstia, pagou-lhe os salários integrais, mas, a partir dêsse prazo, passou a fazer-lhe, não o pagamento devido, da participação mensal mínima garantida, e sim a simples entrega de Cr$ 500,00 mensais a título de auxílio; por isso pleiteia a diferença a que se julga com direito. A Junta de Conciliação e Julgamento de origem, contra o voto do vogal dos empregados, julgou, *in totum*, improcedente a reclamação, considerando prejudicados os pedidos relativos a salários, em virtude de seu depósito e levantamento no curro do processo. Daí o recurso, tempestivamente interposto, para o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Em seu recurso, invocaram os reclamantes a preliminar de nulidade da decisão recorrida. Ao iniciar-se a audiência de julgamento, o Sr. presidente da Junta de Conciliação e Julgamento teria declarado que deixava de propor a solução do dissídio por não ter tempo de estudar os autos e que isto não tinha importância, porque a hipótese seria submetida ao estudo da instância superior. Salientam que, tendo sido designada audiência de julgamento para 2 de maio de 1947, foi ela, por ordem dada a 26 de abril, antecipada para 30 do mesmo mês, o que violou o artigo 841 da Consolidação das Leis do Trabalho, que exige o prazo mínimo de cinco dias: daí resultou o não comparecimento das partes, que não haviam sido notificadas nos têrmos da lei, não tendo sido, em conseqüência, renovada a tentativa conciliatória. Havendo o Sr. presidente da Junta de Conciliação e Julgamento antecipado o julgamento do processo, que não estudara, tornou-se suspeito, sabido, como era, que o vogal dos empregadores teria seu mandato findo exatamente no dia em que se procedeu ao julgamento. Assim, pretenderam fôsse anulada a decisão e proferido novo, julgamento, que não deveria ser presidido pelo titular do cargo.

"O Tribunal, pelo acórdão de fls. 611, houve por bem anular a decisão recorrida. Baixando os autos à primeira instância, foi, na audiência de fls. 618, pelos reclamantes, apresentada a exceção de suspeição do Dr. JOSÉ NEI SERRÃO, presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento desta Capital. Submetida a exceção à apreciação dos senhores vogais, foi ela rejeitada (fls.

619) e, em seguida, a Junta de Conciliação e Julgamento restabeleceu a decisão anterior (fls. 620).

"Novo recurso lograram os reclamantes, ver provido pelo Tribunal Regional que, pelo acórdão de fls. 641, anulou novamente a decisão recorrida, determinando o processamento de exceção de suspeição na forma da lei. Baixando os autos, a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, presidida então pelo Dr. FERNANDO DE OLIVEIRA COUTINHO, após a desistência de provas pelas partes, rejeitou a exceção (fls. 646).

"Realizando-se a audiência de fls. 656, presidida pelo Dr. JOSÉ NEI SERRÃO, foi novamente julgada improcedente a reclamação. Em tempo hábil, novamente recorrem os reclamantes (fls. 659). Alegam que a decisão, é nula e nenhuma por constituir cópia final da primeira sentença e por ter sido proferida pelo voto de desempate do Sr. presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, que estava impedido de funcionar no feito. Décimo. Contra-arrazoado o recurso, opina a douta Procuradoria Regional pelo seu não provimento.

"Não procede a preliminar de nulidade, argüida pelos recorrentes. Não poderia constituir motivo de nulidade o fato de haver a Junta de Conciliação e Julgamento reproduzido suas decisões anteriores, que, haviam sido anuladas por argüições preliminares. Se a Junta de Conciliação e Julgamento mento entendia que seus pronunciamentos anteriores no feito estavam acertados, motivos não havia para que não reiterasse os têrmos dos anteriores julgamentos.

"Quanto à alegada suspeição do Sr. presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, desta Capital, não há elementos convincentes de prova nos autos, devendo ser mantidas as bem fundamentadas ponderações feitas pelo Dr. FERNANDO DE OLIVEIRA COUTINHO. As alegações dos reclamantes carecem de comprovação na prova dos autos, apenas o Dr. presidente da Junta de Conciliação e Julgamento teria antecipado a data do julgamento do feito, o que deu causa à nulidade decretada pelo acórdão de fls. 611, mas isto não consistiria, de forma alguma, motivo para suspeição. Tôdas as outras alegações não encontram eco nos elementos constantes dos autos. *Décimo segundo*. Quanto ao mérito: O pedido formulado pelo reclamante Antônio Manuel Álvares Barreto, relativo ao período de sua enfermidade, não merece acolhida,

como bem entendeu a Junta de Conciliação e Julgamento. Realmente, tendo a empregadora efetuado o pagamento dos ordenados integrais durante os três primeiros meses da moléstia, agiu com liberalidade, porque a tanto não a obrigava a legislação vigente à época. Não poderia ser a emprêsa compelida a pagar-lhe salários, que como tais se considera a participação mínima assegurada, sem uma efetiva contraprestação de serviços. A lei vigorante àquela época, dec. nº 5.493, de 9 de abril de 1940, art. 121, apenas obrigava o empregador a pagar os salários relativos aos primeiros 30 dias de moléstia. *Décimo terceiro*. Em relação ao pedido de equiparação de salários, merece acolhida a pretensão dos reclamantes. Em seus depoimentos pessoais, harmônicos, a fls. 51 v.-52, esclarecem que pretendem equiparar-se, cobrando as diferenças atrasadas, aos empregados de nomes Arnold Gotter, Hans Kratz, Henrique Wossidlo e Leopold Nordmann. A matéria está perfeitamente debatida nos autos e ficou provado que os recorrentes eram os engenheiros mais antigos do estabelecimento e o Dr. Barreto era chefe de uma das seções técnicas. Temos entendido que a analogia prevista em lei é na profissão e no cargo, como no caso dos engenheiros, e, portanto, a equiparação se impõe. *Décimo quarto*. Quanto aos pedidos formulados pelo primeiro reclamante nos itens *c* e *d* da inicial, e pelo segundo reclamante "nos itens *b* e *c*, a reclamada, na primeira audiência (fls. 51), prontificou-se a atendê-los, tendo sido feito o respectivo depósito. Como bem adverte a reclamada, a fls. 72, pouco importaria o título a que fôssem pagas as verbas em questão, porque, mesmo que fôssem qualificadas como gratificações", estas estariam incorporadas aos salários *ex vi legis*; por terem sido ajustadas (art. 457, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho). Não havendo, nos autos, elementos que autorizem a conclusão de que a reclamada houvesse pretendido causar prejuízos aos reclamantes e havendo ela depositado as importâncias reclamadas, não pode merecer acolhimento a sua pretensão. *Décimo quinto*. Quanto à rescisão do contrato de trabalho, também não merece provimento o recurso. Em primeiro lugar, não tiveram os reclamantes qualquer motivo que os autorizasse, legitimamente, a considerar rescindidos os respectivos contratos e reclamar as competentes indenizações. Já ficou esclarecido que não houve, por parte da reclamada, alteração unilateral dos contratos de trabalho dos reclamantes, com o pagamento das percentagens aludidas sob forma de "gratificações".

"São Paulo, 13 de dezembro de 1948. - *José Teixeira Penteado*, presidente; *Décio de Toledo Leite*, relator designado; *Reginaldo Allen*, procurador (fui presente)".

Recorreu a Cia. Brasileira de Eletricidade Siemens Schuckert S. A. e o colendo Tribunal Superior do Trabalho conheceu do recurso e lhe negou provimento.

Ainda inconformada, recorreu a Companhia para êste Supremo Tribunal Federal, extraordinàriamente, alegando com a vulneração dos arts. 358 e 461 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mas o Exmo. Sr. ministro presidente BEZERRA DE MENESES negou seguimento ao recurso, *ut* despacho de fls., *verbis*:

"Alegando terem sido violados os artigos 358 e 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, a Companhia Brasileira de Eletricidade Siemens Schuckert S. A., inconformada com o acórdão de fls., manifesta recurso extraordinário para o egrégio Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, nº III, letra *a*, da Constituição. O apêlo constitucional não é veículo competente para apreciação de analogia ou identidade de cargo ou função, matéria que exige o exame de múltiplas circunstâncias de fato e detida análise da prova. O acórdão recorrido ressalta, aliás, que a minuciosa e jurídica decisão regional "está conforme às provas produzidas" (fls.). Isto pôsto, deixo de admitir o pedido constante de fls. por falta de fundamento legal".

Daí o presente agravo, que veio ladeado das razões de fls. (*ler*). Fluiu *in albis* o prazo de contraminuta. Vaza-se nos seguintes têrmos o parecer do eminente procurador geral Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

"Somos por que se negue provimento ao agravo, pois outro não poderia ter sido o despacho transcrito às fls. 25-26, de vez que não é de se admitir recurso extraordinário, com fundamento na letra *a* do artigo 101, nº III, da Constituição federal, de decisão do colendo Tribunal Superior do Trabalho baseada em exame de múltiplas circunstâncias de fato e análise da prova dos autos.

"Distrito Federal, 28 de junho de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Sustenta a agravante tratar-se, no caso, de *quaestio iuris* e não de matéria de prova, de controvérsia de fato, pois o desate desta descompete ao Superior Tribunal do Trabalho.

Assim é, se considerarmos a preliminar do conhecimento do recurso. Foi, porém, extrapassada essa preliminar, têrmos em que não podia o Tribunal Superior do Trabalho abstrair do fato para a decisão da causa.

Renite a agravante em que, aceitas essas considerações, o recurso não podia ser, como foi, conhecido.

Mas o apêlo extraordinário não tem, no caso, êsse fundamento, nem podia ter, uma vez que foi a Companhia a suscitadora do recurso conhecido pelo egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

De resto, julgado incabível o recurso, teria de prevalecer a decisão do tribunal regional, contrária, também, à ora agravante, que dela recorreu.

E ao apêlo extraordinário ora examinado falece, realmente, como está no venerando despacho agravado, fundamento legal.

A matéria versada - analogia ou identidade de cargo ou de função - não envolve *federal question* própria de recurso extraordinário e foi decidida através de exame de fato, exótico ao apêlo manifestado.

Indemonstrada a alegada vulneração dos arts. 385 e 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, em sua mesma letra, a denegação do recurso se inspirou nos melhores de direito, desmerecendo reforma o venerando despacho agravado.

Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Senhor presidente, dou provimento ao agravo, para mandar subir o recurso extraordinário, na conformidade da orientação que adoto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento, com a divergência do Sr. ministro Rocha Lagoa.

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

*

LEI - LOCAÇÃO - RETOMADA - CÔMODO

- A lei não é simples apinhoado de textos, mas uma unidade lógica.

- A retomada de cômodo só se autoriza quando se trate de parte destinada a moradia.

Jozsef Sugar *versus* Fernando Augusto Vaz de Figueiredo

Rec. ext. nº 14.909 (Embs.) - Rel.: MIN. NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos, no recurso extraordinário número 14.909, entre partes, como embargante Jozsef Sugar e, como embargado, Fernando Augusto Vaz de Figueiredo:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, unânimemente, rejeitá-los, de acôrdo com as precedentes notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante desta decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 9 de agôsto de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: O relatório proferido no recurso extraordinário foi o seguinte: *(lê a fls. 136)*.

O relator, Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, proferiu voto nestes têrmos: *(lê a fls. 137)*.

O Sr. ministro EDGAR COSTA não conheceu do recurso.

Foi êste afinal conhecido, por maioria de votos, sendo-lhe negado provimento, unânimemente.

Reza a ementa do acórdão: *(lê a fls. 142)*.

Jozsef Sugar apresenta embargos opostos alegando que o mesmo se funda em "incoerência brutal" e por duas vêzes ofende a lei.

Os embargos foram impugnados, salientando preliminarmente o embargado a inadmissibilidade do recurso, porquanto a questão no mérito foi unânimemente resolvida.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Conheço dos embargos, com fundamento no parág. único do art. 833, acrescido pela lei nº 623, de 19-2-1949, desde que realmente existente divergência entre o acórdão embargado e outro da mesma 2ª Turma dêste Supremo Tribunal, citado pelo embargante, no tocante ao caráter da moradia que deve ter o *cômodo* que, no regime das anteriores leis do inquilinato, podia ser retomado para uso próprio, e também quanto a não caber ao locador, e sim ao locatário, nesse caso, a prova da alegada necessidade. Rejeito, porém, os embargos, pois com o acórdão embargado é que está a razão jurídica. O *cômodo* a que aludia o art. 8º, letra *f*,

do dec.-lei nº 6.739, de 1944, em cotejo com os arts. 4°, § 1º, e 6°, § 2º, do mesmo decreto, eram os destinados à habitação.

Em nenhum *absurdo* incidiu o acórdão, como pretende o embargante, no seu estilo demasiadamente vivo.

Entender-se que sòmente pode ser retomado o cômodo destinado à habitação não é, de modo algum, dizer que a locação, no caso contrário, é irrescindível como o contrato de casamento. A locação só não poderia ser rescindida no caso único de necessitar o locador, para uso próprio, do cômodo não destinado à moradia. Tão-sòmente neste caso, isto é, de proibição de rescisão unilateral da locação, quando o cômodo tem outro destino que não o de moradia.

Foi *ex abundantia* que o acórdão embargado entendeu que incumbia ao locador provar a necessidade do cômodo para uso próprio. Ainda mesmo que se pudesse divergir de semelhante ponto de vista, para reconhecer que ao locatário é que caberia o ônus de provar a insinceridade do locador, não se modificaria a decisão embargada, que negou provimento ao recurso extraordinário, pois continuaria de pé a razão principal e prejudicial, qual a de que o cômodo pedido pelo embargante não era destinado à moradia.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Ao revés do que se alega a fls. 153, o caso é de embargos, uma vez que foi o recurso conhecido, pôsto não lograsse provimento. O Regimento Interno do Tribunal, que, no caso, pela determinação mesma do Cód. de Processo Civil, constitui o assento legal da matéria, elimina tôdas as dúvidas.

Conheço dos embargos. Voto, porém, por que sejam rejeitados, mantendo-se o venerando acórdão embargado.

Não há que discutir, no caso, a quem toca a prova da sinceridade do pedido. Em favor do *dominus*, que exercita o *droit de reprise*, milita, sem dúvida, presunção *facti* da sinceridade. Mas, no caso, a necessidade, de sua parte, de ampliar as instalações foi alegada como fundamento do pedido.

E a êsse fundamento não respondeu, segundo se julgou, lastro suficiente de prova. A sinceridade presumida das alegações do proprietário, por outro lado, não exclui a prova contrária, tratando-se, ao caso, de simples presunção *hominis*.

De resto, a interpretação do acórdão local, de que o art. 8º, letra *f*, do dec.-lei número 6.739 se refere a *cômodos* para moradia, isto é, partes do edifício destinadas à habitação, tem como sublinha o venerando acórdão embargado, a esforçá-la à consideração dos arts. 4º, § 1°, e 6°, § 2º, da mesma lei.

E o intérprete não deve relegar a oblívio que um diploma legal não é simples apinhoado de textos, mas uma unidade lógica, de onde a sentenciúncula: *interpretare lege legilus est optimus*.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Diz, em seguida, o embargante do acórdão de fls. estar o mesmo em divergência radical com outros da 2ª Turma. A verdade, porém, é que, pelo demonstrar, fôrça seria verificar se as espécies são idênticas. De resto, ainda que houvesse similitude entre os acórdãos, não estariam o Tribunal e a Turma vinculados ao precedente jurisprudencial.

O acórdão resiste aos embargos, que rejeito.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento dos embargos e desprezaram os mesmos. Unânimemente.

Deixaram de comparecer os Exmos Srs. ministros RIBEIRO DA COSTA, por se achar, em gôzo de férias, e EDGAR COSTA, por se achar afastado para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

*

IMPÔSTOS FEDERAIS - LETRAS DO TESOURO

- Não pode o órgão fiscal arrecadador recusar, sem fundamento, o pagamento de impostos federais mediante letras do Tesouro.

União Federal *versus* Cia. de Seguros Terrestres e Marítimos União Comercial dos Varejistas

Ap. nº 15.000 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria negar, provimento ao agravo, contra o voto do Sr. ministro ROCHA LAGOA, conforme o relatório e notas taquigráficas.

Custas pelo agravante.

Supremo Tribunal Federal, 31 de agôsto de 1951. - *Antônio Carlos Lafayette de Andrada*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: A sentença de primeira instância e o acórdão que a reformou dão lúcida idéia da controvérsia. Diz a sentença:

"I. Trata-se de ação de consignação em pagamento, na qual a autora pretende a liquidação de impostos devidos à União Federal, com a entrega de letras do Tesouro, emitidas em virtude do dec.-lei nº 9.374, que, no momento oportuno, foram recusadas pela Recebedoria do Distrito Federal, entendendo a autora que o disposto no decreto citado obriga a ré ao seu recebimento tal qual dinheiro fôsse.

"Contra esta maneira de interpretar a lei se insurge o Dr. 1° procurador da República, uma vez que o invocado art. 4º do dec.-lei nº 9.374 consigna simples possibilidade e nunca uma obrigação.

"II. Evidentemente, como se lê, no decreto mencionado, o legislador não tornou compulsória, pelas repartições arrecadadoras da União, a aceitação das letras emitidas, tanto que, ao empregar a expressão *poderão*, deixou clara a dependência de formalidades. Se outra fôsse a intenção do legislador, decerto a expressão empregada teria sido outra. Gramatical ou jurìdicamente, não é possível concordar com a interpretação da autora. Todos os impostos devem ser pagos em dinheiro, em espécie. Eventualmente, porém, como nas hipóteses que deram causa ao dec.-lei n° 9.374, pode o govêrno aceitar, em pagamento do que lhe fôr devido, títulos ou obrigações de sua emissão. Parece e é elementar em direito administrativo, e princípio básico em ciência das finanças, que, não havendo dispositivo legal taxativo, o recebimento de papéis de crédito depende da conveniência da credora, mediante o pronunciamento da autoridade competente.

"III. No caso em tela, não quis a autora peticionar ao Sr. ministro da Fazenda e veio a juízo esperando ter como vitorioso o seu ponto de vista.

"Entretanto, em que pêsem os bens elaborados argumentos com que se apresentou, a razão não está do seu lado, pois a ré não tinha por obrigação a receber, em vez de dinheiro, as letras emitidas em virtude do decreto-lei de 17 de junho de 1946.

"IV. A defesa da credora é procedente, tendo havido justa causa para a recusa do pagamento consignado, uma vez que nenhum dispositivo legal a compelia a aceitar pagamento que não fôsse em dinheiro de contado. A obrigação da autora é de dar coisa determinada e não sòmente quantia certa. O expresso no art. 4° "consigna simples possibilidade", dependente de deliberação quanto ao recebimento dos títulos, como pagamento".

O acórdão reformatório unânime tem a seguinte ementa:

"*Letra de Tesouro. Pagamento de impostos fiscais*. Dispondo o dec.-lei número 9.374, de 17 de junho de 1946, que tais letras "poderão" ser aceitas pelas

repartições arrecadadoras da União em pagamento de impostos fiscais, não é lícito às ditas repartições recusá-las quando oferecidas em pagamento dos aludidos impostos, pois no texto aludido há uma *autorização* à autoridade pública e não uma faculdade, e, em tais casos, um "poder" se traduz, realmente, como "dever"."

Os votos constantes das notas taquigrafadas dão longo desenvolvimento ao fato, mostrando, com ESPÍNOLA e autores estrangeiros, que o emprêgo comum e indiscriminado dos verbos "poder" e "dever", na legislação fiscal, conduzem a uma equivalência, entre êles, no tocante à arrecadação de rendas.

Foi manifestado recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição, por infringência do art. 4º do dec.-lei nº 9.374, de 17 de junho de 1946.

Indeferiu o recurso o ilustre presidente do Tribunal Federal de Recursos, nestes termos:

"O Dr. subprocurador geral da República fundamenta o presente recurso extraordinário na alínea *a* do art. 101, III, da Constituição federal, dando como lei ofendida o dec.-lei nº 9.374, de 1946, art. 4º.

"O acórdão recorrido aplicou o mesmo dispositivo legal, com o sentido que aos seus julgadores pareceu mais certo.

"Como não representa caso de violação de lei o modo de sua interpretação, porque quem a interpreta a aplica, segue-se não haver razão jurídica para a interposição do pretendido recurso. É nessa conformidade a jurisprudência da egrégia instância, suprema.

"O recurso faz referência também ao artigo 36 da Constituição, como violado. Entretanto, não vejo em que no caso se haja comprometido a harmonia dos poderes justificativa do pretendido apêlo. Isto pôsto indefiro o pedido".

Agravou-se a União. Contraminutado o agravo, opinou o Dr. procurador geral pelo seu provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): O art. 4º do dec.-lei nº 9.374, de 17 de junho de 1946, dispõe:

"As letras emitidas em virtude dêste decreto-lei poderão ser aceitas pelas repartições arrecadadoras da União, em pagamento de impostos federais".

Foi o verbo "poder" sábia e prudentemente aplicado. Porque, razões ponderáveis ocorrendo, permitido à Fazenda recusar os títulos em pagamento. Por outro lado, não ocorrendo motivo que tal procedimento justifique, não pode a Fazenda recusá-los, por ato de puro arbítrio. Bem apreciando as circunstâncias, deu o julgado interpretação à lei, compatível com a boa solução da espécie.

Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia*, dou provimento ao agravo para fazer subir o recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram, provimento. Vencido o Sr. ministro ROCHA LAGOA.

Deixaram de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro OROZIMBO NONATO, presidente da Turma, e o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

*

ANISTIA - DIREITOS DE TERCEIROS - PENALIDADES DISCIPLINARES AUTÔNOMAS

- Ainda que se possa discutir a extensão da anistia às penalidades disciplinares autônomas, é certo que quase sempre se reservam os direitos dos terceiros; no seu silêncio, deve-se presumir a salvaguarda dôsses direitos de terceiros.

Requerentes: Edson de Alencar Cabral e outros

Mand. de seg. nº 921 - Rel.: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados é discutidos êstes autos de mandado de segurança, requerentes Edson de Alencar Cabral e outros:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório *retro* e em conformidade das notas taquigráficas precedentes, negar o mandado, pagas as custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 29 de setembro de 1948. - *José Linhares*, presidente; *Orozimbo Nonato*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Edson de Alencar Cabral e outros impetram mandado de segurança para que se efetive seu retôrno à Armada, de que foram desligados quando deflagrou o movimento Integralista de 1938.

A Constituição decretou anistia ampla e os impetrantes, por fôrça do dec.-lei número 7.474, de abril de 1945, tiveram assegurado seu direito ao reingresso na Armada, com todos os direitos inerentes à carreira militar que abraçaram.

O Ministério da Marinha determinou, entretanto, que a volta se fizesse no pôsto inicial de guarda-marinha, o que frustra os efeitos da anistia, uma vez que, em razão da idade, terão de incidir imediatamente na compulsória. O ato do

Ministério da Marinha, discursam os impetrantes, "determinando a volta dos requerentes como guarda-marinha, fere direito liquido e incontestável, não pode haver a menor dúvida, nem merece, sequer, a honra de uma controvérsia".

E continuam:

"Se procurarmos na história das várias anistias, quer no Exército, quer na Marinha, a reversão sempre se fêz no pôsto a que o anistiado tinha direito, se não fôsse atingido pela reforma...

"Ainda está na memória de todos o caso dos alunos da Escola Militar do Realengo, anistiados em 1930; neste casa, os que voltaram não só tiveram assegurados os tempos de serviço, como ainda mesmo os alunos do curso anexo ficaram desde, logo com o pôsto de 1° tenente.

"Admitir que se possa voltar, depois de 10 anos, com a graduação de guarda-marinha, é colocar os suplicantes à beira de uma reforma compulsória, que tornará de nenhum efeito o dec.-lei nº 7.474, de 1495".

O pedido endereçou-se ao colendo Tribunal Federal de Recursos e o Excelentíssimo Sr. Dr. LUÍS BARBEDO, DD. subprocurador geral, argumentando tratar-se de ato aprovado pelo Exmo. Sr. presidente da República, suscitou a preliminar de incompetência daquele douto Colégio Judiciário.

E a preliminar vingou, sendo os autos remetidos a êste Tribunal. O Sr. presidente da República, pelo ofício de fls., remeteu as informações do Sr. ministro da Marinha e que se encontram a fls.:

"1. Nas petições que V. Exª me envia com o pedido de informações sôbre o que nelas se alega, uma datada de agôsto e outra de outubro dêste ano, feitas pelos mesmos requerentes Edson de Alencar Cabral e outros, pretendem mandado de segurança, ora para que lhes seja assegurada "anistia ampla e restrita" (*sic*), ora para que cesse a coação (?) e sejam restabelecidas as normas de direito na vida administrativa do país.

"2. Não obstante a relação imprecisa do fim visado com o remédio legal, a leitura das petições deixa a impressão de que os requerentes argúem de ilegais as suas reversões ao serviço ativo da Marinha na graduação de guarda-marinha e as demissões dêsse serviço que atenderam a pedidos seus.

"3. Passo a dar informações relativas à conduta da Administração quanto a esses fatos, que só êstes julgo merecerem esclarecimento.

"4. Os peticionários demitidos do serviço ativo da Marinha em 1938, quando guardas-marinha, requereram o ano passado a sua reversão a êsse serviço, valendo-se do disposto no dec.-lei nº 7.474, que concedeu anistia a "todos quantos tenham cometido crimes políticos, desde 16 de julho de 1934 até a data da publicação da presente lei". No art. 2° preceituou êsse diploma legal que a reversão dos militares, beneficiados por esta lei, aos seus postos, ficaria dependente de parecer de uma ou mais comissões militares, de nomeação do presidente da República". Nomeada a Comissão a que se refere o dispositivo-citado, foram baixadas instruções para regular os seus trabalhos, aprovadas pelo decreto nº 20.649, de 21 de fevereiro de 1946, cujo art. 5° e respectivo parág. único dizem:

"Art. 5º O militar ao reverter, à Marinha, será reincluído com o pôsto ou graduação que possuía ao ser dêle afastado.

"Parág. único. Uma vez reincluído na Marinha, terá êle sua situação estudada normalmente pelo Conselho do Almirantado, ao qual competirá propor a promoção, a transferência para a reserva ou a reforma definitiva, caso tenha atingido a idade-limite ou sido julgado fisicamente incapaz".

"5. Examinados os pedidos pela Comissão referida, que opinou favoràvelmente à reversão dos ex-guardas-marinha em causa, foram expedidos os atos de reversão nas graduações de guarda-marinha, tal como prescreveu taxativamente o art. 5° citado. Isto feito, foi ouvido o Conselho do Almirantado, em obediência ao determinado no parág. único do mesmo art. 5º, para o fim de ser normalmente estudada a situação dos reincluídos e propor as medidas que julgasse acertadas, referentes à promoção, transferência para a reserva ou reforma definitiva, estas últimas quando o militar tivesse, para o pôsto, o impedimento de idade ou de incapacidade física. O Conselho foi de parecer que

os guardas-marinha, reincluídos no serviço ativo, para que pudessem gozar dos benefícios da promoção, ficando em condições idênticas às dos demais oficiais cujos casos já haviam sido ali estudados, deviam completar o Curso de Aplicação, indispensável como requisito ao direito de promoção ao pôsto de 2º tenente, em que fariam em seguida o estágio apenas de 12 meses, "como foi resolvido na ocasião com relação aos seus colegas de turma".

"Foi, também, ouvido a respeito o Conselho de Segurança Nacional, que apreciou a pretensão dêsses guardas-marinha de reverterem nos postos de capitães-tenentes, em que se encontravam os seus colegas de turma. Não foi diversa da do Almirantado a opinião do Conselho de Segurança Nacional:

"A pretensão dos 13 guardas-marinha, de serem promovidos a capitães-tenentes com dispensa do Curso de Aplicação, estágio de 2os tenentes, não está em condições de ser atendida, pois a classificação da turma de que faziam parte, na promoção a 2os tenentes, foi obtida mediante a soma das notas alcançadas no Curso de Aplicação com as do Curso da Escola Naval. Além disso, para confirmação dessa classificação na promoção a 1os tenentes foi necessário aos 2os tenentes dessa turma serem aprovados no estágio de 2os tenentes. A não aprovação do estágio importaria perda de antiguidade igual ao tempo necessário à repetição do estágio. Há, pois, impossibilidade material da sua recolocação na escala sem ferir direitos de terceiros, a menos que se sujeitem às mesmas provas a que foram submetidos seus colegas de turma.

"6. Eis aí, com a necessária minúcia, o exame a que foi submetido o pretendido direito dos impetrantes do mandado de segurança, pondo-se, assim, em evidência a inconsistência do que alegam, baralhando fatos e increpando de ilegal, e mesmo de criminosa, a solução dada pelo ministro da Marinha ao que pleitearam os requerentes, que, em verdade, já senhores de posições melhor remuneradas na vida civil, só aceitariam o retorno à Marinha com a condição de serem transferidos para a inatividade remunerada, de forma a se constituírem, em plena mocidade vigorosa, pensionistas definitivos do Estado.

"Seria transformar o fim moral de harmonizar o interêsse privado como público, visado pelo decreto-lei aludido, no objetivo inconfessável de conferir o privilégio de rendas vitalícias a determinados indivíduos que, do serviço ativo da Marinha, só tinham, em verdade, a expectativa de direito de se dizerem nêle

empregados, em virtude de uma simples necessidade de organização de se atribuir a uma situação transitória, que é a de guarda-marinha, mero estudante, vantagens de serviço ativo que não correspondem à realidade da sua situação.

"Mas convém ainda desfazer os equívocos criados pelos requerentes quanto à legalidade objetiva da solução dada aos seus casos, em face do dec.-lei nº 7.474, citado, e do dec. nº 20.649, referido, de maneira a ficar esclarecido que os atos impugnados obedeceram, sem discrepância, ao que nesses decretos foi prescrito.

"O decreto-lei, no art. 3º, subordina a reversão dos militares aos seus postos ao parecer de uma Comissão, o que desde logo torna evidente que a anistia nêle concedida não é no que concerne aos seus efeitos administrativos, ampla e irrestrita, mas, ao contrário, limitada e restrita àqueles que a Comissão julgasse, pelo exame de seus antecedentes, dignos de serem readmitidos no serviço da Marinha de Guerra. O art. 3º em exame, fazendo depender a reversão de parecer de uma Comissão de nomeação do presidente da República, investiu, *ipso facto*, de poderes que, por abranger o de julgar da conveniência ou não da reversão, incluiu, a tôda evidência, o de regular a forma pela qual se daria essa reversão.

"É, aliás, o que está explícito no dec. número 20.649, cujo art. 5°, já transcrito, não comporta outra inteligência senão a de que a reversão só se poderia dar "no pôsto ou graduação que possuía (o militar) ao ser dêle afastado". Arbitrário seria, portanto, admitir a reversão em outro pôsto que não aquêle que tinha o militar ao ser afastado do serviço ativo. E foi, precisamente, para que a reversão, feita no pôsto ou graduação de origem, possibilitasse, em seguida, a promoção ou transferência para a inatividade que o parág. único dêsse artigo determinou o estudo da situação de cada qual dos beneficiários da anistia, pelo Conselho do Almirantado, conferindo-lhe competência para propor uma dessas medidas conforme aconselhasse o interêsse, não do militar, mas da Marinha, porque contra os interêsses desta, da sua organização, seria absurda qualquer deliberação.

"Foi, pois, entendendo que o direito de reversão só acarretaria o de promoção, quando êste não estivesse em antagonismo com os interêsses fundamentais da organização da Marinha, da eficiência dos seus quadros, para o desempenho

das funções necessárias ao que lhe é impôsto como responsabilidade, que o Conselho julgou indevido o acesso dos guardas-marinha ao oficialato, sem que antes fizessem o Curso de Aplicação, para serem promovidos a 2os tenentes, e neste pôsto o estágio, para só então serem elevados, sucessivamente, até o pôsto de capitães-tenentes.

"Já acima está esclarecido que os colegas de turma dos peticionários satisfizeram essas exigências. E nem podia ser de outro modo, sem que se transformassem os quadros militares, cuja responsabilidade efetiva se traduz em organização amorfa, sem destinação responsável.

"7. Pelo que acima ficou dito, esclarece-se que nenhuma semelhança, em relação aos efeitos administrativos da anistia de que se trata, tem esta com a que foi concedida em 1930 - e que ainda regulando, com regulou, de maneira diversa, as suas conseqüências administrativas, não pode ser invocada com isenção honesta, como precedente que obrigasse a uma decisão por eqüidade, eqüidade essa inconcebível, porque então sem esta estar-se-ia violando o texto e o espírito do dec.-lei n° 7.474, de 1945.

"8. São estas, Exmo. ministro, as razões que me parecem suficientes para justificar a legitimidade da solução dada ao caso dos impetrantes do mandado de segurança, abstendo-me de referências às leviandades com que o advogado dos impetrantes, abrigado à sombra da liberdade necessária ao nobre exercício da advocacia, procura expor a Administração ao meu cargo, ao nível da atmosfera propícia às explorações pessoais.

"Aproveito o ensejo para apresentar a V. Exª protestos de minha elevada estima e distinta consideração. - *Sílvio de Noronha*, almirante de Esquadra, ministro da Marinha".

E o parecer do Exmo. Sr. Dr. LUÍS GALLOTTI, DD. procurador geral da República (fls.), apresenta o seguinte conteúdo:

"A informação do Sr. ministro da Marinha (fls.) deixa claro que não assiste aos impetrantes o direito pretendido.

"E como aludiram os impetrantes ao caso dos alunos da Escola, Militar do Realengo anistiados em 1930 (fls.) é interessante recordar que mesmo êstes, sustentando pretensão análoga, não foram bem sucedidos e perderam a ação judicial que intentaram.

"Dissemos, impugnando aquela ação:

"Os altos oficiais do Exército e ex-alunos da Escola Militar, de onde foram excluídos em 1922 por co-participação no movimento revolucionário de 5 de julho daquele ano, pretendem em resumo o seguinte: contar antiguidade e receber vencimentos como oficiais, não a partir das datas em que oficiais se tornaram, mas desde as épocas em que possivelmente teriam ingressado no oficialato, se não fôra o movimento revolucionário de 1922 e houvessem concluído os seus estudos no prazo mínimo previsto para êsse fim.

"Que invocam os autores nesse sentido? Algum preceito legal que isso tenha disposto?

"Não, em absoluto.

"Fundam-se apenas na "anistia" que lhes foi concedida em 1930 e que a Constituição de 1934 tornou ampla.

"Ora, a anistia por ser ampla não perde o seu caráter, não se desvirtua no seu conceito. Será sempre uma anistia, embora, livre de restrições, que outra coisa não significa afinal a sua amplitude.

"Logo, o que temos de examinar é o conceito da anistia, para ver se nêle cabe o que os autores pretendem, para perquirir se ela é ou foi algum dia capaz de operar o milagre que dela ainda agora esperam os autores.

"Antes de tudo, cumpre notar que os autores foram excluídos da Escola Militar, não em virtude de qualquer processo ou coordenação por crime político, mas em conseqüência de uma medida disciplinar (v. razões dos autores - fls.).

"Ora, segundo a doutrina dominante, a anistia, referindo-se à sanção penal, não abrange necessariamente a sanção disciplinar autônoma (v. LÉVASSEUR,

"L'Amnistie", 1933, págs. 13 e segs.; GARRAUD, "Traité de Droit Penal", 2ª ed., vol. II, pág. 454).

"Por conseguinte, já aqui vemos que, estendendo a anistia em questão à pena disciplinar sofrida pelos autores, o Govêrno Provisório deu ao benefício legal, aliás com inteira justiça, uma larga interpretação que muitos mestres não sufragariam.

"Não ficou aí o Govêrno discricionário. Resolveu, em seguida ao ato de anistia, aproveitar os ex-alunos como primeiros-tenentes, nomeando-os ou comissionando-os nesse pôsto.

"Ainda aqui não contestamos que essa resolução se inspirou na eqüidade.

"Mas o que precisamos acentuar é que a anistia, por si mesma, nunca poderia ter tal efeito. (E note-se que no decreto de anistia, dec. nº 19.395, de 8-11-1930, nada há nesse sentido.)

"GARRAUD, de modo preciso, assinala que a anistia pode restabelecer os indivíduos por ela beneficiados no gôzo dos direitos que haviam perdido (vol. citado, pág. 453).

"Ora, entre restabelecer direitos e criá-los, vai uma grande distância.

"Restabelecer os direitos dos autores seria, evidentemente, permitir-lhes o reingresso na Escola Militar, como alunos. E era essa a qualidade que tinham por ocasião do movimento de 1922.

"Fora daí, aproveita-los, desde logo, como oficiais, era conceder-lhes um amparo, que terá sido justo, mas que jamais poderia ser tido como efeito de uma anistia, tão certo é que esta restabelece mas não cria direitos.

"Já se vê, pois, que tínhamos razão para afirmar, como inicialmente afirmamos, que os autores, no período discricionário, tiveram mais do que uma anistia, mesmo ampla, lhes poderia produzir.

"Os autores, porém, não satisfeitos com o que, além da anistia, lhes concedeu o Govêrno Provisório, querem mais. Querem que o Poder Judiciário lhes conceda aquilo que só o Govêrno discricionário lhes poderia dar e não lhes deu, a saber: serem considerados oficiais, não a partir das datas em que no oficialato foram investidos, mas desde quando o poderiam ter alcançado, se não fôra o movimento revolucionário de 1922, e houvessem concluído os cursos no seu prazo mínimo, com o preenchimento de todos os requisitos de que depende essa conclusão (aprovações em exames, freqüência às aulas, conduta militar, estado de saúde, etc.).

"Mas o Judiciário, evidentemente, não tem senão dizer-lhes: *Non possumus*.

"CABAT ("De L'Amnistie", 1904, pág. 79), examinando o caso do anistiado que regressa às suas comunas, pergunta se é possível considera-lo como não, as tendo deixado, para o efeito de poder imediatamente exercer os direitos ligados à residência pela lei relativa ao eleitorado municipal.

"E assim responde

"La loi a voulu que le conseiiler municipal ait par le résidence effective un intérêt direct aux affaires de la commune; il est évident qu'une fiction de droit ne suppléer à cette condition materielle; aussi le Conseil d'Etat a-t-il repoussé par un arrêt du 11 juin 1880 la prétention de l'amnistié à exercer le droit électoral alors qu'il n'avait pu satisfaire à l'obligation indispensable de la résidence.

"Quelle que soit la force juridique de l'amnistie, elle ne pouvait pas détruire la circonstance phpsique de l'absence de l'amnistié du territoire de la commune".

"Ora, se num caso em que, com apoio na anistia, se tentava apenas suprir a condição material relativa à residência do anistiado, a solução foi aquela que não diremos de uma hipótese em que teríamos de suprir, pela anistia, não sòmente a condição material relativa à presença dos autores na Escola Militar, mas também outros requisitos e muito mais sérios, quais sejam a aprovação nos exames, freqüência às aulas, conduta militar, estado de saúde, etc.?

"Porque cumpre atender a que anistia não é milagre.

"E só por um milagre nos seria possível, anistiando alguém em 1930, restituir-lhe o direito de cursar sua Escola em 1922...

"É por isso que GARRAUD adverte, e com inteira razão, que a anistia *"supprime l'infraction, la poursuite, le jugement tout ce qui peut être détruit, et ne s'arrête que devant l'impossibilité du fait: Quod factum est, infectum reddere non potest"*, acrescentando que as conseqüências de fato produzidas pela infração são necessàriamente mantidas ("Traité de Droit Pénal", 2ª ed., vol. II, pág. 448).

"Se os autores, excluídos da Escola em 1922, foram anistiados em 1930, evidentemente não podiam prosseguir nos seus cursos antes de 1930. Havia aí uma impossibilidade de fato, diante da qual a anistia, como qualquer ato humano, seria impotente.

"Se com isso ficaram prejudicados, o que reconhecemos e lamentamos, havemos de reconhecer também que êsses prejuízos traduzem conseqüências inevitáveis do fato no qual participaram, conseqüências que, apesar da anistia, como bem mostra GARRAUD, são necessàriamente mantidas.

"Outro não é o ensinamento que encontramos em notável parecer publicado na "Revue du Droit Public", vol. 41, 1924, página 622, e firmado por dez ilustres juristas franceses (LABBÉ, MORNARD, AUBERT, LYON-CAEN, FOURCADE, ROUSSET, CHENU, SALLE, MENNENSON e BERTHELEMY).

"Êsse parecer, reportando-se à lição do professor M. ROUX, e mostrando que a anistia não apaga o fato mas apenas lhe suprime o caráter criminoso, assim conclui:

"Ce que se fait, est fait et rien au monde ne peut faire qu'il ne l'ait été".

"Aliás, que a anistia não faz desaparecer o fato, mas só lhe tira o caráter delituoso, é ponto perfeitamente assentado.

"GASTON JÈZE, repetindo um conceito que se lê no seu "Cours de Droit Publique", pág. 102, assim se exprime:

"Quelle que soit la pertée de l'amnistie - générale ou individuelle, - on ne peut pas dire, en droit français, que l'amnistie suprime, pour l'avenir, le fait amnistié: elle ne le suprime pas juridiquement, pas plus qu'elle ne peut le suprimir matériellement" ("Revue du Droit Public", vol. cit., páginas 44-45).

"Em CABAT (ob. cit., pág. 69), lemos:

"Donc il est exagère, pour ne pas dire inexact, d'attribuer à l'amnistie une vertu destructive du fait sur lequel portent ses dispositions".

"E à pág. 69:

"Disons donc que si l'amnistie éfface l'infraction à laquelle elle s'applique, c'est *uniquement au point de vue répressif* (o grifo é do autor), *et nous aurons exactement mesuré la portée de cette institution essentiellement politique"*. E finalmente, às págs. 77 e 78, mostra CABAT que *"l'execution de la peine entraine des conséquences matérielles sur lesquelles l'amnistie n'a pas de prise"*.

"Para concluir:

"Si l'exécution de la condemnation asempéché la realisation de conditions matérielles exigées pour l'exercice d'un droit, l'amnistie sera inefficace".

"Eis o que observa MANZINI ("Trattato di Dir. Penale", 1934, vol. II, pág. 366):

"L'amnistia scriminando retroattivamente il fatto, estigue il reato, ma non il fatto in sè, inquanto possa essere prodduttivo di conseguenze giuridiche diversa da quelle che prosseppongono la sussistenza a la pre-esistenza di un reato giudizialmente accertato".

"LABORDE ("Précis de Droit Pénal", 3ª ed., pág. 440), assim se pronuncia:

"L'amnistie ne justifique point les faits auxquels elle s'applique; mais elle éfface, dans le passé comme dans l'avenir toutes leurs conséquences pénales".

"E, a seguir, acentua que *"en general l'amnistie ne produit d'effets qu'au point de vue pénal"*.

"E que *"à l'inverse au point de vue civil l'amnistie ne produit en général aucun "effet"* (pág. 452).

"FLORIAN, por sua vez, salienta que a anistia *"Toglie radicalmente e il reato e la condomna e tutti gli effetti penali, che ne possano derivare"* ("Trattato di Diritto Penale", 2ª ed., vol. I, parte II, pág. 328).

"DEGOIS ("Traité Elémentaire de Droit Criminel", 1922, pág. 396) não é menos explícito:

"Tous les effets de l'amnistie découlement de cette idée que les infractions amnistiées sont des infractions oubliées en ce qui concerne leur repression".

"E, referindo-se ainda à anistia, acrescenta que *"elle se borne à proclamer l'oubli du caractère delictueux de certains faits accomplis dans le passé"* (pág. 396).

"No citado parecer, subscrito por dez juristas franceses, ficou bem frizado que a anistia *"ne fait disparaître que ce qui est la conséquence de l'incrimination ou de la condemnation. Elle laisse subsister le fait en soi avec les autres conséquences juridiques qu'il peut ou a pu produire. L'amnistie efface tout ce qu'a elle seule a produit la condemnation pénale mais rien que cela, rappelait en 1882* M. ESMEIN *(Nota Sirey 82.2.72). Si le fait considéré à une autre point de vue a pu produire d'autres conséquences juridiques, celles-ci subsistem, malgré l'amnistie"*.

"Não é discrepante a lição de LEVASSEUR (v. "L'Amnistie", 1933, págs. 14 e segs.).

"E note-se que, nessa matéria, não diferem do nosso o direito italiano e o direito francês.

"Quem o atesta é RUI BARBOSA, chegando a afirmar que, "em França, antes da revolução, já se praticava, sub o nome de alvarás de abolição geral, a anistia no sentido em que presentemente a entendemos" ("Anistia inversa", 1896, pág. 77).

"Por último, lembraremos que, entre nós, GALDINO SIQUEIRA também. esclarece: "A anistia apaga o delito, mas não pode apagar o fato" ("Direito Penal", 1921, volume I, pág. 677).

"Entretanto, só para argumentar, vamos admitir um instante que a anistia apagasse o próprio fato.

"Que resultaria aí para os autores?

"Os autores diriam, então, que é como se não tivesse havido o movimento de 1922. E deduziriam: logo, devemos ser considerados oficiais desde as datas em que teríamos concluído nossos cursos, se não fôra a exclusão que sofremos.

"Mas quem, a não ser Deus, onipotente e onisciente, seria capaz de fixar hoje essas datas e de relacionar aquêles dos autores que, em 1922, 1923, etc., se não ocorrera o movimento revolucionário, teriam sido aprovados nos exames, teriam freqüentado as aulas, teriam tido boa conduta, etc.?

"De sorte que, para chegar ao resultado que os autores desejam, não bastaria que o legislador se arrogasse o poder divino de destruir o passado, não bastaria que emprestássemos à anistia o efeito, que não tem nem poderia ter, de suprimir o próprio fato, seria necessário muito mais. Seria necessário transmudá-la em fôrça criadora. Seria preciso que, em face da anistia, além de se ter como inexistente o movimento revolucionário de 1922, se considerassem gerados por ela, nesse ano e nos subseqüentes, vários fatos importantes que então não ocorreram, a saber: a presença dos autores, na Escola Militar, a freqüência às aulas, a sua boa conduta, a sua aprovação nos exames.

"E tudo isso pretendem sem que possam invocar qualquer disposição de lei nesse sentido, nas ùnicamente por efeito de uma anistia. Ora, é elementar que esta, se pode restituir direitos preexistentes, "não cria, entretanto, merecimento,

não dá títulos a quem os não tem, nem gera predicamentos dependentes do esfôrço próprio" (despacho do ministro da Guerra de 26-11-1919).

"Eis o que, com perfeita aplicação do caso, acentua magistralmente PONTES DE MIRANDA:

"Se em virtude da condenação havida, não pode o condenado continuar os estudos ou praticar algum ato exigido a mais para qualquer conseqüência, a anistia também lhe estabelece tal situação, que viria e não veio? Não; a anistia restabelece, não estabelece; a anistia repõe, não cria; volve a um ponto, não percorre, a partir dêle, um caminho que poderia ter sido percorrido e não o foi" ("Comentários. à Constituição", vol. I, pág. 214).

"A informação oficial acentua que há impossibilidade material de recolocar na escala os impetrantes, sem ferir direitos de terceiros, a menos que se sujeitem às mesmas provas a que foram submetidos seus colegas de turma (fls.).

"Sôbre o respeito devido a tais direitos de terceiros, escrevemos no citado parecer referente ao caso dos alunos da Escola Militar do Realengo:

"É ponto pacífico que a anistia não prejudica os direitos adquiridos por terceiros".

"GEORGES VIDAL ("Cours de Droit Criminel", 4ª ed., pág. 754), notando que a anistia faz desaparecer as incapacidades decorrentes do crime anistiado, acrescenta: *"sauf respect des droits aux tiers"*.

"LABORDE (ob. cit., pág. 453), opinando que a anistia restitui as funções e distinções honoríficas que o rebelde perdeu em virtude, do seu delito, salienta de modo preciso: *"sauf respect des droits acquis aux tiers"*.

"MANZINI ("Trattato de Diritto Penale", 1910, vol. III, pág. 256) entende que os efeitos disciplinares da condenação desaparecem pela anistia, mas isso *"in quanto non abbiamo dato causa a diritti acquisiti da terzi"*.

"E pondera:

"In quest'ultimo caso l'amnistia non produce alcuna conseguenza reintegrativa, sia pechè la materia che è obietto di essa è diversa daquella propria del diritto disciplinare, sia perchè la volontà, di terzi, a cui non si imputare alcuna colpa, non debe essere costretta a soddisfare a quelli interessi dell'amnistiato; che egli ha leggitimamente perduto".

"LEVASSEUR (ob. cit., 27) também mostra que as leis de anistia ressalvam os direitos de terceiros, chegando a afirmar: *"On admet d'alleurs unanimement que même en cas de silence de la loi, les droits des tiers seraient respectés".*

"E, se assim é na França, com muito maior razão há de ser no Brasil, onde o respeito aos direitos adquiridos está consagrado na própria Constituição:

"CABAT (ob. cit., págs. 115 e 116) é, igualmente, claro e incisivo:

"La plupart des amnisties ont expressémente réservé les droits des tiers; mais dans le cas même ou les textes ne se sont pas expliqués, l'intention de sauvegarder les droits des tiers doit être presumés".

"A seguir, observa CABAT que os direitos de terceiros podem ser que duas espécies (1ª, direitos relativos à reparação por prejuízos causados pelo fato criminoso; 2ª, direitos outros *"naissant des incapacités encourues par le condamné".*

"E, ocupando-se particularmente da segunda hipótese, proclama (pág. 138):

"Le principe qui doit nous guider dans la solution das difficultés relatives à l'influence de l'amnistie sur les droits des tiers peut être formulé ainst: l'amnistie ne doit leur portar aucun préjudice".

"Diante do exposto e do mais que consta da citada informação do Sr. ministro da Marinha, opinamos pela denegação do mandado de segurança.

"Distrito Federal, 21 de julho de 1948. - *Luís Gallotti*, procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Para o lôgro do que pretendem, argumentam os impetrantes, principalmente, com a natureza da anistia e com as conseqüências que, inarredáveis, provoca esta providência que se inspira ou se deve inspirar sempre em razões de alta política e tende a pazear os espíritos, apagando o ato de condenação e cancelando-lhe todos os efeitos. Menos do que perdão, constitui, como diz PESSINA, um *"acto consigliato dalle interesse dello Stato"*. A anistia, em princípio, realmente, é a supressão, em certos casos, dos efeitos normais da lei, avultando, por isso; como providência excepcional que recebe insuflo de vida em razões de conveniência social e política. Suprimem-se, por ela, os efeitos da lei, soterra-se o fato que jazerá em oblívio completo, desmaculado de qualquer caráter delituoso, impossibilitam-se as acusações e processos, anulam-se e eliminam-se as próprias condenações (vêde "Vocabulaire Juridique", direção de CAPITANT, fasc. 1°, pág. 49).

A *lex oblivionis* tem, por isso, necessàriamente, projeção retrooperante, já que vale a "extincto condemnationis" e prevalece ainda *post sententiam*. Em nosso direito, como no italiano, é causa de extinção de punibilidade e, ainda, de cancelamento do próprio delito (vêde JOSÉ DUARTE, "Da Ação Penal - Extinção da Punibilidade", págs. 127 e segs.).

É o desaparecimento de direito, do delito, cancelando-se-lhe as conseqüências, tôdas as conseqüências, ainda que se reflitam no direito público ou no direito civil.

PONTES DE MIRANDA:

"Sempre que o efeito penal é pressuposto negativo ou positivo de algum fato não criminal - de direito público ou de direito civil - como o exercício de cargos públicos, eletividade ativa ou passiva, ou de certas funções... a anistia apagando-o, apaga-o também como pressuposto" ("Comentários à Constituição de 1934", vol. 1°, pág. 214).

Ainda mais: ao Poder Judiciário é vedada a apreciação da justiça ou desjustiça, conveniência ou desconveniência da *lex oblivionis*, pensam que cabe únicamente ao Legislativo.

Mas, àquele poder, ao Judiciário, cabe interpretar a lei de anistia como tôdas as leis, para aplicá-las aos casos ocorrentes e deve fazê-lo com ânimo liberal.

JAVOLENO já o advertia: *"beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgencia profisciscitur, quam plenissime interpretare debemus"*.

Não obstante essas considerações, que procedem, tenho e julgo não ser caso da concessão da segurança impetrada. Duas circunstâncias orientam, nesse sentido, meu modesto voto.

É a primeira que não se trata de anistia plena e absoluta. A zona de influência da anistia pode ser mais ou menos ampla. Pode ser ela plena ou limitada, absoluta ou condicional (vêde ARAÚJO CASTRO, "A Nova Constituição", 1935, pág. 186), total ou parcial (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., volume cit., pág. 209).

Exemplo de anistia encurtada, tornada, aliás ao depois, irrestrita, a de 1895, pela lei nº 310, de 21 de outubro. Pelo § 1º do art. 1º dessa lei, não poderiam os oficiais anistiados voltar ao serviço ativo antes de dois anos de sua apresentação, e se o Poder Executivo o julgasse conveniente.

Pôsto RUI BARBOSA lhe rejeitasse, com o poder e fulgor do seu verbo, a coima de inconstitucionalidade a essa anistia inversa, a tese padroada pelo maior dos nossos doutores era mais política do que jurídica, diz PONTES DE MIRANDA, pois desatendia ao caráter essencialmente político do ato anistiante (liv. cit., vol. cit., pág. 211).

E o Supremo Tribunal decidiu:

"Sendo a anistia medida essencialmente política, ao poder autorizado para concedê-la compete apreciar as circunstâncias extraordinárias em que o interêsse social reclama o esquecimento de certos e determinados delitos. Podendo a anistia ser geral, restrita, absoluta ou condicional, sòmente ao Poder

Legislativo assiste o incontestável direito de estabelecer as garantias e condições que julgar necessárias ao interêsse do Estado, à conservação da ordem pública e à causa da Justiça".

Ora, no caso, o dec.-lei nº 7.474, de 1945, é certo que, em seu art. 1º, outorgou a quantos houvessem cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934. Mas, por fôrça do art. 2º, a reversão dos militares aos seus postos ficaria dependente de parecer dê uma ou mais comissões militares, de nomeação do Sr. presidente da República.

E o art. 5º e seu parágrafo do decreto n° 20.641, de 21 de fevereiro de 1945, determinou que a reversão dos militares anistiados se daria nos postos ou graduações que possuíssem ao tempo do afastamento. E que, nessa hipótese, a situação de cada um seria considerada, para a reserva, promoção ou reforma, pelo Conselho do Almirantado.

Informa o Sr. ministro da Marinha que se despediram os atos de reversão, ficando a promoção dependente de condição geral de estágio. E êsse ato, com a audiência do Conselho de Segurança Nacional, recebeu a aprovação do Sr. presidente da República.

Querem mais os anistiados: desejam a reversão a pôsto mais elevado, desde logo, por fôrça da anistia.

Esta, porém, como se observou, não se outorgou ampla e incondicionalmente.

Demais disso - e aí surge outra circunstância desdobrada excelentemente no douto parecer do eminente Sr. Dr. procurador geral da República - demais disso, aí surge outra circunstância: a impossibilidade, sem a prática de determinados atos, do estabelecimento de situação que se não concretizou em face da condenação cancelada. Ouçamos, ainda uma vez, a PONTES DE MIRANDA:

"Surge questão sutil. Se, em virtude da condenação havida não pode, o condenado continuar os estudos ou praticar algum ato exigido a mais para qualquer conseqüência, a anistia também lhe estabelece tal situação, que viria e não veio? Não; a anistia restabelece, não estabelece; a anistia repõe, não cria;

volve a um ponto, não percorre, a partir dêle, um caminho que poderia ter sido percorrido e não o foi. Tal é a regra, o que mais acontece, o que se há de presumir" (liv. cit., vol. cit., pág. 214).

E o que aí deixo parece-me bastante para argüir a impossibilidade - pelo menos através de mandado de segurança - de dar abrigo à pretensão dos impetrantes.

Indefiro o pedido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram o mandado. Unânimemente.

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

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - RECURSOS ADMINISTRATIVOS - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

- Antes de esgotados todos os recursos da esfera administrativa, não pode o funcionário recorrer à vil judicial.

- Sendo o artigo do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo inteiramente igual a outra disposição de lei federal, a inteligência dada pelo Supremo Tribunal, em outros casos, constitui dissídio jurisprudencial. Embora não interpretasse a mesma lei, interpretou o Supremo disposições legais redigidas em têrmos absolutamente iguais.

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* Henrique Antunes da Cunha e outros

Rec. ext. nº 18.009 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n° 18.009, de São Paulo, sendo recorrente a Fazenda do Estado e recorridos Henrique Antunes da Cunha e outros:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, por votação unânime.

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 19 de junho de 1952. - *Barros Barreto*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Com o seguinte acórdão, a fls. 204, o colendo Tribunal de São Paulo houve por bem negar provimento ao agravo no auto do processo, interposto pela Fazenda do Estado, sendo agravados Henrique Antunes da Cunha e outros; e dar provimento, em parte, aos recursos de ofício e da mesma Fazenda, para excluir da condenação desta a verbas correspondente a honorários advocatícios.

Recorreu extraordinàriamente a Fazenda, pela petição de fls. 206, baseada no art. 101, III, alíneas *a* e *d*, da Constituição federal, sob alegação de que, julgando os autores, ora recorridos, não carecedores de ação, o Tribunal de Justiça feriu de frente a letra do art. 223 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, reproduzido, no Estatuto dos Funcionários do Estado (art. 221), além de ficar em divergência com a decisão trazida à colação da 1ª Turma dêste Pretório Excelso.

O apêlo teve processo regular; arrazoaram as partes (fls. 210 e 214), e o eminente Dr. procurador geral da República oficiou a fls. 218:

"O recurso extraordinário manifestado às fls. 206 a 208, com apoio nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, merece ser conhecido pelo último fundamento, em face dos arestos divergentes apontados pela recorrente.

"De fato, iterativa é a jurisprudência dêste egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de condicionar o exercício do direito que tem o funcionário público de recorrer à via judicial às normas legais que regulam e disciplinam êsse apêlo, não colidentes com qualquer disposição constitucional (rec. ext. n° 8.724, mandados de segurança ns. 998 e 1.094).

"Não se tem o ato administrativo como perfeito para que dêle possa o funcionário recorrer ao Poder Judiciário antes de esgotamento da esfera administrativa, como prescreve a lei.

"Assim sendo e tendo o venerando acórdão recorrido, de fls. 204-205, decidido de modo contrário a êsse entendimento, opinamos pelo provimento do recurso.

"Distrito Federal, 9 de maio de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Equivocou-se, por certo, o ilustre Tribunal local ao afirmar que a Constituição de São Paulo, no art. 96, teria revogado o art. 221 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (dec.-lei estadual número 12.273, de 28 de outubro de 1941). Êste dispositivo, aliás, reprodução do art. 223 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, disciplina o recurso do funcionário ao Poder Judiciário, ao passo que o citado preceito da Carta estadual reconhece, expressamente, o direito de petição ou representação e de recurso do funcionário perante o Poder Executivo.

Mas, se não procede a alegação de ofensa àquele pressuposto do Estatuto dos Funcionários da União (dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939), por isso que, embora reproduzido no Estatuto dos Funcionários do Estado, a contrariedade do venerando acórdão recorrido foi ao referido texto de lei

estadual, não ensejando, pois, o apêlo à instância extraordinária, previsto na letra *a* do art. 101, nº III da Carta Maior da República, está fora de dúvida o conflito de julgados, face ao invocado aresto de 8 de setembro de 1947, da Suprema Côrte, no recurso extraordinário nº 8.724 ("Rev. dos Tribunais", vol. 187, pág. 939). E o eminente Dr. procurador geral da República mencionou, a respeito, dois outros, proferidos nos mandados de segurança ns. 998 e 1.094, *in* "Diário da Justiça" de 19 de setembro de 1951, pág. 2.848, e "Arq. Judiciário", vol. 96, pág. 356, respectivamente.

Constitui, destarte, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, antes de esgotados todos os recursos da esfera administrativa, não tem direito de recorrer à via judicial o funcionário público.

Entendeu diferentemente a justiça paulista, quando deveria ter considerado carecedores de ação os postulantes, por fôrça do art. 221 do citado diploma estadual. número 12.273, de 1941.

Em assim sendo, dou provimento ao recurso, de que, liminarmente, tomo conhecimento, pelo fundamento da letra *d* do permissivo constitucional.

VISTA

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por haver pedido vista o Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES, após os votos do relator e do Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, conhecendo e dando provimento.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

VOTO

O SR. MINISTRO MARIO GUIMARÃES: Eu, *in principio*, não recuso admitir, como válida, a exigência, contida em lei, de deverem os litigantes

aguardara solução dos recursos administrativos para que possam ingressar em juízo. Não vejo nisso cerceamento de defesa, uma vez que existe prazo dentro do qual se hão de manifestar as autoridades.

Desejo, todavia, firmar umas tantas premissas: a matéria é de alçada puramente estadual. A União legisla sôbre direito civil, comercial, penal, processual, aeronáutico e do trabalho (art. 5°, nº XV, letra *a*, da Constituição). A norma de que se trata não é, porém, de processo. E de direito administrativo, tanto que não figura em leis do processo, mas no Código de Funcionários Públicos. Regular direitos, deveres, vantagens aos seus funcionários é atribuição dos Estados (art. 18 da Constituição), salvo as determinações contidas na mesma Constituição, determinações essas que são obrigatórias para todos.

Assim, os Estados podem aceitar, em sua legislação, essa norma, que se impõe aos funcionários federais, ou repeli-la, porque não é constitucional. Quando os Tribunais a aplicam ou não aplicam, estarão cumprindo ou não a lei estadual, porque a lei federal a êsses funcionários é estranha. Das decisões dos tribunais a êsse respeito não caberá nunca recurso com fundamento na letra *a*.

No caso, o recurso foi manifestado com fundamento na letra *d*. Ora, sendo o art. 221 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo inteiramente igual a outra disposição de lei federal, a inteligência dada pelo Supremo Tribunal, em outros casos, constitui dissídio jurisprudencial.Embora não interpretasse a mesma lei, interpretou o Supremo disposições legais redigidas em têrmos absolutamente iguais.

Nessas condições, acentuando a competência do Estado, conheço do recurso com fundamento na letra *d* è dou-lhe provimento.

DECISÃO

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

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

ACIDENTE DO TRABALHO - REFEIÇÕES

- Considera-se acidente do trabalho o ocorrido no período de tempo destinado às refeições, embora fora do local do trabalho.

Emprêsa Luís Gonçalves, Ribeiro **versus** Firmino da Rocha Lira

Rec. ext. nº 19.755 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 29 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.151)

*

REIVINDICAÇÃO - POSSE

- A reivindicatória é a ação do proprietário que não tem posse contra o possuidor que não tem o domínio. Nela, não há necessidade de citar quem, embora pretenda o domínio, não tenha a posse.

Davi Martino da Silva **versus** Libéria de Abreu Nunes e outra

Rec. ext. nº 19.597 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 29 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Civ. 8.152)

*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RAZÕES

- A falta de razões não prejudica o recurso extraordinário.

Benjamin Ferreira da Silva **versus** Joaquim Antônio de Sousa e sua mulher

Rec. ext. nº 19.788 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 10 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.153)

*

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - RECURSO - PRAZO

- Desde que o juiz procedeu à leitura da sentença no dia designado na audiência de instrução e julgamento, dêsse momento corre o prazo, não obstante ausência dos interessados à leitura.

Ovídio Fontoura Miranda **versus** União Federal

Rec. ext. nº 18.160 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 27 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.154)

*

NOVAÇÃO - PROVA

- A novação não precisa ser expressa. Pode resultar de ato inequívoco. O que não pode é ser duvidosa.

A. R. N. Sociedade Construtora Ltda. **versus** União Federal

Ag. nº 15.125 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 3 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.155)

*

LOCAÇÃO - CONDOMÍNIO - TURBAÇÃO DE POSSE

- Nenhum condômino pode exercer sobre a coisa atos possessórios que excluam a posse dos demais. Qualquer dêles pode ser repelido como intruso quando turbe a locação do imóvel comum.

Lumen S. A. **versus** Espólio de José de Sampaio Moreira

Ag. nº 15.181 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Supremo Trib. Federal, em 10 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.156)

*

EMBARGOS A EXECUÇÃO - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

- Os embargos à execução não comportem matéria atinente ao mérito da ação.

- Não se faz necessária a audiência de instrução e julgamento, quando os embargos à execução tenham sido rejeitados **in limine**.

Antônio Lôbo **versus** Manuel Antônio de Almeida

Rec. ext. nº 19.731 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 19 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.157)

*

LOCAÇÃO - IMPOSTOS

- Não podem ser exigidos de uma só vez as cotas de impostos pagáveis em prestações.

Heloísa Dias Pedreira da Cruz **versus** Clóvis de Almeida Maia

Rec. ext. nº 19.420 - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Civ. 8.158)

*

RECURSO - VENCEDOR - LEGITIMIDADE EM PARTE

- Não pode recorrer o litigante que foi integralmente vencedor, embora no corpo da decisão haja conceito que lhe seja desfavorável.

Sociedade de Intercâmbio Mercantil Hispano-Brasileira **versus** Ernesto Riggenbach & Cia. Ltda.

Rec. ext. nº 19.586 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 13 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.159)

*

LEIS - FATOS PRETÉRITOS

- As leis dispõem para o futuro. Só excepcionalmente regulam fatos pretéritos.

Requerentes: Artur Garcia e outros

Mand. de seg. nº 1.376 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA - Ac. unânime do Sup. Tribunal Federal (sessão plena), em 20 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Civ. 8.160)

*

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Alegação de ofensa à lei de organização judiciária, de âmbito local e não federal, não rende ensejo a recurso extraordinário.

Mário José d'Oliveira Barros **versus** Chamas Aboud & Cia.

Rec. ext. nº 11.213 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 3 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.161)

*

CARTA TESTEMUNHÁVEL - JUIZ

- O juiz nada tem a ver com a carta testemunhável.

Reclamante: Vitalino Alves da Silva

Recl. nº 144 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal (sessão plena), em 22 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.162)

*

IMPÔSTO - COMÉRCIO DE ESTAMPILHAS

- O Estado pode lançar impôsto sôbre o comércio de estampilhas, exercido pelas entidades públicas estaduais, serventuários estaduais ou estabelecimentos bancários.

José Vicente A. Rubião **versus** Fazenda do Estado de São Paulo

Rec. ext. nº 15.748 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 14 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.163)

*

HERANÇA - CESSÃO

- Qualquer co-herdeiro pode ceder o seu direito à herança, independentemente do consentimento dos demais.

José Castilho da Silva Leal e sua mulher **versus** Felizardo José Gonçalves

Rec. ext. nº 17.637 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 26 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.164)

*

MANDADO DE SEGURANÇA - COISA JULGADA

- Não constitui coisa julgada, que impeça reexame da matéria em ação própria, a interpretação de dispositivo de lei, em decisão denegatória de mandado de segurança.

Alcebíades Simões Pires **versus** União Federal

Rec. ext. nº 17.955 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 19 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.165)

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - CLÁUSULA PENAL

- Na promessa de compra e venda, podem as partes, além da **arrha poenitentialis**, estipular restituição maior ou mais extensa que a do **duplum** legal, não sendo ilícita ou considerada não escrita semelhante cláusula.

Maria Joaquina Gonçalves **versus** Joaquim Carapinheiro da Silva

Rec. ext. nº 19.030 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 29 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.166)

*

INFLUÊNCIA DAS JURISDIÇÕES - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - ABSOLVIÇÃO NO CRIME

- A absolvição no crime não exclui a pena administrativa, imposta em inquérito regular.

Caixa Beneficente Jerônimo Monteiro **versus** Hélio Peixoto de Melo

Rec. ext. nº 18.783 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 19 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.167)

*

DÍVIDA - OBRIGAÇÃO - PROVA

- A quem demanda para pagamento de dívida ou cumprimento de obrigação é que cabe prover a sua existência. O réu que a nega não precisa trazer prova da negativa.

Heráclito Dias de Carvalho **versus** Fazenda do Estado da Bahia

Rec. ext. nº 15.430 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 3 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.168)

*

COISA JULGADA - JURISDIÇÃO GRACIOSA

- Embora, em regra, não tenham efeito do coisa julgada as sentenças proferidas em processo de jurisdição voluntária ou graciosa, ela se apresenta quando o feito toma caráter nìtidamente contencioso, com a tríplice identidade de coisa, pessoa e razão de pedir.

Francisco Rodrigues e outros **versus** L. G. de Sousa Pinto & Cia.

Rec. ext. nº 17.360 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 17 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.169)

*

INVENTARIANTE – DESTITUIÇÃO - MANTENÇA

- Não só do despacho que destitui inventariante, como do que o mantém, cabe agravo de instrumento.

Wilma Muller dos Reis **versus** Walter Muller dos Reis

Rec. ext. nº 19.321 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 30 de agôsto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.170)

Tribunal Federal de Recursos

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - NOMEAÇÃO - CONCURSO

- Não é compulsório o aproveitamento do candidato aprovado em concurso para cargo público.

Aziul Alves do Banho e outros *versus* União Federal

Ap. nº 241 (embr.) - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado opostos ao acórdão de fls. 540, em que são embargantes Aziul Alves do Banho e Leonardo Carlos Palhares Ribeiro e ainda León Roussoulieres Filho e Sílvio Vieira da Silva, embargada a União Federal:

Acordam às juízes do Tribunal Federal de Recursos, em Tribunal Pleno e por maioria de votos, em receber os embargos oferecidos por Aziul Alves do Banho e Leonardo Carlos Palhares Ribeiro, contra os votos dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA, que rejeitava todos os embargos, e do Sr. ARTUR MARINHO, que a tôdos recebia, tudo na conformidade dos votos constantes das notas taquigráficas de fls. 570 a 580 que, dêste, ficam fazendo parte integrante.

Tribunal Federal de Recursos, 14 de junho de 1951. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Elmano Cruz*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Aziul Alves do Banho e Leonardo Carlos Palhares Ribeiro (fls. 542), León Roussouliéres Filho (fls. 554) e Sílvio Vieira da Silva (fls. 558), tempestivamente interpuseram embargos ao venerando acórdão da egrégia 2ª Turma deste Tribunal, de fls. 540, que negou provimento à apelação por êles interposta, na qualidade de assistentes dos autores, da sentença que julgou improcedente a ação proposta contra a União Federal por Gastão Bourgeois, Carlos Gonçalves Lopes, Nélson de Macedo

Carvalho, José Sebastião Saldanha de Miranda, José Fernandes Dantas e Ricardo Thompson da Cunha. Os embargantes fizeram, como os autores, em 1933, concurso para comissário de policia e no qual foram todos classificados. O acórdão embargada deu provimento à apelação dos autores, contra o voto do relator do feito, o Sr. ministra HENRIQUE D'ÁVILA, e negou provimento à dos assistentes ora embargantes, contra o voto do Sr. ministro revisor, ÁBNER DE VASCONCELOS. Os votos vencedores bens apreciaram a hipótese dos autos. Os assistentes, ao se submeterem ao referido concurso para comissário de polícia, concurso êsse realizado em 1933, com exceção do primeiro embargante, Aziul Alves do Banho, não eram funcionários da Polícia, atual Departamento Federal de Segurança Pública, como acontece com os autores, que eram todos integrantes daquele Departamento. O concurso foi realizado em dezembro de 1933 sem que fôsse marcado prazo para a sua caducidade, o que equivale dizer que todos os candidatos: classificados podiam ser aproveitados à medida que ocorressem as vagas, obedecida, entretanto, a ordem de classificação. Veio, porém, o dec.-lei nº 636, de 19 de agôsto de 1938, e fixou o prazo para o término da validade do mesmo concurso, prazo êsse que terminaria em 31 de dezembro do referido ano de 1938.

Antes, porém, a lei nº 284, de 28 de outubro de 1938, em seu art. 14 das Disposições Transitórias, assegurou aos funcionários classificados em concurso o direito à nomeação durante a vigência dos prazos legais, e o art. 685 do dec. nº 24.531, de 1934, que reorganizou os serviços da Polícia do Distrito Federal, assegurou aos classificados no aludido concurso e que fôssem funcionários da Polícia o direito à nomeação, independentemente de ordem de classificação.

Os embargantes não foram nomeados durante a vigência do concurso que foi de dezembro de 1933 a dezembro de 1938, como, aliás, também não o foram os autores, apesar de amparados pelo citado art. 685 do decreto nº 24.531, a despeito de existirem vagas em número excedente ao dos autores e assistentes.

Os embargos foram contestados pelo digno representante da União Federal, o Dr. subprocurador geral da República, nos seguintes têrmos (lê, fls. 563).

Não há, nos autos, prova de que os embargantes, como já se disse; fôssem, ao tempo do concurso, funcionários do Departamento Federal de Segurança Pública, com exceção do de nome Aziul Alves do Banho (fôlhas 391), que foi

nomeado para o cargo de identificador da Polícia do Distrito Federal por decreto de 7 de fevereiro de 1933, antes, portanto, da realização do concurso que foi em dezembro do mesmo ano.

Os demais assistentes, como já acentuei, à data da realização do concurso, não eram funcionários da Polícia do Distrito Federal (fls. 393, 351, 373 e 382).

Está feito o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Antecedendo ao meu voto, vou lei ao Tribunal os votos proferidos na Turma pelos ministros HENRIQUE D'ÁVILA, ÁBNER DE VASCONCELOS e MACEDO LUDOLF.

O Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA assim se manifestou (fls. 527):

"A pura e simples habilitação em concurso, face à doutrina e à jurisprudência, amplamente invocada e desenvolvida nos autos, apenas assegura o direito de preferência para a nomeação, mas tão-sòmente à Administração Pública cabe julgar da oportunidade dessa mesma nomeação, segundo as necessidades e conveniências do serviço público.

"Os autores, embora aprovados em concurso, não granjearam por este simples fato direito líquido e certo aos cargos para cujo exercício se habilitaram. Apenas podiam considerar-se como titulares de uma expectativa de direito que podia ou não corporificar-se. Mas, escoado o prazo da validade do concurso, sem que os autores fôssem aproveitados, mas, também, sem qualquer desrespeito à preferência legal, por parte do poder público, nenhum direito podem invocar os autores capaz de ser assegurado pelo Judiciário. A Administração Pública não preteriu, de qualquer maneira, os autores-apelantes. Talvez, sob o aspecto moral, possa merecer crítica o não aproveitamento dos apelantes, como admite a sentença apelada. Mas, sob o prisma jurídico, tal procedimento administrativo se apresenta a cavaleiro de qualquer censura.

"Bem andou, portanto, a decisão apelada não reconhecendo aos autores o direito de que se dizem titulares. Nego provimento às apelações, para manter a sentença apelada, que acertadamente consultou o direito e a prova dos autos".

O Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS foi vencido na apelação dos assistentes, ora embargantes (fls. 529):

"Discute-se na apelação o direito que têm funcionários de concurso ao provimento de vagas no quadro a que pertencem. Válido por três anos, a lei, posteriormente, mandou aproveitá-los até esgotada a lista dos aprovados.

"Reforma ulterior do serviço público impediu o aproveitamento dos autores pela concorrência de outros funcionários também com concurso. Havia direito adquirido da parte dos primeiros? O Supremo Tribunal distingue as situações, e autores modernos concluem da mesma forma, elucidando que o interêsse é coisa diferente do direito à nomeação.

"Efetivamente, no direito administrativo atual, a noção do direito adquirido sofreu sensível modificação. As expectativas vieram restringir a esfera dos direitos que aderem à nossa personalidade, e que podem ser alteradas sem ofensa a nenhum bem jurídico. Como bem salienta o acórdão de 10 de setembro de 1930 do Supremo Tribunal, da lavra do ministro BENTO DE FARIA, "se a série dos acontecimentos ou atos necessários para o nascimento ou constituição de relação jurídica não está ainda completamente realizada, haverá, então, não um direito adquirido, mas uma simples expectativa, uma esperança de direito" ("Decisões da Côrte Suprema", vol. II, pág. 264). A lei nova que modifica, no interêsse público, os efeitos de outra lei, até então em vigor, pode perturbar a marcha de quem espera a realização de um têrmo, sem que, contudo, isso signifique uma lesão a um direito que não podia ser alterado. Essa nuança da nova conceituação jurídica abriu caminho na doutrina e hoje, já se pode dizer, está pacificamente vencedora.

"A Administração Pública reconhece-se a faculdade de traçar reformas, sem que fique prêsa por obrigações a funcionários que não chegaram a se investir em cargos, à falta de oportunidade, por fôrça das modificações trazidas pela lei recente.

"Entretanto, não é esta a situação jurídica dos apelantes. Pela análise dos diversos aspectos da questão, verifica-se que, antes da reforma do serviço policial, e quando ainda em vigor a lei que mandava aproveitar nas promoções os funcionários com concurso, deram-se vagas e nas quais deviam ser providos os apelantes. Assim, abertas as vagas, preenchia-se a condição para as nomeações. Surgia o direito adquirido que já não podia ser alterado a arbítrio de outrem, nos têrmos do art. 3° da Introdução do Cód. Civil. Preferiu o Poder Executivo fazer nomeações interinas e esperar pela reforma sem que fôssem preenchidas as vagas, o que redundou na perda, para, os apelantes, do direito que lhes estava assegurado para a promoção. Antes das vagas verificadas, a reforma administrativa podia privá-los da expectativa da melhoria funcional, em qualquer ofensa a seus direitos. Mas, com os claros nos cargos da classe imediatamente superior, vigente a lei que lhes garantia a promoção, desenhou-se nítido o direito adquirido, verificada a condição imposta para a promoção. A ação tem, portanto, procedência. Dou provimento, para reformar a decisão apelada".

O Sr. ministro MACEDO LUDOLF pediu vista e, na sessão seguinte, trouxe o voto que sei encontra a fls. 533-538 (*lê*).

E, porque houvesse ficado vencido no julgamento da preliminar, com relação aos assistentes, o ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, surgiram então os embargos.

A situação quanto aos autores-apelantes, vencedores, é tranqüila; não está em causa.

Meu voto, a propósito, é o seguinte:

"Recebo os embargos de fls. 544-553, para o fim de reconhecer aos embargastes Aziul Alves e Leonardo Carlos Palhares Ribeiro os mesmos direitos e vantagens já reconhecidos aos demais autores neste pleito (fôlhas 391-393).

"Rejeito os embargos de fls. 554 e bem assim os de fls. 558, situações idênticas entre si por não terem os embargantes León Roussoulieres e Sílvio Vieira da Silva direito ao que pretendem".

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (revisor): Sr. presidente, exatamente como o juiz relator, recebo, apenas, os embargos de Aziul Alves do Banho e Leonardo Carlos Palhares Ribeiro, pelos seguintes motivos:

Aziul Alves do Banho era já funcionário da Polícia ao tempo do concurso, estando justamente na situação dos autores, vitoriosos em grau de apelação. Quanto a Leonardo Carlos Palhares Ribeiro, tornou-se funcionário da Polícia posteriormente à realização do concurso, mas ainda durante a sua vigência.

A condição de funcionário da Polida o era, apenas, para nomeação e não para inscrição no concurso. Tornando-se Leonardo funcionário, posteriormente à realização do concurso, preencheu a condição necessária para a nomeação.

Quanto aos demais, rejeito os embargos. Embora houvesse, ao tempo da vigência do concurso, vagas suficientes para nomeação de todos êles, não realizaram, durante êsse tempo, a condição necessária para nomeação, ou seja, a de serem funcionários da Polícia.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, *data venia* dos Srs. ministros relator e revisor, rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado; por ter pedido vista o Sr: ministro ARTUR MARINHO, depois dos votos dos Srs. ministros relator, revisor, ALFREDO BERNARDES e CÂNDIDO LÔBO, recebendo os embargos de Aziul Alves do Banho e Leonardo Carlos Palhares Ribeiro, e rejeitando os dos demais embargantes. O Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA rejeitou todos os embargos e aguardou-se o Sr. ministro J. F. MOURÃO RÚSSEL. Impedido o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Nesta ação, os autores venceram mercê do acórdão de fls. 540, transitado em julgado. Mas seus assistentes foram excluídos da vitória. Teriam situação jurídica diversa. Como o resultado do julgamento não foi unânime, ofereceram embargos ao acórdão.

É dêsses embargos que aqui se cogita.

Prescindo de muitos pormenores que, em outras circunstâncias, viriam à colação.

Por que assim? Porque, aqui, hei de fixar fatos dos quais, a meu ver, decorra o direito a aplicar.

Nesse tentame, pondero:

Autores e assistentes se submeteram a concurso em 1933, sendo aprovados. Não se assinou prazo, em lei, nem em editais, para que o concurso caducasse, caso não fôssem nomeados os habilitados. Conseqüentemente, havendo vagas, ou à medida que vagas fôssem ocorrendo, deveriam os aprovados ser nomeados para os cargos.

É uma primeira conclusão, que tenho como inequívoca. Uma tese do direito de regime pertinente que, baixando ao concreto, não seria posta de lado sem atentado a direitos.

Todavia, veio a lei nº 284, de 1936, e no art. 14 assegurou nomeações como as questionadas, ou promoções: mas só para quem fôsse funcionário, durante a vigência dos prazos legais da validade do concurso.

No caso, já foi acentuado que o concurso objeto de exame não tinha prazo assinado para sua validade. Não caducava. Assim sendo, aquêle art. 14 não era pertinente à espécie, menos por só falar em funcionário do que pelo mais que a hipótese desperta.

Conseqüentemente, a situação dos embargantes continuou a mesma. Intocada. Eis uma nova conclusão; que tenho como segura.

Sobreveio, porém, o dec.-lei nº 636, de 1938, genèricamente fixando prazo para a validade de concursos anteriores à lei nº 284 citada: 31 de dezembro de 1938 referido (artigo 2º). Acho que isso estava certo.

Mas, in casu, já o art. 685 do dec. número 24.531, de 1934, assegurava preferência a funcionários de polícia, para nomeações, sem dependência de classificação obtida. Pouco importante, talvez mesmo menos curial que assim se tivesse disposto. Todavia, não debato a tese.

O que interessa, isso sim, é saber se até 31 de dezembro de 1938 existiam vagas "em número excedente ao dos autores e assistentes".

Existiam, está provado. Existindo, é bem estranho que, funcionários ou não, uns e outros não tivessem sido nomeados. Quanto àqueles (autores), o acórdão, corrido em julgado, os amparou. Não assim no tocante aos assistentes.

Pois bem, no deletreamento do direito, amparo-os eu agora com o meu voto. Porque, insisto, importa menos que êles fôssem ou não funcionários. O que importa é, *ultima ratio*, a existência de vagas que devessem ser por êles preenchidas até 31 de dezembro de 1938, porquanto aceito o art. 2º do dec.-lei nº 636 citado, limitando prazo para a validade do concurso. E dentro daquele têrmo de validade as vagas existiam.

Excluo analisar isso de preferência indiscriminada a interinos, a funcionários, etc. Sabe-se que, às vêzes, se nomeiam interinos: *ad libitum*, criando assim, num caso com os contornos do acentuado, preferências injustas e nem sempre legais. De favor pessoal. Ser funcionário era condição para ser nomeado e não para o concurso: uma e outras coisas bem esquisitas. Também elimino isso de nomear sem ordem de classificação quando a ordem fôr básica: tal modo de fazer pode até afastar a própria idéia de seleção a que o concurso serve. Má política na organização do recrutamento de pessoal para o serviço público civil.

Enfim, onde o direito deve ser igual para todos não se estabelecem decisões desiguais. *Ubi ratio* no atinente ao que o juízo *ad quod* fêz para os autores, *ibi sententia* para os assistentes. Uns e outros foram tidos como aprovados em concurso e concurso é concurso e não volúpia de quem os engode em fraudes ao direito, mais pecaminosas do que as fraudes à lei, isto é, fraudar o direito com *D* grande às vêzes é maior pecado do que fraudar o positivo ou legislado.

Visto tudo, recebo os embargos em sua totalidade.

É como voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Receberam-se, em parte, os embargos quanto a Aziul Alves do Banho e Leonardo Carlos Palhares Ribeiro, por maioria de votos. O Sr. ministro ARTUR MARINHO recebia os dos demais embargantes. O Sr. Ministro HENRIQUE D'ÁVILA rejeitava todos os embargos. Os Srs. ministros revisor, ALFREDO BERNARDES, CÂNDIDO LÔBO e MOURÃO RUSSEL votaram com o relator. Impedido o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Nota:

COMENTÁRIO

I. Realmente, bem amparada em numerosos precedentes a tese que recebeu o sufrágio da maioria, no sentido de que pode deixar a Administração de preencher vagas, sem ferir direito de aprovados em concurso. Há duas bem conhecidas sentenças nesse rumo: a do juiz AGUIAR DIAS, no Distrito Federal (publicada à pág. 479 do vol. 110 da "REVISTA FORENSE") e a do juiz CLÓVIS DE MORAIS BARROS, de São Paulo (à pág. 217 da "Rev. de Direito Administrativo", vol. VII), ambas com confirmação superior.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido, não obstante certo acórdão por maioria, da lavra de FILADELFO AZEVEDO (à página 315 do vol. 96 da "REVISTA FORENSE"), mas que não fez escola no Pretório Excelso, repelido em mais recente aresto relatado por outro luminar do direito, o ministro OROZIMBO NONATO (à pág. 68 do vol. 26 da "Rev. de Direito Administrativo"). Por isso é que a supressão de vagas, embora havendo candidatos aprovados, não autoriza estes à proteção judicial (acórdão relatado pelo ministro CASTRO NUNES, à pág. 123 do vol. 19 da "Rev. de Direito Administrativo"). Velha a jurisprudência francesa a respeito (ver MAURICE HAURIOU, págs. 62 e segs. do vol. III de "La jurisprudence administrative", Paris, 1929) e seria eruditar sem necessidade repetir citas de corrente doutrina, entre os franceses e italianos. Não é a Administração quem faz uma proposta, ao abrir o concurso; ela apenas, como nas concorrências públicas, preestabelece requisitos e se propõe a apurar a existência deles nos candidatos, mas estes é que fazem a proposta de virem a prestar as seus serviços à Administração. Essa concessão está tão próspera em França que recente julgado do Conselho de Estado francês (ver PIERRE SOUTY, pág. 32 de "Recueil de Jurisprudence", edição de 1949), num caso em que houvera promessa de nomeação por parte da Administração e depois não cumprida, decidiu ...**"les accords de cette nature entre l'Administration et un particulier ne sont susceptibles d'aucun effet juridique; que, par suite, le réquérant n'est pas fondé à demander à l'Etat réparation du préjudice qu'il aurait subi du fait de l'inexécution de la promesse sus-menttonnée".**

Na América do Norte (ver WILFRED E. BINKLEY e MALCOLN C. MOOS, pág. 382 de "A grammar of american politics", Nova Iorque, 1950) a simples classificação em concurso **"not carry assurances of appointment"**.

Claro, porém, que a lei - soberano que é o legislador - pode dispor em contrário, afastando a regra e tornando obrigatório o preenchimento de vagas. Também - em hipóteses incomuns - pode o dever de preencher a vaga resultar de princípio mais alto da não obstrução do funcionamento normal de um dos Poderes pela inércia do outro. Seria Inconciliável com a separação e harmonia dos Poderes que o Poder Executivo (que em regra é quem nomeia os juízes) se reservasse o direito de não preencher as vagas no Poder Judiciário, o que, a perdurar durante prazo longo, poderia levar à extinção virtual dêsse Poder, impedindo-o de desempenhar as suas atribuições constitucionais.

Como se vê, o princípio recebido pela maioria tem ótimo colorido, mas comporta exceções, impostas pelo legislador ou derivadas da natureza do cargo.

II. Tudo que acima se disse está certo em termos de doutrina, como certo andou a maioria lembrando êsses princípios. Mas no que, **data venia**, não foi feliz a maioria foi não dar a devida homenagem à ressalva que sublinhamos, de que a lei pode afastar-se do princípio doutrinário.

Ora lê-se no relatório do eminente relator: "Antes porém, a lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, em seu art. 14 das Disposições Transitórias, assegurou aos funcionários classificados em concurso o direito à nomeação durante a vigência dos prazos legais". Reconhece o relatório que havia, durante a vigência de tal artigo, vagas em número superior ao de candidatos aprovados. Isso, mais o art. 14 referido e a garantia maior da igualdade de todos perante a lei - tudo somado - conduzem à solução da procedência do pedido que todavia apenas obteve o voto vencido insigne juiz ARTUR MARINHO.

Alcino Pinto Falcão, juiz no Distrito Federal

*

REGISTRO DE MARCA - GARANTIAS

- Ao mero possuidor não é dado repousar exclusivamente em seu estado de utente da marca, sem legalização ou formalização de propriedade no tempo e em têrmos hábeis: sem isso, as asseguração da lei seriam vanidades, mercê de deliberação no administrativo adequado, e só o Judiciário garantiria, o que não harmoniza o direito com as garantias do direito.

Belmiro Pereira da Costa *versus* Sociedade Industrial de Produtos Alimentícios "Bela Vista" Ltda.

Ap. nº 1.551 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos e discutidos êstes autos, após o relatório, nesta apelação cível nº 1.551, de São Paulo, sendo apelante Belmiro Pereira da Costa e apelada a Sociedade Industrial de Produtos Alimentícios "Bela Vista" Limitada, recorrendo também o juízo *ex officio*:

Acorda a maioria da 2ª Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos prover aquêles apelos, conforme tudo consta das notas taquigráficas anexas e dos resumos de fls. 214 e 219.

Tribunal Federal de Recursos, 8 de agôsto de 1951. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Aqui se tem uma ação promovida pela Sociedade Industrial de Produtos Alimentícios "Bela Vista" Ltda. contra Belmiro Pereira da Costa e a União Federal, chegada a êste juízo *ad quem* por via de recurso *ex officio* e de apelações dos réus promovidos. O magistrado *a quo* sentenciou pró-autora (fls. 146-154). A apelação do primeiro dos réus está arrazoada (fls. 156 e segs.) e acompanhada de documentos; a da ré, a União Federal, também está arrazoada (fls. 183). Contra-arrazoou a apelada (fls. 186 e segs.). E perante esta instância superior o douto subprocurador geral da República pediu a reforma da sentença recorrida, para o que se fundou em arrazoados da Procuradoria da República em São Paulo, aos quais se reportou (fls. 202).

Êsse é o índice de interêsse no presente relatório. E o caso a contemplar assim se condensa:

A autora, ora apelada, afirma que, vai para longos anos, se dedica ao fabrico de doces, balas, bolachas, etc., com o nome de produtos "Bela Vista", esta sendo também denominação aderente à sua firma; Nicola Infante, de quem é segunda sucessora, iniciou o negócio, de comêço incipientemente, depois com muita prosperidade. Seus produtos se tornaram largamente conhecidos e, assim, granjearam grande fama e preferência do público em vários Estados; que, enfim, se tornou uma organização próspera e afamada.

Belmiro Pereira da Costa, agora apelante, reparou em tudo isso e, cubiçosamente, - era pequena indústria, - passou a adotar, para seus próprios produtos, a mesma denominação "Bela Vista"; procedimento desonesto, que a prejudica. Aquêle apelante foi além: vendo que êle apelando não registrara a marca possuída, registrou-a para si e ousou notificá-la para não mais usá-la, ameaçando-a com violência que iria alcançar também a terceiros. Só lhe restou o uso do nome "Bela Vista", de sua razão social, inatingido. Netas o referido recorrente, para o registro, fraudou a regra do art. 7° do dec.-lei número 7.903, de 1945, donde esta anulatória daquele registro, com o mais que pediu.

Por seu lado, o réu destacou em sua defesa que a autora só em setembro de 1945, em transformação social, adotou o nome "Bela Vista"; já então seu pedido de registro, ora atacado, fôra depositado (julho daquele ano), dessa maneira tendo prioridade sôbre a marca, aliás nunca registrada pela demandante, donde também não se aplicar ao caso o art. 7º atrás mencionado. Garantem aquela prioridade os arts. 89, § 3°, 90 e 95 do dec. nº 16.264, de 1923, ao tempo em vigor, e, conforme o art. 33 do dec. nº 24.507, de 1934, era a autora que não podia ter adotado o nome pretendido. Que a esta não assiste qualquer direito, atento mesmo a que não se opôs ao registro questionado na fase administrativa, nem recorreu depois, por outro lado, e em face de tudo, seu direito se firmando como verdadeiramente atributivo de propriedade de marca pelo registro. O pretenso direito da autora, como alegada possuidora anterior da marca, não conta. Que assim já fêz constar, no pertinente, em protesto judicial, que a demandante respondeu com a ação de que aqui se cogita.

Sentenciando a pró da autora, em parte - na maior parte porque anulou o registro - o ilustre juiz *a quo*, Dr. A. MEIRA NETO, lançou os seguintes fundamentos para decidir (fls. 149 a 154):

"Passando-se ao exame do caso, se verifica que os fatos alegados pela autora relativamente ao seu antigo uso do nome "Bela Vista", para denominar a sua fábrica e qualificar os seus produtos, ficaram sobejamente provados. A fábrica de doces, da qual é a autora a terceira proprietária, iniciou a sua fabricação no bairro de Bela Vista, nesta Capital, bairro êsse muito conhecido e que forma um dos Distritos de Paz mais importantes desta cidade, no ano de 1912: foi o seu iniciador Nicola Infante que, em seu depoimento seguro, não contestado,

merecedor de crédito, a fls. 115 v. dos autos, esclarece a origem modesta dessa fábrica, hoje tão desenvolvida; êle esclarece também, de maneira bastante aceitável, a origem dêsse nome "Bela Vista", tão inadequado para denominar balas e doces: êsse nome foi sugerido ao fundador da fábrica por um seu amigo, político conhecido, do bairro, justificando-se por se achar a fábrica no bairro de Bela Vista; as demais testemunhas que depuseram, pessoas antigas nesse ramo de comércio, nos dão notícias da notoriedade conquistada pela de nominação aludida, como significando produtos da fábrica hoje pertencente à autora; esclarecem que essa notoridade não só se deve ao fato de ser muito antigo o uso dessa denominação, como à boa qualidade do produto que representa, vindo daqui a sua enorme clientela. Dêstes fatos se pode deduzir imediatamente dois esclarecimentos, qual a razão de ser dado a produtos como doces, balas, uma denominação tão pouco adequada, e o motivo da disputa por sua posse. Pelo que ficou esclarecido no laudo dos peritos, e em outros documentos juntos aos autos, enquanto que a fábrica da autora remonta a sua existência ao longínquo ano de 1912, a do réu conta apenas com um lustro de vida; e não vai só nisso a diferença entre as duas: a fábrica do réu representa quando muito um décimo da importância da fábrica da autora. Esta circunstância tem muita significação para se compreender o procedimento do réu para com a sua parceira no ramo, como passaremos a demonstrar. Qual seria a razão do réu adotar para os doces que fabrica uma denominação tão inexpressiva, tão inadequada como atrás já qualificamos, como seja "Bela Vista", mormente sabendo, como não podia deixar de saber, que já existia uma fábrica dêsse mesmo ramo com êsse nome? A explicação não pode ser outra senão a dada pela autora: a sua cobiça o levou a êsse fim; tendo iniciado uma indústria dêsse ramo, não tardou em reconhecer a dificuldade que foi encontrar na colocação de seus produtos, em face da preferência dos fregueses pelos produtos "Bela Vista" da fábrica da autora; e, assim, para vencer essa dificuldade e abrir largo campo para seus lucros, encontrou a solução simplista de fazer uso, em seu proveito, daquele mesmo nome. São êsses os fatos que devem ser tidos como verdadeiros, em face do que ficou esclarecido nos autos. Passemos, agora, ao exame da significação dêsses fatos perante a nossa legislação aplicável à espécie. Não há por onde negar que a nossa legislação, que criou o privilégio para os registros de patentes e nomes industriais, é atributiva de direitos, tanto assim é que é dêsse registro que surge o privilégio: mas é preciso que se tenha em conta que êsse registro só constitui direito, realmente, quando não pode mais ser impugnado; ora, concedendo a lei um prazo, dentro do qual faculta a anulação do registro,

conseqüentemente só com o término desse prazo que o direito se constituirá; onde se conclui que de início é declarativo de direito, e só com o tempo se torna atributivo; como, aliás, bem frisou a autora em suas razões juntadas em forma de memorial. Portanto, a prioridade em que se esteia inteiramente o réu para se julgar garantido em seu direito, não pode ter a significação que lhe empresta; essa prioridade torna-se discutível, quando se discute o processo que lhe deu origem. Posta a questão neste pé, passemos a considerá-la por seu aspecto jurídico-social, que no caso toma relevância. Não temos dúvida em reconhecer que a prioridade do registro é válida, quando aparece destituída de vícios; é bem jurídico afirmar-se que os atos viciados, atentadores da moral social, são incapazes de se constituírem em direito; assim, não se pode ter dúvida em reconhecer que aquêle que efetuou o registro de uma marca adquiriu prioridade sôbre ela, embora outros fizessem também, uso dessa mesma marca; mas terá a mesma conseqüência a prioridade conseguida com um ato que tem todos os aspectos reais de um esbulho, no sentido literal da expressão? Um nome quando consegue a significação comercial, como o caso do nome "Bela Vista", criado pela fábrica da autora, deixa de ser uma mera expressão para se tornar, na realidade, uma coisa: no primeiro caso, a sua existência é genérica, e o seu uso pertence a todos; mas, no segundo caso, torna-se objeto de posse, gerando, no mínimo, em face da boa conduta que se pode exigir dos homens em sociedade, um dever de ser respeitada. Ora, se a lei fechasse os olhos a tal desrespeito, mantendo a prioridade como válida, em qualquer caso, viria contrariar aquêles princípios de conduta social dos homens, com que conta, como elemento essencial, para a harmonia da sociedade, que é o seu objetivo, a sua razão de ser. E é bem assim a lei aplicável ao caso dos autos; prevendo uma tal hipótese, concede um prazo de cinco anos, dentro do qual a prioridade concedida, pode ser declarada nula, se quem a obteve saltou por sôbre aquêles princípios a que atrás referimos; e a mesma lei aponta, como motivo de nulidade, o fato de uma pessoa registrar como marca um produto da mesma espécie, notòriamente conhecido. O réu lembra, como nulidade do processo, o fato da autora não haver juntado uma certidão do registro, cuja nulidade pleitearia; na verdade, é uma falha que não devia existir; acontece, porém, que se vê, às fls. 70 dos autos, uma informação do Departamento da Propriedade Industrial, fornecida ao Dr. procurador da República, que vem suprir essa falta. O réu ainda alega que a lei faculta ao interessado o direito de impugnar, no prazo de sessenta dias, um registro contrário aos seus interêsses, e concede recurso para anular o registro feito; e que a autora não fêz uso de uma ou de

outra coisa. Mas, êsse fato, que pode muito bem ter passado despercebido da autora, que não contava com a possibilidade de que alguém viesse a praticar contra ela aquilo que qualifica de usurpação, não pode impedir o uso desta ação, porquanto, aquêle é um recurso administrativo, e êste judiciário, não havendo razão para que um prejudique o outro. Considerando, pois, que a autora provou, de forma satisfatória, que há muitos anos, desde a sua fundação, a sua fábrica vem usando o nome de "Bela Vista", que lhe foi dado por ser localizada no bairro de "Bela Vista" desta Capital: considerando que a sua fábrica teve grande prosperidade e os seus produtos se tornaram muito conhecidos no comércio, a ponto de tornar a denominação "Bela Vista" uma qualificação que significa especialidade, impondo confiança; considerando que o réu, tendo registrado êsse nome como o de seus produtos, não pode ter tido outra intenção senão prejudicar a autora, e usufruir lucros com o uso de um nome bem reputado no comércio e para cuja notoriedade não contribuiu; considerando que não pode ser tida como intangível, como quer o réu, a prioridade que conseguiu, pois o registro que lhe deu origem contrariou a lei que regula a espécie, art. 95, inciso 7, do Cód. de Propriedade Industrial, lei nº 7.903, de 27 de agôsto de 1945: porquanto êsse dispositivo proíbe o registro, como marca de produto, do nome já usado por fábrica dêsse produto, declarando passível de ser anulado um tal registro, e assim deve ser declarado, em vista do que ficou esclarecido dêstes autos; considerando, porém, que o procedimento do réu, usando aquela denominação para seus produtos, não pode ser tido como prejudicial à autora e passível de indenização, porque assim agiu em virtude do aludido registro; considerando o mais que dos autos consta, julgo a ação procedente em parte, para declarar nulo o registro, realizado pelo réu, da denominação "Bela Vista", com marca de seus produtos, conforme consta da inicial e da informação de fls. 70 dos autos, e, conseqüentemente, proibindo ao réu o uso dessa marca. Custas em partes iguais. Recorro desta decisão, na forma da lei".

Arrazoando extensamente, as partes não inovam argumentos: desdobram-nos (resumi-los em mesa).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Isolando os fatos substancialmente informadores da controvérsia entre as partes, verifica-se achar-se provado que a autora possuía a marca "Bela Vista" desde há longos anos e que a explorava em seu proveito. E também que o primeiro dos réus, ora apelante, levou a registro marca Idêntica, registrando-a na estação competente da segunda demandada.

O fato moral foi muito bem realçado na sentença do juízo *a quo*, porquanto tudo leva a crer sue a marca foi cobiçada pelo réu, que a legalizou em 1945.

O processo do registro obedeceu a formalismo iterativo regular, contra o pretendido pelo registrante, nada reclamando oportunamente, no administrativo, o autor apelado, da mesma maneira que não atacou, pelo recurso cabível, aquêle registro, embora circularmente crente de tudo, por publicação oficial adequada, no jornal competente.

Tais os dados do problema, possibilitaste, visto o exposto, de apreciação no terreno jurídico pertinente. Onde o direito, a contemplar? Êsse é que é o tema decisório por excelência.

Até alguns anos atrás, sem embargo da opinião de alguns doutores e até de certos pontos de direito positivo, *v. g.* dec. nº 16.264, de 1923, a mim me parecia, na controvérsia, que o direito protegia amplamente o possuidor com uma grande dose de realidade e realismo. E a êsse propósito, sentenciando em 1939, ponderei ("REVISTA FORENSE", volume 81, págs. 462-463):

"É certo que o autor não registrou o nome Palace Hotel antes da ré, nem ultimou a tentativa posterior. Isto, entretanto, não infirma o direito daquele, nem socorre a esta. O registro é simplesmente declaratório, visando retificar o processo aquisitivo do direito anterior, e, sobretudo, publicá-lo para conhecimento de terceiros. Quanto a ser o registro meio de publicidade, a razão é, a mesma que sempre inspirou os grandes doutores em suas afirmativas referentes à transcrição de títulos aquisitivos de imóveis (*v. g.* TEIXEIRA DE FREITAS) e a transcrição, como na espécie o registro, não importa um título novo e autônomo, operante por si só (MERLIN, no estudo sôbre expropriação forçada), desde que a outrem pertença o direito. Preexistindo o direito do autor, aliás com a ostensiva ciência do presidente da ré, claro que o registro anulado,

isoladamente não é ato intrínseco idôneo para atribuir-lhe direito, nem para a perda do atribuído ao autor.

"Encarando-se a legislação particular sôbre a matéria, ressai que o sistema do dec. legislativo nº 1.236, de 1904, reproduzindo uma tradição que o dec. número 3.346, de 1887, já consagrava, o registro não é aquisitivo de direito. Basta ler o art. 10, 2º, do primeiro dêsses decretos: na ação competente, asseguradora do direito ameaçado ou violado, vence o demandante quando prova "posse anterior" ao nome do uso comercial, "embora não o tenha registrado", quando não haja prescrição. Êste já era também o art. 11, *fine*, do decreto de 1887. Outras leis mantiveram êsse ponto de vista e o dec. nº 24.507, de 1934, não rompeu essa orientação salutar, porquanto o art. 31 determinou respeito aos direitos adquiridos (situação jurídica de que fala DUGUIT, dar-se-ia melhor) decorrentes de qualquer "meio legal de aquisição do direito". Um dêsses meios é sem dúvida a posse do nome, como ensinam os sabedores e a jurisprudência, dentro do sistema geral do direito brasileiro. Condicionando a lei aquêle respeito ao registro, "de acôrdo com o regulamento vigente", não impôs prazo para o preenchimento da formalidade nem o deveria lògicamente impor, pois que a situação jurídica criada não caduca a não ser com o perecimento do direito mesmo, ou de seu exercício. Em outros tópicos volta a nossa legislação subseqüente, e bem nova, a mencionar "direitos adquiridos", embora para outras providências, mas, seja como fôr, em sufrágio à tradição supramencionada (*v.g.* art. 5° do dec.-lei nº 614, de 1938)".

Assim escrevi há 12 anos atrás, quando pretor que substituía o já eminente juiz NÉLSON HUNGRIA, então titular da 1ª Vara da Fazenda Pública.

Leis subseqüentes, entretanto, e às quais devo acatamento, alteraram aquela concepção e deixaram escoimada de dúvida a afirmativa de que o registro é atributivo de propriedade. Ampliaram a proteção a quem registra, naturalmente por considerar não merecer amparo especial os que negligenciaram com os seus próprios interêsses legítimos senão direitos mesmos.

Nesse caso, aqui, cabe a palma da vitória ao réu-apelante.

Logo, dou provimento ao recurso *ex officio* e aos dos recorrentes voluntários.

Colhe-se, com efeito e em síntese:

a) que o fundamento jurídico básico da sentença apelada é o art. 95, inciso 7°, do dec.-lei nº 7.903, de 27 de agôsto de 1945. Todavia, é fácil ver que, conforme aquêle preceito, "não podem ser registradas marcas de indústria ou de comércio" que contenham "nome ou indicação de país, região, localidade, ou estabelecimento de notório conhecimento como centro de fabricação, ou extração dos produtos, esteja ou não junto a essa indicação um nome suposto ou alheio". Não é o caso dos autos, pareça embora - e parecer não é ser - que o nome "Bela Vista" fôsse da autora, que, entretanto, não podia monopolizá-lo;

b) que aquêle decreto-lei garante o uso exclusivo da marca a quem obtiver o registro de acôrdo com o referido instrumento mesmo, art. 88, outros pormenores estando aludidos no artigo subseqüente;

c) que, certamente, se a marca da autora estivesse em uso, devidamente comprovado, o réu não poderia gozar da proteção da lei se a reproduzisse ou imitasse, mesmo sem registro por parte dêste. A promessa é da referida lei, art. 96, princípio: mas o dispositivo mesmo advertiu que assim é quando o "utente (possuidor anterior, sem registro)", impugnando o registro pedido como suscetível de o prejudicar, requeira o da sua marca dentro de 60 dias, contados da data da impugnação. E isso não fêz a autora, que assim, jurìdicamente, não se pode chocar com a situação jurídica do réu. Fora de causa que os arts. 132 do dec.-lei n° 7.903, de 1945, citado, se não fôr usado, ou se fôr usado em bom têrmo, só obsta a qualquer procedimento a mais no administrativo, o que decorre de princípios amplos do direito, *v. g.* art. 334 do Cód. de Proc. Civil, o 76 do Código Civil e, mesmo, preceitos constitucionais tal como, hoje, bem entendidos, os §§ 18 e 141 da Lei Suprema vigente, fale esta embora, no último daqueles parágrafos, em propriedade e não em posse de fato, sem título. Aliás, o art. 133 do já referido decreto-lei, de 1945, não exorbita: alude ao que é uma como preclusão no administrativo. Contudo, a ação judicial que se confere a quem prejudicado, mas não se acautelou como nos arts. 96 e 132 do dec.-lei nº 7.903, é mero contrôle à fidelidade com que se tenha processado, no administrativo, o registro que se ataque: não fôra assim, a pouco ou a nada se reduziria o registro obtido, a longa trabalheira para registrar não ofereceria segurança ou tranqüilidade e, mesmo, a propriedade das marcas, assegurada constitucionalmente (parágrafo citado), só seria garantida pela exclusiva

virtude da sentença judicial. E mais: salvo *judicial control* inafastável no nosso regime, não haveria coisa julgada no administrativo, tese que vai sendo banida com vigor, ou que, hoje, só se presta a exercitações acadêmicas.

Tudo assim ponderado, reitero meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: após haverem votado os Srs. ministro relator e revisor, dando provimento aos recursos interpostos para julgar improcedente a ação, pediu vista dos autos o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: É de tradição de nosso direito reconhecer efeitos jurídicos ao uso ou emprêgo de marca. As leis ns. 1.887 e 1.904 asseguravam, expressamente, ao possuidor, que provasse posse anterior da marca, embora não registrada, o direito de impedir o seu registro por outrem ou anular o efetuado. Depois sobreveio o dec. nº 16.264, de 19 de dezembro de 1923, que, na opinião de GAMA CERQUEIRA ("Privilégios de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comércio", vol. II, pág. 259) e de outros eminentes juristas, quebrou aquela tradição, com o atribuir sòmente preferência ao *possuidor* sôbre o inventante no caso de simultaneidade do ato de apresentação de duas ou mais marcas idênticas ou semelhantes. Mas, essa situação perdurou apenas até o advento do Cód. de Propriedade Industrial (dec.-lei nº 7.903, de 27 de agôsto de 1945) que, no seu art. 96, assim preceitua:

"Não poderá gozar da proteção dêste Código a reprodução de marca de terreiro, não registrada, mas em uso devidamente comprovado, desde que o respectivo utente, impugnando o registro pedido como suscetível de o prejudicar, requeira o da sua marca dentro de sessenta dias, contados da data da impugnação".

O registro da marca "Bela Vista" - que se pretende anular por meio desta ação teve lugar em 15 de agôsto de 1947, por despacho proferido pelo diretor do

Departamento Nacional da Propriedade Industrial, publicado no "Diário Oficial", de 3 de dezembro de 1946. Rege, a espécie, portanto, o Cód. de Propriedade Industrial, não só porque o registro da marca e o despacho que o deferiu ocorreram depois de sua vigência, como também porque o art. 221 do mesmo Código manda aplicá-lo aos atos em curso e, como norma interpretativa, aos litígios ainda pendentes de decisão administrativa ou judiciária, logo, e com mais razão, aos feitos ainda não intentados.

Apura-se dos autos que o réu-apelante, Belmiro Pereira da Costa, depositou e registrou como própria a marca "Bela Vista", para aplicação em balas, caramelos, bombons e chocolates, a qual, desde 1937, era usada pela autora - Sociedade Industrial de Produtos Alimentícios "Bela Vista" – em igual emprêgo. Por isso a autora quer seja declarado nulo o dito registro, levado a efeito com infração do art. 95, nº 2, do decreto-lei nº 7.903, de 1944 e com o fim de lhe fazer concorrência desleal. O réu defendendo-se alega que o registro da marca, em nosso sistema legal, é *atributivo* da propriedade e não meramente declarativo, não produzindo nenhum efeito jurídico a simples posse do uso da marca sem registro, como reconhece a própria autora, que funda a sua demanda proposta não no pré-uso da marca, mas no art. 95, nº 7, do Cód. de Propriedade Industrial, na falta de mais sólidos.

Quanto a ser atributivo de propriedade, em nosso direito, o efeito do registro de marca, esta é, sem dúvida, a opinião valiosíssima de GAMA CERQUEIRA, ilustre patrono do réu, mas a maioria dos tratadistas brasileiros sempre reconheceu os direitos de pré-utente, e isso quando da vigência do decreto nº 16.264, de 1923, que modificara a lei número 1.236, de 24 de setembro de 1904. O Cód. de Propriedade Industrial deu ao registro efeito simplesmente declaratório; assim a marca preexiste ao registro. VALDEMAR FERREIRA ("Instituições de Direito Comercial", vol. II, 1ª parte, pág. 171) ensina:

"O Código (de Propriedade Industrial), dando ao registro efeito simplesmente declaratório, reatou a tradição legislativa brasileira; interrompida pelo dec. nº 16.264, de 19 de dezembro de 1923. Promulgado êste sob o império da Constituição de 1891, em face da qual a lei asseguraria a propriedade das marcas de fábrica. Podia esta, portanto, estabelecer os pressupostos e condições do exercício daquele direito. A Constituição de 1946, porém, assegurou a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do

uso do nome comercial. Não deixou à lei ordinária assegurá-lo, estabelecendo-lhe os pressupostos e condições de exercício.

"Assegurou a propriedade das marcas de indústria e comércio tal qual a Constituição de 1934 já o havia feito, com as mesmas palavras. E a propriedade não nasce de registro, mas do uso da mesma. O registro, portanto, há de ser assecuratório daquele direito, sem o menosprezar ou ofender; e nunca o criador dêle".

Pelo exposto, e encontrando-se provados os fatos alegados pela autora relativamente ao seu antigo uso do nome "Bela Vista" - para denominar a sua fábrica e qualificar seus produtos, - conforme reconheceu a própria Fazenda nacional, na sua apelação (fls. 183), e ainda havendo, como há, oportunidade legal para decretara nulidade do registro, - visto como a presente ação foi intentada dentro de cinco anos, contados da data da expedição do registro inicial, - nego provimento aos recursos de ofício e voluntário, para confirmar a sentença recorrida.

O fato da autora não haver impugnado, no administrativo, o pedido do réu não a priva do apêlo ao Judiciário, segundo a lição de GAMA CERQUEIRA, transcrita a fôlhas 192.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: prosseguindo-se no julgamento, deu-se provimento aos recursos para haver por improcedente a ação, contra o voto do vogal Sr. ministro ALFREDO BERNARDES. Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – VENCIMENTOS INTEGRAIS

- A aposentadoria compulsória, por implemento de idade, é concedida com vencimentos integrais qualquer que seja o tempo de serviço, se o inativo pertencia aos quadros do funcionalismo antes da promulgação da Constituição de 1934.

União Federal *versus* Américo de Andrade e outro

Ap. nº 1.716 (embs.) - Rel.: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos dos embargos ao acórdão na apelação cível nº 1.716, do Distrito Federal, sendo embargante a União e embargados Américo de Andrade e Heitor Firme:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em reunião plena, por maioria, em rejeitar os embargos, conforme consta das notas taquigráficas anexas.

Tribunal Federal de Recursos, 29 de maio de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Pretende a União Federal, pelos embargos de fls. 62 a 63, a reforma do venerando acórdão de fls. 61, fundamentado conforme os votos de fls. 53 a 55, do Sr. ministro SAMPAIO COSTA (relator) e 56, do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS (revisor). Apóia-se o digno representante da recorrente em argumentos próprios, aliás o lastro comum em problemas como o focalizado, propugnando, entretanto, pela prevalência do voto do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO (fls. 57 a 59), vencido na apelação. Os embargados, Américo de Andrade e Heitor Firme, impugnaram os embargos (fls. 67 a 69).

A matéria objeto de cogitação se liga à aposentadoria daqueles embargados. Aposentadoria compulsória por terem êles, como funcionários públicos civis, atingido a idade-limite. O Dr. juiz *a quo* reconheceu que o provento da inatividade deveria igualar ao vencimento integral do tempo da atividade,

dessarte modificando os atos administrativos referentes; o acórdão embargado, contra o aludido voto, confirmou a sentença do juízo *a quo*. Firmou-se, pois, que tais proventos não deveriam ser proporcionais a tempo de serviço.

A leitura daquelas peças atrás referidas, a ser feita em mesa, elucidará de vez a situação a contemplar, problema que, de resto, tem sido bastante versado neste e em outros juízos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Estabeleceu o venerando acórdão embargado que ao caso dos autos, alusivos à situação de funcionários militantes no serviço público federal desde o advento da Constituição de 1934, era garantido o provento de aposentadoria, por limite de idade, correspondente ao vencimento integral da atividade. Aquêle provento não poderia ser proporcional a tempo de serviço.

Afirmou-se que aquela, Lei Suprema, encarada como se devera, assegurava o pretendido pelos autores, mesmo nos têrmos da lei nº 583, de 9 de novembro de 1937. A Carta de 1937 prometera idêntica garantia, dessa maneira, no ponto coincidindo com aduela Constituição dràsticamente cancelada, passo que logrou reafirmar-se pelo dec.-lei número 13, também de 1937. Mas que certo tópico do dec.-lei nº 1.713, de 1937, voltara a intranqüilizar o problema, levantando clamores generalizados, até que, cortando dúvidas, o direito de regime adequado voltara a seu leito natural, conforme ordem reajustadora do dec. nº 8.906, de 1946, hoje, também, ordem marcada na Constituição de 1946.

A meu ver, tudo isso está inequìvocamente certo, conforme tenho invariavelmente sustentado, quer em sentenças de minha responsabilidade como juiz, quer em votos proferidos, perante êste Tribunal, cuja jurisprudência sôbre o assunto é segura no sentido da doutrina interpretativa mais uma vez vitoriosa na decisão ora embargada.

Quanto a mim, permita-se-me relembrá-lo neste ensejo, já muito antes de tudo que acabo de acentuar ou firmar convicção sôbre o tema. Escrevi mesmo, e

divulguei, trabalho doutrinário interpretativo da Constituição de 1934, alusivo à tese, quando ainda não entrara, em 1935, para o quadro da nobre e extinta Justiça federal como magistrado. Guardaria, pois, meu modo de ver, que se destinaria, depois, ao confôrto do beneplácito da Justiça por seus órgãos mais representativos. Ainda em uma de suas últimas sessões, a realizada em 31 do mês findo, êste Juízo Superior reafirmou sua doutrina (apelação cível nº 1.378).

Divirjo, pois, *data venia*, do douto voto vencido. O mui provecto prolator daquele voto, Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, juntou a meu trabalho algumas considerações que formulara em voto anterior, noutra causa, onde impugnara ponto de vista meu, pôsto entre aspas sem dizer quem o autor do tópico isolado que criticou. Sou eu o dono da citação causticada. Tracei o que se me afigurou como e quando a Administração deveria armar-se de prudência e, acrescento aqui, de prudência: se ela não era cautelosa oportunamente, recrutando para o serviço público pessoas idosas, fôsse por piedade ou favoritismo, pessoalismo ou discrição, descuido ou ignorância, imprevidência ou gôsto à polêmica, irracionalização de atividade em suma, ao Estado, que não é pessoa apaixonada como os indivíduos às vêzes o são, caberia impor o império do direito. Foi o que se fez legislativamente por fim, foi e é o que os juízes e tribunais têm feito jurídica e justamente, isto é, conforme leis, inteligentemente encaradas, e consoante provas especificadamente apreciadas pelo Judiciário. Quando nada mais apoiasse a doutrina do bem lançado acórdão impugnado, justificá-lo-ia o *rigori aequitas preferenda est*, ou seja, ao rigor se deve preferir a eqüidade.

Conseqüentemente, mais uma vez formulo este tipo de resumo para a tese que temos sustentado:

Na aposentadoria compulsória de servidor pública, por implemento de idade-limite, é devido provento correspondente ao vencimento integral do tempo da atividade, qualquer que seja o tempo de serviço do aposentado, o que reitera jurisprudência firme e fundamentada dêste e doutros tribunais juridiciários nacionais.

Protege-se a invalidez real ou presumida, amparando-a. A própria velhice já é uma doença, como é antigo: *senectus ipsa morbus est*. Velhice e doença são condições que merecem a proteção material do Estado, principalmente a dos

que, efetiva ou virtualmente, forem atingidos pelo evento no serviço público, conforme é lei harmônica com a orientação tutelar dos legítimos interêsses do ente humano, num tempo em que o universalismo jurídico é um fato social inequívoco.

Rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (revisor): De acôrdo com o Sr. ministro relator, invocando, também, os fundamentos de um voto lido por S. Exª.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: *Data venia* dos eminentes colegas que me precederam, recebo os embargos na conformidade de meus pronunciamentos anteriores de respeito ao assunto.

Sempre entendi que a aposentadoria, por implemento de idade, operada na vigência do dec.-lei nº 1.713, de 1939, ou seja, do Estatuto dos Funcionários Públicos, reger-se-á por ele, isto é, assegurará ao aposentado proventos proporcionais ao tempo de serviço e não integrais, como acontecia à época em que vigia a lei nº 583, de 9 de novembro de 1937.

Recebo, como disse, os embargos, para julgar a ação improcedente.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Meu voto, no julgamento anterior, foi êste:

Discordo dos votos preferidos pelos ministros relator e revisor, à base das considerações que expendi no julgamento da apelação cível nº 989, que passo a ler: Conheço do apêlo e dou ao mesmo provimento, para que fique sem efeito a decisão da 1ª Instância. A aposentadoria se disciplina pelo direito positivo do tempo da sua concessão. O ínclito OROZIMBO NONATO ("Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", vol, XXX, 1944, pág. 169) entende plácido e

incontendível êsse princípio e manda que se veja, em abono da assertiva, a "Jurisprudência do Supremo Tribunal", vol. XXV, pág. 61, a "Revista do Supremo Tribunal", vol. 61, página 508, e vol. 71, pág. 95, o "Diário da Justiça" de 12-6-1934 e "Jurisprudência", volume XI, de 1934, pág. 160. Na situação de que os autores cogitam a aposentadoria foi decretada em 8 de março de 1944 e por haver o servidor completado a idade de 68 anos. Dispunha, a respeito, a lei em vigor: *o funcionário será aposentado compulsòriamente, quando atingir a idade de 68 anos e o provento da aposentadoria será proporcional ao tempo de serviço* (Estatuto dos Funcionários Públicos, dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, art. 198, parte geral, e § 3º).

Sustenta a decisão apelada que "cabe ao Poder Administrativo ser prudente não admitindo originàriamente no serviço público pessoas de idade muito avançada, com isso resguardando os interesses do erário, e não defender aquele erário de imprevidência ou imprudência do administrador, à custa de sacrifício de funcionário". Não estou por isso: Seria falta de solidariedade humana não admitir no serviço público pessoa de boa saúde, de boa conduta, apta, capaz, útil, em condições de realizar algo proveitoso, mas em desemprêgo e na iminência de penúria, só por não estar o pretendente longe da idade-limite dos 68 anos. Mais compreensivo, social, considero dar, em tais casos, o emprêgo com vencimentos proporcionais na aposentadoria. Entre diminuir o provento mais tarde, na aposentadoria, e negá-lo de todo, negando o emprêgo, por se achar o candidato próximo da idade-limite, estou pela primeira atitude, consagrada na lei referida e aceita, conforme realcei, pela jurisprudência do mais alto Tribunal do País, coetânea do ato visado pela demanda. Menciono, a propósito, o que ainda hoje li em MARCEL WALINE. Não é só no Brasil, diga-se em abono do nosso legislador, que prepondera o critério dos vencimentos proporcionais. Em França, via de regra, para que a pensão da aposentadoria por implemento de idade corresponda aos vencimentos da ativa, mister se faz que o funcionário haja colaborado 30 anos. Voltando ao caso dos autos: o eminente relator citou o caso Tomás Rodrigues. Êsse senhor, aposentado com vencimentos proporcionais, obteve no Judiciário vencimentos integrais e o Supremo Tribunal confirma isso. Mas êsse caso difere do presente, regulado, que era, por lei especial, por lei circunscrita ao pessoal da Organização Judiciária do Distrito Federal. A lei geral a que estava jungida a aposentadoria do apelado era o citado Estatuto, ou seja, o decreto-lei nº 1.713,

de 28 de outubro de 1939, que, segundo se vê pelos arts. 1º e 280, revogou a lei nº 583, de 9 de novembro de 1937. O Executivo, atuando sob as chamadas *normas* elásticas, pode fazer de Creso em certos casos. Nós, juízes, em situações como esta, não temos região de arbítrio, temos de cifrar-nos à aplicação dos textos. De resto, o que é razoável é que o empregador pague ao inativo na proporção do tempo durante o qual êle o serviu. O mais é problema de Legislação Social, de Seguro Social, a ser perquirido e solucionado por forma que abranja qualquer habitante do país que se encontre econômicamente fraco e em idade desprestimosa para o trabalho. Não é problema a ser visto e atendido do ponto de vista de uma só classe, por maior aprêço que ela mereça. Êsse o meu voto.

Não tenho por que alterá-lo. Recebo, pelos fundamentos do mesmo, os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, foram rejeitados os embargos, contra os votos dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e DJALMA DA CUNHA MELO, que os recebiam.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

SERVENTUÁRIO DE JUSTIÇA - APOSENTADORIA - CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO

- Para os efeitos de aposentadoria, conta-se o tempo de serviço. prestado em qualquer função efetiva de auxiliar de justiça, embora não remunerada pelos cofres públicos, contanto que não seja gratuita.

União Federal *versus* Dr. Breno dos Santos

Ap. nº 2.371 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.371, do Distrito Federai, em que é recorrente o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, apelante a União Federal, e apelado Dr. Breno dos Santos:

Acordam os juízes da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provimento aos recursos, para julgar a ação improcedente, por unanimidade de votos, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo apelado.

Tribunal Federal de Recursos, 1 de agôsto de 1950. - *Afrânio Antônio da Costa*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: O apelado foi aposentado no cargo de escrivão da 10ª Vara Cível em 4 de dezembro de 1941, sendo-lhe contados 11 anos de serviço público, no exercício dessa escrivania e na do 2º Ofício da Provedoria e Resíduos, ambos desta cidade. Assentou a aposentadoria nos arts. 1º e 4° do dec.-lei nº 3.164, de 31 de março de 1941 c/c o art. 197, letra *a*, do dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis.

Ajuizou o ora apelado esta ação para que lhe seja contado o tempo em que funcionou como comissário da Assistência Judiciária, isto é, desde 1913 até 13 de dezembro de 1929. E funda o arrogado direito no art. 2° do citado dec.-lei nº 3.164, alegando que dispõe a lei que para efeito da aposentadoria será computado o tempo de serviço prestado em qualquer função efetiva de auxiliar de justiça, embora não remunerada pelos cofres públicos. Em conseqüência, a função de comissário da Justiça Gratuita, a desinteressado defensor de pobres e necessitados, era e é, não há negá-lo, a de órgão auxiliar da Justiça Gratuita, como tal consagrada nas leis de Organização Judiciária (dec. número 16.273, de 20 de dezembro de 1923, art. 3º, § 1°; dec.-lei nº 2.035, de 27 de fevereiro de 1940, livro II, título 2°).

Alega a União: o art. 102 do Estatuto dos Funcionários Públicos não permite computar o tempo de serviço em função gratuita; que não há incompatibilidade entre êsse dispositivo e o art. 2º do dec. nº 3.184, de 1941, que apenas se refere a "funções não remuneradas pelos cofres públicos": as funções efetivas de auxiliar de justiça não remuneradas pelos cofres públicos não são gratuitas, a remuneração dos serventuários que a exercem é regulada por lei; que as funções de comissário de Assistência Judiciária eram por natureza gratuitas; que o decreto nº 2.464, de 17 de fevereiro de 1897, que consolidou as disposições referentes ao pessoal da Justiça do Distrito Federal, silenciou a respeito de tais auxiliares, o mesmo acontecendo com o dec.-lei nº 2.035, de 1940, que nenhuma referência fêz à Assistência Judiciária; que da enumeração constante do art. 4º do dec.-lei nº 3.164 é feita a indicação dos serventuários de justiça não remunerados pelos cofres públicos e não cogita dos que tivessem servido na Assistência Judiciária; em tais condições, não pode ser o autor, ora apelado, auxiliar de justiça para o efeito de gozar vantagens maiores na aposentadoria.

Deu o Dr. Juiz *a quo* por procedente a ação. Houve recurso *ex officio* e apêlo da União nacional. Contra-arrazoado, subiram os autos e o Dr. subprocurador geral opinou a fls. 62 (*ler*).

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Dou provimento ao recurso da União e ao *ex officio*, para julgar improcedente a ação.

O apelado-autor pretende que se lhe contem e incluam, para o efeito de melhorar sua aposentadoria, dezesseis anos que teria servido gratuitamente à Assistência Judiciária e assenta o postulado no art. 2º do dec.-lei nº 3.164, de 1941, *in verbis*:

"Para o efeito da aposentadoria paga pelo Tesouro Nacional, contar-se-á também, ao serventuário, todo o tempo de serviço em qualquer função pública federal exercida, anterior e não cumulativamente com o oficio de justiça e, bem assim, o prestado em qualquer função efetiva de auxiliar da justiça, embora não remunerada pelos cofres públicos".

Para chegar à conclusão, pretende que se lhe contem o tempo que funcionou como advogado gratuito em órgão auxiliar da Justiça segundo as leis de Organização Judiciária nº 16.273, de 1923, art. 3º, § 1º, e decreto nº 2.035, de 27 de fevereiro de 1940.

Até serem criados os advogados de ofício no atual Cód. de Organização Judiciária o Distrito Federal (art. 188 do dec.-lei nº 8.527, de 31-12-1945), eram os pobres defendidos por quaisquer advogados, sendo mesmo dever impôsto a qualquer dêles, conforme juramento prestado por ocasião da colação de grau. Não era, absolutamente, encargo ou ônus exclusivo da denominada Assistência Judiciária, criada pelo dec. número 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, e que, a despeito da dedicação dos dignos advogados Bartolomeu Portela e Miguel Buarque, já falecidos, sempre lutou com as maiores dificuldades para atender. aos réus pobres, sendo mesmo raro que um dos chamados "comissários" pudesse realmente discriminar em uma fôlha de serviços os clientes pobres a que houvessem prestado assistência efetiva.

E tanto é assim que o Govêrno se viu na contingência de criar os defensores de ofício, pagos pelos cofres públicos, prova de que, na realidade, a Assistência Judiciária jamais pôde atender por êste ou por aquêle motivo, não importa, à finalidade a que se propôs.

Procura incluir-se o apelante entre os comissários da antiga Assistência Judiciária, entre os auxiliares da Justiça, previstos no dec. nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, art. 3°, § 1°.

Mas, o que ali se lê é o seguinte:

"São órgãos auxiliares da Justiça: 1°, os dados diplomados por Faculdade de Direito, oficial ou oficialmente reconhecida, mediante prévio registro de seus diplomas na Secretaria do Tribunal de Apelação".

É coisa muito diversa do que pretende o autor-apelado. A vingar o raciocínio, todos os bacharéis em direito, cujos diplomas fôssem registrados no Tribunal de Apelação, teriam contado todo o tempo de advocacia, ingressando num cargo público. E não há exemplo mais frisante do que o meu: advogado durante 18 anos, há 20 ingressei na magistratura. Já estava com tempo de sobra para

aposentadoria. E, assim, todos os magistrados, o que, *prima facie*, é insustentável. No mesmo sentido, ou por outra, afastando-se ainda mais dos intuitos dos postulantes, está o dec.-lei nº 2.035, livro 2°, título 2º. E assim todos os magistrados, o que reputo insustentável, pelo menos ante o direito constituído. E tanto o apelado sentiu a dificuldade, que derivou para a Assistência Judiciária, mas, as duas leis, e, aliás, qualquer lei de Organização Judiciária, não se refere, sequer, à Assistência Judiciária, e, muito menos, a seus representantes ou comissários e sim a advogados.

Os advogados eram considerados órgãos auxiliares da Justiça, para os efeitos da própria lei de Organização Judiciária, como também eram os peritos (art. 3°, § 2º, do decreto nº 16.273) e não há noticia, entretanto, que entre êstes últimos algum se haja lembrado, jamais, de contar tempo de tal serviço.

Examine-se agora a situação jurídica pretendida pelo postulante, em face do decreto nº 3.164, de 1941, art. 2º.

Sustenta êle que a lei diz que todo o tempo de serviço prestado em qualquer função efetiva de auxiliar da Justiça, será contado para aposentadoria.

O segundo equivoco do postulante está em haver omitido um elemento básico na interpretação do texto, e é o que diz respeito à *efetividade da função* de auxiliar de justiça. Como advogado, exerceu função de auxiliar de justiça, mas não função *efetiva* de auxiliar de justiça. O terceiro equívoco do postulante está em incluir, no texto do artigo 2º do dec. nº 3.164, função gratuita.

Quando o legislador manda incluir o tempo de serviço de qualquer função efetiva de auxiliar de justiça, embora *não remunerada pelos cofres públicos*, é porque tinha plena ciência: 1º, da existência de funções remuneradas por outra forma que não o pagamento pelos cofres públicos; 2º, que o Estatuto dos. Funcionários Públicos de 1939 impedia que se contasse tempo de função gratuita para aposentadoria (art. 102 do decreto nº 1.713, de 1939).

Salta à primeira vista que não há contradição nem revogação alguma dêsse texto pelo do art. 2° do dec.-lei n° 3.164, de 1941.

Ao revés, ajustam-se inteiramente: para os efeitos de aposentadoria conta-se o tempo de serviço prestado em qualquer função efetiva de auxiliar de justiça, embora não remunerada pelos cofres públicos, contanto que não seja gratuita.

Não tem assim procedência a ação, pelo que dou provimento aos recursos para julgá-la improcedente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade, nos têrmos do voto do relator, deu-se provimento aos recursos. Funcionou como terceiro juiz o Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA.

*

IMPÔSTO DE IMPORTAÇÃO - RESTITUIÇÃO DE IMPÔSTO INDIRETO

- Desde que o contribuinte não prova haver adquirido o produto para consumo próprio, não cabe a devolução do tributo pago em excesso.

S. A. Moinho Santista, Indústrias Gerais *versus* União Federal

Ap. nº 13 (Embs.) - Relator: MINISTRO SAMPAIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os embargos de fls. 75, em que é embargaste a S. A. Moinho Santista, Indústrias Gerais, e embargada a Fazenda nacional:

Acordam, em sessão plena, os ministros do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, rejeitar os embargos, na conformidade do relatório e votos de fls. 92 a 98, que ficam integrados neste.

Custas na forma da lei.

Tribunal Federal de Recursos, 15 de maio de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Sampaio Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Os embargos ao venerando acórdão de fôlhas 73, opostos pela autora vencida na apelação (S. A. Moinho Santista, Indústrias Gerais) contra a ré (União, ora embargada), versam especial questão de prova. O julgado, conforme sua própria ementa, entendeu não provado que a embargante tivesse, ela própria, consumido o produto (cimento) sôbre o qual pagou o impôsto restituendo (ler votos, de fls. 67, do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, relator; de fls. 68, do Sr. juiz ELMANO CRUZ, revisor; de fls. 71, do Sr. ministro SAMPAIO COSTA; vencido o de fls. 68). A base de resistência é em verdade o documento de fls. 16, em que se baseou o Dr. juiz *a quo*, cuja sentença foi reformada, enquanto que naqueles votos vencedores se considera pouca e, pois, inoperante a referida prova.

O digno subprocurador geral da República impugnou os embargos de fôlhas 76 e seguintes (ler os embargos e a impugnação de fls. 37 a 88).

É o relatório.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Os doutos Srs. ministros que julgaram perante a egrégia 1ª Turma não põem em dúvida a possibilidade, em tese, da restituição do impôsto pretendida pela embargaste. Mas exigem certa prova, que, na espécie, era ter ou não ter aquela embargaste consumido o cimento sôbre cujo consumo incidiu o tributo.

Nesse terreno, o Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO estabeleceu que a patente de comércio (fls. 16) não implica a segurança de que não tivesse a ora embargante adquirido a mercadoria para revenda: que o conteúdo do documento é vago para um resultado seguro sôbre tal assunto, tanto mais quanto há referência a outros *materiais* como objeto de comércio da firma.

Com isso concedeu, desenvolvendo consideração, o Sr. ministro SAMPAIO COSTA. O juiz revisor, porém, achou, tanto quanto o magistrado *a quo*, que o consumidor foi o próprio importador da mercadoria.

Tenho para mim que o documento de fls. 16, em seus elementos interpretativos, devam ser ligados ao previsto no art. 1° do dec.-lei nº 7.404, de 1945. Realmente, é um dado oficial irrecusável que são os seguintes os efeitos comerciais objeto da mercancia da autora: "produtos alimentares, industrializados; tintas, vernizes e outros materiais; tecidos, malharia, passamanarias; cordoalhas; e linhas (fls. 16 cit.)".

Nos vernizes e *outros materiais* poderia entrar cimento. Foi como se concebeu o problema, no venerando acórdão.

Mas, quando se tenha em aprêço que entre os produtos consubstanciados nas alíneas XII, XIV e XXIX do art. 1º do decreto-lei citado não entra cimento, parece-me òbviamente que *em outras* não se pode presumir que cimento tivesse entrado. Presunção *juris tantum*, é claro. Mas militante em favor de quem a tem como prova. Corre a quem alegue o contrário, no caso a ré, desfazer aquela presunção, na espécie não desfeita.

Isso e o conjunto das circunstâncias que militam em favor da autora inclusive fiscalização eficiente da ré (art. 10 do decreto-lei citado), que não descobriu emprêgo diverso do alegado para o cimento, como realçou meticulosamente o digno juiz *a quo*, e *data venia* dos brilhantes votos, a meu ver sem fomento de justiça, conduz ao recebimento dos embargos.

Assim, restauro a sentença antes apelada, para o que recebo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (revisor): Sr. presidente, mantenho o acórdão embargado, na consonância de meu voto proferido na apelação.

Realmente, a questão cifra-se - como bem ponderou o Sr. ministro relator - em saber se, dentre os produtos relacionados na carta-patente, poder-se-ia incluir ou não o cimento, objeto do impôsto. Tenho para mim que se podia, dados os

têrmos em que está vazada a carta-patente, que cita várias mercadorias e, após citação especificada, genèricamente, diz: e outras mercadorias.

Ora, a autora não faz prova de que seu comércio não fôsse também de cimento. Essa prova, resultante da carta-patente, não lhe é favorável, a meu ver.

Como o Sr. ministro relator focalizou, por ocasião do julgamento, houve divergência, entre o Sr. ministro relator e o Sr. ministro revisor e, então, pedi vista dos autos para examina-los. Verifiquei, no meu modo de entender, que a carta-patente não autorizava ao juiz *a quo* o entendimento que teve de que dentro do ramo de comércio do autor não figurava o de cimento, porque êle importara cimento e alegara que era para construção e não para venda.

A carta-patente entretanto, especificava várias mercadorias do seu comércio, detalhadamente e, por fim, dizia: "várias outras". Dentre essas "várias outras", a meu ver, poderia, como pode, estar compreendido o cimento.

Mantenho o meu voto, com a devida vênia do Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Por ocasião do julgamento a que se prende o acórdão embargado, proferi o voto seguinte:

Dou provimento ao recurso *ex officio* e à apelação da Fazenda. Julgo, em conseqüência, improcedente a ação. A teor do explicitado no dec.-lei n° 7.404, de 22 de março de 1945, art. 2º, o tributo pago em excesso não pode ser restituído à firma importadora do cimento, de vez que foi desembolsado pelos consumidores. Insiste a apelada em que adquiriu o cimento para consumo seu. Disso, porém, não fêz prova. A patente de comércio (fotocópia de fls. 16), não implica a segurança de que a recorrida não adquire cimento para revenda, precìpuamente se atentarmos para o conteúdo vago, indiscriminado da mesma, onde está escrito: "tintas, vernizes e *outros materiais*". Como aceitar que a grande partida de cimento, sôbre que versavam os documentos de fls. 10 *usque* 15, foi importada para consumo da própria apelada, se teria sido fácil à mesma, a quem incumbe o ônus da prova, exibir flagrantes das construções que estava fazendo e às quais se destinava o produto importado? Fácil seria à apelada

produzir essa prova. Por que não se preocupou em fazê-lo? Por não ter ligado para o assunto, ou por ter vendido o cimento. Dum modo ou de outro, acarrete, agora, neste caso, com as conseqüências.

Com êsses mesmos fundamentos, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Também rejeito os embargos. Da discussão travada nesta sessão de julgamento ficou bem evidenciado que o autor-embargante importou uma partida de cimento e dela dispôs. Alega-se que não há prova, nos autos, da venda do cimento a terceiros; tal prova, no entanto, resulta da ausência de demonstração, por parte do autor-embargante, da aplicação do cimento em construções de sua propriedade. A carta-patente do autor autorizava-o a importar cimento, como ato do seu comércio. Importando-o e não provando o seu emprêgo em uso próprio, a presunção é a de que vendeu a terceiros. Nestas condições, parece-me inteiramente infundada a pretensão do autor de reaver impostos que pagou pela importação do cimento, com o qual comerciou, como lhe permitia fazer a sua carta-patente. Rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Também desprezo os embargos. Desde que a ação foi posta em juízo pela embargada, alegando que êste cimento devia gozar de isenção, porque o consumia em proveito próprio, a ela cumpria provar o alegado e não à Fazenda nacional.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, foram rejeitados os embargos, votando contra, recebendo-os, os Srs. ministros relator e CUNHA VASCONCELOS. Designado para lavrar o acórdão o Sr. ministro revisor.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - VENCIMENTOS - EQUIPARAÇÃO

- A lei nº 200, de 1947, é elucidativa do direito anterior; se não retroage, no sentido comum, retrospera, como contingente de justiça e de eqüidade, para legitimar direitos e interêsses por decreto judicial.

- Interpretação da lei nº 200, de 30 de dezembro de 1947.

Israel Alves de Paiva e outros *versus* União Federal

Ap. nº 1.094 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.094, do Distrito Federal, sendo apelantes Israel Alves de Paiva e outros e apelada a União Federal:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em 2ª Turma e por maioria - foi voto divergente o do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, - em dar provimento àquele recurso, conseqüentemente, substituindo a sentença do juízo *a quo* nos têrmos da decisão vencedora, tudo conforme se esclarece no relatório e nas notas taquigráficas anexas, integrantes do julgado.

Tribunal Federal de Recursos, 9 de setembro de 1949. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Nesta ação, conduzida contra a União Federal, os autores, em grande número, bem como vários litisconsortes, apelaram da sentença de fls. 469 e segs., sentença que historia o processo a contento e informa acerca da razão de decidir, valendo, pois, ser transcrita.

O ilustre juiz *a quo* colocou o caso e o decidiu desta maneira:

"Israel Alves de Paiva, António Justino Pereira da Silva, etc. (alude nominalmente a todos e menciona outros detalhes proveitosos), qualificados às fôlhas 3, 4 e 5, propuseram a presente ação contra a União Federal, pedindo a condenação da ré no pagamento das diferenças de vencimentos, neles integradas as cotas a partir de 1 de janeiro de 1937, isto quanto aos autores que figuram nos protestos judiciais juntos, e a pagar as mesmas diferenças de vencimentos a partir, porém, de cinco anos da presente data aos demais autores, tudo conforme fôr liquidado na execução.

"Alegam os autores que, como antigos funcionários das Contadorias Secionais em que se dividia a Contadoria Central da República, estão hoje integrando um quadro único do Ministério da Fazenda, sob a denominação de Contadoria Geral da República, na conformidade dos decs.-leis ns. 349, de 23 de março de 1938, e 1.990, de 31 de janeiro de 1940, e dec. nº 5.226, dessa última data; que a *Contadoria Central da República* foi organizada, definitivamente, dela fazendo parte não sòmente o pessoal da Contadoria Central, mas também os das sete contadorias secionais referidas no art. 2º do decreto nº 16.650, de 22 de outubro de 1924, bem como o das subcontadorias secionais, que viessem a ser criadas em número equivalente às necessidades dos serviços da Contabilidade Geral da União (são citados diversos decretos); que, pertencendo a um só quadro, ou repartição, as funções do pessoal da Contadoria Central e das Contadorias Secionais sempre foram *idênticas*, motivo por que os seus vencimentos sempre foram iguais, equiparados aos dos funcionários do Tesouro Nacional; que, com a promulgação do decreto legislativo número 5.622, de 28 de dezembro de 1928, e respectivo Regulamento, aprovado pelo decreto nº 18.588, de 28 de janeiro de 1929, embora continuassem *idênticos* os vencimentos dos funcionários da Contadoria Central e das Contadorias Secionais, deixaram de ser assemelhados aos do funcionalismo do Tesouro Nacional, e como, sòmente, uma parte mínima dos funcionários da Contadoria Central houvesse sido, desde logo, efetivada, enquanto a parte restante continuou em comissão, sòmente logrando efetivação alguns anos depois, aconteceu que, em conseqüência da reforma do Tesouro - decs. ns. 24.144, de 18-4-1934, e 24.036, de 26-3-1934, - a Contadoria Central da República foi integrada no Tesouro Nacional, como uma das suas divisões; sendo excluídas as Contadorias e Subcontadorias Secionais, em conseqüência da protelação ao cumprimento do dispositivo de lei que mandara efetivar os seus funcionários;

que, diante disso, os funcionários das Contadorias e Subcontadorias Secionais passaram a perceber remuneração menor do que os contadores da Central da República, em conseqüência da reforma do Tesouro Nacional que instituiu o regime de "cotas"; com o advento da lei n° 284, de 28-10-1936, perdurou a mesma desigualdade; que o artigo 23 da lei acima citada determinou a supressão do sistema de remuneração, composto de ordenados e "cotas", ressalvando, apenas, o direito dos funcionários, que já percebiam tais "cotas", deixando ao desamparo os funcionários das Contadorias e Subcontadorias Secionais; entretanto, essa própria lei, no art. 3º de suas disposições transitórias, declarou que "aos atuais funcionários fica assegurado o pagamento da diferença entre a remuneração que estiverem efetivamente percebendo, ou que tiverem direito a perceber na data da publicação desta lei, e os vencimentos que lhes foram fixados nas tabelas anexas"; que foi o próprio Govêrno que reconheceu perfeita identidade de funções entre os componentes dos quadros da antiga Contadoria Central da República e das Contadorias e Subcontadorias Secionais, tanto assim que, pelo decreto-lei nº 349, de 23-3-1938, *unificou* os respectivos quadros, que passaram depois a ter denominação de Contadoria Geral da República, da qual fazem parte, sem qualquer distinção, *salvo quanto aos vencimentos*, os antigos funcionários da Contadoria Central e das Contadorias e Subcontadorias Secionais da República, adotando o referido decreto as providências mencionadas a fôlhas 8 da inicial (extinção da carreira de contabilista, criação das carreiras de "contador", de "guarda livros", e extinção do quadro XIII do Ministério da Fazenda); que contra a violação dos seus direitos reclamaram os autores, do que resultou a promulgação do decreto nº 349, de 1938, o qual, apesar de reconhecer integralmente a procedência da reclamação, corrigindo as anomalias e incongruências até então verificadas na Contadoria Central da República, colocando todos os funcionários no lugar que de direito lhes competia, deixou, entretanto, o referido decreto que perdura se uma situação de desigualdade no tocante aos vencimentos; que, enquanto os funcionários das demais diretorias do Tesouro Nacional têm os seus vencimentos igualados, favorecidos pelo regime das "cotas", somente uma parte da Diretoria, constituída pelos funcionários da antiga Contadoria Central da República, percebem aquêles mesmos vencimentos; que o motivo determinante de tão aberrante desigualdade foi baseado no art. 23 da lei nº 284, de 1936, que aboliu o sistema de remuneração de "cotas", ressalvados, apenas, os direitos dos funcionários que já percebiam as "cotas", entretanto, foi a própria lei número 284, de 1936, que teria tornado extensivo aos funcionários

da Contadoria Central da República o pagamento das "cotas", de que êles não gozavam; que, debalde, reclamaram e pugnaram os autores pelo reconhecimento dos seus direitos na esfera administrativa, em tôdas as instâncias, cumprindo o determinado no Estatuto dos Funcionários Públicos; que promoveram tempestivamente o protesto judicial, para a interrupção de qualquer prescrição, muito embora de tal se não pudesse cogitar, dado que se tratava, como se trata, de diferenças de vencimentos, a qualquer tempo reivindicáveis, sujeitas, apenas, às restrições contidas no dec. nº 20.910 (arts. 2º e 3°) e no Cód. Civil, art. 178, § 10, nº VI, *in fine*.

"Com a inicial foram juntos os documentos de fls. 12 a 239, inclusive os protestos referidos na inicial, os quais se encontram nos autos, respectivamente, às fls. 204 e 220.

"Citada, a União Federal contestou a ação, como consta a fls. 249, alegando que os vencimentos e cotas reclamados pelos autores, na presente ação, não são devido ` pela União Federal, porque não estavam fixados em lei para os cargos que êles exerciam, não importando tenha havido desigualdade de proventos para funcionário de atribuições idênticas; que se tal desigualdade pode ser injusta, não é, no caso, ilegal, nem pode amparar qualquer pretensão no sentido de ser a ré compelida a, na vigência das leis que estabeleceram aquela desigualdade, proceder em desacôrdo ao disposto em seus textos; que, entre nós, só os magistrados gozam da irredutibilidade de vencimentos, o que basta para que se conclua que, na hipótese de ser obrigatória a igualdade de proventos para funcionários que tenham idênticas atribuições, lícito seria que a ré equiparasse tais proventos, reduzindo as vantagens até então auferidas pelos mais beneficiados; que não pode a ré ser compelida judicialmente a equiparar aos proventos dos funcionários mais favorecidos os dos de menor remuneração, embora de funções iguais, de vez que defeso não era à ré adotar critério inversa ao pretendido pelos autores; que a ré, adotando o critério de suprimir o pagamento de "cotas", gradativamente, à proporção que ocorressem as vagas, agiu por mera liberalidade; que os autores poderiam ter quando muito, uma expectativa de direito e não um direito a defender, o que basta para evidenciar a sua descabida pretensão; que, no caso idêntico ao que se discute na presente ação, a egrégia 1ª Câmara do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da apelação cível nº 7.447, na qual foi relator o eminente ministro CASTRO

NUNES, julgou não ter cabimento a equiparação de vencimentos de funcionários públicos, desde que não haja lei assim determinando.

"Com a contestação juntou a ré o documento de fls. 255-260.

"De fls. 264 a 360, estão juntos os documentos dos autores (cópias fotostáticas).

"A fls. 368, Afonso Augusto de Magalhães Calvet, Álvaro da Fonseca Bastos, Alaíde da Graça Castelões, Cleto de Paula Botelho, Luís Alberto Rist, Armando Orlando, Maria das Dores de Carvalho e Melo, Nicolau Baroni, Haroldo Borges, Duquesme Pereira Lima, José Pedro Nogueira Aranha, João Barroso Pereira, José Magalhães Vieira de Melo, Carmem Tavares Vieira de Melo, José Pedro Nogueira Aranha e Maria Elvira Campos, alegando ter interêsses idênticos aos dos autores, requerem que, ouvido o Dr. 3° procurador da República, fôssem admitidos como *litisconsortes*, nos têrmos do disposto no artigo 88 do Cód. de Processo Civil, juntando com a petição os documentos de fôlhas 370 a 376.

"Juntaram mais os autores, com a petição de fls. 397, os documentos de fôlhas 398 a 442 (cópias fotostáticas), estando, ainda, junto a fls. 347-348 mais um documento (cópia fotostática).

"Os documentos juntos por cópias fotostáticas foram devidamente conferidos, como se vê a fls. 365 e 449.

"O Dr. 3° procurador da República, falando a fls. 451, concordou com a admissão, como litisconsortes, de alguns dos requerentes de fls. 368, opinando pelo indeferimento dos outros por não haverem provado idêntico interêsse ao dos autores e não ter constituído procurador o ilustre signatário da petição de fls. 368.

"Foi proferido o despacho saneador, como se vê a fls. 452 v., ficando admitidos todos os litisconsortes, devendo, porém, os impugnados trazer os títulos e as procurações ao seu patrono, dentro do prazo de cinco dias.

"Por petições de fls. 454, 458, 460 e 461, foram cumpridas, em parte, as exigências feitas pelo Dr. procurador, o qual, ouvido, concordou que fôssem admitidos como litisconsortes todos os requerentes de fls. 368, com exceção de Maria Elvira Campos, relativamente à qual prevalece a impugnação feita a fls. 451.

"Realizou-se a audiência de instrução e julgamento no dia e hora prèviamente designados no despacho a fls. 465, conforme consta a fls. 467.

"Isto pôsto:

"Considerando que os autores e os litisconsortes, declarando a qualidade de antigos funcionários das Contadorias e Subcontadorias Secionais em que se subdividia a Contadoria Central da República, pretendem que sejam assemelhados e igualados os seus vencimentos aos dos funcionários da extinta Contadoria Central da República, e, em conseqüência, aos dos demais funcionários das outras Diretorias do Tesouro Nacional;

"Considerando que a Contadoria Central da República, organizada pelo dec. número 16.650, de 1924, era composta pelo pessoal da Contadoria Central, das Contadorias.Secionais e das Subcontadorias Secionais que viessem a ser criadas;

"Considerando que com a promulgação do dec. legislativo nº 5.622, de 1928, e respectivo Regulamento, aprovado pelo decreto nº 18.588, de 1929, os vencimentos dos funcionários da Contadoria Central continuaram idênticos, mas nas tabelas anexas ao último dêsses decretos se verifica que os cargos exercidos pelos funcionários das Contadorias e Subcontadorias Secionais eram "em comissão";

"Considerando que, de acôrdo com o disposto no art. 22 do dec. n° 24.036, de 26 de março de 1934, que organizou os serviços da Administração Geral da Fazenda Nacional, o Tesouro Nacional, que é o Departamento Central da Administração da Fazenda, compõe-se: *a) ... e)* da Contadoria Central da República", declarando, outrossim, o art. 24 dêsse mesmo decreto, que "são repartições auxiliares e dependentes do Tesouro Nacional: *a) ... g)* as Contadorias e Subcontadorias Secionais", ficando, assim, a Contadoria Central

da República fazendo parte integrante do Tesouro Nacional e as Contadorias e Subcontadorias Secionais como repartições auxiliares e dependentes do Tesouro Nacional.

"Considerando que, assim, a Contadoria Central da República foi integrada no Tesouro Nacional, constituindo uma das suas divisões, ficando excluídas dessa integração as Contadorias e Subcontadorias Secionais.

"Considerando que, em face da integração no Tesouro Nacional da Contadoria Central, em conseqüência da reforma do Tesouro (dec. nº 24.144, de 18 de abril de 1934), vieram os funcionários da Contadoria Central a receber "cotas", o que não aconteceu com os funcionários das Contadorias e Subcontadorias Secionais que em virtude de organização anterior, procedida pelo dec. nº 24.036, de 26 de março de 1934, não mais faziam parte da Contadoria Central, mas de *repartição auxiliar e dependente ao Tesouro Nacional*;

"Considerando que, posteriormente, o art. 23 da lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, resolveu suprimir o sistema de remuneração composto de ordenado e cotas, ressalvando o disposto no art. 4° das Disposições Transitórias quanto aos funcionários que influírem, diretamente, na arrecadação de rendas orçamentárias e ao disposto no parág. único do referido art. 23, que assegurou aos funcionários que já recebiam cotas essa vantagem enquanto exercerem tais cargos, com as limitações determinadas nas letras *a* e *b* dêsse artigo;

"Considerando que, realmente, mais tarde, em 23 de março de 1938, pelo dec.-lei nº 349, resolveu o Govêrno unificar os quadros da antiga Contadoria Central e das Contadorias e Subcontadorias Secionais, que passaram a ter a denominação de Contadoria Geral da República.

"Considerando que o referido dec. número 349 remodelou a Contadoria Geral da República, criando em seu art. 2º as carreiras de "contador" e "guarda-livros", em cujas classes, respeitados os padrões de vencimentos de então, foram distribuídos os cargos integrantes da carreira de contabilista do Quadro XIII, que suprimiu, quadro êsse que era composto pelos funcionários das Contadorias Secionais como consta do mesmo decreto-lei;

"Considerando que, devido ao fato de terem sido os funcionários da antiga Contadoria Central favorecidos pelo regime de "cotas", ficaram êsses funcionários com vencimentos maiores do que os das antigas Contadorias e Subcontadorias Secionais, apesar de hoje pertencerem a um mesmo quadro do Ministério da Fazenda (dec.-lei n° 349, de 1938);

"Considerando que, quando os autores, pelo dec.-lei nº 349, de 1938, foram integrados como funcionários da Contadoria Geral da República, os funcionários pertencentes a esta repartição já não tinham direito a "cotas", conforme o disposto no art. 23 da lei nº 284, de 1936;

"Considerando que, apenas, os funcionários que pertenceram à Contadoria Central quando esta estava integrada no Tesouro Nacional ficaram com direito a "cotas", de acôrdo com o parág. único do art. 23 da lei nº 284, que ressalvou o direito à percepção de cotas aos funcionários que já as percebiam;

"Considerando que, embora aparentemente injusta, a desigualdade ora existente entre os atuais funcionários da Contadoria Geral não é ilegal, porque existe, em virtude de uma lei posterior àquela que, respeitando a situação dos autores, na ocasião, reorganizando os serviços, colocou-os em repartições diferentes (dec. nº 24.036, de 26 de março de 1934, e 24.144, de 18 de abril do mesmo ano), e foi o parág. único do art. 23 da lei nº 284, de 1936, que, ressalvando as "cotas" aos funcionários que já as recebiam, trouxe a desigualdade ora existente entre os autores e seus colegas;

"Considerando que não consta dos autos tenham os autores reclamado, oportunamente, contra a situação em que ficaram em relação aos funcionários da Contadoria Central, quando passaram a integrar o quadro do Tesouro Nacional como um dos seus órgãos (dec. nº 24.036, de 1934), situação da qual decorreu a vantagem das cotas (decreto nº 24.144, de 1934).

"Considerando o mais que dos autos consta: Julgo improcedente a presente ação e condeno os autores e litisconsortes nas custas.

"P. R.

"Distrito Federal, 20 de maio de 1946".

Apelaram os demandantes, oferecendo as razões de fls. 482 a 498, rebatidas pela apelada às fls. 501 a 503. Repetem os dados argumentativos que o magistrado *a quo* condenou como acima se viu; ambas as partes, porém, desdobrando considerações já produzidas.

O ilustre representante da ré perante êste juízo *ad quem*, o subprocurador geral da República, Dr. ALCEU BARBEDO, opinou como se segue (fls. 511-512):

"A controvérsia é de fácil deslinde e só encômios. merecem a clareza e precisão da MM. sentença do ilustrado juiz Dr. JOÃO FREDERICO MOURÃO RÚSSEL.

"Sob a denominação de Contadoria Geral da República, os antigos quadros da Contadoria Central da República e das Contadorias e Subcontadorias Secionais foram unificados pelo dec.-lei nº 349, de 23 de março de 1938.

"Antes, a teor do dec. nº 24.036, de 20 de março de 1934 (art. 22), a Contadoria Central era um dos órgãos componentes do Tesouro Nacional (letra *e*), mas as Contadorias e Subcontadorias Secionais figuravam à parte daquela, na situação de repartições auxiliares, dependentes diretamente do Tesouro (art. 24, letra *g*).

"Foi na vigência de tal situação - quando os autores não pertenciam à Contadoria Central - que os funcionários desta passaram a perceber cotas, por fôrça do dec. número 24.144, de 18-4-1934.

"Entretanto, a lei nº 284, de 28-10-1936 (art. 23), suprimiu o regime de *cotas*, respeitada a condição daqueles que já as recebessem.

"A regalia tornou-se, dessarte, inerente não à função, mas a certa categoria de funcionários, inclusive os da antiga Contadoria Central.

"Ora, integrados na Contadoria sòmente em 23 de março de 1938 (dec.-lei nº 349, citado), quando já abolido o sistema de cotas (lei nº 284, de 1936), os autores não ficaram nem poderiam ficar compreendidos dentro daquela categoria, especial e excepcional, assegurada, apenas, àqueles funcionários que, antes da modificação, já percebiam cotas, além dos respectivos ordenados.

"Não há, portanto, contradição, mas evidente harmonia - que é resultante das leis sucessivas reguladoras do assunto - entre a situação dos autores e a de outros funcionários vindos da Contadoria Central, se bem que hoje todos reunidos na Contadoria Geral da República.

"II. Ademais. - cumpre ressaltar - a espécie gira em tôrno de vantagens de funcionários públicos pròpriamente ditos e não de magistrados, os únicos a gozarem do privilégio da irredutibilidade de vencimentos. Nem tão longe será preciso levar a controvérsia, diante da clareza do exposto: De qualquer contestação de aceno, propósito, douto Dr. 3º procurador da República, teria perfeita adequação preventiva se ultrapassadas as verdadeiras lindes do debate.

"III. Por seus próprios fundamentos, a MM. sentença impõe-se, *data venia*, à confirmação do egrégio Tribunal".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Limpo de questões formais ou que cedam a direito processual de fundo, e apenas sujeito a averiguar-se o ocorrido em lei subseqüente à sentença recorrida, datada de 20 de maio de 1946, o que se examinará logo mais, *de meritis*, meu modo de ver é o seguinte:

Tenho que a sentença recorrida, embora muito bem lançada, até porque fiel aos fatos e, doutrinàriamente, com apoio em uma séria corrente de pensamento interpretativo - isso honra a seu nobre prolator - deve ser substituída por outra desta instância *ad quem*, mesmo à luz de pontos vencedores na lei nº 200, de 30 de dezembro de 1947 ("Diário Oficial" de 31-12-47), editada após o decidido pela ilustre instância *a quo*.

Voto, portanto, pelo provimento da apelação dos demandantes. Assim, tenho a ação como procedente e dou pelo pedido formulado nos itens *a* e *b* da inicial (fls. 11), no que ainda não estiver solucionado em têrmos de tese abaixável à espécie, visto a lei nº 200 citada, liquidando-se o que fôr em execução, sendo

que juros da mora, com acatamento do art. 3º do dec. nº 22.785, de 1933, e custas de direito.

Os postulantes eram antigos funcionários das Contadorias Secionais tal como se organizava a Contadoria Central da República e, depois, integraram o quadro único do Ministério da Fazenda consoante o dec.-lei nº 349, de 1938, tudo também esclarecido com o constante do dec.-lei nº 1.990, de 1940, e do dec. nº 5.226, concomitantemente surgido com êsse último diploma.

A história legislativa do regime pertinente em coincidência com á administrativa indispensável à compreensão do problema dos mais complexos se desenvolve em têrmos de uma legislação extensa e intensa, traduzível nos seguintes ordenamentos principais: dec.-lei nº 16.650, de 1924, obediente ao art. 280 da lei nº 4.793, daquele mesmo ano, e segundo forma do estatuído na lei nº 4.536, de 1922, art. 152 da lei nº 4.555, também de 1922, art. 13 do dec. nº 15.210; de 1921, e artigo 272 da lei nº 4.793 já citada. À Contadoria Central pertenciam não só os que estavam a ela ligados diretamente onde centralizada, mas também os que representassem pessoal das Contadorias locais ou secionais, referidas no art. 2° do primeiro daqueles decretos, ou das que viessem a ser criadas. Seja como fôr, cogitava-se de um único quadro, realizando seus componentes tarefa funcional idêntica, com equiparação de vencimentos aos dos funcionários do Tesouro Nacional. Veio, porém, a desassemelhação dos funcionários daquelas Contadorias com os funcionários do Tesouro, mas continuaram os mesmos os vencimentos dos servidores de Contadorias, quer da Central quer das regionais, o que informam o decreto legislativo nº 5.622, de 1928, e decreto regulamentar n° 18.588, do ano seguinte. Mas haveria de registrar-se, por ordem de direito derivado do emaranhamento da legislação pertinente, a efetivação de servidores que, sob outra forma de servir, devessem ser efetivados entre os da Contadoria Central; retardou-se, porém, a Administração em regular, como devera, a posição de muitos dos funcionários com direito a se verem efetivados, continuando êles em comissão até 1935, após reforma do Tesouro levada a cabo pelo decreto nº 24.144, de 1934, conforme ainda o disposto no dec. nº 24.036, também dêsse último ano. A Contadoria Central ficou como ramo ou divisão ligado ao Tesouro, com unidade diretora, mas tão apenas constituída pelos efetivados, quando deveram ter sido contemplados também os servidores das Contadorias e Subcontadorias locais, só não o sendo por demora do administrador em efetivar

os que faziam jus a tanto. Sem culpa dos excluídos, começou aí tudo quanto de instante ocorreu com os postulantes, ausentes do regime de cotas por motivos estranhos à sua vontade e mesmo do direito, quando a essência da administração é ser ativa em executória e não inerte onde não há problema de oportunidade política engendrada por discricionarismo, *sensu iuris*.

Sob o domínio da lei nº 284, de 1936, ordenamento dos mais bem meditados, não puderam os apelantes ver seus legítimos interêsses ou mesmo direitos reconhecidos de logo.

A tanto se oporiam disposições daquele diploma, *v. g.*, o art. 23, afigurando-se, pois, que o art. 3° não os contemplaria nem mesmo por falar nos que, não percebendo, tivessem direito a perceber em 28 de outubro daquele ano. Sustentando que não percebiam porque se lhes retardara a formalização de direitos, mas que êstes existiam em estado potencial em todo seu subjetivismo, vieram as postulações intensas rematadas em apêlo ao Judiciário. O dec.-lei nº 349, de 1938, seria de molde a conduzir, no próprio modo dever do legislador governamental, a dar razão aos litigantes, porquanto seus *consideranda* e nas disposições filiadas a estudo do antigo Conselho Federal do Serviço Público, com fundamento na lei nº 284 mesma; assim imporiam: mas, ficou ainda o desnível de vencimentos.

Incompreensível isso quando aquêle Conselho se fêz campeão da equivalência de funções como determinadora dos chamados "iguais níveis de remuneração das carreiras que integram" quadros tanto "pela natureza da atividade e grau de cultura" quanto, em ligação com isso, pelo concluído no parecer expositivo. Era, entretanto, necessário, como muito bem frisou PAULO LIRA, um sabedor de prol em caso de orientação eqüipolente, que se acabasse, "uma vez por tôdas", tal situação de desigualdade que coloca aquêles e outros funcionários em condição de inferioridade perante seus colegas: quem se ergueria contra isso com bastante autoridade para desnaturar o deve ser. Creio que ninguém, salvo a falácia dum *sum quis sum* tão pernicioso à racionalização do serviço público civil, em que se substituísse o palpite arbitrário pela opinião esclarecida. Com semelhantes cravos na roda nunca se atingirá boa organização de serviço, disso também decorrendo a dificuldade senão a impossibilidade de exigir-se produção útil e disciplina real ao funcionalismo, sempre em litígio em prol de seus interêsses legítimos ou de seus direitos. É inútil supor que os

problemas instantes desaparecem quando leis os resolvem sem critério orgânico de fundo; ilusão demagógica que, cedo ou tarde, vem à tona intranqüilizando administradores, inclusive os pretórios da Justiça, e esterilizando o interêsse do funcionário pela função, em tudo perdendo o povo a cujo serviço o Estado põe a organização do funcionalismo.

Em face do exposto, que mais ainda sugeriria longamente, até se convocaria uma prática do princípio da eqüidade, bem forte para justificar o impasse de que o legislador não quis sair com a coragem elementar necessária: o preceito da igualdade perante a lei, comandado como dado da Constituição, num caso assim, se limitaria a pesquisar acêrca do que sempre chamou "identidade de fenômenos jurídicos então e bem entendida, a doutrina, alcançaríamos êste tipo de assertiva, pôsto em acórdão de 29 de setembro de 1930, do Supremo Tribunal Federal: "o princípio constitucional da igualdade perante a lei compele a verificada a identidade de fenômenos jurídicos, regê-los uniformemente, isto é, subordiná-los ao mesmo preceito legislativo" ("Arq. Judiciário", vol. 16, pág. 438). Sem a *substantially dissimilar* das circunstâncias a que se referia BURDICK, oposta à *substantially similar*, não se decidiria doutra maneira: nessa última situação a regra da lei é idêntica para todos. "*Placing those whose circunstance are substantially similar* under the same rule of law, *but applying different rules of law to those whose circunstance are substantially dissimilar*" (autor cit., "The law of the Am. Const.", ed. de 1936, § 279).

O caso dos autos se consorcia com a primeira parte da afirmativa do escritor, isto é, a antecedente à adversativa *but*, que só serve para confirmar a outra ponta do dilema. Não vou deletrear doutrina sôbre isso nem citar o rol de escritores que sustentam aquêles pontos, tantos são os que o consagram e os que o fazem para dar como demonstrada a tese que sustento. Vou apenas frisar que o digno juiz *a quo*, ao alegar a corrente que alegou para fundamentar sua sentença, andou certo em frente a aspectos literais do direito positivo, mas não, *data venia*, em presença do princípio de igualação de direitos para situações iguais. E depois do advento da lei nº 200, de 1947, posterior à provecta sentença *a quo*, dissipam-se dúvidas: de ponta a ponta ressai a *mens legis* até vitória legislativa final. A lei nº 200 é, sob certos aspectos, verdadeiramente elucidativa do direito anterior em seu latentismo dominantes se não retroage, no sentido comum, retroopera como contingente de justiça e eqüidade, de direito seguro e encampação de interêsses legítimos a legitimar por decreto judicial.

Eis tudo, creio eu, em prol da conclusão que enunciei como voto, que reitero.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, de início, desejava fazer um pequeno reparo sôbre a afirmativa do Dr. subprocurador geral da República no tocante ao mandado de segurança nº 388, que foi concedido, e entre os votos vencedores se incluía o meu. Ao conceder aquêle mandado, não reconheceu êste Tribunal, de modo algum, que a funções semelhantes pudessem caber vencimentos desiguais. O que se reconheceu foi que a funções semelhantes, em todos os setores, deviam caber vantagens iguais. No meu voto, reconheci ao servente que, por seu próprio mérito, conseguira, através de concurso, ingressar num quadro onde era exigida aptidão excepcional o direito de receber os mesmos proventos dos médicos. E se amanhã chegar ao Tribunal um petitório no sentido de que se lhe reconheçam idênticas vantagens às do médicos, serei o primeiro a dar voto favorável. Meu voto diz bem:

"De modo que, quando surgiu o recente" decreto que mandou enquadrar nos padrões *K* e *O* aquêles que exerciam funções especìficamente de médicos, situação pessoal, os impetrantes, que estavam em tal caso, tinham que ser beneficiados evidentemente, pouco importando que existisse um servente entre êles".

Êsse servente que exerce função idêntica à de médicos, a meu ver, tem o direito de receber vencimentos iguais aos dêles.

Além de ser o pronunciamento do Tribunal nesse sentido e a interpretação a *contrario sensu* traz sempre graves inconvenientes - entre os dispositivos da lei nº 217, Lei Orgânica do Distrito Federal, há um dêste teor:

"A funções iguais devem corresponder vantagens iguais".

Portanto, o pensamento do legislador brasileiro da terceira República é êste de que a funções iguais devem corresponder vencimentos iguais. E a lei nº 200, a cuja leitura o Dr. subprocurador geral da República procedeu nesta assentada, não foi vetada pelo presidente da República: êle não a sancionou; deixou que

fôsse promulgada pelo presidente do Senado, talvez porque não quisesse sancioná-la. É uma faculdade que a Constituição lhe outorga. E já se está cogitando, creio eu, de reforma a essa lei, porque, visando atender a um grupo de funcionários, recebeu um reboque, mandando que todos os funcionários de Coletorias Federais que exercessem a função de determinada época também se beneficiassem das vantagens, e o reboque foi muito maior do que a máquina tratora. De modo que os funcionários a quem se destinava ficaram em situação de Inferioridade numérica em face daqueles que, à última hora, se agarraram, por uma emenda do senador VILAS BOAS, a um projeto em curso no Senado.

E com relação à invocação feita, da tribuna, pelo advogado, de sentença minha, recordo-me de que, efetivamente, no caso da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, reconheci a um extranumerário e a um funcionário efetivo, que desempenhavam, naquele Tribunal, funções idênticas, direito a vencimentos idênticos.

Adoto, ponto por ponto, o voto do Sr. ministro relator. Apenas desejaria acrescentar que, depois de proposta a ação, houve uma série de pedidos de assistência, um dos quais foi indeferido, de modo que, dando S. Exª provimento para mandar computar os itens *a* e *b* da inicial, poderia parecer que não alcançava os assistentes. Mas entendo que alcança os assistentes, merecedores de amparo. Por ocasião da inicial não havia assistentes.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Meu pensamento é contemplar, em igualdade de situação, tôdas as partes admitidas na demanda.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: É que V. Exª fêz referência expressa aos itens *a* e *b*, de fls. 11 dos autos, e poderia parecer que estivessem fora. Vejo que se incluem também os assistentes, como S. Exª acaba de confirmar.

É o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: depois de haverem votado os Srs. ministros relator e revisor, provendo o recurso, foi suspenso o julgamento, por haver pedido vista o Sr. ministro presidente.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (presidente): Os autores, ora apelantes, invocando a qualidade de antigos funcionários das Contadorias Secionais, em que se dividia a Contadoria Central da República, moveram, com fundamento no disposto nos decretos-leis ns. 349, de 23 de março de 1938, e 1.990, de 31 de janeiro de 1940, e, ainda, do dec. nº 5.226, dessa última data, ação ordinária contra, a União Federal, para compeli-la a pagar-lhe diferenças de vencimentos, nelas integradas as cotas, a partir de 1º de janeiro de 1937, em relação aos signatários do protesto de fls. e as que forem devidas nos últimos cinco anos anteriores, quanto aos demais.

Não assiste razão aos apelantes. As vantagens por êles pleiteadas, de direito não lhes são devidas. A lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, teve em mira, ao reajustar os quadros do funcionalismo público civil da União, suprimir o sistema de remuneração, constituído de ordenados e cotas (art. 23, parágrafo único). Não seria licito, porém; nem curial, que o fizesse de chôfre, retirando, desde logo, do patrimônio dos antigos servidores a fruição daquelas vantagens em cujo gôzo se encontravam. Por isso, estabeleceu que aquêles antigos funcionários continuariam a perceber as cotas que lhes vinham sendo pagas. E, a seguir, foram essas tornadas extensivas, tão-sòmente, aos servidores da antiga Contadoria Central da República, que integrava o quadro do Tesouro Nacional como uma de suas Diretorias.

Os apelantes, que se encontravam incluídos em quadro funcional diverso, ou seja, no XIII, sob a rubrica "Contadorias Secionais do Ministério da Fazenda", não eram beneficiados pelo regime de cotas nem foram contemplados no disposto no art. 23 da lei número 284, que estendeu aos integrantes do quadro I - Tesouro Nacional - Contadoria Central da República, as vantagens de tal regime. Nem quaisquer outras leis posteriores, inclusive a de nº 200, de 30 de dezembro de 1947, deixam entrever a intenção do legislador de adjudicar aos apelantes direito ao que pleiteiam. A própria exposição de motivos de que resultou a lei n° 200, após salientar que uns e outros funcionários integravam o mesmo órgão centralizador da contabilidade pública, onde exercitavam

atribuições da mesma natureza e de igual responsabilidade, acrescenta textualmente, transcrevendo a parte final do parecer do diretor do Pessoal do Ministério da Fazenda, que:

"Em resumo, salvo melhor juízo, parece-me que os interessados não podem invocar direito inquestionável, cujo restabelecimento seja obrigatório por imperativo legal; entretanto, foram sem dúvida vítimas de injustiça ou, pelo menos, de falta de equanimidade que os próprios interêsses do serviço aconselham seja reparada "("Diário Oficial", de 30 de novembro de 1946; página 1.253).

Injustiça ou falta de equanimidade essa que, embora reconhecida pelos órgãos administrativos, que colaboraram na feitura da exposição de motivos a que já referi, não mereceu a corrigenda adequada do Poder Legislativo, através da lei nº 200. Pelo menos, da leitura atenta a que submeti o diploma legal em tela, não me ficou a impressão de que os apelantes tenham sido beneficiados com êle, de forma ampla e irrestrita, consoante o entendimento dos eminentes Srs. ministros relator e revisor.

Não importa haja manifesta desigualdade de tratamento, no que toca a vencimentos, entre funcionários de atribuições idênticas. Tais desigualdades só podem e devem ser corrigidas pelos poderes competentes, mediante legislação adequada.

Ao Judiciário é que não incumbe remediá-los, por eqüidade, na ausência de texto positivo. Face ao exposto, e, lamentando divergir dos eminentes Srs. ministros relator e revisor, nego provimento ao recurso, para confirmar e decisão de primeira instância que, a meu ver, dirimiu com inegável acêrto a controvérsia.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: prosseguindo-se no julgamento, deu-se provimento ao recurso para julgar a ação procedente, contra o voto do Exmo. Sr. ministro presidente.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - CARREIRA

- A lei pode alterar os vínculos jurídicos entre o funcionário e o Estado, criando e extinguindo carreiras.

União Federal *versus* Álvaro Vasques e outros

Ap. nº 1.331 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam em 2ª Turma os juízes do Tribunal Federal de Recursos em desprezar, unânimemente, a preliminar argüida pela União Federal, de carência de ação por parte dos autores e, no mérito, em dar provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação, contra o voto do relator, que negava provimento.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 23 de março de 1949. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Rocha Lagoa*, relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: No fôro desta Capital, intentaram Álvaro Vasques e outros, devidamente mencionados na inicial, a presente ação contra a União Federal, em que argúem terem ingressado no serviço público antes de 1938, a fim de exercerem função, no hoje denominado Instituto Félix Pacheco, como praticantes uns e identificadores outros; que, nesse ano de 1938, em virtude da promulgação da lei nº 284, passaram a integrar, como "dactiloscopistas", o quadro II do Ministério da Justiça - Polícia do Distrito Federal, quadro êsse que se iniciava na letra *F* e terminava na letra *J*;

que nenhuma exigência lhes impusera a citada lei, muito menos classificação em concurso, para o ingresso naquele novo quadro de dactiloscopistas, em que foram automàticamente aproveitados pela ordem de antiguidade, conforme o art. 5°, parág. único, das Disposições Transitórias do predito diploma legal, que viera reajustar os quadros e os vencimentos do funcionalismo público civis da União;

que, porém, o dec.-lei nº 3.800, de 6 de novembro de 1941, reorganizando os quadros do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, criou quatro quadros, a saber: *Permanente, da Justiça, Suplementar e do Congresso Nacional*, ficando definido o "Quadro Suplementar" como aquêle que se integraria pelos cargos isolados e de carreira, que foram considerados extintos;

que, assim, por ter sido criado o "Quadro Permanente" de dactiloscopistas, nêle fizeram ingressar os funcionários que haviam prestado concurso, para o início de carreira, não se incluindo, entretanto, nesse quadro recém-criado, os antigos praticantes e identificadores que tiveram direito a êle, em 1936, sem concurso, por não lhes haver exigido a lei essa prova;

que, em conseqüência, ficaram os autores no "Quadro Suplementar", sem qualquer possibilidade de acesso ou melhoria, continuando êles nessa situação precária, ainda por fôrça do dec.-lei nº 7.189, de 1944, que os tornara dactiloscopistas auxiliares;

que, finalmente, em vista do dec.-lei número 8.261, de 30 de dezembro de 1945, foram fundidos os Quadros "Suplementar" e "Permanente", ficando os autores incorporados à carreira de dactiloscopistas, mas que, na ocasião, outros que haviam prestado concurso para o último dêsses Quadros (Permanente), vieram a ser nomeados em caráter provisório; para que não fôssem prejudicados com o término do prazo de vigência daquele ato, já próximo a se expirar;

que tais funcionários, nomeados, embora com alguns dias de exercício, ficaram lotados na letra "I", enquanto outros funcionários, com mais de 3.000 dias de antiguidade, e pertencendo ao mesmo quadro, estão lotados na letra "H", em flagrante desrespeito ao disposto no art. 16 do Estatuto dos Funcionários;

que, em face disso, estando os autores prejudicados com sucessivas preterições devem ser ressarcidos de seus prejuízos, a partir de 1941, apurando-se na execução o quantum a ser pago, em razão do direito de acesso que compete a cada um.

Opondo contestação, a União Federal postulou, preliminarmente, a carência de ação por parte dos autores, eis que não haviam esgotado os recursos administrativos, nos têrmos do precitado Estatuto dos Funcionários, art. 223.

No tocante ao mérito, discorreu a contestante não ser verdade tenham ditos autores ficado privados do direito de acesso e melhoria, com a inclusão dêles no "Quadro Suplementar", criado pelo dec.-lei nº 3.800, pois foram mantidos os cargos, até então existentes, assegurando-se-lhes o direito de promoção, com maiores vantagens que os do "Quadro Permanente".

Por outro lado, sustentou que o dec.-lei nº 7.189, de 1944, viera corrigir a designação inadequada da lei anterior e denominou, assim, de dactiloscospista auxiliar a carreira de dactiloscospista do "Quadro Suplementar", em nada alterando a situação dos autores.

Êstes, ao que mais ponderou aquela contestante, também nenhum prejuízo sofreram com o advento do dec.-lei nº 8.261, de 1945, que determinou a fusão das duas carreiras, eis que os mesmos foram devidamente classificados, na conformidade dêsse decreto, sem ter havido as nomeações interinas ou provisórias a que se aludiu.

Com assim expor, concluiu a ré dever ser julgada improcedente a ação, caso não se declare os autores carecedores de sua propositura, em face do motivo preliminar alegado.

Sôbre essa defesa, a parte *ex adversa* ofereceu a impugnação de fls. 60, abordando especialmente a matéria argüida como prejudicial do pedido, a fim de convencer da falta de fundamento dessa argüição.

Correu o processo seus têrmos normais, havendo sido proferido o despacho saneador a fls. 73.

Na audiência de julgamento a fôlhas 76, deram-se apenas os debates orais, proferindo o Dr. juiz a sentença de fls. 83 a 89, na qual, após apreciar com minúcia a situação funcional dos autores, julgou procedente a ação, para o fim de a êles assegurar os direitos que perderam com o ato tachado de arbitrário, resultante da errônea aplicação do dec.-lei nº 3.800, de 1941, cuja execução mandou ser feita nos têrmos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis na parte que regula a promoção dos servidores do Estado.

Assim decidindo, recorreu de ofício, enquanto que a União Federal interpôs apelação a fls. 92, cujas razões os apelados rebateram a fls. 109.

O Exmo. Sr. Dr. subprocurador geral da República, ouvido, a fls. 117, opinou pela reforma da sentença em face dos argumentos que ali aduziu (*lê*).

É o relatório.

PEDIDO DE ASSISTÊNCIA

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator): Devo trazer ao conhecimento da Turma a seguinte petição que me veio às mãos hoje: (*lê*).

Devo ainda fazer notar que êsse pedido de assistência tem apenas a acompanhá-lo uma procuração dos suplicantes sem qualquer comprovação da situação que dizem ter, ou seja, de funcionário público, nas condições dos autores. Quer dizer, é um pedido destituído de qualquer elemento esclarecedor, a respeito do que se alega quanto à qualidade dos suplicantes para ingressarem no processo, na posição de assistentes.

Entendo que o relator deve despachá-lo. Mas, como se trata de processo já em pauta para julgamento, desejo fazê-lo junto à Turma. Meu voto é para indeferi-lo *in limine*, por não estar instruído devidamente, acompanhando-o apenas uma procuração.

PEDIDO DE ASSISTÊNCIA

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, lamento divergir de V. Exª porque, desde que não realizado o julgamento, em qualquer ocasião, no processo, os interessados poderiam vir como assistentes ou opoentes. V. Exª, entretanto, considera não provada a qualidade de funcionário público. Essa comprovação, realmente, é necessária. Mas o Tribunal podia ter um pouco de tolerância e marcar um prazo hábil para que os interessados façam esta prova. Porque, se são na realidade funcionários públicos e se o Tribunal lhes trancar, neste momento, a possibilidade de virem como assistentes, serão obrigados a propor outro litígios e, assim, seria tal pronunciamento contra o princípio de economia processual.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (presidente): É lamentável que só tenham vindo agora, depois de a ação estar em juízo.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Minha formação liberal é sempre para facilitar a defesa dos interessados.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (presidente): Estaria disposto a acolher o pedido se, de imediato, provassem, como deviam, a qualidade de funcionários.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Mas nada impede que V. Exª como relator, ou a Turma, marque um prazo para que produzam essa prova.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (presidente): Não me parece de boa ética não me parece razoável, na altura em que está o processo, isto é, em pauta para julgamento.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: V. Exª entende que, neste momento, não é possível a manifestação da assistência. *Data venia*, divirjo por achar que, enquanto não fôr pronunciado o julgamento, o interessado pode vir com o seu pedido de assistente.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (presidente): Acho que o pedido não está instruído devidamente para que o Tribunal tome conhecimento. Não está

provada a qualidade do requerente. Esta a outra situação que se poderia invocar, da qual, acho, V. Exª discorda. Mas não me parece razoável, já processado o recurso, perante o Tribunal, já em pauta para julgamento, admitir a assistência, quando já está encerrada essa fase.

PEDIDO DE ASSISTÊNCIA

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, o pedido formulado pelos assistentes, além de não estar suficientemente instruído, como salientou muito bem V. Exª, para mim é também intempestivo. Aliás, esta Turma já se manifestou neste sentido, em caso análogo. Não sei se V. Exª está lembrado. Tratava-se, também, de pedido de assistência em um processo que já estava em pauta para julgamento e a Turma o indeferiu só por êsse último fundamento.

No caso presente, além de ocorrer essa circunstância, ainda resta essa outra, salientada por V. Exª, que é capital - a de que os requerentes não provaram a sua qualidade de interessados, isto é, de estarem em condições idênticas às dos apelantes, na presente causa.

Estou de acôrdo com o ponto de V. Exª Sr. presidente. Entendo que o pedido deve ser indeferido *in limine*.

VOTO - PREJUDICIAL

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator): A respeito do que pretendem nesta demanda, os autores reclamaram administrativamente e nenhuma solução obtiveram até o seu ingresso em Juízo, quando já havia decorrido, entretanto, mais de um ano a partir daquela iniciativa. A inércia ou o silêncio por parte do Govêrno, no tocante ao assunto, importa pràticamente indeferimento, dês que o interessado se vê privado de uma decisão que, a seu ver, se faz necessária para amparar o seu direito considerado lesado. Observou-se, no caso, o Estatuto dos Funcionários, art. 223, mas a verdade é que as autoridades administrativas não procederam correspondentemente, deixando de decidir sôbre a reclamação.

Desprezo, pois, a alegada prejudicial de carência de direito de ação, eis que os autores ingressaram com o seu pedido depois de terem procurado cumprir, e efetivamente cumpriram, a disposição estatutária invocada.

VOTO - PREJUDICIAL

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Também rejeito a preliminar. A fls. 71 se encontra uma certidão passada pela Polícia Civil do Distrito Federal, onde se vê que dera entrada naquele Departamento, tendo tomado o nº 2.415, classe 45, um memorial dos dactiloscopistas do Instituto Félix Pacheco, dirigido ao Exmo. Sr. presidente da República, no qual representavam contra dispositivo legal que entendiam tê-los prejudicado em sua carreira funcional. O memorial em causa passou ao Ministério da Justiça, Seção do Pessoal, e não logrou despacho definitivo. Invoca-se o art. 223 do Estatuto dos Funcionários Públicos, mas eu tenho êsse preceito como derrogado pelo art. 141, § 4°, da Constituição de 46, onde diz:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Não considero necessário que se esgotem os recursos administrativos em face dêste texto constitucional. Não há nenhuma restrição para apreciação de qualquer controvérsia pelo Poder Judiciário.

Assim, rejeito a preliminar.

VOTO - PREJUDICIAL

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Rejeito a preliminar.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator): É pacífico que a lei pode ir a ponto de alterar fundamentalmente os vínculos jurídicos do funcionário para com o Estado, contanto que isso não importe ofensa ao direito adquirido de caca um.

No caso, cumpre de pronto notar que os autores, como antigos funcionários do hoje denominado "Instituto Félix Pacheco", pertencente à Polícia Civil do Distrito Federal, foram aproveitados no quadro único de *dactiloscopistas*, criado pela lei nº 284, de 1936, que reestruturou, entre nós, o serviço público, inclusive quanto a vencimentos.

Incluídos que foram os mesmos autores nesse quadro único, é evidente que deveriam ser classificados dentro da carreira a e passaram a pertencer por ordem de antiguidade, eis que assim determinou expressamente a citada lei nº 284, em o art. 5º de suas disposições transitórias.

Acontece, porém, que com a interpretação dada pela Administração ao dec.-lei número 3.800, de 1941, reorganizador dos quadros do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, resultou terem os referidos autores sofrido preterição em seus assegurados direitos de melhoria e acesso, pois que foram integrar o "Quadro Suplementar" então surgido, enquanto que outros, porque tivessem prestado a prova de concurso - prova, aliás, que não ficara exigida pela predita lei número 284, ingressaram no "Quadro Permanente", referente também a dactiloscopistas.

Apurou-se que, em conseqüência disso, êsses últimos funcionários vieram a ter classificação em melhor carreira: que, de *G* a *J*, como era, passou a ser de *F* a *K*, estabelecendo-se, portanto, uma situação de desigualdade, dês que os autores em questão foram conservados na estruturação antiga, quando todos podiam e deviam concorrer aos cargos novos criados, por meio de promoção por antiguidade ou merecimento.

Como bem salientou o ilustre Dr. juiz *a quo*, o aproveitamento, em tais condições, dos funcionários de concurso, realmente obedeceu a um critério arbitrário, dado que nenhuma lei autorizava tal entendimento, ou seja, atribuir-se melhor direito a quem houvesse, *in specie*, ingressado no serviço público mediante concurso, uma vez que os outros, livremente nomeados, o foram também legalmente investidos de suas funções.

Tem-se, pois, como francamente ilegítima e inoperante a distinção levada a efeito pela forma exposta. Tudo quanto, a respeito, se praticou em 1941 e

posteriormente, tem a eiva de nulidade, não podendo subsistir, conforme se pleiteou inicialmente.

E a decisão de primeira instância, proclamando a errônea aplicação do cogitado dec.-lei nº 3.800 e ordenando seja êle executado, em relação aos litigantes, de acôrdo com o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, na parte que regula a promoção dos servidores do Estado, sem dúvida alguma merece confirmada.

Entende-se semelhante determinação, bem se vê, para o efeito da reparação civil devida aos prejudicados - e ora também assegurada por êste voto - enquanto não se restabelecer a situação de direito violada pela maneira esclarecida.

Nego provimento aos recursos.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, eu me coloco em ponto de vista diametralmente oposto a êsse manifestado por V. Exª. Começo salientando a injuridicidade da decisão recorrida que chega ao ponto de mandar seja executado o der.-lei nº 3.800, de 1941, nos termos dos Estatuto dos Funcionários Públicos, na parte que regula a promoção dos servidores do Estado.

Ora, Sr. presidente, isto é uma intromissão do Judiciário na esfera da ação do Poder Executivo. Nós, magistrados, não podemos compelir o Poder Executivo a fazer nomeações ou promoções. O que poderemos, no máximo, será assegurar os proventos materiais, em conseqüência do direito que se reconhece, mas nunca mandar que êste ou aquêle seja nomeado. Então, nesse caso, o Poder Judiciário seria elevado à categoria de superpoder, o que seria um absurdo, no sistema adotado pela Constituição. Foram os apelados colocados no quadro suplementar e ai não lhes foi negado acesso aos diferentes postos dêsse mesmo quadro. O Poder Executivo, que na ocasião era ao mesmo tempo Legislativo, - entrosavam-se os dois poderes na pessoa do chefe de Estado - entendeu de transferir êsses apelantes para um quadro suplementar e criou-se outro quadro, onde se deu acesso aos candidatos aprovados em concurso. O que se verifica é que a Administração quis rejuvenescer o quadro administrativo com elementos

novos, talvez mais aptos porque tiveram ingresso pelo concurso, o que não teria ocorrido em relação aos autores.

Assim, como bem salientou o Dr. procurador da República, confirmado pelo ilustre Sr. subprocurador geral, nenhum prejuízo adveio para os pleiteantes, por isso que foram classificados segundo as normas do mesmo diploma. É um poder assegurado, reconhecido por todos os tratadistas, o poder de aproveitar o funcionário onde a Administração melhor considerar úteis os seus serviços. O que, está assente é a estabilidade na Administração e não no cargo ocupado pelo indivíduo, a não ser os magistrados que gozam de um *status* especial, excepcional. Em relação aos demais funcionários, a Administração pode transferir para onde entender necessário. Foi o que fêz quando criou (quadro suplementar, mas não feriu com isso nenhum direito, porque simultâneamente a Administração entendeu de criar um outro, quadro para promover elementos aprovados em concurso.

De modo que não considero, absolutamente, feridos os direitos dos pleiteantes, e, em hipótese alguma, poderia admitir o que o Dr. juiz determinou. Quer dizer, mandou que o Poder Executivo cumpra o Estatuto. Ora, o Poder Judiciário não pode dar ordens a outros poderes. Assim, dou provimento ao recurso, para julgar a ação improcedente.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Dada a divergência, Sr. presidente, surgida entre o voto de V. Exª e o do Sr. ministro revisor, para melhor estudo e esclarecimento meu, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: desprezada a prejudicial argüida, por unanimidade; quanto ao mérito, ficou suspenso o julgamento ao pedido de vista do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, depois de ter votado o Sr. ministro relator, negando provimento aos recursos, e o Sr. ministro revisor, que aos mesmos dava provimento.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, as tabelas que acompanharam a lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, publicadas no Suplemento nº 20 do "Diário Oficial", de,25 de janeiro de 1937, págs. 39 a 43, organizaram a carreira de dactiloscopista do então quadro II (Polícia Civil do Distrito Federal), do seguinte modo: 7 cargos na classe "H"; 15 na classe "G", e 40 na classe "F", sendo que nesta última permaneciam mais 10 cargos excedentes, visto serem em número de 50 os servidores ocupantes de cargos da mesma.

Para essa carreira foram transferidos, em obediência ao disposto no art. 5°, parágrafo único, das disposições transitórias da mencionada lei nº 284, os ora apelados, antigos ocupantes do cargo de praticantes e identificadores do extinto quadro do Instituto Félix Pacheco. A 17 de novembro de 1941, veio a ser publicado, no "Diário Oficial" da União, o dec.-lei nº 3.800, de 6 do mesmo mês e ano, que modificou radicalmente os quadros do Ministério da Justiça, estabelecendo, em seu art. 1º, que êstes seriam em número de quatro, a saber: quadro permanente (Q. P.), quadro da Justiça (Q. J.), quadro suplementar (Q. S.) é quadro do Congresso Nacional (Q. C. N.). Dispôs, ainda, o mesmo decreto, em seu art. 4º, que o Q. S. é integrado por cargos de carreira ou isolados que foram considerados extintos; e, a seguir, acrescenta, em seu art. 6º, que os cargos extintos de carreira serão suprimidos à medida que vagarem os de menor vencimento, feitas as promoções, etc., etc.

Do exame das tabelas anexas ao referido decreto-lei se vê que a carreira de dactiloscopista do antigo quadro II (Polícia Civil do Distrito Federal), a que pertenciam os apelados, foi fundida com a de igual denominação do quadro I, e incluídas, no recém-nato quadro suplementar, sob o título de "carreiras extintas". Sem maior esfôrço se infere do exposto que o diploma legal em aprêço manteve, desenganadamente, o *statu quo ante* quanto ao número de cargos existentes na carreira a que pertenciam os apelados. Não procedem, por isso, as abjurgatórias com que os apelados investem contra a classificação no quadro suplementar da carreira a que pertenciam.

De nenhum modo lhe foi cerceado por êsse ato o direito que lhes assiste ao acesso ou melhoria, assegurado que está, plenamente, pelo art. 6º, que, expressamente, lhes reconhece o direito a promoções.

Nem seria preciso mesmo que a lei assim dispusesse, de vez que aos servidores do quadro suplementar em regra, são assegurados os mesmos predicamentos devidos aos do quadro permanente.

Relevando, ainda, notar que os primeiros, quanto à promoção, desfrutam de situação privilegiada, de vez que para o quadro suplementar se não admite transferência, reversão, aproveitamento ou reintegração de funcionários. As fusões de carreiras objetivadas pela legislação malsinada pelos apelados não se atritam com o art. 16 do Estatuto dos Funcionários Públicos, de vez que o artigo 192, § 2º, dêsse diploma legal assegura a estabilidade no serviço público, e não no cargo.

A Administração Pública pode e deve, no interêsse da boa execução dos serviços, reformar e aperfeiçoar os mesmos, criando ou extinguindo carreiras no sentido de modernizá-los e pô-los em consonância com as exigências variadas e múltiplas dos tempos que correm, sem que contra tais empreendimentos possam se insurgir seus servidores, a menos que sofram restrições em seus direitos adquiridos. Tal, porém, não ocorre na hipótese, em que os apelados, além de melhorados e reajustados em seus vencimentos, ainda foram galardoados com maiores e mais seguras possibilidades de acesso na carreira. Face ao exposto, dou provimento a ambos os recursos, para julgar a ação improcedente, com as condenações de estilo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: depois de desprezada, unânimemente, a preliminar de não cabimento do direito de ação, por não ter sido exaurida a via administrativa, deu-se provimento a ambos os recursos para se julgar improcedente a ação, contra o voto do Sr. ministro relator, que negava provimento.

Foi designado o ministro revisor para lavrar o acórdão.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - APOSENTADORIA COMPULSÓRIA A JURO DO GOVÊRNO - CONTRÔLE JURISDICIONAL

- No regime da Constituição de 1937, era lícito ao chefe do Executivo aposentar compulsòriamente a funcionários, ainda que sem motivação.

Ildefonso Navarro Leitão *versus* União Federal

Ap. n° 1.161 (embs.) - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos na apelação cível nº 1.161, do Distrito Federal, em que são embargantes o Dr. Ildefonso Navarro Leitão e a União Federal, e embargados os mesmos, etc.:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e por empate na votação (art. 64 do Regimento Interno), em manter a decisão embargada, na forma do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Tribunal Federal de Recursos, 19 de maio de 1950. - *Sampaio Costa*, presidente *ad hoc; Ábner de Vasconcelos*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Adoto o relatório de fls. 88 a 95, por sua exatidão com o histórico da causa.

Repelida por maioria de votos a preliminar de inconstitucionalidade, pelo Tribunal Pleno, da lei constitucional n° 2, de 16 de maio de 1938, os autos voltaram à 1ª Turma que, por maioria de votos, deu, em parte, provimento a apelação *ex officio* para reformar a decisão de primeira instância, a fim de que o autor reverta ao cargo com o direito às promoções, diferença e aumentos de vencimentos posteriores à lei constitucional nº 12, de 7 de novembro de 1945, contra o voto do ministro revisor, que reformava a sentença para julgar o autor carecedor de ação.

Os votos serão lidos na sessão do julgamento.

A essa decisão, apresentaram embargos de nulidade e infringentes do julgado, tanto o autor como a ré. O primeiro, quanto à limitação das vantagens decorrentes da reversão, por ter o acórdão embargado fixado como ponto de partida a data 7 de novembro de 1945; e a segunda, para obter a reforma do acórdão embargado, nos têrmos do voto vencido.

As partes justificaram extensamente os seus pontos de vista, impugnando recìprocamente os embargos.

As razões constantes dos embargos serão lidas em plenário.

É o relatório.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: O Tribunal, no julgamento da apelação, por unanimidade de votos da 1ª Turma, verificou que a matéria era da competência do Tribunal Pleno.

No julgamento da inconstitucionalidade de ato oficial foi repelida a argüição, contra os votos dos ministros CUNHA VASCONCELOS e MOURÃO RÚSSEL. Os autos voltaram, então, à Turma, para julgar o mérito e a mesma, por maioria de votos, deu provimento ao recurso *ex officio* para reformar a sentença, em parte, a fim de que o autor reverta ao cargo com o direito restrito às promoções, diferença e aumentos de vencimentos posteriores à lei constitucional nº 12, de 7 de novembro de 190, contra o voto do Sr. ministro revisor, que deu provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar o autor carecedor de ação.

O relator, ministro ARMANDO PRADO, deu provimento, em parte, tão-sòmente ao recurso *ex officio* para reformar a sentença, a fim de que o autor reverta ao cargo de que foi destituído, com direito às mesmas vantagens acima especificadas.

O ministro SAMPAIO COSTA terminou seu voto dizendo:

"Nessas condições, fiel ao ponto de vista em que me coloco, não posso negar provimento ao recurso e confirmar a decisão. Tenho que aceitar as conseqüências do julgado do Tribunal Pleno, que considerou a lei constitucional. Se a lei é constitucional, *ipso facto* o ato nela baseado também o é, desde que revestido como estava das formalidades prescritas. Observadas, estas, como o foram, considero-o perfeito e operante, sem possibilidade de modificação ou anulação pelo Judiciário".

O ministro CUNHA VASCONCELOS, no seu voto, que é lacônico, disse o seguinte:

"Nego provimento ao recurso *ex officio*. Há, efetivamente, duas decisões do Supremo Tribunal Federal, uma no recurso extraordinário nº 4.959, de -24 de julho de 1946, e outra de junho, ou julho dêste ano. A diferença entre as duas, entretanto, é que a primeira é do Tribunal Pleno, unânime, e a segunda, da Turma de que faz parte o ilustre ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, que foi o relator.

"No voto que proferi neste caso, no julgamento pelo Tribunal Pleno, invoquei, em apoio do ponto de vista em que me colocava, a decisão proferida no recurso extraordinário nº 4.959, não como fundamento do meu voto, mas como apoio, que muito me 14 honrava e prestigiava, do ponto de vista que adotei.

"A lei nº 2 é inconstitucional - é meu entendimento. A decisão do Tribunal Pleno permite perfeitamente êste pronunciamento.

"Assim coerente com os meus votos anteriores, nego provimento ao recurso *ex officio*" (fls. 167).

Da decisão da Turma, o Dr. Ildefonso Navarro Leitão ofereceu embargos Infringentes do julgado - trabalho longo, que em meu voto analiso. A União Federal também ofereceu embargos ao acórdão para anular a decisão que beneficiou, em parte, o autor. Deixo de ler as razões de ambas as partes porque estão presentes e podem querer fazê-lo oralmente.

Assim, Sr. presidente, está feito o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): Tenho sempre votado sentido de que a lei constitucional nº 2, que prorrogou o emprêgo do art. 177 da Constituição de 1937, não atentou contra a referida Constituição. Entretanto, tendo sido abolida pela lei constitucional nº 12, de 1945, possibilitou a apreciação dos atos governamentais, que afastaram funcionários do exercício dos seus cargos. E que, verificando-se não se justificar o afastamento, por necessidade do serviço público, o Poder Judiciário pode assegurar-lhes as funções respectivas. Êsse modo de entender os princípios constitucionais anteriormente vigentes, venho sustentando desde a segunda instância estadual e também como, por exemplo, na ação cível nº 412, de que foi relator o ministro ARTUR MARINHO, neste egrégio Tribunal. Também a egrégia 1ª Turma, por acórdão de 6-7-1948, de que foi relator o ministro CUNHA VASCONCELOS, decidiu que as aposentadorias, com base no art. 177 da Constituição de 1937, podiam, mesmo depois da lei constitucional nº 2, ser apreciadas pelo Judiciário durante o estado de emergência, eis que sòmente os atos definidos no art. 168 estavam compreendidos na proibição do art. 170 da mesma Lei Magna ("Diário da Justiça", de 16 de fevereiro de 1944). A essa interpretação não era alheia a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal, numa louvável atitude de percepção jurídica, que permitia reparar, em parte, os atentados feitos ao funcionalismo, por motivo de ordem partidária, sem que deixasse de bem servir aos interêsses públicos. Como salientou a sentença da primeira instância e informou o ministro do Exterior, nenhum fundamento foi aduzido pelo Executivo ao afastar o embargante do seu pôsto diplomático. Predominou ùnicamente o arbítrio governamental. É claro, pois, que ato administrativo, não justificado, não deve prevalecer. O funcionário garantido por dispositivos constitucionais não perde as vantagens do cargo, sem saber por que. Assistia ao govêrno comprovar pelos meios legais a necessidade da medida extrema. Não o fazendo, cabe ao Judiciário o dever de restaurar o direito violado.

Em face do exposto, os embargos para reformar o acórdão embargado improcedem. Assim o entendo, não só por extensão analógica do art. 30 das Disposições Constitucionais Transitórias, como em vista do que prescreveram posteriormente as leis nº 171, de 13 de dezembro de 1947, e nº 500, de 29 de

novembro de 1948, com seu decreto regulamentar nº 26.749 de 6 de junho de 1949, no sentido do aproveitamento dos funcionários afastados pelo art. 177, desde que o requeressem, mas sem direito a vencimentos atrasados. O embargante, que não se conformou com o ato governamental do seu afastamento da carreira consular e veio a juízo discutir a sua situação jurídica e mostrou a falta de justificativa para o ato, não pode ter o seu direito prejudicado. Se a prova administrativa dessa ausência de motivo basta para o retôrno à função, com maior razão quando feita judicialmente. Tendo o acórdão embargado reconhecido o direito do autor com limitação dos proventos, rejeito os embargos de ambas as partes, por estar aquela decisão segundo a Constituição, leis que a aplicaram e a jurisprudência.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (revisor): O segundo embargante foi aposentado compulsòriamente em virtude da lei constitucional n° 2, no cargo de cônsul de 2ª classe, letra *K*, aos 29 de outubro de 1943.

Ajuizou a presente ação para anular a aposentadoria, sob fundamento da inconstitucionalidade do ato e ser reintegrado no cargo com tôdas as vantagens conseqüentes à reintegração.

Ao serem debatidos os primeiros casos de aplicação da chamada lei constitucional nº 2, eu me inclinara pela sua inconstitucionalidade, entre outras razões porque, se o presidente da República enfeixava nas mãos funções legislativas, enquanto as não exercesse o Parlamento, segundo autorizava a Constituição de 37, não menos certo era que dita Carta não lhe outorgava funções de legislador constitucional.

Todavia, o egrégio Supremo Tribunal, com a autoridade máxima de guarda da Constituição, deu por não verdadeira tal interpretação, entendendo exata a que admitia entrosamento dessa e de outras leis no quadro do sistema político vigente no pais, durante oito anos, de tal forma nêle se integrara que não era possível tê-las como excrescentes ou aberrantes do regime.

A manifestação cautelosa e sábia do Supremo Tribunal e a imperiosa necessidade de firmar a jurisprudência, maior garantia que os tribunais podem

oferecer a seus jurisdicionados, no ditar-lhes o roteiro para orientação na vida quotidiana, levaram-me a examinar o grave problema, sob outros aspectos. Porque ter-se por constitucional a lei nº 2, importa, desde logo, repelir o arbítrio deferido a um homem para dispor, a seu talante, sem outra medida que sua vontade, da liberdade e do patrimônio dos cidadãos.

Reconhecer ao presidente da República ou a qualquer cidadão o poder de afastar sumàriamente dos cargos públicos qualquer indivíduo que lhe caísse no desagrado, seria negar precisamente tudo quanto essa mesma Constituição de 1937 outorgou como garantia de direitos aos brasileiros; seria o ressurgimento das "razões de Estado", apontadas como maior fonte de abusos, contra a liberdade e o patrimônio dos cidadãos, no advento da Revolução francesa.

Em tais condições, seria perfeita antinomia falar-se em lei constitucional e ao mesmo tempo repelir tudo quanto uma constituição assegura aos cidadãos em matéria de direitos específicos.

É axiomático que o contrôle dos atos do Poder Executivo e do Legislativo pelo Judiciário constitui pedra angular na construção de qualquer regime constitucional.

Aposentadoria ou afastamento a juízo exclusivo do govêrno não significa isentar êsse govêrno de motivar a sua resolução, porque seria isso recair no poder absoluto e ditatorial repelido pela própria Constituição.

E não só o govêrno, direta ou indiretamente, não motivou a aposentadoria em causa, como em diversos casos, como ainda nada existe no processo nem foi encontrado nos arquivos públicos em desabono dêsse cônsul. Em tais condições, ilegal foi a sua aposentadoria.

Dentro dêsses pressupostos, recebo os embargos do autor-embargado para, corrigindo o equívoco notado no final do voto do eminente ministro ARMANDO PRADO (fôlhas 163), mandar reintegrá-lo no cargo que ocupava com os direitos e vantagens a que tem direito, como se dêle afastado jamais houvera sido.

Dou por prejudicados os embargos da União.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Meu voto é no sentido de julgar procedentes os embargos opostos pela Fazenda Pública e, conseqüentemente, julgar prejudicados os embargos opostos pelo funcionário em causa.

Consoante meus pronunciamentos anteriores, tenho entendido que, com exclusão dos magistrados, era lícito ao chefe do Poder Executivo expedir decretos de aposentadoria de funcionários, com fundamento no art. 177, cujo prazo foi prorrogado pela lei nº 2.

Tenho entendido que a lei nº 12 não pode ter efeitos retroativos. Ela impossibilitou que o Poder Executivo prosseguisse na expedição dêsses atos de aposentadoria, com fundamento no art. 177, mas não que apagasse os atos anteriores, perfeitos e acabados.

Recebo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: O Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, na sessão de 18 de julho p.p., por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 12.834, do Rio Grande do Sul, deixou explícito, no que respeita às aposentadorias com base na Carta de 1937, art. 177, e nas leis constitucionais ns. 2 e 8, em face da lei constitucional nº 12, que tais atos haviam obedecido à regra jurídica de produção, e que nenhum reflexo teria tido, sôbre êles, a lei constitucional nº 12. Eis o voto do relator, ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, que foi acompanhado por todos os seus ilustres pares:

"Visa o presente recurso extraordinário à declaração da inconstitucionalidade do ato adicional nº 2, que restabeleceu, em 1938, o art. 177 da Constituição de 1937, bem como a nulidade do decreto do govêrno do Estado, que aposentou o recorrente, nos têrmos do dispositivo referido, sem atender à sua situação de *magistrado*, com as garantias que a própria Carta Política lhe assegurava.

"Entende o recorrente que o ato adicional do presidente LINHARES, que aboliu o art. 177, deve ser aplicado ao seu caso, tendo assim um efeito de retroatividade.

"Sou dos que consideram constitucional o restabelecimento do art. 177 da Constituição de 1937, porque estava o presidente da República investido das funções legislativas, podendo decretar leis, praticar os atos que, competiam ao Parlamento Nacional. O at. 180 isso autorizava e já êste Supremo apreciou numerosos atos do govêrno anterior, todos baseados no artigo referido - 180 - *in verbis*:

"Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sôbre tôdas as matérias da competência legislativa da União".

"Aludia êsse preceito a tôdas *as matérias da competência legislativa da União* e, portanto, nelas se inclui claramente a de reformar a própria Constituição, se essa reforma cabia ao Parlamento Nacional.

"O ministro DJALMA DA CUNHA MELO, do Tribunal Federal de Recursos, em voto recente, esclareceu:

"Se o art. 180 dizia: tôdas as matérias da competência legislativa da União, não tenho fincas para negar fôrça operativa a essas expressões, para considerá-las supérfluas. O texto deve ser entendido de modo que tenham efeitos tôdas as suas previsões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma. Lembra-nos o Sr. CARLOS MAXIMILIANO; com abono de SUTHERLAND e de BLACK. Confrontando o art. 180 com o art. 13, tem-se que o art. 180 fazia depender o ciclo do poder constituinte de complementação dos órgãos constitucionais...

"O regime era discricionário, de arbítrio, e o que se chama arbítrio, ensina HANS KELSEN ("Teoria General del Estado", tradução de LEGAZ LACAMBRA, ed. 1934, § 46), "não é mais do que possibilidade jurídica de reter tôda decisão de determinar, libèrimamente, a atividade dos órgãos inferiores, e de suspender ou modificar, no todo ou em parte, e em qualquer tempo, as normas por êle criadas" (apelação cível nº 1.244).

"Após, o *plebiscito* cessaria a competência do presidente da República, pois era a oportunidade para a aprovação definitiva da Carta outorgada - as eleições seriam realizadas e o país teria todos os seus órgãos em pleno funcionamento. Isso, porém, não ocorreu.

"*Os atos adicionais* tiveram fôrça de lei, foram incorporados à Constituição e o govêrno LINHARES dêle lançou mão para abolir o art. 177.

"Tenho ainda como legal a aplicação dêsse dispositivo aos magistrados. Não foram êles excluídos dos efeitos da aposentadoria forçada. A Constituição lhes assegurou garantias, mas limitou-as aos preceitos gerais: ao Judiciário não competia entrar no exame dos motivos, das razões dos atos do govêrno nessa matéria.

"Só o govêrno, a seu juízo exclusivo, no interêsse do serviço público ou por conveniência do regime (art. 177), podia praticar tais atos.

"É certo que o art. 177 foi ditado pela violência, por um arbítrio mal compreendido, injustificável, e nem por isso podia deixar de ser respeitado: era *uma lei*.

"Refere-se o recorrente à falta de aprovação do presidente da República do decreto do Estado que o aposentou. O acórdão, porém, esclarece êsse ponto: "Na verdade, circular do Ministério da Justiça aos interventores e o dec. nº 1.202, de 8 de abril de 1939, fizeram depender a aplicação do art. 177, pelo Estado, de prévia autorização do presidente da República. São, no entanto, posteriores ao ato de aposentadoria do autor e, a êle, por isso não aproveitaram" (fls. 128 v.).

"A lei constitucional que baniu de nossa legislação o art. 177 não tem efeito retroativo, não pode reparar ou alterar situações jurídicas firmadas anteriormente. Dessa lei em diante não mais poderiam ser aposentados funcionários e magistrados pelos motivos constantes do art. 177, mas sua aplicação não retroagiu. Nenhuma disposição deu êsse efeito. Sem dúvida que as leis constitucionais e a Constituição têm efeitos imediatos. Esses efeitos regulam todos os casos, claro, porém, que a partir de sua vigência: os fatos já

ocorridos são mantidos. Cumpre assinalar que a lei constitucional nº 12 apenas revogou o art. 177, não anulou a sua aplicação anterior, como o poderia ter feito.

"A meu ver, o *acórdão* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nenhuma ofensa fêz à lei federal, nem lhe deu errônea aplicação.

"Conheço do recurso para lhe negar provimento".

Pelos fundamentos dêsse voto, recebo os embargos da União Federal, para ter e haver como improcedente a lide, considerando prejudicados, em conseqüência, os embargos do autor.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, pelas razões que já tenho exposto, circunstancialmente, em quase todos os casos de aposentadorias baseadas no artigo 177 da Carta de 1937, às quais me reporto, recebo integralmente os embargos do autor tal como o fêz, no fundo, o eminente ministro relator e, na forma, o não menos eminente ministro revisor.

Concluo pela reintegração por inteiro, tal como votou o eminente revisor.

Mais não preciso fundamentar, senão como ponto de vista pessoal meu, deplorar que, de todos os casos submetidos a julgamento dêste Tribunal, só o do major Flarys, julgado por último, tenha chegado a resultado contrário, ao que reputo seu direito, impedindo-se até, pelo trânsito em julgado futuro, que aquêle oficial pleiteie administrativamente o a que os outros, por lei, têm direito, mesmo sem ação em juízo. Desigualdade contundente, que me levou a veemência generosa que V. Excias. souberam me perdoar da última vez.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: mantido o acórdão embargado, em virtude de empate, tendo o Sr. ministro relator rejeitado todos os embargos, os ministros revisor CUNHA VASCONCELOS e ARTUR MARINHO recebido *in totum* os embargos do autor e rejeitado os dá União, e os ministros

ROCHA LAGOA, HENRIQUE D'ÁVILA, DJALMA DA CUNHA MELO e ALFREDO BERNARDES recebido os embargos da União e rejeitado os do autor.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DISPONIBILIDADE - APROVEITAMENTO

- Não comete falta punível com a destituição o funcionário em disponibilidade que recusa aproveitamento em cargo de natureza diferente do que ocupara e sem equivalência de vantagens.

União Federal *versus* Cândido da Silva Fagundes

Ap. n° 850 - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível de São Paulo, em que é recorrente *ex officio* o juiz dos Feitos da Fazenda Pública, apelante a Fazenda Nacional, e apelado Cândido da Silva Fagundes, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso *ex officio* e à apelação da União, para reformar, em parte, a decisão apelada, para excluir os honorários de advogado, confirmando-a no mais, na forma do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Tribunal Federal de Recursos, 22 de março de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: O autor, Cândido da Silva Fagundes, escrivão criminal em disponibilidade do extinto Juízo Federal da Seção de São Paulo, com 23 anos de serviço público, e vencimentos proporcionais, foi, por decreto do presidente da República, de 26 de outubro de 1938, nomeado para o cargo da classe "H" da carreira de oficial administrativo, Quadro I, do Ministério da Marinha. Não tendo assumido as novas funções, por decreto de 31 de dezembro do mesmo ano, a nomeação foi declarada sele efeito, sendo-lhe cassada a disponibilidade, *ex vi* do dec. nº 20.486, de 1931, art. 4º.

Os vencimentos da atividade funcional do autor eram de Cr$ 1.230,20, além das custas; e os do cargo para que fôra nomeado em outro lugar, de Cr$ 1.100,00.

Em 30 de outubro de 1942, o autor fêz protesto judicial para interromper a prescrição.

A ação foi ajuizada em 26 de abril de 1945, na qual pediu o autor, quanto à União, a declaração de nulidade do ato que lhe cassou a disponibilidade em que se achava; o reconhecimento do seu direito às vantagens do montepio, pelo restabelecimento de sua situação legal, suspensa por falta de recursos, os vencimentos decorrentes da disponibilidade e a diferença correspondente ao tempo de serviço público, enquanto estiver nessa situação.

A causa foi dada o valor de Cr$ 100.000,00. O autor envolveu também na ação a responsabilidade do Estado por não ter sido aproveitado na reorganização judiciária local, em virtude da recomendação feita pela Presidência da República. Entretanto, em virtude de decisão intercorrente do egrégio Supremo Tribunal Federal, de 13 de maio de 1946 (fls. 91), foi mantida a exclusão da Fazenda Estadual da esfera da ação, por ser parte ilegítima. A União contestou integralmente o pedido, dada a legalidade do aproveitamento do funcionário em disponibilidade e a perda do direito pela não aceitação do novo cargo. Rebateu a alegação de que os cargos eram desiguais, sem vencimentos correspondentes, desde que o oficial administrativo classe "H" vencia o duplo do que o autor tinha na disponibilidade.

Após o incidente relativo ao chamamento do Estado à lide, sendo ouvidas as partes, o Dr. juiz *a quo* proferiu a decisão de fls. 108, na qual, depois de longamente expor os fatos e de aplicar a lei, julgou procedente a ação, recorrendo *ex officio*.

A Fazenda apelou insistindo no direito que assiste à União de aproveitar o funcionário e de cassar-lhe a disponibilidade pela inaceitação do novo cargo. O apelado opôs razões justificativas do seu direito e do acêrto da sentença recorrida.

Subindo os autos a esta instância, o Dr. subprocurador geral da República emitiu o seguinte parecer:

"I. As razões de apelação da União Federal, firmadas pelo ilustre procurador GÓIS CALMON, situam muito bem a espécie em debate, apontando-lhe a solução que se impunha.

"II. A todo modo, cumprirá reformar a MM. sentença no tocante à condenação a honorários advocatícios, que não tem qualquer amparo legal (Cód. de Proc. Civil, art. 64)."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): A ação foi exercitada no tempo devido, antes de expirado o prazo complementar suspensivo da prescrição.

Sendo o autor funcionário público, contando mais de dez anos de serviço e pôsto em disponibilidade forçada, não podia perder os direitos do cargo, nos têrmos da Constituição de 1937, art. 156, letra *c*, a não ser por sentença judicial ou processo administrativo. Diante dêsse texto expresso, não podia mais prevalecer o dispositivo do dec. número 20.486, de 1931, art. 4º, que determinara perder o cargo o funcionário em disponibilidade que, nomeado para outra função, não aceitasse a nova investidura; assumindo-a no prazo legal. Além disso, não comete falta que dê causa à destituição, na sistemática

constitucional anterior, como na atual (art. 189, parág. único), o serventuário em disponibilidade que recusa uma investidura de natureza diferente sem equivalência de vantagens. Nas condições em que o autor foi mandado servir em outro cargo, em lugar diferente com vencimentos inferiores ao cargo suprimido, o ato governamental afastou-se dos preceitos legais, ferindo o direito individual.

Não se justificando a cassação da disponibilidade do autor, por nada se haver apurado em juízo ou em processo administrativo, nos têrmos do dispositivo constitucional de 1937, acima referido; impõe-se a confirmação da sentença apelada, exceto na parte em que concedeu honorários de advogado. Assim, dou, em parte, provimento à apelação, para excluí-los, mantendo no mais a decisão recorrida.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (revisor): Sr. presidente, está fora de dúvida da que o autor era escrivão da extinta justiça federal. Tem-se que, pelo direito dominante da relação jurídica entre o serventuário de justiça em causa e o Estado, que era êle tido como titular de cargo vitalício.

As leis antigas da justiça federal, desde 1890, consolidadas pelo dec. nº 3.084, de 1898, e as leis subseqüentes, tôdas elas são nesse sentido. E foi por isso que o art. 182 da Carta de 37 se referiu a funcionários que tivessem direito a vitaliciedade.

Assim sendo, e estabelecendo o art. 182 citado que o aproveitamento dos que ficassem em disponibilidade se faria em cargos de vantagens equivalentes, recomendação esta que se reproduziu no dec.-lei nº 6, de 1937, torna-se evidente que havia o autor de beneficiar do comandamento que ao mesmo passo era da Carta, que jogava o papel de Constituição e da lei ordinária, além de ser da mais rudimentar das moralidades administrativas.

Provado em concreto o que V. Exª muito bem destacou, isto é, que o aproveitamento se fêz sem o atendimento às imposições do direito, òbviamente me ponho em completo acôrdo com o douto voto de V. Exª, inclusive também na restrição feita quanto aos honorários de advogado, que não cabem.

Dou igualmente provimento em parte ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade, deu-se provimento à apelação de oficio e da União, para reformar, em parte, a decisão apelada, a fim de excluir da condenação os honorários de advogado, confirmando-a no mais.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO - REINTEGRAÇÃO

- Mesmo no regime da Constituição de 1937, os atos de demissão do funcionário exigiam fundamentação.

União Federal *versus* Dr. Romualdo Crepory Barroso Franco

Ap. nº 1.874 - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.874, do Distrito Federal, em que são recorrentes o juiz da 3ª Vara e a União Federal, e recorrido Dr. Romualdo Crepory Barroso Franco:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, em negar provimento aos recursos que foram interpostos, como confirmam a decisão recorrida, por seus fundamentos, tudo na conformidade dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo, e que dêste ficam, fazendo parte integrante.

Custas pela ré-apelante.

Tribunal Federal de Recursos, 10 de maio de 1950. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Elmano Cruz*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: O Dr. Romualdo Crepory Barroso Franco, antigo procurador da República no Estado do Maranhão, foi daquele cargo exonerado aos 8 de dezembro de 1930, pelo então chefe do Govêrno Provisório que a revolução triunfante colocara no Poder.

Valendo-se do que estabeleceu o art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, intentou êle perante a Comissão Revisora o reexame da sua demissão, tendo obtido parecer favorável por unanimidade de votos na sessão de 22 de setembro de 1936, no sentido do seu aproveitamento.

Êste aproveitamento, porém, não se verificou, e, com a promulgação da Constituição de 1946, tendo em vista o art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promoveu judicialmente o reconhecimento de seus direitos, tendo obtido sentença favorável do juiz JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, quando em exercício na 2ª Vara da Fazenda Pública.

A parte dispositiva da sentença é essa (fls. 37 a 39).

"Isto pôsto:

"A espécie é corriqueira nos Juízos da Fazenda, havendo numerosos julgados a respeito, inclusive do prolator desta sentença. Ainda recentemente, a 24 do corrente mês, proferi, nesta Vara, a que julgou ação proposta contra a União, por Edite Rangel de Vasconcelos da Cunha, tendo oportunidade de ponderar que "o art. 18 das Disposições Constitucionais Transitórias de 1934, que aprovou os atos daquele govêrno (o Provisório, da Revolução de 30), todavia, determinou o reexame dos casos de afastamento de cargos ou funções públicos. Ora, a restrição, estabelecida constitucionalmente à aprovação de tais atos, retirou-lhes o caráter discricionário absoluto. Realmente, se são êles suscetíveis de reexame, isto é, de apreciação de seu conteúdo e causas determinantes,

escapam à faixa de atividade livre do Estado, incontrolável pelo Poder Judiciário.

"O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946, em seu art. 30, relevando a prescrição, relativamente aos casos em que, como *sub judice*, houve reclamação administrativa e parecer favorável definitivo da Comissão Revisora a que se refere o dec. nº 254, de 1-8-35, bem como possibilitando o recurso ao Judiciário, reafirma o caráter não discricionário do estabelecimento do citado Govêrno Provisório. Assim, se não são discricionários tais atos de aposentadoria, demissão ou reforma, têm êles sua legitimidade e validade condicionadas à existência de causa legal, para o afastamento, e à regularidade do processo que o teria precedido, para a necessária verificação do motivo, ou motivos determinantes. Conseqüentemente, se não existe processo regular, ou se a causa invocada pela Administração Pública, para demitir ou reformar o seu servidor, não se enquadra entre as que justificam o afastamento, em face da lei, o ato demissório, uma vez impugnado, não poderá subsistir".

"Na espécie dos autos, como se evidencia com a juntada, em apenso e por iniciativa da própria ré, do processo administrativo referente ao afastamento do autor, a sua demissão teve como causa real o intuito manifesto do govêrno revolucionário de 1930, de criar uma vaga, a fim de reconduzir ao cargo o antigo procurador, demitido três anos antes pelo govêrno deposto. O pretexto invocado foi a alegada acumulação de cargos, pois o autor exercia, também, o de professor no Liceu Estadual do Maranhão. O motivo verdadeiro do afastamento não constitui, como é óbvio, causa legal para a demissão ora impugnada. Quanto ao motivo aparente - acumulação vedada - foi evidentemente irregular o processo adotado: cabia ao servidor optar, na hipótese de não poder continuar em ambos os cargos exercidos, por um dêles. De qualquer modo, teria de ser ouvido antes da expedição do ato exonerativo.

"De qualquer modo, portanto, que se encare a demissão do autor, não pode ela prevalecer, ou por ilegalidade manifesta, ou por ausência de processo em forma regular. Alega-se, em parecer junto ao processo administrativo, a demissibilidade *ad nutum*, quanto ao cargo exercido pelo autor. Mesmo que assim fôsse, ao tempo do afastamento, o Govêrno Provisório, invocando no expediente que o precedeu um motivo determinado, autolimitou, expressamente, a faculdade de demitir livremente.

"Verificada a autolimitação do próprio arbítrio, pode o Judiciário examinar a legitimidade do motivo invocado e a regularidade de sua verificação, relativamente ao ato impugnado.

"Além de tudo o mais, no caso do autor, ocorrem, ainda, circunstâncias relevantes: posteriormente à propositura da ação, em 9-12-1948, foi promulgada pelo presidente do Senado a lei nº 529, pela qual o Poder Legislativo, indo além da relevação de prescrição concedida pelo art. 30 do Ato de 1946, liberalizou aos membros do Ministério Público, com os requisitos do citado dispositivo constitucional, a aposentadoria com os proventos dos antigos cargos, ou de equivalentes, ou a disponibilidade daqueles que não tiverem trinta anos de serviço ou não tenham atingido a idade-limite e cuja reintegração não seja possível. Essa lei, que pode e deve ser aplicada ao caso do autor, pois o ajuizamento da demanda, anterior à lei, não pode prejudicá-lo, - o que seria absurdo - reforça o direito reconhecido nesta sentença, e lhe dá solução que, de qualquer modo, seria encontrada.

"Assim, pelo exposto, julgo procedente a ação e condeno a ré na forma do pedido, ou seja, a: 1°, reintegrar o autor no cargo de procurador da República, ou em outro equivalente, com as vantagens atuais, contado como tempo de serviço o período correspondente ao afastamento, de 8 de dezembro de 1930 até a efetiva reintegração, e, 2º, pagar-lhe os vencimentos correspondentes ao cargo, desde a data da propositura da ação até efetivo aproveitamento.

"Custas pela ré.

"Recorro de ofício.

"Publique-se na audiência para hoje designada. Registre-se.

"Distrito Federal, 27 de janeiro de 1949. - *João José de Queirós*".

Publicada aos 27 de janeiro a decisão, aos 23 de fevereiro dela apelou a União, sustentando que o parecer da Comissão Revisora não aproveitava ao autor, e aduzindo em prol da validade do ato demissório o seguinte (fls. 42 a 43):

"A respeitável sentença apelada julgou procedente a ação na forma do pedido.

"Não nos parece, porém, que deva prevalecer, pelos fundamentos constantes da contestação de fls. 13-16, que ora oferecemos como parte integrante destas razões, não obstante a refutação que lhe fêz o ilustre apelado, por seu douto patrono, nas alegações de fls. 22-28 v.

"Transcrevendo o que o autor sustentou, salientou o douto julgador que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946, em seu art. 30, relevando a prescrição, relativamente aos casos em que, como *sub judice*, houve reclamação administrativa e parecer favorável definitivo da Comissão Revisora a que se refere o dec. nº 254, de 1-8-1935, bem como possibilitando o recurso ao Judiciário, reafirma o caráter não discricionário dos afastamentos ocorridos em conseqüência do estabelecimento do Govêrno Provisório, e que, assim, se não são discricionários tais atos de aposentadoria, demissão ou reforma, têm êles sua legitimidade e validade condicionadas à existência de causa legal para o afastamento e à regularidade do processo que o teria precedido, para a necessária verificação do motivo ou motivos determinantes.

"E acrescentou que, na espécie dos autos, a demissão do autor teve como causa real o intuito manifesto do govêrno revolucionário de 1930 de criar uma vaga a fim de reconduzir ao cargo o antigo procurador, demitido três anos antes pelo govêrno deposto.

"O pretexto alegado, acrescenta a sentença, foi a alegada acumulação de cargos, pois o autor exercia também o de professor do Liceu Estadual do Maranhão.

"Conclui, por isso, o ilustre juiz *a quo* que, de qualquer modo que se encare a demissão do autor, não pode ela prevalecer, ou por ilegalidade manifesta, ou por ausência de processo em forma regular.

"Sustenta ainda o douto prolator da sentença apelada que, mesmo que o cargo de procurador da República fôsse demissível *ad nutum* ao tempo do afastamento do autor, o Govêrno Provisório, tendo invocado um motivo determinado para justificar a demissão do autor, auto-limitou expressamente a faculdade de demitir livremente e que, assim, pode o Judiciário examinar a legitimidade do motivo invocado e a regularidade de sua verificação

relativamente ao ato impugnado. Não nos convenceram, porém, os fundamentos da sentença apelada.

"O fato do govêrno esclarecer o motivo da demissão do autor não autolimitou o seu arbítrio com respeito à faculdade que tinha para demiti-lo, pois não estava obrigado a tal esclarecimento; assim procedeu porque quis, no uso do mesmo poder discricionário de que estava investido, em virtude do disposto no art. 1º do dec. número 19.398, de 11-11-1930.

"E a Comissão Revisora, criada pelo decreto nº 254, de 1-8-1935, em obediência ao disposto no parág. único do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, não tinha poderes para proclamar a ilegalidade do ato demissório, cumprindo-lhe tão-só emitir parecer sôbre a conveniência do aproveitamento do interessado no cargo ou função pública que exercia e de que tivesse sido afastado pelo Gôverno Provisório, ou seus delegados, ou em outros correspondentes, logo que possível.

"Emitiu, portanto, dita Comissão apenas seu *parecer*, que, como tal, não obrigava o govêrno a acolhê-lo. Orientava o govêrno, mas não decidia, nem impedia que o govêrno não o adotasse.

"Aliás, o fundamento do parecer favorável da Comissão Revisora, que se vê a fôlhas 22 dos autos em apenso, foi o de exercer o autor um cargo efetivo e nada constar dos processos que lhe foram presentes contra a sua atuação funcional.

"A referida e douta Comissão Revisora não fêz, em seu parecer, qualquer referência ao fato do autor exercer, como confessa e está provado nos autos do processo administrativo em apenso, cumulativamente, os cargos de procurador da República e de professor do Liceu Estadual do Maranhão.

"Sabedor dêsse fato podia, pois, o govêrno não aproveitar o autor em qualquer cargo ou função pública.

"Não ampara melhor a pretensão do autor haver o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946, no seu art. 30, assegurado, aos que se valeram do direito de reclamação instituído pelo parág. único do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 16 de julho de 1934, a faculdade

de pleitear perante o Poder Judiciário o reconhecimento de seus direitos, salvo quanto aos vencimentos atrasados.

"Portanto, o que ficou assegurado ao autor foi apenas o direito de *pleitear* perante o Poder Judiciário o reconhecimento do seu pretendido direito.

"Resta examinar, pois, se o autor tem direito ao aproveitamento pretendido.

"Pela afirmativa concluiu a sentença apelada.

"Pela negativa é a nossa conclusão.

"E isto porque:

"I, a nomeação do autor para o cargo de procurador da República no Maranhão foi na vaga aberta com a demissão ilegal do então procurador Dr. ARMANDO VIEIRA DA SILVA;

"II, ao ser nomeado, o autor já exercia o cargo de professor do Liceu Estadual do Maranhão, passando, então, a exercer cumulativamente os dois cargos, com infração do disposto no art. 73 da Constituição de 1891, que expressamente vedava as acumulações remuneradas e que estava ainda em vigor por ocasião da exoneração do autor, nos têrmos do disposto no art. 4° do decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930;

"III, havendo o Govêrno Provisório resolvido reparar os efeitos da ilegal demissão do antecessor do autor no dito cargo de procurador da República no Maranhão, nomeando-o novamente para exercer aquêle cargo, e estando em pleno gôzo dos poderes discricionários já referidos, podia exonerar, como fêz, o autor do aludido cargo, sem necessidade de mandar instaurar qualquer processo administrativo, até porque, no caso, já havia sido verificado que o autor exercia dois cargos cumulativamente, contràriamente à disposição expressa do já citado art. 73 da Constituição federal de 1891".

Subiram os autos e neste Tribunal o Dr. subprocurador geral da República disse o seguinte: (*lê* fls. 54 a 60).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Como bem acentuou o ilustre juiz recorrido, a hipótese ora em exame é corriqueira nos Juízos da Fazenda Pública, e neste Tribunal já por diversas vêzes tem sido também apreciada.

É certo que o parecer da Comissão Revisora não confere ao favorecido um direito absoluto, inexpugnável ao exame do Poder Judiciário, pois que o que a Constituição lhe assegurou foi a faculdade de pleitear perante o Poder Judiciário o reconhecimento de seus direitos, o que òbviamente importa submeter êsses direitos à apreciação do Poder Judiciário.

Daí o só fato de ter parecer favorável assegura automàticamente o direito ao reingresso no cargo público que perdeu.

No caso dos autos, porém, nada de positivo se argüiu e provou em defesa da ré contràriamente ao pedido do autor, isto é, a liquidez do seu direito se mostrou estreme de dúvidas, reforçada pelo parecer da Comissão Revisora. Se assim é, não havia senão chegar à conclusão a que chegou o ilustre juiz *a quo*, dando além do mais aplicação imediata à lei nº 529, de 9 de dezembro de 1948, que alcançou o feito em meio a sua tramitação, isto é, antes de constituir coisa definitivamente julgada e que veio proporcionar solução adequada a quantos se encontravam e se encontram na situação do autor e não possam ser reintegrados.

Essa a finalidade e o alcance da regra inserta no § 2° do art. 1 O da citada lei número 529.

Nego assim provimento aos recursos, para manter em todos os seus têrmos a decisão recorrida.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (revisor): Lamento dissentir do eminente Sr. ministro relator.

Dou provimento a ambos os recursos para julgar a ação improcedente. O art. 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição federal vigente assegurou aos servidores públicos, demitidos pelo Govêrno Provisório instaurado em 1930, a faculdade de pleitear perante o Judiciário o reconhecimento de seus direitos conculcados, relevada tôda e qualquer prescrição, uma vez que houvessem obtido parecer favorável da Comissão Revisora organizada pelo dec. n° 254, de 1º de agôsto de 1935, e não tivessem sido ainda aproveitados em cargos públicos iguais ou equivalentes.

Os pareceres da dita Comissão Revisora não se revestiram de fôrça impositiva, eram apenas opinativos. O Executivo podia ou não adotá-los, tendo sempre em vista, em cada caso, os altos interêsses do serviço público ou as necessidades da Administração, sem que aos interessados restasse o direito de o compelir a fazê-lo pela via judiciária, até então suprimida pela determinação constante do art. 18 das Disposições Transitórias do Pacto Fundamental de 1934. Com o advento da Constituição federal vigente, porém, e por fôrça do art. 30, já referido, de suas Disposições Transitórias, tiveram êstes o seu acesso assegurado ao Judiciário, já reinvestido de sua prerrogativa soberana de aquilatar da legalidade ou ilegalidade das demissões da espécie de que se cogita nestes autos. Dito isso, passemos ao exame do caso objetivado. Nomeado a 28 de dezembro de 1927, e empossado logo a seguir no cargo de procurador da República no Maranhão, veio o apelado a ser exonerado, a 8 de dezembro de 1930, de suas funções pelo Govêrno Provisório. Vigiam, à data da exoneração do apelado, os decs. ns. 3.084, de 5 de novembro de 1898, e 10.902, de 20 de maio de 1914, que estabeleceram que os procuradores da República seriam conservados em seus cargos enquanto bem servissem. E a cláusula, acima sempre foi compreendida pelo Judiciário como equivalente à demissão *ad nutum*: ficando ao alto critério do Executivo ajuizar do bom ou mau desempenho das funções exercitadas. Entre muitos outros julgados, cumpre relembrar o acórdão proferido em junho de 1934, pelo egrégio Tribunal Federal, de que foi relator o insigne COSTA MANSO (*in* "Arq. Judiciário", vol. 36, pág. 185), onde ficou consignado que:

"Em face da jurisprudência da Côrte Suprema, a cláusula "enquanto bem servir" não confere sequer estabilidade no cargo; é de todo inoperante; com ela,

ou sem ela, o funcionário que, por outro título, não tenha estabilidade, é demissível *ad nutum*".

Exonerando o apelado, antes de completado o prazo de 10 anos de exercício, exigido na época, pela legislação em vigor, para que lhe fôsse reconhecido o predicamente à estabilidade, não praticou a Administração qualquer ilegalidade ou abuso de poder capaz de reparação por via judicial. Face à lei vigente ao tempo, o ato demissório não enseja censuras de direito.

O aceno à lei nº 529, de 15 de dezembro de 1948, é, por outro lado, impertinente nesta altura: antes que o Executivo lhe dê ou não cumprimento, não poderá o apelado bater às portas da Justiça. Ante ó exposto, dou provimento, como disse, a ambos os recursos, para julgar a ação improcedente.

É o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: após o voto do Sr. ministro relator, que negava provimento aos recursos, e o do Sr. ministro revisor, que lhes dava provimento,
pediu vista dos autos o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: O Dr. Romualdo Crepory Barroso Franco foi exonerado do cargo de procurador da República na Seção do Estado do Maranhão por ato do Govêrno Provisório, datado de 8 de dezembro de 1930. Usando do direito de reclamação previsto no art. 18, parág. único, das Disposições Transitórias da Constituição federal de 16 de julho de 1934, apresentou êle, em tempo oportuno, o seu petitório à Comissão Revisora, de que cogita o decreto nº 254, de 1° de agôsto de 1935, *logrando parecer favorável*, unânime, no sentido de seu aproveitamento no mesmo cargo, ou em outro equivalente.

Apesar dêsse pronunciamento, o Poder Executivo não reintegrou-o no cargo de que fôra demitido, nem nomeou-o para cargo equivalente. Excluída, como se achava, pela Constituição de 1934, qualquer apreciação judiciária dos atos do Govêrno Provisório, o autor nada pôde fazer em prol dos seus direitos.

Sobreveio, porém, a Constituição de 1946, que, no art. 30 das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurou aos que se valeram do direito de reclamação, instituído pelo parág. único do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, a faculdade de pleitear perante o Poder Judiciário o reconhecimento dos seus direitos, caso tivessem obtido, no processo de reclamação,- parecer favorável, definitivo, da mencionada Comissão Revisora.

Relevado da prescrição em que incorrera constrangidamente, veio, então, o autor a Juízo, em 7 de maio de 1948, para pleitear a sua reintegração, uma vez que ocorriam, na espécie, as condições fixadas no art. 30 das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1946, vale dizer: reclamação tempestiva; parecer favorável e definitivo da, Comissão Revisora: inércia do poder público pelo não aproveitamento.

Discute-se nesta demanda a legalidade da exoneração do autor, que então exercia o cargo de procurador secional da República havia menos de três anos. Sua nomeação fôra *em caráter definitivo e enquanto bem servisse* (dec. nº 3.084, de 1898, e dec. número 10.902, de 1914).

Essa cláusula *enquanto bem servir* exclui a demissibilidade *ad nutum*. Entendo que exclui, pois subordina a demissão dos nomeados sob essa garantia à demonstração que *serviram mal*. Tal cláusula equipara-se à do direito público americano - *during good behavior* - com a qual se fazem as nomeações dos juízes da Suprema Côrte Federal. É cláusula intermediária entre a vitaliciedade e a demissibilidade *ad nutum*.

A respeito da interpretação da cláusula *enquanto bem servir*, a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal encaminha-se, não há como negar-se, no sentido de equipará-la à da demissibilidade *ad nutum*. Não vejo, porém, êsse entendimento: prefiro ficar com o que lhe dava o próprio egrégio Supremo Tribunal Federal, até antes de 1921, e isto porque tenho em conta que as leis não devem ser interpretadas como contendo palavras ociosas. Conforme

salientou o eminente Sr. ministro SAMPAIO COSTA, em voto proferido na apelação cível número 1.664, as palavras contidas nas leis devem ser entendidas no seu justo sentido, tendo tôdas elas um alcance, um fim, um destino próprio. "É uma velha, sábia e sempre atual regra de hermenêutica. Entender, pois, tais cláusulas (enquanto bem servir) como equivalentes às de demissibilidade *ad nutum*, será considerá-las como inexistentes ou postas ociosamente na lei, sem qualquer finalidade ou razão".

Incumbia, portanto, ao Poder Executivo fazer a prova de haver o autor servido mal, no cargo de procurados da República, para justificar a legalidade da sua exoneração. Essa prova tanto poderia fazer-se antes ou coma posteriormente à exoneração. Sem ela, porém, e ainda sem *mera alegação, nestes autos, de que o autor servira mal no referido cargo*, deve-se considerar como de puro arbítrio o ato do Poder Executivo que o demitiu.

Pelas razões expostas, já confirmaria a sentença apelada, acompanhando, assim, o voto do Sr. ministro relator.

Mas, o direito do autor está hoje amparado pela lei nº 529, de 9 de dezembro de 1948, que, além da relevação da prescrição concedida no art. 30 do Ato de 1946 liberalizou aos membros do Ministério Público, que preenchessem os requisitos do citado dispositivo constitucional, a aposentadoria com os proventos dos antigos cargos, ou de equivalentes, ou a disponibilidade daqueles que não tiverem 30 anos de serviço, ou não tenham atingido a idade-limite e cuja reintegração não seja possível. A referida lei, segundo acentuou o ilustre juiz de primeira instância. Dr. JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS; pode e deve ser aplicada ao caso do autor, pois o ajuizamento da demanda em data *anterior a ela* nenhuma influência terá para prejudicá-lo, "o que seria um absurdo".

Acompanho, assim, Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro revisor, o voto do Sr. ministro relator, que negou provimento aos recursos, para confirmar *in totum* a sentença apelada.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: prosseguindo-se no julgamento, negou-se provimento a ambos os recursos, contra o voto do Sr. ministro revisor, que os provia, para julgar improcedente a ação.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

*

PATRIMÔNIO ARTÍSTICO E HISTÓRICO - VISIBILIDADE DA OBRA TOMBADA

- Se a construção nova não prejudica a visibilidade da obra tombada, não procede a ação demolitória.

- Interpretação e aplicação do dec.-lei nº 25, de 1937.

União Federal *versus* Ginásio Pio X

Ap. nº 1.515 - Relator: MINISTRO MOURÃO RÚSSEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.515, da Paraíba, em que figuram, como recorrente o Dr. juiz de direito da 1ª Vara da comarca de João Pessoa, *ex officio*, e apelado o Ginásio Pio X:

Acordam os juízes da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos negar provimento ao recurso, tudo na conformidade das notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante dêste.

Tribunal Federal de Recursos, 6 de novembro de 1951. - *Djalma da Cunha Melo*, presidente; *João Frederico Mourão Rússel*, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: O recurso de ofício concerne à sentença seguinte e constante de fls. 29 e 30:

"A União Federal, por seu representante, propôs a presente ação cominatória, fundada no art. 302, inciso XI, letra *a*, do Código de Proc. Civil, contra o Ginásio Pio X, desta capital, argumentando:

"que, em março do ano findo, nas vizinhanças do convento de São Francisco, nesta cidade, monumento devidamente tombado, o réu à revelia da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, construiu um pórtico de ginástica para educação física de seus alunos;

"que a aludida construção prejudica a visibilidade de uma das fachadas do referido monumento, infringindo o art. 18 do dec.-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

"Pede seja o réu compelido a destruir a obra, sob pena de ser feita a demolição a suas expensas, pagando ainda a multa de Cr$ 2.000,00 e condenado afinal nas custas e mais pronunciações de direito. Juntou uma fotografia, dando à causa o valor de Cr$ 3.000,00.

"Feita a citação na pessoa do irmão marista Antônio Reginaldo, diretor do ginásio, o réu, por advogado, contestou a ação, alegando, em resumo:

"que construiu o mencionado pórtico no pátio interno do edifício onde funciona, cumprindo uma disposição de lei federal que obriga todo estabelecimento de ensino a ministrar educação física aos seus alunos;

"que, pela própria fotografia junta aos autos, se verifica que o pórtico não prejudica as condições de visibilidade do convento, pois está situado a certa distância do mesmo, no pátio interno do educandário, fora do tráfego público, e sua estrutura de vigas de madeira não contraria, em absoluto, o disposto no art. 18 citado pela autora;

"que esta ação foi movida por mero capricho do engenheiro Aírton Carvalho, diretor daquele Serviço Nacional sediado em Recife, Pernambuco, e tanto é assim que o forte de Santa Catarina, igualmente tombado, se encontra abandonado, não merecendo a atenção e cuidado que está a exigir de quem de direito. Juntou o traslado procuratório.

"O despacho de fls. 11 declarou o feito saneado. Foi realizada uma vistoria local, cujo laudo se vê a fls. 20, respondendo aos quesitos dos interessados. Na audiência de instrução e julgamento, foram inquiridas duas testemunhas do réu, e, desistindo das demais provas, as partes aduziram duas razões orais, resumidas no têrmo *retro*, junto por cópia aos autos. Como me faculta a lei, chamei êstes à conclusão, destinando o dia 7 do corrente para, em audiência, publicar a sentença.

"Tudo visto e devidamente examinado:

"Dos autos se verifica que, realmente, o réu construiu um pórtico de ginástica para educação física de seus alunos no pátio interno de seu estabelecimento, nas vizinhanças do convento de São Francisco, monumento tombado pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Entretanto, o dispositivo invocado pela autora (art. 18 do dec.-lei nº 25, de 30-11-1937), na hipótese, condiciona que, além de feita à revelia do aludido Serviço, venha a obra impedir ou reduzir a visibilidade do prédio em questão.

"A perícia a que se procedeu chegou à conclusão de que o pórtico em aprêço, simples estrutura de madeira, não prejudica de forma alguma a visibilidade da fachada do convento. Neste mesmo sentido é a prova testemunhal.

"Assim, na ausência dêsse requisito, é de se dar pela improcedência do pedido quando não provado que a construção nas vizinhanças de coisa tombada lhe impeça ou reduza a visibilidade.

"Pelo exposto e em face do preceito legal citado, julgo improcedente a ação. Sem custas. Recorro desta decisão para a superior instância, na forma da lei".

Vindo ter o processo a esta superior instância, deu-se vista dos autos ao Dr. subprocurador geral da República, que emitiu ao respeito êste parecer, constante de fls. 34 até 36:

"Ao contrário do que pretende o perito, com o aplauso do MM. Juízo, a prova fotográfica e testemunhal sòmente pode ser considerada no sentido da procedência da ação. A primeira torna patente a redução da visibilidade de uma

série de elementos característicos da fachada lateral do monumento tombado, como sejam vêrgas, esquadrias e diversas outras partes das janelas, conforme a posição do observador. E, quanto às testemunhas, declaram ambas que a construção se acha distanciada da fachada do convento apenas de 6 a 7 metros, reconhecendo, portanto, que a construção reduz a vista da mesma fachada, a menos que fôsse transparente.

"A própria interpretação estritamente literal do art. 18 do dec.-lei nº 25, de 30-11-37, conduz, assim, à conclusão indeclinável do fundamento do pedido. Mas é claro, a todo modo, que a proteção efetiva do patrimônio histórico e artístico nacional não pode ficar adstrita a uma inteligência primária e grosseira da determinação legal. Na verdade, qualquer espécie de edificação na proximidade de monumento tombado não é inconveniente e prejudicial, apenas, na medida maior ou menor em que reduza a sua visibilidade e sim, e sobretudo, porque se incorpora indevidamente à obra de arquitetura tradicional, alterando o seu aspecto característico e desfigurando-lhe a fisionomia genuína.

"Na espécie, a prova fotográfica evidencia que a trave superior transversal da estrutura de madeira erigida junto ao convento não apenas oculta as vêrgas típicas das janelas do 2° pavimento, mas *conta* ou se apresenta como se três daqueles vãos estivessem ligados por uma só vêrga contínua. Além disso, integra no edifício, por fôrça da proximidade excessiva, diversos elementos excêntricos, verticais e horizontais, que deturpam ainda mais a pureza da forma da sua nobre fachada.

"Importa considerar, de outra parte, que o convento de São Francisco da Paraíba constitui, com a respectiva igreja, um dos monumentos mais importantes e preciosos do acervo arquitetônico do país. Por isso mesmo, a União Federal, por intermédio da Diretoria do Patrimônio Histórico, tem despendido quantias avultadas para executar em seu benefício obras extensas e demoradas de reparação e restauração, visando a restituir-lhe o aspecto original.

"Em tais circunstâncias, a iniciativa dos responsáveis pela administração do Ginásio Pio X, no sentido de erigir uma estrutura tôsca e de grandes dimensões à frente e na imediata proximidade de uma das fachadas mais típicas do monumento, representa um atentado que não pode perdurar com o assentimento do Poder Judiciário. Estabelecendo a Constituição que os monumentos de valor

histórico e artístico ficam sob a proteção do Poder Público (art. 175) e determinando a lei especial que, na sua vizinhança, não se fará construção alguma sem prévia autorização do órgão competente, causa consternação a realidade, que os autos consignam, de evidente descaso pelo patrimônio de arte tradicional do país.

"A teor do disposto no art. 258 do Código de Proc. Civil, o MM. juiz *a quo* não estava adstrito ao laudo pericial de fls. 20, cujas conclusões contrastam tão flagrantemente com a prova fotográfica e o próprio depoimento das testemunhas arroladas pelo apelado. Pretender, como pretendeu o perito, que a estrutura erigida indevidamente "não prejudica de forma nenhuma a visibilidade da fachada do convento que lhe fica defronte", é não só formular afirmação contra a evidência, mas também demonstrar a mais completa falta de sensibilidade em relação ao objeto da perícia.

"Esperamos, à vista do exposto e do mais que os eminentes julgadores saberão suprir, o provimento do recurso de ofício".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: O documento de fls. 4 constitui prova suficiente de que a construção impugnada atenta contra a estética e contra a visibilidade do monumento, do convento de São Francisco, em João Pessoa.

Custa crer que os Irmãos Maristas, diretores do Ginásio Pio X, prossigam insistindo em manter o aleijão, em deixar prejudicada em sua graça arquitetônica o templo já aludido, que deveriam ser os primeiros a querer ver preservado na sua visão de conjunto, na sua perspectiva, na sua austeridade, na sua beleza, na sua imponência.

Ao demais, o estabelecimento de ensino dispunha de outra área para fixação das barras e trapézios, não carecia de plantar ao lado do convento a deformidade questionada, com evidente infração, no passo, do disposto no dec.-lei nº 25, de 1937, art. 18.

Dou provimento à apelação *ex officio*, para haver como procedente a ação.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RUSSEL (relator): Sr. presidente, com a devida vênia do voto proferido por V. Exª, nego provimento ao recurso *ex officio*, para confirmar integralmente a sentença recorrida. Para isso, tendo em vista, principalmente, o laudo de fls. 20, pelo qual o Dr. perito João Augusto Toni, nomeado pelo Dr. juiz e indicado pela própria União Federal, concluiu da seguinte maneira:

"Depois de examinar atentamente o local a que fica o pórtico, destinado a ginástica física e situado no pátio interno do Ginásio Pio X, passo a responder os quesitos:

"Resposta aos quesitos do procurador da República:

"Ao 1° - Não. O pórtico, pela sua estrutura, não prejudica de forma nenhuma a visibilidade da fachada do convento que lhe fica defronte, pois tal pórtico consta de uma simples estrutura de madeira.

"Ao 2° - A distância entre o mencionado pórtico e o convento é de 6,20 m.

"Resposta aos quesitos por parte do Ginásio Pio X:

"Aos 1º, 2º e 3° - Não".

Os quesitos formulados pelo Dr. procurador da República são os seguintes: (*lê* a fls. 18).

Os formulados pelo Ginásio Pio X são êstes: (*lê* a fls. 19).

Diante das respostas dadas ao aludido, já referido, de fls. 20, e da prova produzida, confirmo por seus fundamentos a sentença recorrida, de fls. 29-30.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ - Sr. presidente, não tenho em mãos o dec.-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, porém entendo que o decreto visou excluir a possibilidade de danos aos edifícios e construções tidos como monumentos históricos e que devem ser resguardados.

No caso dos autos, segundo se vê da fotografia a fls. 4, trata-se de uma construção de madeira, não ligada ao prédio, dêle distante 6,20 m, conforme consta do laudo e que a qualquer momento pode ser pôsto abaixo.

Entendo que o Dr. juiz *a quo* andou bem repelindo a ação, e andou bem porque, tendo sido o laudo pericial de fls. 20, do perito da Uni§o, em favor da autora, a União não recorreu da sentença que lhe foi desfavorável, deixando que os autos viessem a êste Tribunal ùnicamente em razão do recurso *ex officio*.

Nego provimento, de acôrdo com o Sr. ministro revisor.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso, designado relator o revisor. O vogal Sr. ministro ELMANO CRUZ acompanhou o voto do Sr. ministro revisor.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - DEMISSÃO

- Não basta a existência do processo administrativo para justificar a demissão do funcionário; é necessário que a sua falta tenha sido apurada por aquêle meio.

União Federal *versus* Eduardo Paiva Dreifus

Ap. nº 1.335 (embs.) - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade oferecidos na apelação cível nº 1.335, em que é embargante a União Federal e embargado Eduardo Paiva Dreifus:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, em rejeitar os embargos oferecidos para manter, como mantêm, o acórdão embargado de fls. 114 por seus fundamentos, tudo na conformidade dos votos constantes das notas taquigráficas anexas e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 3 de novembro de 1949. - *Armando Prado*, presidente; *Elmano Cruz*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: O juiz RAIMUNDO MACEDO, no exercício do cargo de juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública, julgou procedente a ação intentada por Eduardo de Paiva Dreifus contra a União Federal, condenando a ré a reintegrar o autor no cargo de que foi demitido, pagando-lhe tôdas as vantagens pretéritas e futuras, como se demissão não houvera (fls. 69).

Tratava-se de ação proposta para anulação de ato administrativo que atingira o autor, acusado de ter impatriòticamente se regozijado e mesmo festejado o torpedeamento de navios brasileiros, por piratas alemães, na última guerra mundial.

A parte decisória da sentença é esta: (*lê* fls. 65 em diante).

Surgiu recurso da União Federal, e, neste Tribunal, o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS acolheu o recurso interposto, para dar afinal pela improcedência da ação proposta, adotando a tese de "que o Judiciário não aprecia o mérito, mas tão-só a legalidade do ato administrativo. Se o

funcionário só podia ser exonerado após inquérito administrativo, e êste se fêz de forma regular", o procedimento administrativo está correto (fls. 96).

O SR. MINISTRO CUNHA MELO, revisor, dissentiu do voto do relator, para confirmar a sentença. Disse S. Exª, em seu voto de fls. 99, e em resumo, o seguinte: que o autor não foi jamais processado por qualquer Tribunal, nem mesmo pelo de Segurança Nacional existente ao tempo, e que na realidade a sua demissão teria ocorrido em razão de noticiário escandaloso dos jornais da época, nada se apurando de positivo no procedimento administrativo instaurado contra êle.

O SR. MINISTRO ARMANDO PRADO, que pedira vistas dos autos no primeiro julgamento, acolheu o recurso, isto é, sufragou o ponto de vista do Sr. ministro CUNHA MELO (fls. 109).

Daí os presentes embargos, oferecidos tempestivamente pela União Federal, e nos quais se articula:

"I. Os embargos são tempestivos (Regimento Interno, arts. 259, 289 e 290; Cód. de Proc. Civil, art. 26, 2ª parte) e têm o cabimento previsto no art. 258, II, letra *a*, do mesmo Regimento.

"II. Até certo ponto, menos que o caso dos autos, está em debate, nestes embargos, antiga e conhecida tese, decidida pela maioria da egrégia Turma de forma diversa da preconizada pela jurisprudência do Pretório Excelso.

"Efetivamente, como relembra o voto vencido do eminente ministro CUNHA VASCONCELOS, o colendo Supremo Tribunal, com o costumeiro acêrto, tem entendido não caber ao Poder Judiciário a apreciação do mérito, mas, tão-sòmente, a legalidade do ato administrativo.

"III. Também no parecer que proferimos a fls. 81-82, já havíamos mencionado os pressupostos daquela veneranda jurisprudência, quando dissemos que em hipótese, qual a dos autos, cumpre à Justiça apreciar. apenas, a legalidade do ato.

"Foi dêsse postulado que se afastou, infelizmente, o venerando acórdão embargado.

"IV. No aspecto de sua legalidade, nada há, nem foi argüido contra o ato malsinado, mesmo porque, à luz dos arts. 238, III, e 239, I, do Estatuto dos Funcionários Públicos, êle se apresenta escorreito, livre de qualquer censura, convindo arrolar, a propósito, que se procedeu a inquérito administrativo e que êste se processou com tôda regularidade.

"V. Reportando-nos, ainda uma vez, ao incisivo voto vencido e ao nosso mencionado parecer, esperamos o provimento dêstes embargos, como providência de boa e serena Justiça" (fls. 115-116).

Foram os embargos impugnados pelo autor-embargado, nestes têrmos: (lê fls. 120-124).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Rejeito os embargos oferecidos pela União, para o fim de manter, como mantenho, a decisão embargada que, a meu ver, bem decidiu a espécie.

Não basta como acentuou o Sr. ministro revisor, no acórdão embargado, que haja inquérito administrativo, isto é, que tenha havido a formalidade do inquérito administrativo, para que se repute desde logo como legítima a conclusão a que chegar o mesmo inquérito.

É de mister que o inquérito administrativo, além de extrìnsecamente legítimo, isto é, além de correr formalmente de acôrdo com os preceitos estatutários, seja *substancialmente* ou intrìnsecamente válido e operante tendo em visto os fins visados.

Explico-me: não é bastante e suficiente que se mande instaurar e se instaure efetivamente um inquérito administrativo na apuração de fatos, e, uma vez processado o inquérito, estejam ou não legitimamente apurados os fatos, se

conclua irremediàvelmente pela procedência dos mesmos fatos, cuja apuração não resultou estreme de dúvidas.

Por êste sistema, ninguém resistirá às conclusões de qualquer inquérito administrativo.

A decisão de primeira instância acentua a notória simpatia existente nos altos círculos governamentais pelos eixistas, fazendo referência expressa ao famoso discurso de 11 de junho, interpretado em nota oficial 24 horas depois de proferido.

São de hoje os fatos que precederam o afastamento do então chefe de polícia, e que culminaram com o atrito havido com o ministro da Justiça em exercício, o diplomata VASCO TRISTÃO DA CUNHA, e que se houve com dignidade e energia excepcionais no contristador episódio.

Contra o autor levantou-se uma acusação grave, gravíssima, e no entanto não se pretendeu responsabilizá-lo criminalmente pelo fato a êle atribuído, o que o levaria, por certo, a pesada pena imposta pelo Tribunal Especial, ao tempo em plena atividade.

Não houve o fato, e não há inquérito administrativo, por mais formalizado, que possa converter o inexistente em causa determinante do afastamento do servidor público.

Rejeito, pois, os embargos para confirmar o acórdão embargado e com êle a sentença de 1ª instância.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (revisor): Sr. presidente, o Dr. subprocurador geral, embargando o acórdão proferido, reporta-se - e é fundamental - ao voto que tive a honra de proferir na 1ª Turma. Não há matéria nova argüida: há, apenas, provocação de um novo julgamento com o material existente. Assim, peço licença para ler o voto que proferi, na Turma, como relator da apelação que é êste:

"Reconhece a sentença que "ao Judiciário não compete corrigir injustiça do Poder Executivo", mas, como preparação da conclusão a que chegou, acrescenta: "nada impede, porém, examine com amplitude a aplicação da lei pela Administração, para corrigir os excessos em que ela incorra". E invoca, em tal sentido, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citando os acórdãos proferidos nas apelações cíveis ns. 7.307, de 20-2-44, e 8.311, de 8-1-45.

Os venerandos arestos citados não amparam, entretanto, a tese do juiz. No primeiro, o grande Tribunal, contra três votos, rejeitou os embargos do autor da ação, mantendo, dêsse modo, a decisão pela qual a 2ª Turma reformara a sentença de 1ª instância, que dera pela procedência da ação, sustentando tese semelhante à defendida na sentença que estamos apreciando; no segundo - que se refere a caso por mim decidido na 1ª instância - o Tribunal não variou. Eu julgara a ação procedente por haver encontrado falhas graves do desenvolvimento material do processo administrativo; na apelação, o colendo Colégio reformou a sentença, em parte, mantendo a anulação da demissão, mas permitindo a renovação do processo administrativo. O interessado embargou o acórdão *nesta última parte* e perdeu. Prevaleceu, pois, a anulação imposta pela 1ª instância e a possibilidade aberta pelo Supremo Tribunal Federal, da autoridade administrativa emendar a mão formalizando, devidamente, o inquérito administrativo.

As teses mantidas, entretanto, foram as seguintes, nos 1º e 2º casos, respectivamente:

"O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configuram em sua ilegalidade, excluída a antecipação de mera conveniência ou oportunidade da medida".

"O juiz não deve sobrepor seu critério pessoal ao da autoridade administrativa a que a lei deferira o exame do caso, embora lhe possa parecer excessivo o rigor na aplicação da pena".

E a reafirmação da velha tese de que o Judiciário não aprecia o mérito, mas tão-só a legalidade do ato administrativo. Se o funcionário só podia ser exonerado

após inquérito administrativo e se êste se fêz de forma regular - o procedimento administrativo está correto.

Da última vez em que, como juiz da Fazenda Pública, sentenciei sôbre o assunto (em 22-3-45), disse:

"Sendo a exoneração precedida de inquérito administrativo, em que o funcionário tenha sido ouvido e tenha podido defender-se, ou de sentença judicial - o ato demissório é legal. E, na hipótese dos autos, é irrecusável que se verificou o primeiro caso.

"Pretendem os autores sustentar interdependência entre ilícito administrativo e ilícito penal, pleiteando a nulidade das demissões, porque o ilícito penal não ficou apurado, frente ao arquivamento do inquérito.

"A tese é sedutora, mas não cabe versá-la ao juiz inferior, frente ao entendimento consagrado pelo Tribunal Maior. O último acórdão conhecido do egrégio Supremo Tribunal Federal é o de 31 de julho de 1944, proferido na apelação cível nº 8.445, do qual foi relator o Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO. A tese esposada por êsse venerando julgado está condensada na ementa:

"Não é de ser acolhida a ação tendente a invalidar o ato de demissão baseado em processo administrativo, não obstante a absolvição do funcionário no juízo criminal, independentes, como são, as suas jurisdições, criminal e administrativa" ("Rev. de Direito Administrativo", vol. I, pág. 190)".

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: O autor dessa sentença, confirmada pelo acórdão, fui eu, e a hipótese é inteiramente diversa: o subinspetor da Alfândega de Santos matara o inspetor dentro de seu gabinete (apelação nº 8.445). Não é o caso. Lá o inquérito administrativo apurou o fato: um cidadão matara outro dentro do gabinete. O cadáver estava lá. O fato existia. Não tem similitude com a hipótese presente.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª não estava acompanhando o meu raciocínio, porque, se estivesse, embora muito me honrasse com seu aparte, não o daria. Faço a devida Justiça à sedutora

inteligência de V. Exª. Não há dúvida de que foi isso mesmo que se passou. Mas estava demonstrando que a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal é esta da independência absoluta entre o ilícito penal e o ilícito administrativo; e que, ainda neste caso, em que o cidadão foi absolvido, subsistiu a demissão imposta pelo Executivo. É outra a tese que se está sustentando.

Essa orientação vem de longe. Já em 15 de junho de 1929, no julgamento da apelação cível nº 5.535, sendo relator o Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS, assentou o Tribunal:

"Desde que houve processo administrativo, em que se apurou falta causadora da demissão, o ato do govêrno foi legal e não pode ser anulado pelo Poder Judiciário, pouco importando que o funcionário fôsse impronunciado ou absolvido em processo criminal. Não se trata de saber se a prova colhida no processo administrativo foi completa, ou incompleta, plena ou menos plena, como se tivéssemos em julgamento uma apelação criminal" ("Arq. Judiciário", volume 15, pág. 271).

Posteriormente, em 16 de setembro de 1933, por ocasião do julgamento da apelação cível nº 4.128, o Sr. ministro COSTA MANSO proferiu notável voto, como relator, mantendo aquela orientação ("REVISTA FORENSE", vol. 78, pág. 495).

Seguiu-se o acórdão de 16 de maio de 1938, nos autos da apelação cível nº 6.845, ainda relator *ad hoc* o Sr. ministro COSTA MANSO, por haver ficado vencido o ministro LAUDO DE CAMARGO (fls. 95 a 96).

Em 1940, em acórdão de 6 de junho, da apelação cível n° 7.176, relatada pelo ministro OTÁVIO KELLY, reafirmou-se a orientação ("REVISTA FORENSE", vol. 87, pág. 113).

O SR. MINISTRO LAUDO DE CAMARGO, relator do acórdão unânime nº 8.445, de 31 de julho de 1944, rendeu-se ao entendimento do Tribunal. Realmente, em 1938, votando, vencido, no julgamento da apelação cível nº 6.845, S. Exª recordou decisão-proferida como juiz da 1ª instância, em São Paulo:

"Não é isenta de censura a proposição de que o juiz só tem a ver com a existência ou não do processo administrativo, sendo-lhe defeso perquirir do que vai no seu merecimento.

".....

"Melhor fôra, então, que o ato demissório não ficasse dependente de processo algum, se só pelo exterior fôsse o ato julgado, contrariando o que êle contivesse.

".....

"Como saber se o ato foi ou não lícito, sem pesar os motivos que o determinaram, nem apreciar os elementos colhidos?" ("REVISTA FORENSE", vol. 78, pág. 494).

E lhe ficou fiel.

Em 1944, entretanto, no julgamento da apelação cível nº 8.445, já citada, disse S. Exª:

"Nego provimento à sentença apelada. O ato de demissão foi precedido de processo administrativo.

".....

"Não se pode, portanto, invalidar a exoneração, fundada em processo administrativo, que está a subsistir" ("Rev. de Direito Administrativo", vol. I, pág. 192).

".....

"Se o processo administrativo se desenvolveu de modo regular e dêle resultou a demissão, não haverá ilegalidade no ato demissório; ainda que pelo mesmo motivo venha o antigo funcionário a ser absolvido pela justiça no processo-crime" ("Rev. de Direito Administrativo", vol. II, fasc. 1, págs. 233 e 234).

Pelo exposto, pois, dou provimento ao recurso e reformo a sentença para o efeito de dar pela improcedência da ação, cancelando, entretanto, a nota a bem do serviço público, por ilegal (fls. 96-98).

Votando o Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, voltei, em face das ponderações de S. Exª, ao assunto, para dizer:

"Sr. Presidente. "O Judiciário não é um superpoder", disse-o o Sr. ministro COSTA MANSO, no Supremo Tribunal Federal, apreciando situação semelhante, porque, se ao Judiciário se permitisse o exame do merecimento do ato administrativo, estaria quebrando a harmonia que entrosa os três Poderes e praticando ato de atribuição de outro Poder. Em razão dêsse princípio, o Judiciário tem afirmado, ininterruptamente, que só lhe é lícito examinar a *legalidade* ou ilegalidade do ato atacado. Tornou-se pacifico e eu citei a jurisprudência iterativa desde 1929 até 1945, no sentido de que uma vez verificado que o inquérito administrativo se procedeu com as formalidades legais, o Judiciário não entra no exame do merecimento do que se apurou nesse inquérito. A demissão é legal - o Judiciário não a examina. Foi precisamente o que se viu na hipótese: houve o inquérito e a autoridade entendeu de demitir o funcionário. Não sòmente em relação aos casos em que a lei exige inquérito administrativo; nos casos de conservação do funcionário, enquanto bem servisse, fixou o Judiciário o entendimento de que a cláusula bem servir fica a critério do poder que demitiu, porque a esse poder, no exercício de suas atribuições, competia examinar a conduta e o bom serviço do funcionário.

"Autores de nota se têm insurgido contra o entendimento e, de momento, ocorre-me citar o desembargador SEABRA FAGUNDES. Entretanto, S. Exª proclama que o entendimento fixado no Brasil, tradicionalmente, é o oposto: verificado o inquérito administrativo, não há que entrar no merecimento do apurado. Eis a razão por que, sem desconhecer o espírito humanitário que fundamentou a sentença, só pude chegar até onde me era lícito ir, como membro de um órgão do Poder Judiciário: anular o ato demissório na parte em que êle se apresentava ilegal, porque o fato dado como determinante não se enquadrava em nenhuma das alíneas do artigo invocado" (fls. 102-103).

O Sr. ministro ARMANDO PRADO, pedindo vista, dissentiu do voto que proferi e, ainda uma vez, vi-me na contingência de completar a sustentação de meu voto, o que fiz com as seguintes palavras:

"Estudando êstes autos, cheguei à conclusão de que a demissão a bem do serviço público não encontrava assento na lei, porque os casos em que se admite êsse procedimento do Poder Executivo, do poder que nomeia, estão previstas no Estatuto, como V. Exª acaba de salientar. E não constou do processo a apuração de qualquer dêles de forma a justificar a demissão com essa pena mais gravosa, com essa pena que importa um labéu para o funcionário. E um aspecto legal que, como V. Exª disse, pode e deve o Judiciário examinar.

"Quanto, entretanto, à demissão pura e simples do funcionário, não pude deixar de acompanhar o entendimento, que demonstrei pacífico, do Supremo Tribunal Federal, desde épocas bem remotas até os dias de hoje. Há, por fôrça, uma razão a que se atém o egrégio Tribunal maior do país para assim se pronunciar ininterruptamente, levando mesmo ilustres magistrados dos mais conspícuos, dos mais dignos, daquele Colégio excelso a modificar opiniões anteriormente manifestadas. Essa razão é aquela que decorre da tripartição dos poderes no regime político e jurídico que adotamos. Não entra um dêsses poderes na competência do outro sem infringência da independência que os reveste. Essa a razão precípua, essa a razão fundamental, essa a razão de decidir do egrégio Supremo Tribunal, através dos tempos, sem variação; essa a razão que levou, como recordei, o ilustre ministro OROZIMBO NONATO a dizer que o Poder Judiciário não é um superpoder que controle a ação dos demais poderes, quando êstes estão na esfera das atribuições próprias.

"A legalidade do ato encontrei rigorosamente resguardada neste processo.

"Os funcionários públicos que não têm garantia de vitaliciedade - e hoje só a têm os magistrados - os funcionários públicos que não têm garantia de vitaliciedade, mas estabilidade, hoje, após 5 anos de serviço - então, após 10 anos de serviço - só poderão ser exonerados em seguida a inquérito administrativo ou em razão de sentença judiciária.

"A exigência da lei é a verificação do inquérito; uma vez preenchida essa exigência, resguardado fica o aspecto legal do ato do Executivo, porque a apreciação do merecimento é de sua exclusiva competência, invadindo sua esfera de atribuições o Judiciário, se a tanto se arrojar. Guardando, conseqüentemente, coerência com os pronunciamentos anteriores, em várias sentenças proferidas como juiz de primeira instância - tôdas elas, sem exceção, confirmadas pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, - não pude e não posso chegar a outra conclusão, não obstante os votos brilhantes, cheios de razões pessoais elevadas, que divergiram do meu pronunciamento" (fls. 111-112).

Sr. presidente, essa situação se mantém nos autos. E, assim, mantenho meu voto, dando provimento aos embargos, para reformar o acórdão da 1ª Turma reformando também a sentença de 1ª instância.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Também recebo os embargos nos têrmos do voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, cujos fundamentos adoto integralmente. Tive oportunidade de votar, por mais de uma vez, na Turma, invocando os mesmos motivos e a jurisprudência trazida à colação por S. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Rejeito os embargos. Faço-o pelos fundamentos do voto que proferi no julgamento da apelação e cujas bases a União Federal, inconformada, não conseguiu abalar.

Eis êsse voto.

O apelado contava mais de 15 anos de serviços à União Federal quando o Govêrno o exonerou. E o exonerou "a bem do serviço público". Nos têrmos da legislação vigente à data do ato demissionário, ou mais claro dizendo, nos têrmos da portaria Constituição de 1937, art. 156, letra *e*, 2ª parte, e Estatuto dos Funcionários Públicos, dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, art. 192, sòmente o poderiam destituir em virtude de sentença judiciária ou de processo administrativo levado a efeito com amplo ensejo de defesa para o

acusado. Vê-se dos autos, porém, que seu desligamento foi processado com abstração dêsse formalismo indeclinável. A conduta irrogada ao recorrido, descrita no relatório cuja leitura há pouco escutamos e causadora da decretação de perda do cargo, diretamente nada tinha que ver com o funcionário, com as atribuições e horários de serviço do mesmo, com a repartição em que êle trabalhava como postalista auxiliar "G". Interessava mais de perto à Polícia, notadamente à Polícia de Ordem Política e Social, o proceder sobremodo impatriótico imputado ao recorrido. Feita a averiguação, logrado um resultado positivo, competia ao judiciário, na época o Tribunal de Segurança, Nacional, dar, ao assunto, o trato repressivo conveniente. No entanto, ao que se depreende das certidões das provas irrecusáveis constantes dêstes autos, fls. 21 até 24, Eduardo Paiva Dreifus nunca foi condenado nem sequer processado criminalmente, quer na Justiça comum, quer no Tribunal de Segurança Nacional, e nem registra qualquer antecedente na Polícia de Ordem Política e Social, ou no Instituto Félix Pacheco. Com base numa notícia de jornal, abriu-se contra ele um inquérito administrativo (*vide* fls. 9 até 20). Mas a própria comissão de inquérito confessa a fls. 9 v. nada haver colhido contra o apelado na Polícia de Ordem Política e Social e nem mesmo na Delegacia do 6º Distrito, onde esperava encontrar registro da prisão de Dreifus. E as testemunhas inquiridas nesse processo administrativo, muito embora o número elevado das mesmas e de avultadas contradições entre os respectivos depoimentos, não increpam o recorrido, não lhe apontam tremalhe em condições de servir de alicerce à exoneração de que ele foi alvo. Quando o direito positivo condiciona a legalidade do ato demissório em análise à existência da sentença judiciária ou de processo administrativo, claro está dispondo que essa legalidade fica dependendo de sentença judiciária condenatória, ou de processo administrativo que ponha em evidência irrefragável o mau conceito do funcionário e infrações do Estatuto respectivo, ou da lei, por êle cometidas. Consoante se acaba de deixar em relêvo, não ocorreu, na situação em tela, qualquer dessas hipóteses. A exoneração foi ilegal. Aliás, a sentença de 1ª instância confrontou bem o acendrado pundonor, o rigor extremo, descabido, do Govêrno, neste caso, com a tolerância, a surdez, se não a conivência, dêsse mesmo Govêrno, na mesma época, constituições e gestos outros, êsses sim realmente dignos de exprobação, de repressão radical, inclemente. Firmou-se o Executivo, para a exoneração, no Estatuto citado, art. 239, X, onde se manda punir com demissão o funcionário transgressor de qualquer das proibições do art. 226 dessa mesma lei. O inciso violado não ficou

explicito no ato demissório, o que é anômalo. Esmiuçadas contudo as várias proibições do art. 226, tem-se que o processo administrativo não deslindou, não apurou a infração de qualquer das mesmas pelo apelado. E por isso que estou pelo deferimento da reintegração por êle pleiteada. Confirmo a sentença. Nego provimento aos apelos.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, acompanho o voto do Sr. ministro revisor. S. Exª expôs a questão, a meu ver, de maneira completa e dentro do ponto de vista que venho sempre sustentando em primeira instância e neste Tribunal.

Existindo processo administrativo regular, não é possível ao Judiciário examinar a situação.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Dê-me consenso para um aparte. Por êsse caminho, o processo administrativo seria coisa inócua. Basta que a Administração faça processo e poderá demitir. Não importa a ausência de motivo para a demissão, não importa que o processo administrativo haja redundado em motivo de encômios para o funcionário, em base até para promoção. Desde que se fêz processo está atendida a exigência decorrente das garantias legais fruídas pelo funcionário.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Ao Judiciário compete, apenas, no caso, apreciar da legalidade do ato.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: E demitir sem prova não é ilegalidade?

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Não é demitir sem prova, é apreciar o mérito do processo administrativo, porque a lei não o permite.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Nesse caso, lembro que o Supremo Tribunal Federal examina o processo em casos que tais, precatando o direito do funcionário, se o processo administrativo dêle tiver feito tábula rasa.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Absolutamente. Posso afirmar a V. Exª que o ponto de vista do egrégio Supremo Tribunal Federal é contrário à apreciação pelo Poder Judiciário do mérito do processo administrativo. A jurisprudência, é mansa e pacífica. Se, porém, concluir o processo administrativo pela inexistência do fato alegado contra o funcionário e a Administração demitir, existirá, então, ilegalidade.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª me perdoe. Aí entro em causa. Dentro dos pontos de vista que enumerei...

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Não poderá contestar as minhas afirmações.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª me perdoe, mais citei os acórdãos e citei as fontes onde se encontram. V. Exª opõe a isso que há acórdãos de maneira vaga.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Citei entre aspas, no meu voto, a opinião dos Srs. ministros LAUDO DE CAMARGO, OROZIMBO NONATO e CASTRO NUNES, entre outros.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Com relação ao Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, sem indicação da fonte. Eu fiz a indicação, precisa, do voto em que S. Exª mesmo se reconsiderou do pensamento anterior para adotar o entendimento tranqüilo do Supremo Tribunal Federal. Eu mesmo citei no meu voto tratadistas de valor, como o Dr. SEABRA FAGUNDES. Mas, que êste é o pensamento tranqüilo do Tribunal Maior, não é.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Não imagino que seja preciso, quando se dá um voto neste Tribunal, trazer para aqui documentário.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas quando se traz, não se fazem afirmações, para destruir, sem elementos...

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Citei opiniões de juízes do Supremo Tribunal Federal entre aspas, mostrando que esta foi a opinião emitida

por êles. Reitero a verdade do que asseverei. Do meu voto constam os livros onde me abeberei para fazer essas asseverações.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, afirmei - e afirmo - que a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal é no sentido do meu voto. Pode ser que exista acórdão divergente e, mesmo, opiniões muito abalizadas em sentido contrário. Até o presente momento, porém, o meu voto está acorde com a jurisprudência do Pretório Excelso. O Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS expõe a questão de maneira completa, no meu ponto de vista, e não me sinto na obrigação de desenvolver novas considerações para sustentar a opinião que já trago da primeira instância e que tenho sustentado neste Tribunal.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Acho difícil apontar-se acórdão do Supremo Tribunal Federal referente a caso em que o processo administrativo nada haja apurado contra o funcionário e não obstante haja prevalecido o ato demissório.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: V. Exª sabe muito bem que o egrégio Supremo Tribunal Federal tem afirmado que, existindo processo administrativo regular, ë vedado ao Judiciário apreciar a decisão, mas tão-sòmente se houve alguma ilegalidade.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Processo administrativo regular... Processo administrativo regular é aquêle que apresenta prova, base, para a demissão.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: V. Exª tenha paciência. Não é meu entendimento. É da lei. Meu ponto de vista é êste. Gostaria imensamente de poder estar com V. Exª, porque é bem mais liberal reintegrar o funcionário, mas a lei me impede e eu sou obediente à lei.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: V. Exª está repetindo que é a lei que o impede. Mas eu desconheço essa lei.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: V. Exª desconhece o Estatuto dos Funcionários Públicos?

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Êsse não fala nisso. E lei em vigor que assim prescreva eu desconheço. Já que o Estatuto nada dispõe, ao propósito, o que desafia contestação, vou lembrar a V. Exª que a lei número 221, de 1948, é que restringia o âmbito jurisdicional do juiz ao exame "da legalidade do ato impugnado". Para mim essa lei, que o Tribunal todo já reputou revogada, desapareceu em face do art. 141, § 4°, da Constituição, que diz:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Assim, a injustiça que leva a uma ilegalidade não escapa ao crivo judicial.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª me desculpe, mas se desconhece a lei é porque quer desconhecê-la. É a Lei Maior que diz que os três poderes são independentes e harmônicos entre si. Não vejo relação de causa e efeito entre o que eu disse e essa conclusão.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: V. Exª pode ter o seu ponto de vista, mas para mim são os princípios da Constituição que me levam a admitir como legal o ato impugnado.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Mas eu queria ver essa lei.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: E possível: abra V. Exª a Constituição.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Dentro do princípio da harmonia e independência dos poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário, - é que entendo caber ao Executivo praticar, o ato de demissão do funcionário, ato que só poderá ser anulado pelo Judiciário se fôr ilegal, o que não ocorre na hipótese, segundo depreendi da discussão travada.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Se o processo administrativo conclui aplicando penas que não se ajustam absolutamente ao caso apreciado, não é regular, transgride evidentemente a lei. Não se trata simplesmente de injustiça, mas de violentar a lei, ajustando a pena à hipótese com ela incompatível.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, a jurisprudência do Supremo Tribunal tem sido iterativa no sentido de que ao Poder Judiciário cabe apenas o exame da legalidade ou ilegalidade do ato demissório. A questão da justiça ou injustiça do ato, conveniência ou inconveniência do mesmo, é questão afeta ao Poder próprio demissionante, ou seja, ao Poder Executivo. A doutrina é construído à base da independência e harmonia dos Poderes, estabelecida na Constituição. Sempre me manifestei nesse Tribunal de conformidade com êsse entendimento que parece em consonância com os princípios cardeais do regime. No ponto de vista doutrinário, eu me coloco dentro do voto do ministro CUNHA VASCONCELOS, porquanto êle, na verdade, sufraga o que a mais alta Côrte de Justiça do país, ao que sei, tem decidido. Apenas me contraponho a um dos argumentos ou a uma das teses aventadas por S. Exª: a da equiparação da cláusula do "enquanto bem servir" à demissibilidade *ad nutum*. Aqui tenho feito ressalvas em votos longos reiterados, dando os motivos por que assim. Mas é bem de ver que ao Judiciário é lícito, face à independência dos Poderes, entrar na esfera de atribuições do Executivo ou do Legislativo, e vice versa se a sua atribuição é apenas a de julgar da legalidade ou ilegalidade do ato; não há, também, como deixar de compreender, no exame dessa legalidade ou ilegalidade, se o fato avontado como fundamento da demissão foi, de fato, apurado consoante a lei. Pelo voto do Sr. ministro relator e pelo do ministro CUNHA MELO, relendo o voto proferido por S. Exª por ocasião da apelação, verifico que o funcionário foi demitido sem assento em lei. Estou examinando não a justiça ou injustiça do ato, estou examinando a legalidade do ato. O ato não foi fundamentado, logo, um ato ilegal. Procedeu-se a um inquérito, é verdade, mas êsse inquérito nada apurou. O govêrno demitiu com invocação de um dispositivo, que não tem pertinência no caso. Logo, não é a justiça ou injustiça, a conveniência ou inconveniência do ato que estou examinando, é a legalidade dêle. Dado que

houvesse o inquérito administrativo e a invocação se ajustasse aos fatos argüidos, provando a existência de falta, *tolitur quaestio*, eu não iria apreciar se o govêrno se exacerbou na punição ou não. Mas eu tenho que verificar se houve mero arbítrio ou abuso de poder à sombra de um inquérito. É exato que não se deve nunca atribuir ao Executivo, como a qualquer outro Poder, o vêzo de demasia ou violência. Não se deve supor que as autoridades administrativas sempre se desmandem, exorbitem de suas atribuições. Via, de regra, cabe-lhes dar todo o apoio, creditando-lhes confiança e fé. Há que atender à teoria da independência dos poderes, nos seus justos têrmos, sem exagero. O fato da existência de um inquérito devidamente formalizado não é bastante, por si só, para que o ato dêle resultante escape à apreciação do Judiciário. Ao contrário, seria emprestar ao Judiciário uma função menos exata e específica e ensejar ao Poder Executivo um arbítrio absoluto, porquanto bastaria que o govêrno mandasse proceder a um inquérito para que justificada e indene ficasse a demissão, mesmo que nada se apurasse contra o funcionário. Não. Faz-se mister que haja um inquérito regular, em que a parte seja ouvida, e que a penalidade decorra dentro de princípios legais aplicáveis à espécie.

Pode o govêrno (não aprecio, aí, o ato) exorbitar, achar que a penalidade deve ser maior ou menor (trata-se de justiça ou injustiça), mas furtar-se o governo à legalidade do ato - e dentro dessa legalidade compreendo a aplicação da lei, se caso - não vejo por onde possa, com os princípios rígidos que mantenho da independência dos poderes, deixar de rever uma situação dessas, não pelo princípio de ir buscar, no inquérito, motivos de exculpação do inquérito, finas porque tenho de observar se a demissão se processou legalmente mediante inquérito - inquérito regular - que apreciou o fato e impôs uma pena. Nessas condições, Sr. presidente, à vista das informações do eminente Sr. ministro relator de que o dispositivo invocado para punição não tinha, aplicação à espécie, nem mesmo a punição teve base clara, precisa, fundamentada e real, tenho o ato como violador da lei, porque a finalidade do inquérito tinha de se ajustar dentro dos princípios legais.

Nessas condições, rejeito os embargos, para confirmar a decisão recorrida.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos e contra os dos Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS, HENRIQUE D'ÁVILA e MOURÃO RÚSSEL, foram rejeitados os embargos. Não compareceu à sessão, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro ARTUR MARINHO. Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ARMANDO PRADO.

*

PENA DISCIPLINAR - MANIFESTAÇÃO POLÍTICA - SERVIDOR DE AUTARQUIA - MANDADO DE SEGURANÇA

- A pena disciplinar pode ser apreciada pelo Poder Judiciário no que tange à sua legalidade, extrínseca ou intrìnsecamente considerada.

- Não constitui infração disciplinar a manifestação de convicções políticas por parte de funcionário, em caráter particular e fora do local do serviço.

Luís Gonzaga de Sérgio Magalhães *versus* Presidente do I. A. P. C.

Rec. de mand. de seg. n° 448 - Rel.: MIN. HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 448, do Distrito Federal, em que é recorrente Luís Gonzaga de Sérgio Magalhães e recorrido o presidente do Instituto dos Comerciários:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, desprezada, por maioria de votos, a preliminar de não cabimento do *writ*, em dar provimento ao recurso, também por maioria, para conceder a segurança impetrada, tudo consoante o sue fiou consignado nas notas taquigráficas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 18 de agôsto de 1949. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente *ad hoc; Henrique d'Ávila*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Luís Gonzaga de Sérgio Magalhães, oficial administrativo, padrão *N*, do I. A. P. C., requereu, no Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública dêste Distrito Federal, mandado de segurança, com fundamento nos artigos 141, §§ 7°, 8° e 24, e 319 e seguintes, respectivamente, da Constituição federal e do Cód. de Proc. Civil, para o efeito de invalidar a portaria nº 18.368, de 22 de dezembro do ano findo, por fôrça da qual, o presidente daquela aludida autarquia o suspendeu das suas funções pelo prazo de 90 dias, com perda da integral de seus vencimentos.

A portaria incriminada está assim concebida:

"O presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, usando de suas atribuições legais e considerando que o servidor Luís Gonzaga de Sérgio Magalhães, tendo sido designado para exercer missão especial desta presidência, usou dessas circunstâncias para se entregar, conforme documentação existente, a propaganda de natureza política;

"Considerando que, por essa forma, aquêle servidor violou as ordens categóricas e reiteradas de que é vedado aos servidores do Instituto se utilizarem da condição funcional para fins políticos e abusou da confiança que foi depositada em sua pessoa;

"Resolve: aplicar ao oficial administrativo, classe *N*, do Quadro Suplementar, Luís Gonzaga de Sérgio Magalhães, a pena de suspensão por 90 dias, com perda total dos seus vencimentos" (fls. 18).

Solicitadas as informações indispensáveis à autoridade coatora, esta as prestou de fls. 22 a 26. Procura aquela autoridade justificar a penalidade imposta ao impetrante, ora recorrente, com razões que podem ser resumidas da seguinte maneira:

que o impetrante fôra, nos têrmos da portaria, n° 18.177, de 12 de outubro de 1948, designado para processar um inquérito administrativo na delegacia do Instituto na Paraíba;

que no desempenho dêsse encargo deveria, como é natural, consumir todo seu tempo, não estando adstrito a horário normal de trabalho;

que, todavia, prevalecendo-se do ensejo, valeu-se de sua qualidade de servidor para desenvolver atividade política no Estado da Paraíba, violando, assim, não só disposição expressa do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, aplicável supletivamente ao pessoal do Instituto, *ex vi* do artigo 13 do dec. nº 24.799, como também determinações categóricas da sua presidência;

que, em conseqüência, foi o impetrante punido disciplinarmente, nos precisos têrmos dos arts. 234 a 241, combinados, do mesmo Estatuto.

A seguir, ainda arrazoou a autarquia em causa, por seu procurador, de fls. 30 a 32, no afã de demonstrar o não cabimento da medida ajuizada, uma vez que se destina ela a desfazer os efeitos decorrentes da imposição da pena disciplinar. Entende que, à semelhança do que ocorre com o *habeas corpus*, não é o mandado de segurança meio hábil para a correção de abusos ou excessos de poder decorrentes da ação disciplinar da Administração pública.

O MM. juiz *a quo*, após historiar em breve esfôrço os fatos já referidos, denegou o pedido, pela decisão de fls. 44 a 46 (*lê*).

Inconformado, recorreu, tempestivamente, o impetrante a fls. 49. Em suas razões, que são longas e excelentemente trabalhadas, acrescenta, em substância:

que jamais negou o fato que lhe foi atribuído de ter exercido atividade política;

que manifestou, sem dúvida alguma, seu pensamento político, fora, porém, do período destinado as suas atividades funcionais e no exercício de um direito que lhe é assegurado pela Constituição e pelas leis do país;

que a portaria não diz, de modo expresso, mas, na realidade, o motivo determinante de sua punição está ligado ao fato de ter o impetrante distribuído, no hotel onde se encontrava hospedado a um amigo a caricatura do senador Getúlio Vargas com o dístico "Êle Voltará";

que, além do mais, não lhe foi assegurada qualquer defesa na esfera administrativa;

que não há como reconhecer na espécie faculdades discricionárias;

que, onde há ilegalidade ou abuso de poder, cabe ao poder jurisdicional intervir para reparar;

que irrelevante é a invocação feita de não cabimento da medida, de vez que êste mesmo Tribunal Federal de Recursos, ao julgar o mandado de segurança nº 19, de que foi relator o Sr. ministro MACEDO LUDOLF, teve ocasião de pronunciar-se no sentido de admiti-lo como meio reparatório de direito postergado pela aplicação indevida de punição disciplinar. Prossegue o recorrente exaustivamente na exposição dos motivos de fato e de direito em que assenta o pedido. E conclui, manifestando a certeza de que sua pretensão será acolhida por êste Tribunal, com o provimento do recurso.

O recorrido, a fls. 74, manifesta-se pela manutenção da decisão de primeira instância, secundado pelo Dr. procurador da República (fls. 77).

A sentença foi mantida por seus próprios fundamentos. E nesta superior instância, o ilustrado Dr. subprocurador geral da República, com a proficiência que lhe é característica, pronunciou-se nos seguintes têrmos:

"I. Esta Subprocuradoria Geral tem envidado, mais de uma vez, demonstrar o não cabimento de mandado de segurança em tema de pena disciplinar.

"A interdição consignada no inciso III do art. 320 do Cód. de Proc. Civil é terminante, parecendo-nos, à sua vez, de nenhum valimento prático qualquer dúvida, que viesse a sugerir a locução "*não se dará* mandado de segurança", contida no preâmbulo do preceito.

"A proibição de conceder a medida não envolve, dir-se-ia, a de conhecer do pedido. Surgiria, portanto, quando muito, apenas, uma sutileza a interpretar, mas, a todo modo, de feição puramente teórica, desde que, em verdade, cumpriria deixar de deferir a pretensão.

"A questão seria, afinal, puramente condizente com a forma orientadora do julgamento.

"O principal para confôrto da constante prevalência do citado inciso III, mesmo depois do § 24 do art. 141 da Constituição, é que o art. 319 do Cód. de Proc. Civil - como procuramos demonstrar mais longamente nos casos do impôsto adicional de renda - se apresenta com maior amplitude, salvante a qualidade da autoridade visada, que o posterior preceito constitucional e, antes dêste, ninguém pensara, muito menos o legislador dos dois artigos do mesmo Código, em qualquer incompatibilidade entre um e outro.

"Insistimos, assim, neste passo, pela preliminar de não cabimento da medida.

"II. Quanto ao mais, reportamo-nos às considerações da MM. sentença e ao que foi produzido pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários" (fls. 90-91).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Desprocede a argüição do ilustrado Dr. subprocurador geral da República, fundada na circunstância de que, por se cogitar, na espécie, de punição disciplinar, descabe, de pronto, a medida preconizada. A vedação constitucional que, por ampliação analógica, se invoca como capaz de autorizar semelhante entendimento se reporta ao *habeas corpus* e, por isso, só deve compreender, lògicamente, o que respeita à liberdade de locomoção tão-sòmente, cuja proteção jurídica está afeta à tutela daquele *writ*.

O mandado de segurança, ao contrário, visa amparar, sem qualquer restrições, todo e qualquer direito líquido e certo violado, não compreendido no âmbito confinado do *habeas corpus*.

A pena disciplinar, portanto, uma vez que se não circunscreve ao cerceamento puro e simples do direito de ir e vir, pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, no que tange à sua legalidade, extrínseca ou intrìnsecamente considerada.

É certo que o poder jurisdicional não poderá invalidar o ato, por considerações condizentes com a injustiça ou inconveniência de sua decretação, mas poderá fazê-lo pela via do mandado de segurança, se êle houver, sido expedido com abuso ou excesso de poder ou com inobservância de prescrições legais ou regulamentares pertinentes: Assim tem entendido o egrégio Supremo Tribunal Federal em várias oportunidades. E na mesma esteira se lançou êste Tribunal Federal, ao apreciar hipóteses idênticas à ventilada no presente recurso.

Sr. presidente, êste é o meu voto preliminar, que peço a V. Exª submeter à apreciação do Tribunal.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: O caráter discricionário com que é exercido o poder disciplinar pela autoridade administrativa pressupõe violação, pelo funcionário, dos deveres enumerados no respectivo Estatuto (dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, arts. 224 até 227). A presente impetração gira precisamente em tôrno de que o interessado na mesma foi suspenso, do seu cargo, por conduta que não constitui crime, contravenção, nem, de nenhum modo, falta funcional, mas exercício regular, legitimo, longe do local do trabalho, em horas de lazer, de direitos precatados na Constituição, art. 141. A informação da autoridade coatora também não ajuda a ver, incontinenti, a índole disciplinar do ato impugnado. O assunto comporta mais detido exame.

Conheço do recurso.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Também conheço do recurso. As considerações feitas pelo Sr. ministro relator põem brilhantemente o assunto como é devido. E, se alguma coisa mais tivesse que acrescentar, consistiria apenas no seguinte: quando o art. 320 do Cód. de Proc. Civil, inciso pertinente à espécie, fala em não se dar mandado de segurança contra ato disciplinar, há que fazer distinção. Porque, realmente, o ponto é êste: os atos da Administração não são, como regra, examinados pelo Poder Judiciário senão quanto à questão da legalidade. Mas, se êsse ponto de legalidade cede ao direito ordinário

comum - a liquidar ou incerto - naturalmente são as vias ordinárias ou o petitório comum que disso se ocupam. Só então incidimos na brilhante tese sustentada pelo Sr. ministro relator.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Também conheço do recurso, nos têrmos do voto do Sr. ministro relator.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Consta dos autos que o impetrante teria passado a outras pessoas, após as horas normais do expediente, uma caricatura do senador Getúlio Vargas, sendo passível, portanto, de punição disciplinar. Não vejo em que se possa entrosar tal atitude dentro de suas funções e em que tenha sido atingida a disciplina da função, pois punição disciplinar, conforme o princípio e nome o está indicando, se concretiza em disciplina de função e o ato incriminado apontado no presente processo extravasa à função: é a prática de um ato que diz respeito à vida particular do cidadão, fora da repartição.

Conheço do recurso, pondo-me de acôrdo com o Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, tenho voto conhecido neste Tribunal a respeito. Entendo que tôdas as disposições do art. 320 do Cód. de Proc. Civil estão em perfeito vigor. Tenho sido, reconheço, vencido, mas, não obstante o entendimento dos juízes que pensam de modo contrário, não estou convencido e nêle permaneço. De respeito à pena disciplinar de que trata o presente mandado de segurança, tive oportunidade de emitir longo voto, trazendo à baila, como argumento de autoridade, voto substancioso e profundo do eminente COSTA MANSO, que repelia a tese de aceitação do mandado nesse particular. Êste Tribunal, bem como o Supremo Tribunal Federal, tem conhecido de mandados de segurança em medida disciplinar, para apreciar, tão-sòmente, a legalidade do ato - se a autoridade é competente e se as disposições

em que esta se baseia têm fundamento. No entanto, malgrado esta orientação, permaneço, embora vencido, no meu ponto de vista, que não reitero para não cansar a atenção dos meus eminentes colegas, tão conhecido é êle, repetido inúmeras vêzes.

É o meu voto.

Não conheço do recurso.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, entendo, em face da Constituição de 1946, que todo o art. 320 do Cód. de Processo não subsiste. Na espécie, entretanto, em que se invoca o disposto no art. 320, inciso III, para mim, de acôrdo com meus pronunciamentos, o que ali se dispõe tem fôrça atuante, porque o Cód. de Processo diz:

"Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

.....

III, de ato disciplinar"

E eu não dou mandado de segurança quando se trata de ato disciplinar, em que o formalismo da lei foi cumprido. Se trata de ato disciplinar praticado por autoridade competente, no exercício de atribuições que a lei dá, o ato é legítimo e *não dou* mandado de segurança.

Portanto, para mim e para quem o artigo 320 está inteiramente revogado pela Constituição, o disposto no inciso III subsiste, em têrmos, como bem salientou o Sr. ministro relator, com quem estou de acôrdo na apreciação da matéria preliminar.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): No que toca ao merecimento do apêlo trazido ao conhecimento e à apreciação definitiva dessa

superior instância, estou em que assiste razão ao recorrente em rebelar-se contra a punição disciplinar que lhe foi imposta. A portaria de fls. baixada pelo presidente, que o apenou com 90 dias de suspensão e perda integral de seus vencimentos, com base na infração consignada no art. 234 do Estatuto dos Funcionários Civis da União, como legislação geral supletiva da específica da autarquia em causa, não se fêz preceder, como convinha, de inquérito administrativo ou de simples investigação sumária para a apuração dos fatos imputados, nem da audiência prévia do impetrante, o que constitui indisfarçável cerceamento do direito de defesa, que é assegurado ao servidor público pela sistemática do Estatuto. Impressiona, por outro lado, o rigor da punição, no grau máximo da pena, pelo único motivo de haver o recorrente, em horas de lazer, no hotel em que se encontrava hospedado, mostrado ou oferecido a amigos caricaturas do Sr. Getúlio Vargas, encimadas do dístico "Êle Voltará". Semelhante proceder atesta, apenas, a predileção do recorrente por determinado partido político legalmente registrado, predileções essas que o servidor público não está inibido deter ou manifestar, desde que não o faça em detrimento do serviço ou valendo-se da autoridade que decorre do exercício de suas funções. A legislação brasileira, em nenhum passo, veda ao servidor público o direito de, ombro a ombro, com os demais cidadãos, filiar-se aos partidos políticos, para combater ideològicamente por suas reivindicações, no mesmo pé de igualdade, e, como é óbvio, fora do horário normal de suas atividades funcionais e despida de tôda e qualquer preeminência, por acaso delas decorrentes. A punição imposta ao recorrente, como ficou esclarecido, não obedeceu às prescrições legais e regulamentares adequadas, mormente no que toca ao direito de defesa, que não lhe foi assegurado como cumpria, na órbita administrativa razão essa suficiente para que se lhe atenda o apêlo.

Dou, por isso, provimento ao recurso para conceder o *writ* impetrado, e julgar insubsistente a punição disciplinar imposta ao recorrente pela portaria nº 18.368, de 2 de dezembro do ano próximo passado, constante de fls. 13.

É o meu voto, Sr. presidente.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Comissionado pela autarquia recorrida, a cujo quadro de pessoal pertence, para um serviço de inspeção, ou melhor dizendo, para proceder a um inquérito na Paraíba, foi o recorrente punido, pouco depois, com uma suspensão por 90 dias, pretextada no fato de que êle, uma vez ali, havia oferecido a um amigo, que o fôra visitar no hotel em que se agasalhara, uma caricatura-propaganda do senador Getúlio Vargas. De notar que o fato se deu fora de local e do horário de trabalho. Não veio em que êste gesto possa ser elevado à categoria de falta funcional. O que se me afigura é que a autoridade coatora não teve a serenidade devida no trato da questão. Não estamos num regime totalitário, em que o servidor do Estado, nas horas de lazer, longe da sua repartição, só pode oferecer caricaturas de propaganda do "homem-providência". Estamos num regime representativo. Estamos sob a égide de uma Constituição que precata os direitos fundamentais do homem. E o presidente da República, general Eurico Gaspar Dutra, num gesto singular, formou seu Ministério com elementos pertencentes a quatro ou mais partidos políticos, evidenciando a alta compreensão que tem do seu papel de magistrado, de 1° magistrado da Nação. Tem poderes, tem até certo arbítrio, o dirigente da autarquia, para disciplinar. Mas a ação disciplinar tem campo claramente balizado pela lei. Cabe a disciplina *onde precisa e cabível*. Se a autoridade administrativa sai dos limites, como aconteceu na situação *in concreto*, cabe ao Judiciário restabelecer a legitimidade do poder disciplinar, sanando, tornando de nenhum efeito medida que corporifica abuso dêsse poder. Dou provimento ao recurso, para conceder o *writ* nos têrmos da petição inicial.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, o presidente do Instituto impetrado pretendeu punir o impetrante atribuindo-lhe ato de indisciplina para com a função que exercia. O ato é tìpicamente disciplinar e o despacho é disciplinar. Daí a distinção nítida feita entre a questão preliminar, já decidida, e a questão tocante a mérito.

Agora, no tocante a mérito, é que se tem que o princípio "fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei" foi violado ostensivamente pelo presidente do Instituto impetrado. O presidente do Instituto impetrado não poderia, de modo algum, obrigar o impetrante a deixar de fazer o que fêz, contanto que o fizesse fora da repartição, fora do serviço. São raríssimos os

casos em que, fora do serviço, o braço longo do chefe do mesmo serviço ou do administrador pode perseguir normalmente o servidor público: os casos de incontinência de vida, por exemplo, que poderão acabar até em processo criminal. Evidentemente, nestes casos, pára além do serviço o braço longo - ia eu dizendo - do chefe de serviço, ainda assim com fundamento em que a incontinência permanente de vida se reflete no serviço, prejudicando-o. Não é o caso dos autos, em que parece inteiramente fora de dúvida, além dos pontos de legalidade, que o servidor comissionado para alguma coisa lá fora não estava fazendo propaganda política de quem quer que fôsse dentro do serviço.

Em conseqüência, Sr. presidente, eu, que estimo e considero muito o Dr. juiz *a quo*, pela coragem moral e cultura que tem revelado, desta feita lhe reformo a sentença, para o que dou provimento ao recurso da parte.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, conforme acaba de votar o Sr. ministro ARTUR MARINHO, com quem estou de acôrdo em grande parte, na verdade, o presidente do Instituto, punindo o seu funcionário, praticou um ato disciplinar. Entretanto, apesar de ser dos que não admitem o exame do mérito da questão do ato administrativo, acho que, no caso, houve realmente uma ilegalidade, porquanto o presidente do Instituto puniu um funcionário sem apoio algum em lei. Nenhuma lei impede que funcionário algum, fora de seu serviço, pratique o ato que vinha praticando o impetrante.

Nestes têrmos, acompanhando o voto do Sr. ministro relator, concedo a ordem.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, acompanho o voto do Sr. ministro relator.

Como disse, votando a preliminar, esse ato nada há que ver com a disciplina da função, e o impetrante não podia ser por êle punido.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente. Vencido na preliminar, quanto ao mérito adotei o critério dêste Tribunal, cingindo-me a apreciar a legalidade do ato imputado como coator. Baseia-se êsse ato nos arts. 234 e 244 do Estatuto dos Funcionários Públicos.

O art. 234 estabelece:

"A pena de suspensão será aplicada caso de falta grave, desrespeito às proibições consignadas neste Estatuto ou reincidência em falta já punida com repreensão e não excederá a 90 dias".

Verifico que o Estatuto dos Funcionários, na parte em que dispõe sôbre as obrigações e deveres dos funcionários, proíbe aos mesmos determinados atos, dentre os quais não figura o ora invocado. Logo, não é proibido ao funcionário fazer aquilo que a lei não lhe proíbe. Dessa maneira, o assento legal do ato é nenhum, pois não houve desrespeito às proibições do Estatuto dos Funcionários. Por outro lado, não houve reincidência em falta já punida.

Não desejo, nem pretendo, nem quero, em função de minhas convicções doutrinárias, entrar no merecimento ou desmerecimento de ato praticado pela autoridade anotada como coatora. Permaneço apenas nestes dois pontos. Verifico que, se ela é competente para impor a punição, esta não tem assento na lei. Logo, é uma punição ilegal. Exorbitou das suas atribuições; praticou ato de arbítrio.

Nessas condições, reformo a decisão para conceder a ordem.

VOTO - MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, não fôra meu antigo entendimento a respeito do não cabimento de mandado de segurança em casos como o de que se trata - concedido teria o só efeito de assegurar direitos de ordem patrimonial - estaria com o Sr. ministro relator, em gênero número e caso. Concederia o mandado, porque se me afigura que o lado formal, que me permito examinar, ensejaria verificação de brechas que exporiam o ato à contestação. Entendo, porém, que é inidôneo o pedido, a esta altura da situação que se apresenta. O recorrente foi suspenso por 90 dias, por portaria datada de

22-12-48. Quando estava para esgotar-se o período da suspensão, requereu o mandado de segurança, ou seja a 3-3-49, sem probabilidade de sustar os efeitos do ato, no que o mandado de segurança o alcançaria, antes da sentença, porque na data em que ajuizou faltavam 19 dias para se completar o período da suspensão, e não havia possibilidade de sentença antes dêsses 19 dias. A concessão do mandado, depois de corrida a pena, asseguraria o seu efeito de garantir vantagens patrimoniais.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: De ordem moral também.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: De ordem patrimonial, qual o pagamento de vencimentos e a limpeza da fôlha de antecedentes, efeito ainda de ordem patrimonial, porque a suspensão interrompe a assiduidade no cargo, reduzindo a antiguidade e outras vantagens que seriam reconhecidas, se não houvesse interrupção.

A Constituição fala em direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus*.

Direito líquido e certo. Pergunta-se: Qual o direito *líquido e certo que vai ser reconhecido* em razão da execução dêste julgado, já proferido pelo Tribunal? Quando o acórdão fôr lavrado e que se expedir o mandado, qual...

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Dar os vencimentos não recebidos durante o período da suspensão; cortar penalidade do currículo do funcionário...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Perfeitamente. Entretanto, a autoridade contra a qual se dá ordem, exercerá direito seu impugnando a liquidez e certeza da quantia que vai constar da ordem do mandado a ser executado pelo Tribunal. Não há, portanto, direito líquido e certo. Poderá haver descontos, em razão de taxas, de consignações. Tudo isso poderá ser matéria de controvérsia, de debate. Diz o Cód. de Processo, no art. 325, II:

"Mandará expedir, imediatamente, como título executório, o mandado de segurança, e determinará as providências, especificadas na sentença, contra a ameaça ou a violação".

Quais as medidas que vão ser determinadas no título executório que êste Tribunal expedirá? Não há, a não ser aquelas de ordem patrimonial. Já CASTRO NUNES disse que o mandado de segurança é remédio específico para assegurar; nas relações de direito público, a prestação *in natura*. Não é meio para obter reparação. O ato está em execução, sequer? Não, já foi executado: cessou a sua execução.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Nesse caso, se não pode, pela via do mandado de segurança, fazer reintegração de um funcionário.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Pode. Pelo mandado de segurança se assegura reintegração ao funcionário que, afastado ilegalmente do seu cargo, e que permanece sob a ação de uma coação, de caráter permanente, de um ato ilegal; garante-se-lhe, então, o direito de voltar ao seu cargo. Não é a hipótese.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitada, por maioria e contra o voto do Sr. ministro SAMPAIO COSTA, a preliminar de não cabimento do mandado de segurança, por se tratar de ato disciplinar, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso e concedeu o mandado, contra o voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

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

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ARMANDO PRADO.

*

EXTRANUMERÁRIO - EMPRÊSAS INCORPORADAS AO PATRIMÔNIO DA UNIÃO - COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA

- Ainda que o recurso não esteja previsto em lei, se dêle conhece o ministro de Estado, a competência para decidir do mandado de segurança destinado a impugná-lo é do Tribunal Federal de Recursos.

- Estende-se aos servidores das emprêsas incorporadas ao patrimônio da União as vantagens outorgadas aos extranumerários.

Haroldo Campelo Machado *versus* União Federal

Mand. de seg. nº 512 (embs.) - Rel.: MIN. ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos dos embargos ao acórdão no mandado de segurança nº 512, do Distrito Federal, sendo embargante Haroldo Campelo Machado e embargada a União Federal:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em reunião plena: preliminarmente, par maioria, em receber os embargos, a fim de dar êste juízo como competente para conhecer originàriamente do pedido de mandado de segurança: *de meritis*, unânimemente, em receber também os mesmos embargos para deferir o pedido da inicial, assim, pois, concedendo a segurança impetrada. Integram o presente acórdão o relatório de fls. 64 v. a 67 e as notas taquigráficas anexas, as quais o fundamentam.

Tribunal Federal de Recursos, 4 de maio de 1950. - *Afrânio Antônio da Costa*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Haroldo Campelo Machado, servidor público junto às Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional, alegando situação de extranumerário, pretendeu aumento do que vencia naquelas emprêsas. Ou, em resumo, que a seu caso de extranumerário da União se aplicasse a lei nº 488, de 15 de novembro de 1948. Os demais preceitos legais com que jogou são ilustrativos de sua tese defensória básica.

O processo percorreu seu caminho do direito junto a êste Tribunal. Cogitava-se de mandado de segurança, originàriamente requerido contra o Sr. ministro da Fazenda, autoridade impetrada. Por que assim? Porque o impetrante solicitara administrativamente a prática de seu pretendido direito ao Sr. superintendente daquelas emprêsas, sendo indeferido seu pedido.

Em face disso, recorreu do despacho para o referido ministro, que negou provimento ao recurso.

A impetração do mandado foi formulada contra o ato ministerial. Aqui, entretanto, se reparou que, no fundo, o ataque profundo era ao despacho primitivo, só acidentalmente estando em causa o da autoridade maior que decidira em grau de recurso. Verificando o Tribunal que nenhuma lei autorizava o recurso para o Sr. ministro da Fazenda, que, dessarte, afilara incompetentemente, decidiu, em preliminar, por sua incompetência para conhecer do pedido de mandado de segurança, originàriamente. O acórdão de 14 de outubro do ano passado não logrou unanimidade. Os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA (relator), AFRÂNIO COSTA, CUNHA VASCONCELOS e juiz MOURÃO RUSSEL votaram pela incompetência do Tribunal, enquanto que os Srs. ministros SAMPAIO COSTA, DJALMA DA CUNHA MELO e juiz ELMANO CRUZ conheciam do pedido *(ler os votos em causa)*, conseqüentemente dando pela competência dêste juízo.

Daí os embargos do impetrante, vencido na primeira etapa de sua postulação. Pretende o embargante que se reforme o acórdão, dando-se o Tribunal como competente (fls. 53 a 59), ao passo que a embargada, União Federal, espera se rejeite o apêlo, reportando-se ao voto do Sr. ministro relator atrás aludido e ao que considera manifestações anteriores dêste órgão judiciário (fôlhas 63).

O embargante sustenta, que a hierarquia do ministro da Fazenda sôbre a autoridade menor, porque o serviço está subordinado, por lei, ao ministro da Fazenda, bem assim o constante do art. 221, VI, do Estatuto doa Funcionários, bastam para justificar o recurso hierárquico, bem interposto. Que isso engendra a competência originária dêste Tribunal, dados o conhecimento e decisão daquele recurso pelo dito ministro.

Ao mais, e para efeito de mérito, reporta-se nos elementos probatórios e aos argumentativos que já produzira nos autos.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): A tese sustentada no venerando acórdão embargado sempre me pareceu correta. Tenho-a defendido constantemente e com a mais firme das convicções. Aplaudo-a mais uma vez, o que vale aplaudir à jurisprudência segura que já está firmada nesta Casa, isto é, por via de regra, os recursos administrativos devem ser explícitos, daí resultando que as partes não podem tentá-los *ad libitum*, nem as autoridades superiores às recorridas conhecer de apelos inautorizados pela lei ou pela natureza das coisas, ou mesmo defesos. E as conseqüências do desvio da normalidade tAm sido ressaltadas várias vêzes perante êste alto Tribunal, uma a de alteração discricionária de competência judicial de impossível encampação.

Mas tenho também salientado, a meu ver com a melhor doutrina, a possibilidade de recursos implícitos, òbviamente sob o critério de prudência excepcional e mesmo de pendência sempre presente na função judicante. Uma dessas cautelas indeclináveis, para verificar a existência de recurso latente, consiste em investigar acuradamente - critério ao mesmo passo técnico e científico, diverso, pois, de oportunismo episódico - se o recurso decorre, necessàriamente, de preceituações legais inequívocas que o contenham e comandem, imponham e ordenem. Só assim, a lei, fonte do direito e dos direitos postuláveis, encontra respeito e sufrágio, realidade e eficácia. Nada, pois, de devaneio nem de continente subjetivo capaz de variar a cada estado de ânimo.

Eis por que falei também, lembrando-me da significação mais ampla das leis no sentido com que MONTESQUIEU o esculpiu no bronze ressonante da história do direito: *"les lois, dans la signification la plus étendu, sont les raportes nécessaires qui derivent de la nature des choses"*.

A lição é vasta, diremos mesmo de índole ontológica social. Vem ao caso como integração larga do direito nos fenômenos grandes como nos menores.

Ora, o caso dos autos alcança a situação que acabo de esboçar. Veremos como e por que no pragmatismo de nossas leis pertinentes a nosso assunto, aparentemente simples.

Antes mesmo de preceituações diretamente dirigidas ao que é a espécie dos autos ou a questão decisória básica nestes embargos, com escala, *verbi gratia*, pelo dec.-lei nº 8.249, de 29 de novembro de 1945, contávamos com algumas regras legais conducentes a fixarem normas básicas do direito positivo de regime pertinente: a do art. 2º do dec.-lei nº 2.436, de 22 de julho de 1940, por exemplo. Incerta num diploma que à primeira vista se endereça a ponto especial, de lei especialmente reguladora da incorporação de certa emprêsa ao patrimônio da União - a Brazil Railway Company no território nacional brasileiro e emprêsas a ela filiadas - o predicamento do art. 2º importa, todavia, uma norma de direito geral, um sistema dominante na administração de quaisquer emprêsas incorporadas ao referido patrimônio, tirante ressalvas de orientação técnica previstas explicitamente em leis. Minhas notas entendem com a ordem legal, postas naquele artigo, assinalando que a administração daquelas emprêsas é confiada a um superintendente de livre nomeação do presidente da República, mas "subordinado ao ministro da Fazenda".

Isoladamente, essa sujeição não engendraria a existência do recurso hierárquico ora em causa. Mas quando se tem em conta que o superintendente não decide por si só, os casos que transcendem aos atos meramente ordinatórios ou de rotina, na administração em caso, isto é, os que interpretem, criem e pratiquem situações administrativas fixadoras de orientação que toque à administração geral de interêsse do país mesmo, ou que estabeleçam direitos e deveres ao mesmo tempo integrados no patrimônio ativo e passivo dos particulares e da Administração, atingindo grupos de indivíduos ou classes, numa tal hipótese a mim me parece evidente que o contrôle ministerial, pelo recurso, é um daqueles comandamentos imperiosos. Não me parece, pois, que o recurso ao ministro da Fazenda não se contivesse no direito adequante.

Por outro lado, vale a pena reparar que a legislação básica, que um servidor público não perde de vista, traduzida no dec.-lei nº 1.713, de 1939, embora subsidiária para quem é mero servidor de agências ou serviços auxiliares da Administração, da descentralização em gênero, dá o chamado direito de petição

que é de índole constitucional. Assim se exprime o conteúdo dos arts. 221 e seguintes do último daqueles decretos-leis. Direito certo, porque sempre "é permitido ao funcionário requerer ou representar, pedir reconsideração e recorrer", conforme o texto do artigo citado. O que se dá ao funcionário próprio dá-se, *coram populo*, ao servidor de órgãos de administração descentralizada, sôbre o sue não resta dúvida teórica nem prática. Pois bem: o artigo mesmo acentua, expressamente, que o servidor conta com um recurso para a autoridade superior a que conhecer de seu pedido inicial, assim estando redigido, *in verbis*, o nº VI do mencionada artigo:

"O recurso será dirigido à autoridade a que estiver imediatamente subordinada a que tenha expedido o ato ou proferido a decisão".

Parece-me tudo. Tudo porque, *mutatis mutandis*, não seria por que a disposição se contivesse no Estatuto dos Funcionários que não se aplicasse ao caso dos autos. Basta observar, para fortalecimento da tese que defendo, o seguinte:

1º) aqui se cogita do direito de petição, assegurado pela Lei Suprema, cuja amplitude conceitual também toca à defesa dos direitos e garantias individuais transitòriamente molestados ou desgarantidos por abusos de autoridade;

2º) se se fôsse tentado a ver na hipótese um caso de omissão de lei, ainda, assim, teríamos que, nos têrmos do art. 4º do decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, caberia ao juiz decidir de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, a mim se me afigurando que o caso específico é de rara indicação do direito ao recurso questionado, flagrante como analogia, marcante como costume salutar, e evidente como litigado umbelicalmente a princípios gerais de direito.

Ora, se a autoridade a que o embargante estava sujeito de perto era o superintendente e se êste está imediatamente subordinado ao ministro da Fazenda, tudo por fôrça de leis sôbre as quais não há divergência entre interessados nem julgadores, creio certo que o pedido primitivo daquele impetrante à autoridade administrativa e o de recurso à superior estão bem autorizados em direito.

Conseqüentemente, o ato iterativo do ministro de Estado, que não agiu incompetentemente nem encampou a primitiva decisão por pura vontade autoritária, é o que conta para nossa competência constitucional e, pois, para o conhecimento do *writ* originàriamente requerido a êste Tribunal Federal de Recursos.

Meu voto, portanto, *data venia* da douta maioria que deu vida ao acórdão embargado, é pela competência originária dêste juízo.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (revisor): Sr. presidente, por ocasião do primeiro julgamento, assim me manifestei:

"Eu me mantenho fiel ao pensamento primitivo que sempre esposei neste Tribunal.

"Conheço do mandado, pelo seguinte: se nós estamos a declarar que o ato do ministro é um ato sem competência, estamos implìcitamente conhecendo do ato do ministro. Logo, a competência é nossa. Não se diga que essa questão deva ser resolvida sem levar em consideração atos complexos ou intervenção de autoridades outras superiores, sob o fundamento de que essa intervenção venha deslocar a competência do Tribunal ou do juiz para o julgamento do feito. Êsse argumento, de alto valor, teria fundamento sólido ao tempo da Carta de 1937, em que os mandados de segurança não eram permitidos contra atos de ministros; governadores e altas autoridades. Hoje em dia, porém, o mandado de segurança, é remédio para ato de qualquer autoridade, desde a menor hierarquia até o presidente da República. Logo, não há como, com a intromissão de uma autoridade superior, que tinha - como neste caso tem - hierarquia sôbre o superintendente das Emprêsas Incorporadas, não há como desconhecer valor nesse ato, seja para anulá-lo, seja para julgá-lo de autoridade incompetente.

"O fato é que, havendo o ministro proferido uma decisão, há que conhecê-la para dizer se é boa, legal, ilegal, transcende ou exorbita da competência da autoridade que a prolatou. Nessas condições, não vejo como mandar o mandado de segurança a julgamento de primeira instância, porquanto, anulada a decisão da autoridade, ainda subsistiria a questão de saber se o ato da

autoridade superior é competente ou incompetente para declará-lo; incompetente, teríamos de tomar conhecimento, desde logo, do mandado, a fim de que, então, fôsse êle decidido pelo juiz da 1ª instância. Enquanto persistir o ato do ministro, a competência é dêste colendo Tribunal.

"Nestas condições, conheço do mandado".

Não tenho motivo para justificar o voto que então proferi, voto agora corroborado pelo Sr. ministro relator, que, aliás, professa entendimento, de uma certa maneira, divergente, a certos respeitos, do ponto substancial de meu voto.

VOTO - PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: *Data venia* dos Srs. ministros que me precederam, continuo fiel à convicção de que êste Tribunal não tem competência para conhecer do mandado.

Trata-se de ato do superintendente das Emprêsas Incorporadas ao Patrimônio Nacional, sem que em lei alguma se cogite de recursos das decisões dêsse administrador para o ministro da Fazenda. O Tribunal tem firmado entendimento de que, em casos tais, não há como se admitir o deslocamento da competência da instância judiciária. Isso, certamente, para prevenir verdadeira burla à lei, pois que, por tal prática, fácil seria evitar-se confirmação de pronunciamentos já conhecidos de determinada unidade judiciária.

Aqui, trata-se de serviços descentralizados, serviços êsses que, como é sabido, se regem por legislação própria, obedecidos, é certo, os princípios gerais da legislação comum, da legislação adequaria. Entendi que o recurso interposto não tinha cabimento, nem em texto expresso, nem por fluência ou decorrência daqueles princípios, considerando, para alicerçar essa conclusão, a própria natureza da organização de que se trata.

Data venia, não vejo, ou não apreendo fundamentos que me imponham a modificação de meu voto. Continuo convicto da incompetência dêste Tribunal.

VOTO - PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, fui o relator do acórdão embargado e, *data venia* dos votos dos ministros relator e revisor, também não me convenci de que houvesse laborado em êrro. Estou certo de que não havia recurso hierárquico, para o ministro de Estado, expressamente consignado em lei. Nem os princípios gerais de direito, como salientou o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, autorizavam, implìcitamente, aquêle titular a tomar conhecimento do ato impugnado, para homologá-lo ou deixar de o fazer.

Assim sendo, quer-me parecer que a intromissão do ministro da Fazenda, no caso, foi motivada. Dela é que se origina a deslocação de competência que, aliás, a jurisprudência dêste Tribunal nunca admitiu. Continuo persuadido de que competente para decidir da controvérsia é o MM. julgador de primeira instância.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Acompanho o relator.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Acompanho o voto do Sr. ministro relator, porque o ato do Sr. superintendente das Emprêsas Incorporadas ao Patrimônio Nacional foi encampado pelo Sr. ministro de Estado, que assim assumiu sua responsabilidade, tornando originário o mandado de segurança.

Afirma-se, no entanto, que aquêle ministro não tinha competência para agir, como agiu, porquanto o aludido ato era da *exclusiva atribuição* de quem o praticou. Entendo que tal afirmativa improcede. As atribuições dos superintendentes das Emprêsas Incorporadas restringem-se aos atos de simples administração. Para os mais sérios, como o de que cogitam êstes autos, a aprovação dêles pelo Sr. ministro de Estado é indispensável. O mandado de segurança é, pois, originário.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Uma vez que o Tribunal conhece do pedido de mandado, conforme o voto preliminar, tenho para mim, agora, que é de conceder-se a segurança impetrada.

Colhe-se, com efeito, que o impetrante é empregado da Superintendência, sobre o que não correu a menor dúvida de quem quer que fôsse. E empregado figurante como amanuense, referência XXVII (doc. junto): mensalista, tal como alude também informação oficial, isso resultando de prática do decreto nº 22.852, de 1947.

O problema de fundo, pois, consiste apenas em saber se se trata de extranumerário, aí estando situada a controvérsia, máxime quando o servidor extranumerário, num caso assim, se equipare aos da União mesma. É o impetrante um extranumerário equiparado aos da administração centralizada?

A essa pergunta básica o direito responde pela afirmativa.

Em primeiro lugar, dir-se-á que a emprêsa não conta com a existência de cargo no sentido próprio. De cargo cujas funções sejam executadas por titulares, que as exerçam como atividade principal, reservando-se aos secundários ou auxiliares para os extranumerários. Conta tão-só com funções exercitáveis por seus servidores, sem cargos. Tais servidores, órgãos únicos, - nem se conceberia função sem órgão, - deram lugar ao direito brasileiro a conhecer-se, fictamente, a classificação que, hoje, tem foros de cidade: achou-se que se trataria de extranumerário por extensão, ou por uma ficta equiparação. Equiparação a que e a quem, desde que não há equiparado sem o equiparente? Evidentemente, a quem exerça função sem cargo, sobretudo função de exercício permanente e remunerada. Ao extranumerário, nos termos do direito positivo extensa e intensamente emergido desde o advento da lei nº 284, de 1936. Servindo a uma emprêsa cujo patrimônio, se incorporou ao da União, êsse sendo um dado inequívoco, o extranumerário, num caso assim, é extranumerário da União. Atinge-se, portanto, a tese demonstrada, o que faz cessar quaisquer controvérsias de maior.

Nem é por motivo-diferente que o decreto-lei nº 8.249, de 1945, distinguindo bem, houve de acentuar, em seu art. 1°, segunda parte, que àqueles empregados se aplicaria, *verbis*, a "legislação sôbre extranumerários da União, nomeados

posteriormente", "incorporação ou administração das emprêsas questionadas ao patrimônio da mesma União", garantindo-lhes, também, explìcitamente, "os mesmos direitos e vantagens, inclusive aquêles já consagrados sôbre a "Previdência Social", aos já existentes antes da incorporação ou administração, a êsses, sim, se limitou a mandar aplicar a legislação trabalhista e suas outras garantias, daí, sim, decorrem outros problemas legais que não os até aqui focalizados.

Bem recentemente, além de numerosos trabalhos sôbre essa matéria, avultam dois de alto teor cultural, ambos divulgados em brochuras que circulam pelo mundo jurídico nacional: um da autoria de CÉSAR C. L. DE VASCONCELOS, consultor jurídico da Superintendência, e outro de LEOPOLDO DA CUNHA MELO, procurador geral do Tribunal de Contas. Em ambas essas monografias, a opinião daqueles esclarecidos juristas, que, afora o mais, são agentes de alta responsabilidade junto à Administração, não discrepam da tese que aqui sustento. E a mesma é a opinião provecta de RUBEN ROSA, em voto por êle proferido como ministro do Tribunal de Contas, conforme leio no apêndice da brochura do último daqueles dois sabedores.

Certamente, fôra para desejar que o problema se resolvesse em têrmos gerais para tôda a Administração; como aspira o Sr. superintendente e o disse nesses autos como marcante sinal de simpatia pela causa de seus subordinados, cujos direitos gostaria de reconhecer sem mais demora. Certamente. Isso, porém, não impede, de logo, enquanto a Administração estuda, em meio a mil embaraços, que o Judiciário reconheça, especificadamente, o direito dos que o postulem em juízo. Não é possível ao Judiciário mandar aguardar, desde que não decide sob critério de oportunidade: reconhece e garante direitos de quem os tenha, *tout court*. E se tal direito é líquido e certo, como no caso dos autos, e se autoridades não os reconhecem *in specie*, a proteção do *writ* é imposta em favor de impetrantes.

Conseqüentemente, reitero meu voto formulado no comêço, isto é, exatamente nos termos do pedido da inicial, fls. 3, *fine*. A lei o impõe, mesmo para fins patrimoniais, e a execução depende tão apenas de ato administrativo.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (revisor): Também concedo o mandado, nos têrmos do voto do Sr. ministro relator.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, tratando-se de empregado nomeado posteriormente à inscrição, o direito que lhe assiste, na hipótese, decorre de lei expressa. Não há como se negar. O ministro relator, com a proficiência de sempre, o demonstrou. Estou de acôrdo.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Como acentuei, ao proferir meu voto sôbre a preliminar de competência, tive oportunidade de estudar também o mérito do pedido e folgo, nesta altura, verificar que estou de perfeito acôrdo com o Sr. ministro relator.

O art. 1º, do dec.-lei nº 8.249, de 29 de novembro de 1949, estatui o seguinte:

"Aos empregados das Emprêsas Incorporadas ao Patrimônio Nacional ou por êste administradas serão aplicadas as normas da legislação trabalhista, quando admitidos antes da incorporação ou administração, e as da legislação sôbre extranumerários da União, se nomeados posteriormente, com os mesmos direitos e vantagens, inclusive aquêles já consagrados sôbre Previdência Social".

Ficou comprovado nos autos que o impetrante foi admitido ao serviço das Emprêsas após a incorporação dessas, levada a efeito pelo dec.-lei n° 2.073, de 8 de março de 1940. E que, à data da promulgação da Constituição federal vigente, isto é, a 18 de setembro de 1946, contava já mais de cinco anos de exercício como extranumerário mensalista daquelas Emprêsas, gozando, desde 29 de novembro de 1945, de todos os direitos e vantagens assegurados aos servidores de igual categoria da União Federal. A lei número 525-A, de 7 de dezembro de 1948, regulamentando o art. 23 do Ato das Disposições Transitórias, reafirmou, em seu art. 2°, o *statu quo ante*, isto é, a equiparação, para todos os efeitos, já consubstanciada no decreto-lei nº 8.249. Líquido e

incontestável se apresenta, ante o simples cotejo da legislação pertinente, o direito do impetrante ao tratamento que advoga perante a Superintendência das Emprêsas Incorporadas, ou seja, o de, em igualdade de condições, usufruir do aumento de vencimentos assegurados pela lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, aos servidores extranumerários da União.

Defiro, por via de conseqüência, o pedido.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Com o relator.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Sr. presidente, a lei estabeleceu duas situações jurídicas distintas, com relação aos empregados das Emprêsas Incorporadas. Para aquêles que já eram empregados ao tempo da incorporação, mandou aplicar a legislação trabalhista; para os que ingressaram no serviço depois da prorrogação, a legislação relativa a extranumerários da União.

Assim, verificando, como já o fêz o Sr. ministro relator, que o impetrante de segurança entrou no serviço das Emprêsas Incorporadas após a incorporação, o seu direito de ter reguladas as suas relações de trabalho pela legislação pertinente aos extranumerários da União é líquido e certo, uma vez que decorre de texto expresso de lei.

Nessa conformidade, acompanho o voto do Sr. ministro relator.

DECISÃO

Como conta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam os embargos, dando pela competência do Tribunal, contra os votos dos Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS e HENRIQUE D'ÁVILA. No mérito, concederam a segurança impetrada, unânimemente.

Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA.

Impedido o Exmo. Sr. ministro presidente ÁBNER DE VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

ACUMULAÇÃO REMUNERADA - DISPONIBILIDADE

- O art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deve ser interpretado, antônomamente, sem subordinação ao art. 185 da Constituição.

Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação *versus* Antônio Carlos Horta e outro

Rec. de mand. de seg. nº 599 - Rel.: MIN. HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 599, de Minas Gerais, em que é recorrente a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação e recorridos Antônio Carlos Horta e Casimiro Laborne Tavares:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, desprezadas por unanimidade de votos as preliminares de incompetência de juízo e decadência, em negar provimento ao recurso, por maioria de votos, tudo consoante se vê das notas taquigráficas juntas.

Tribunal Federal de Recursos, 8 de maio de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Henrique d'Ávila*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Os ora recorridos impetraram contra a recorrente, no Juízo de Direito dos Feitos da Fazenda de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, mandado de segurança, em cuja inicial,

datada de 28 de junho de 1949, expõem e requerem o seguinte: que os suplicantes exerciam, em 1937, em caráter definitivo, o cargo de médico da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação; quando, por fôrça do decreto-lei federal nº 24, de 29 de novembro de 1937, foram obrigados a desacumular, optando por outro emprêgo que então ocupavam, privando-se assim do que exerciam na aludida Caixa, ressalvando, todavia, na carta com que optaram, seus direitos futuros (ver docs. de fls. 12, 13 e 17); que, como decorrência inafastável da norma consignada no art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias, anexas ao Pacto Fundamental de 18 de setembro de 1946, o Sr. ministro do Trabalho, Indústria e Comércio baixou a portaria nº 257, de 20 de setembro de 1947, publicada no "Diário Oficial" de 26 do mesmo mês e ano, determinando que cada interessado devia requerer o reconhecimento de seu direito à disponibilidade e conseqüente aproveitamento, mediante a apresentação de documentos hábeis e atestadores de que se encontrava na situação configurada pela disposição transitória em aprêço: que, achando-se êles, impetrantes, enquadrados no dispositivo mencionado, requereram e obtiveram fôssem postos em disponibilidade remunerada, passando a perceber dos cofres da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação os proventos dessa disponibilidade. Acontece, porém, que sobreveio nova portaria regulando o assunto, e de nº 287, de 12 de novembro de 1948, que ao aludir aos servidores autárquicos que acumulavam funções, dispôs que só seriam atendíveis as situações dos que acumulavam as de magistério *com outras* de caráter técnico ou científico. Contra a inteligência dada aos têrmos dessa referida portaria pele direção da Caixa de Aposentadoria e Pensões, e que privou os impetrantes do benefício da disponibilidade em cujo gôzo se encontravam, rebelaram-se êstes pela via do mandado de segurança. Pedidas as informações indispensáveis à autoridade coatora; esta as prestou de fls. 38 a 41, nos seguintes têrmos: (*lê*).

Por decisão que se vê de fls. 57 a 59, o MM. julgador *a quo* acolheu o pedido com as considerações que se seguem:

"Vistos, etc....

"Antônio Carlos Horta e Casimiro Laborne Tavares, em 28 de junho dêste ano, impetraram mandado de segurança contra o ato do presidente da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação, para

garantir-lhes "o direito de continuarem recebendo, sem mais exigências, os proventos da disponibilidade", em que se achavam em conseqüência da portaria nº 257, expedida pelo ministro do Trabalho.

"Essa portaria foi expedida para regulamentar o art. 24 das Disposições Transitórias da Constituição federal, que se refere às acumulações remuneradas.

"Os impetrantes, tendo requerido à Caixa de Aposentadoria acima referida o gôzo do direito reconhecido pela Constituição e, pela portaria, passaram a receber, respectivamente, Cr$ 1.080,00 e Cr$ 1.260,00, mensalmente.

"Posteriormente, porém, outra portaria do ministro, de nº 287, foi publicada com outra redação e a Caixa de Aposentadoria, indicada como coatora, suspendeu "o pagamento a que os impetrantes têm direito", conforme dizem no 5º item da inicial.

"A argumentação de direito, apresentada pelos impetrantes, é que há flagrante contradição entre a Constituição - que prescreveu: "Os funcionários que acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas... são considerados em disponibilidade" - e a portaria que diz: "Os servidores de Institutos e Caixas de Aposentadoria... que acumulavam funções de magistério com outras técnicas, científicas ou de magistério, ... são considerados em disponibilidade..."

"As palavras - *com outras* - "enxertadas" na portaria violaram o direito dos requerentes.

"Na contestação, a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação levantaram a preliminar de decadência de prazo para a interposição do pedido e, *de meritis*, sustentaram a legalidade da portaria nº 287.

"Para comprovar seu direito, os impetrantes juntaram os documentos de fls. 8 a 33, tomando o cuidado, exagerado até, de trazer para os autos um exemplar da Constituição (!) e o teor de uma sentença de ilustre magistrado no Distrito

Federal, julgando um caso análogo, mas não idêntico, de acôrdo com a pretensão dos impetrantes (fls. 33).

"Tudo visto e bem examinado.

"A preliminar não foi provada.

"Os impetrantes furtaram-se a dizer a data da suspensão dos pagamentos, e a contestante não trouxe para os autos a prova de que foi a 1° de janeiro do corrente ano.

"A questão de mérito não é a que foi discutida pela contestante. Não é a de saber qual o sentido do art. 24 das Disposições Transitórias. Não é o exame da *mens legis* dêsse artigo em combinação com outro dispositivo constitucional. Se a questão estivesse focalizada nesse ponto, bem diferente poderia ser a conclusão desta sentença, porque é certo que o artigo das Disposições Transitórias pôsto a exame não deve ser considerado como desagregado do resto da Constituição. É o princípio de hermenêutica que o ilustre Prof. AMÍLCAR DE CASTRO põe em evidência lapidar ensinando que: "As disposições legais não são compartimentos estanques: antes são vasos comunicantes de um todo em estreita e direta relação de interdependência" (*in* "Mensário Forense", vol. IV, pás. 34). Mas a única pendência a esclarecer nestes autos é se o ato da Caixa de Aposentadoria, coatora, de suspender o pagamento dos vencimentos dos impetrantes foi feito legalmente.

"A decisão é contra a Caixa. Esta assentou-se nas determinações da portaria número 287, e tal portaria não autorizou a interrupção de pagamentos aos aposentados que se achavam em gôzo de um direito que lhes fôra reconhecido pela portaria número 257.

"Não se referiu também aos que já se haviam habilitado na forma da portaria anterior. Foi arbitrário o ato da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação.

"O direito certo e incontestável dos impetrantes é o de continuar a receber, bem ou mal, os proventos até que seja convencido pelos meios regulares como vinham recebendo. Êsse direito foi violado ilegalmente pela coatora. A

violência veio da falta de autoridade da coatora para interromper os pagamentos.

"Mesmo admitindo que os impetrantes estivessem recebendo vencimentos indevidos, o que não está positivamente verificado, ainda assim não se justificaria o ato da coatora com assento na portaria nº 287. Só por meios legais, com ampla defesa dos impetrantes, poderiam ficar privados de seus vencimentos.

"Por êsses fundamentos julgo procedente o pedido e concedo a segurança impetrada. Expeça-se o ofício determinado pelo artigo 325 do Cód. de Proc. Civil e dê-se ao requerente o mandado" (fls. 57 a 59).

A fls. 61, inconformada, recorreu tempestivamente a impetrada. Em suas razões de fls. insiste pelo reconhecimento das preliminares que suscitou, de incompetência de Juízo e caducidade do direito pulado; e, quanto ao mérito, reproduz a argumentação de que se utilizou ao contestar o pedido, já exposta com exatidão e fidelidade pela decisão recorrida.

Os recorrentes contra-arrazoaram; e, nesta superior instância, o ilustrado Dr. subprocurador geral da República assim se pronunciou:

"I. A preliminar de decadência, reiterada a fls. 62, tem visível procedência.

"Suspenso, em janeiro de 1949, o pagamento da disponibilidade dos impetrantes, sòmente a 7 de julho veio a ser ajuizado o presente mandado.

"Nada mais se torna preciso aduzir a prol da preliminar.

"II. No mérito, pela reforma da MM. sentença, de acôrdo com as fundamentadas considerações de fls. 63-65, formuladas pela Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação" (fls. 82).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Não merece acolhida a argüição de incompetência de juízo suscitada. O ato que privou os impetrantes dos proventos da disponibilidade remunerada em que se encontravam é da Caixa de Aposentadoria. Não importa que essa providência tenha procurado apoio na portaria nº 287, do ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, que, de maneira genérica e normativa, visou regular a situação dos que se julgassem amparados pela ordenação contida no art. 24 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição federal vigente. Daí a competência inequívoca do juiz recorrido para apreciar e decidir da relação de direito controvertida. Não se entremostra atendível, por igual, a prejudicial de decadência articulada com assento no art. 331 do Cód. de Proc. Civil. Não há nos autos prova segura de que os proventos da disponibilidade dos recorridos tivessem sido suspensos a partir de janeiro de 1949. O documento de fls. 50, que está datado de 11 de fevereiro daquele ano, está redigido em têrmos capazes de gerar a convicção de que os impetrantes naquela data ainda percebiam ditos proventos. Essa circunstância, conjugada com outras evidências coletadas, levam à crença de que êstes só tiveram mesmo ciência positiva do fato em abril de 1949, por notificação verbal do diretor da Caixa.

Não dou, por isso, pela caducidade invocada.

De meritis. Mantenho, por igual, o decisório. Os recorridos estavam e estão sob o abrigo dos favores proporcionados pelo texto da disposição constitucional transitória de que se cogita: ocupavam, à data do advento da Carta Política de 1937, cumulativamente, dois cargos de caráter técnico-científico, de médicos, a um tempo, do Estado de Minas Gerais e da Caixa recorrente. Foram forçados a desacumular, optando pelo primeiro dêsses cargos. Não vale argumentar com o disposto no corpo da Constituição vigente, pelo artigo 185. Essa norma, é óbvio, destina-se a disciplinar as acumulações *ad futurum*; sem repercussão sôbre a hipótese veiculada, que medrou à sombra de impulsos altruísticos dos constituintes de 1948, como medida excepcional destinada a reparar possíveis injustiças, mitigando a dureza da legislação; anterior de referência a desacumulações de cargos e funções. Não havia como restringia a franquia em aprêço, com aceno à regra consignada na disposição permanente contida no art. 185. E a recorrente assim procedeu, ao dar sentido e execução à malsinada

portaria nº 287. Êsse seu ato, portanto, não deve subsistir, por írrito e inoperante. Nego, em conseqüência, provimento, ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: No art. 185, o constituinte de 1946 deu a medida para as acumulações remuneradas.

O mais, reputou implìcitamente ilegal, injusto. Tenho em que, com o art. 24 das Disposições Transitórias, quis êsse constituinte reparar; tão-só, o que havia reputado lícito, razoável, de referência a acumulações remuneradas, no prefalado art. 185. Não mais.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Para restaurar a situação anterior à Carta de 37, o constituinte tomou a providência indicada no art. 24 das Disposições Transitórias, tão bem interpretado pelo Sr. ministro relator. Questão de direito intertemporal e não puramente de direito transitório, donde chegar eu às mesmas conclusões a que chegou, no particular dos autos, o voto do douto Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, estou de acôrdo com o eminente ministro relator, para confirmar a decisão recorrida, tão-só pela sua conclusão, não pela sua fundamentação.

Não posso de modo algum acolher o ponto de vista sustentado pelo Dr. juiz *a quo*, de que, para interpretar o art. 24 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição, é necessário pô-lo em confronto com os dispositivos permanentes da mesma Constituição. Tenho como errônea essa interpretação.

O Ato das Disposições Transitórias regula situações transeuntes, de exceção. De modo que o intérprete não tem que confrontar aquelas disposições com o texto permanente da Lei Magna. O que se verifica do processo é que, justamente em obediência ao art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias, foi baixada, pelo ministro de Estado, uma portaria que tomou nº 257, determinando que os servidores em caráter efetivo que, na conformidade da legislação em vigor antes da Carta de 1937, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas, e perderam o cargo efetivo pela desacumulação, deveriam requerer o reconhecimento de sua situação mediante a apresentação de documento que a comprove. Foi o que fizeram os recorridos, que obtiveram disponibilidade remunerada na Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Rêde Mineira de Viação, onde passaram a perceber os proventos dessa disponibilidade. Posteriormente, o mesmo ministro baixou nova portaria, que tomou o nº 287, e aí acrescentou uma expressão que não está no texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E foi a seguinte: "com outras técnicas, científicas ou de magistério", quando o texto, básico diz: "acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas". Alterou, sem ter autoridade para tanto, o texto constitucional.

Tenho, assim, como vulnerado o direito líquido e certo dos impetrantes e confirmo a decisão recorrida tão-sòmente pela sua conclusão.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, com á ressalva de que o Tribunal está julgando matéria constitucional sem estar completo, na forma do Regimento, - o que não quis antecipar, quanto ao caso em si eu estou de acôrdo com o Sr. ministro relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: desprezadas, por unanimidade, as preliminares de incompetência do juízo e de decadência do direito dos autores, negou-se provimento ao recurso, 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.

*

SERVIDOR DE AUTARQUIA – DEMISSÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO

- As normas do processo administrativo prescritas para a punição de funcionário se aplicam aos servidores de autarquias.

- O Poder Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração do funcionário.

- Os atos apontados como definidores da procedimento irregular devem ser posteriores à admissão do servidor.

Aníbal Duarte *versus* Instituto Nacional do Mate

Ap. nº 1.549 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da apelação cível nº 1.549, do Distrito Federal, sendo apelante Aníbal Duarte e apelado o Instituto Nacional do Mate:

Acordam os ministros componentes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria (o Exmo. Sr. ministro revisor negou provimento ao apêlo, por completo), em dar provimento, em parte, ao recurso, conforme tudo consta das notas taquigráficas anexas e resumo de fls. 131.

Tribunal Federal de Recursos, 20 de abril de 1949. - *Henrique d'Ávila*, presidente *ad hoc; Artur Marinho*, relator (art. 81 do Regimento Interno).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: A hipótese dos autos foi exposta com fidelidade pelo Dr. juiz *a quo*, nos seguintes têrmos:

"Aníbal Duarte, jornalista e ex-funcionário do Instituto Nacional do Mate, propõe contra essa autarquia a presente ação ordinária, visando à anulação da

portaria nº 1.382, de 26 de setembro de 1946, de seu presidente, que o demitiu, a fim de ser reintegrado no cago de oficial administrativo, referência 35, com as vantagens legais, inclusive as diferenças de vencimentos com as duas suspensões anteriores, juros da mora e honorários. Alega, em síntese, o seguinte:

"Que, tendo ingressado no quadro de funcionários do réu em 6-3-1939, como assistente, classe *C*, e estando em vigor a Constituição de 18 de setembro de 1946, tinha a sua estabilidade no cargo assegurada (art. 188, II) e sua demissão só poderia ser feita através de processo administrativo, onde lhe fôsse assegurada ampla defesa (art. 189, II);

"Que, entretanto, o inquérito instaurado pelo réu se processou num ambiente de coação e cerceamento de defesa, dirigido por inimigos seus e de conformidade com o Estatuto dos Funcionários Públicos da União, aplicável, apenas, aos seus funcionários, dos Territórios e, no que couber, aos da Prefeitura do Distrito Federal, Estados e Municípios, não podendo por êsse Estatuto ser punidos os servidores de autarquias como o réu;

"Que, além disso, pela mesma suposta falta sofreu ainda o autor duas penalidades, suspenso duas vêzes por 30 dias, pelas portarias ns. 1.345, de 16-4-46, e 1.358, de 15-5-46, nos têrmos dos arts. 255-234 e 263, respectivamente, do citado Estatuto;

"Que sua demissão foi, em grau de recurso, confirmada pelo ministro da Agricultura;

"Que, êle, autor, não teve, como funcionário do réu, procedimento irregular, não podendo ser levados em conta processos anteriores, nos têrmos da Lei de Imprensa e já extintos, por serem distintas a sua qualidade de funcionário e sua atividade de jornalista;

"Que, embora servindo no jornal "Brasil-Portugal", não teve interferência na campanha movida por êsse órgão da imprensa contra o diretor do réu, limitando-se, apenas, a defender-se das injúrias que êste lhe assacou em público, pelos jornais;

"Que, finalmente, a campanha contra o réu, em virtude das células comunistas nêle existentes, é feita pùblicamente pela imprensa, além do "Brasil-Portugal", não podendo, assim, ser o autor punido pela mesma. Com a inicial, os documentos de fls. 8 a 36.

"Citado, contestou o réu a fls. 46-50, alegando, em resumo, o seguinte:

"Que, não sendo o autor funcionário público, mas, apenas, de uma autarquia, não prevalece a alegada estabilidade assegurada pela Constituição (art. 188, II);

"Que, mesmo assim, sua demissão foi precedida de processo administrativo, no qual se lhe assegurou ampla defesa, nos têrmos do art. 189, II, da Constituição;

"Que, não havendo lei reguladora das relações de emprêgo entre o réu e seus funcionários, são aplicados, por analogia, os dispositivos do dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Estatuto dos Funcionários Civis da União), de conformidade com ordem de serviço baixada pelo diretor do Instituto-réu, o qual, entretanto, tem atribuições para exonerar aquêles funcionários, nos têrmos do dec. nº 20.425, de 17 de janeiro de 1946, art. 24, letra *g*;

"Que o processo administrativo que precedeu a demissão do autor se processou regularmente, com ampla defesa por parte do réu, tendo sido aplicadas as penas de suspensão, a primeira, por falta anterior, e, a segunda, preventivamente, sempre de conformidade com o Estatuto adotado;

"Que, finalmente, não houve coação ou desejo de vingança na demissão do autor, a qual resultou de faltas graves, provadas em inquérito, pelo que deve a ação ser julgada improcedente.

"Com a contestação, ofereceu o réu os dois volumes do inquérito administrativo instaurado contra o autor (volumes em apenso), sôbre os quais lhe foi dada vista (despacho de fls. 63 e certidão de fls. 65 v.). Pela União, assistente do réu, pronunciando-se o procurador ACIÓLI, a fls. 52. O despacho saneador foi proferido a fls. 65, realizando-se, no dia designado, a audiência de instrução e julgamento, como consta do têrmo, por cópia, a fls. 68 (fls. 70-72)".

O Dr. juiz *a quo*, reconhecendo a regularidade e validade do processo administrativo em seu aspecto formal, e considerando haver prova suficiente do irregular procedimento do autor como funcionário do réu, julgou improcedente a ação e condenou o autor nas custas.

Inconformado, recorreu o autor, argüindo ter sido ilegal sua exoneração com fundamento no art. 24, letra *g*, do dec. número 20.425, de 17 de janeiro de 1948 (Regulamento do Instituto do Mate), porquanto o processo administrativo contra êle instaurado se baseara no Estatuto dos Funcionários Públicos. Alegou ainda ter havido nesse processo cerceamento de defesa, por isso que lhe não fôra permitido ditar seu depoimento que trouxera escrito. Abordando pròpriamente o merecimento do inquérito administrativo, sustentou o recorrente que sua demissão não decorreu dás supostas publicações de sua autoria no jornal "Brasil-Portugal", ou de haver mandado mensagens ao Exmo. Sr. presidente da República denunciando abusos existentes no Instituto a que pertencia, ou, ainda, de ter concedido entrevista protestando contra a pena disciplinar que lhe fôra imposta, mas de *"falta grave"* constante de processos movidos por terceiros contra êle, apelante, por infrações, da Lei de Imprensa, muito anteriores à sua vida funcional na Instituto, as quais nunca poderiam constituir motivo de sua demissão.

O apelado contra-arrazoou longamente a fls. 90 e segs., sustentando haver motivado o inquérito administrativo, mandado instaurar contra o apelante, uma carta por êste endereçada ao Exmo. Sr. presidente da República, sem a observância das normas traçadas na legislação para tal proceder, tenda sido a mesma carta publicada na imprensa, o que determinou sua suspensão por 30 dias, antes do encerramento do inquérito, a fim de que fôsse a disciplina mantida. Alegou ainda o apelado que, após essa suspensão, reincidiu o recorrente, praticando outra falta disciplinar de natureza grave, eis que concedeu ao jornal "Brasil-Portugal", de que é colaborador, uma entrevista na qual, protestando contra a pena disciplinar, referiu-se ao presidente do Instituto recorrido em têrmos desrespeitosos, injuriando-o, tendo ainda reclamado ao Exmo. Sr. presidente da República, por telegrama, contra a suspensão sofrida. Salienta o apelado a incongruência do apelante, pleiteando que se lhe aplique o texto constitucional referente à estabilidade dos funcionários públicos e, simultaneamente, atacando a legitimidade do inquérito administrativo, calcado nas normas do Estatuto dos Funcionários Públicos. Entendendo bem

caracterizada a justa causa para a exoneração do apelante, conclui o apelado ser de esperar a confirmação do julgado.

Nesta instância, o ilustre Dr. subprocurador geral declarou nada ter a aduzir aos fundamentos da sentença e às razões do recorrido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): A primeira questão a ser apreciada no presente recurso é a de regularidade e validade do inquérito administrativo instaurado contra o apelante, nos têrmos do Estatuto dos Funcionários Públicos, apesar de se tratar de servidor de autarquia. Tenho-o por escorreito, porquanto, na falta de um diploma especial para os servidores autárquicos, a aplicação analógica daquele Estatuto impunha-se, tanto mais quando só trouxe vantagens ao acusado, ora apelante, por isso que, assemelhado como ficou aos funcionários públicos, implìcitamente se lhe reconheceu o direito de estabilidade do cargo, por contar nêle mais de cinco anos de exercício. Não invalida, outrossim, tal inquérito a argüida circunstância de não ter sido dada ao apelante autorização para ditar seu depoimento que trouxera escrito, porquanto mostra-se do depoimento, prestado pelo apelante a fls. 10, do inquérito administrativo, em apenso, que o mesmo "trazia um rascunho de matéria escrita em sua defesa e que pretendia ditá-la", ao que se opôs o presidente da Comissão de Inquérito, salientando que "isso em nada reduziu a sua defesa, porquanto esta poderia ser feita em razões ou em petição escrita, oportunamente formuladas pelo interessado no curso do processo". Consta ainda do têrmo de declaração do apelante que êste se conformara com aquela resolução do presidente, dizendo que "o que havia trazido por escrito ainda mandaria em petição ou razões, consoante a determinação do presidente da Comissão". Nada há assim que invalide o inquérito administrativo, quanto ao seu aspecto formal, eis que obedeceu às formalidades legais, tendo sido assegurado ao apelante no mesmo o exercício da mais ampla defesa.

Cumpre agora examinar o caso concreto sob aspecto diverso de sua legalidade. Na lição de SEABRA FAGUNDES, em seu livro "O contrôle dos atos administrativos", página 118, uma vez conhecido o ato administrativo de

exoneração, entra êste no exame do inquérito, fundamento do ato, tanto para constatar se fêz como manda a lei, como para aferir a conformidade do ato com o que apurou o processo. A primeira questão é manifestamente de legalidade, a segunda, entretanto, poderá parecer de mérito. Mas não o é. O Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário. Não indaga se o motivo é razoável, ou não, mas se a lei especifica. Não inquire se o ato foi vantajoso aos interêsses do serviço público, mas se o processo que lhe servia de esteio apurou causa legal capaz de autorizar a demissão.

Ora, a Comissão de Inquérito apontou como fundamento para aplicação da pena de demissão, prevista no art. 238, alínea III, do Estatuto dos Funcionários Públicos, o "procedimento irregular" devidamente comprovado do apelante. Entendeu tal comissão que o apelante "não tem bom procedimento, condição exigida por lei, art. 13, nº V, para ser provido em cargo público, em face da certidão passada pela 20ª Vara Criminal, documento nº 32, corroborada pelos documentos ns. 23, 24, 25; sendo-lhe atribuída a prática de burla à censura estabelecida pelo govêrno, ataque às autoridades, desrespeito às autoridades que lhe deram voz de prisão, exercício ilegal de medicina, intitular-se qualidade que não tem, injúria contra o interventor federal do Estado de Mato Grosso, ofensas contra particulares, visando escândalo, notícias caluniosas com intuito de chantagem, ataque a firmas comerciais e a pessoas idôneas com fito de extorquir-lhes dinheiro, sendo de tal ordem os desmandos e falcatruas praticados, que foi expulso do Estado do Rio Grande do Sul por determinação das autoridades" (fls. 42 dêstes autos). Tais fatos, entretanto, conforme se vê da invocada certidão (doc. nº 22), teriam ocorrido em época anterior a 6 de março de 1939, data em que o apelante ingressou no quadro dos funcionários do Instituto Nacional do Mate. Não podem, conseqüentemente, caracterizar a figura prevista no inciso III do art. 238 do Estatuto dos Funcionários Públicos, isto é, "procedimento irregular do funcionário", pois dizem respeito à conduta pregressa do apelante, como homem ou como cidadão, nunca como funcionário.

Do exposto se infere, sem nenhum esfôrço, que o inquérito administrativo instaurado contra o apelante não apurou causa legal capaz de autorizar sua demissão, pelo que dou provimento ao recurso para, reformando a sentença apelada, julgar em parte procedente a ação, a fim de declarar nulo o ato do

presidente do Instituto Nacional do Mate que exonerou o apelante do quadro dos servidores do Instituto Nacional do Mate e, em conseqüência, determinar sua reintegração, nos têrmos do art. 190 da Constituição vigente.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (revisor): Contra o apelante promoveu o apelado, Instituto Nacional do Mate, inquérito administrativo com base no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (decreto-lei nº 1.713, de 28-10-939), para apurar graves faltas funcionais que lhe foram imputadas.

O inquérito correu seus trâmites de direito com ampla e completa defesa do investigado, vindo a ser êsse afinal demitido pelo presidente do Instituto, na forma do art. 24, letra 4, do dec.-lei nº 20.425, de 17 de janeiro de 1946, que disciplina e regula os serviços a cargo da aludida autarquia.

O apêlo às normas regulamentares do Estatuto dos Funcionários Públicos, como subsídio indispensável à apuração das faltas atribuídas ao apelante, se me afigura a cavaleiro de qualquer censura de direito, uma vez que o Instituto não podia valer-se de legislação específica para o caso, dada a omissão de sua lei orgânica a propósito.

Reconheceu, acertadamente, por isso, a sentença apelada a regularidade do processo administrativo; bem como o vigor e veemência da prova, colhida no mesmo e que serviu de apoio e sustentáculo ao decreto de afastamento do apelante de servidor da autarquia em causa.

A demissão do apelante, servidor estável que era segundo a norma consubstanciada no art. 188, inciso II, da Constituição federal, obedeceu aos pressupostos de direito, pois que procedida de processo administrativo regular, previsto no art. 189, inciso II, da mesma Constituição.

E, além do mais, procedentes como eram e são as razões apuradas e motivadoras do seu afastamento, não há como chegar-se a conclusão diversa da que apontou a decisão apelada.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, eu observei que V. Exª chegou à conclusão a que chegou após examinar brilhantemente duas questões com as quais estou de pleno acôrdo: que o Estatuto dos Funcionários se aplica aos funcionários de autarquias, ainda que regulamentos ou regimentos das autarquias não indiquem - como alguns dizem - porque além do mais é vantagem o que V. Exª assinalou para êsses funcionários; desde que não há um código de processo administrativo da União e desde que a Constituição assegura direitos a funcionários, algum roteiro tem de ser seguido. Quanto mais bem fixadas as regras a seguir - isto o Estatuto perfaz - tanto melhor, menos arbítrio contra o servidor público e portanto maior garantia para os servidores de autarquias, equiparadas ao próprio funcionário que tem o máximo de garantia.

Quanto ao princípio da legalidade, também estou de completo acôrdo com V. Exª, apenas destacando que o Judiciário realmente examina à questão da legalidade - inquérito administrativo - como poder administrativo. Mas também ouvi do relatório que o apelante se apoiou em dois fatos positivos para chegar às conclusões do seu interêsse. Um, era a restrição de defesa conseqüente a não lhe ter sido permitido usar do depoimento escrito; a lei tornou defeso, proíbe essa maneira de depor. Improcede, portanto, o ponto de vista em que se colocou o apelante. Em segundo lugar, acoimou as testemunhas de suas inimigas. Quero destacar que aí também entra o princípio da legalidade. Se, legalmente, ninguém pode depor sendo suspeito de parcialidade contra o acusado, está em jôgo o princípio de legalidade do próprio inquérito administrativo. E, solicitaria de V. Exª, apenas, uma informação. O apelante ficou no puro terreno da afirmativa ou fêz prova de que essas testemunhas eram suas inimigas?

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Essa foi uma assertiva de menor importância, sôbre a qual êle não produziu nenhuma prova; fêz mera alegação.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Parcialidade, alegação que, uma vez comprovada, torna o inquérito nulo, por se ter baseado em prova exclusivamente pessoal, porque eu a filio, não à questão de mérito do inquérito,

mas ao princípio da própria legalidade. Entretanto, mera alegação não conta. Portanto, nesse ponto, ainda eu apóio, inteiramente, a conclusão daqueles que afirmam a validade do inquérito.

Salvo engano de minha parte, - e êsse é o terceiro ponto, - V. Exª modificou, em parte, a decisão do Dr. juiz *a quo*, porque os fatos apontados contra o acusado no Inquérito administrativo tiveram lugar antes de setembro de 1939. Se, realmente, êle foi demitido por fatos por êle cometidos anteriormente ao seu ingresso para o serviço público, em 1939, estou inteiramente de acôrdo com o ponto de vista de V. Exª. Se assim não foi, peço vênia para acompanhar o ponto de vista do Sr. ministro revisor.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Vou ler a V. Exª o resultado apurado pela Comissão de Inquérito: (*lê* fls. 22).

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Muito obrigado, Sr. presidente. Estou de acôrdo com V. Exª, e acrescentando que é um *slogan* bôbo estar apontando de comunista tôda a gente.

Verifico que uma das acusações é atual, já que foi feita depois de estar êle investido na função do Instituto do Mate; a outra, parece ser antiga, porque se baseou no que existia no procedimento penal, que o incompatibilizaria para a investidura.

Portanto, *data venia*, estou de acôrdo com V. Exª, porque êsse inquérito está me parecendo um pouco torto, um pouco errado. Nesse inquérito está se fazendo crítica à administração que investiu, no serviço público, alguém que não tinha qualidade para isso. Está se criticando; o que não se está fazendo é revisão.

A acusação só ficou devidamente provada na parte em que se refere às críticas ao presidente do Instituto do Mate; no mais, ficou ponto duvidoso, e, na dúvida, também dou provimento, de acôrdo com o voto de V. Exª.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: contra o voto do revisor, que confirmava a decisão recorrida, deu-se provimento, em parte, ao recurso, a fim de declarar nulo o ato do presidente do Instituto Nacional do Mate, que exonerou o apelante do quadro dos servidores do mesmo Instituto Nacional do Mate e, em conseqüência, determinar sua reintegração, nos têrmos do artigo 190 da Constituição.

*

MILITAR - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - INATIVIDADE

- As condições da passagem do servidor público para a inatividade podam ser modificadas por lei nova.

João Garcia Moreira *versus* União Federal

Ap. nº 1.644 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da apelação cível nº 1.644, do Distrito Federal, sendo apelante João Garcia Moreira e apelada a União Federal:

Acordam os componentes da 2ª Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos, unânimemente, em negar provimento ao recurso, conforme consta das notas de fls. 58 e seguintes.

Tribunal Federal de Recursos, 24 de maio de 1950. - *Henrique d'Ávila*, presidente *ad hoc; Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sentenciando o ilustre juiz *a quo*, Dr. ELMANO CRUZ, relatou o feito a pleno contento até o momento em que decidiu, a saber:

"João Garcia Moreira, 1º tenente reformado da Polícia Militar do Distrito Federal, promoveu contra a União esta ação ordinária, a fim de obter a anulação do ato de sua reforma, praticado, ao que sustenta, sem apoio em lei.

"Alega o autor que foi promovido a 2º tenente em 11 de janeiro de 1937, na vigência do dec. nº 22.587, de 28 de março de 1933, que assegurava aos oficiais da Polícia Militar o direito a reforma nas mesmas condições das dos oficiais do Exército, salvo quanto à compulsória; que, posteriormente, em 1940, foi promovido ao posto de 1º tenente, já em vigor o regulamento aprovado pelo dec. n° 3.273, de 16 de novembro de 1938, o qual, Combinada com o dec. nº 197, de 2 de janeiro de 1938, só autorizava a sua reforma, oficial subalterno que era, com a idade de 60 anos; que, no entanto, foi posteriormente reformado sem que tivesse atingido aquela idade, por entender a União que o decreto-lei nº 3.940, de 1941, altera as condições de reforma, sob o império das quais alcançara o autor o pasto de 10 tenente; que êsse entendimento é nulo por ilegal, pois, na verdade, o suplicante tinha adquirido o direito de só ser reformado de acôrdo com o regulamento vigente ao tempo de sua promoção a 1º tenente, e êsse regulamento fixava a idade-limite em 60 anos, idade ainda não atingida à data em que foi reformado; que não fôra essa ilegal reforma, teria sido promovido a capitão, pois o foram outros posteriormente a êle colocados na lista de antiguidade; que, assim, pretende ver anulado o ato de sua reforma, sendo-lhe asseguradas tôdas as honras, proventos e vantagens cabíveis, acrescidas de juros da mora e custas do processo.

"Ofereceu o autor os documentos de folhas 6-10, e citada a União, na pessoa do Dr. 6° procurador, contestou êste o pedido do autor, sustentando a improcedência da ação, por isso que a sua reforma ter-se-ia verificado de acôrdo com a lei vigente ao tempo em que foi efetuada, e não, tinha o autor direito adquirido algum a manter-se na atividade, segundo regulamento anterior já revogado (fls. 16-18).

"Proferido o despacho de fls. 21-21 verso, veio o autor com a réplica de fls. 23 e seguintes, sendo o processo considerado em têrmos pelo despacho de fls. 29, e, designada a audiência de instrução e julgamento, foi a mesma realizada, subindo os autos à conclusão para sentença" (fls. 35-36).

Apelou o réu, visto ter sido vencido, produzindo as considerações de fls. 40 a 43, nas quais insiste nos pontos já resumidos ao alto. Respondeu a apelada, propugnando pela confirmação da sentença de primeira instância, favorável à ré (fls. 47), por seu lado tendo o provecto Dr. subprocurador geral da República opinado desta maneira:

"I. Para acentuar a improcedência do pedido, bastará relembrar que êle procura apoio em preceito legal não mais vigorarante ao tempo da reforma impugnada. E, a todo modo, inaceitável apresenta-se a alegação de direito adquirido em tema qual o dos autos.

"Acertado, daí, foi o ato que reformou a o autor em obediência e nos têrmos do dec. nº 3.273, de 16 de novembro de 1938, combinado com o dec.-lei nº 3.940, de 16 de dezembro de 1941.

"II. Esperamos a confirmação da MM. sentença, cujos fundamentos são, realmente, irrepreensíveis (fls. 54).

"Rio de Janeiro, 9 de julho de 1949. - *Alceu Barbedo*, subprocurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): O apelante era oficial da Polícia Militar do Distrito Federal, quando, em 1944, foi reformado compulsòriamente por limite de idade. Contava então 58 anos. Pensa, porém, que só deveria passar para a inatividade quando atingisse os 60 anos.

Tais os fatos inequívocos.

A administração aplicou ao caso o decreto-lei nº 3.940, de 16 de dezembro de 1941, *si et in quantum*, percebe-se, combinado com o dec. nº 3.273, de 16 de novembro de 1938. Isso autorizava a reforma aos 58 anos de idade.

Por que reclama o autor? Porque entende ter adquirido um direito de ver regido seu caso por lei anterior, sufragadora dos 60 anos. Aplicar-se-ia o dec.-lei n° 197, de 22 de janeiro de 1938, não só porque a lei sôbre inatividade era comum ao Exército e Armada e à Policia Militar, mas porque tal orientação remissiva já vinha do dec. número 22.537, de 1939, que, entretanto, em seu art. 60, *fine*, executava a reforma compulsória.

Há, no caso, vários problemas cuja tranqüilidade jurídica prescinde de demonstração e dos quais se ocupou a sentença *a quo*. Deve-se, pois, tocar, preferentemente, o ponto mais palpitante de interêsse decisório.

Tal ponto consiste em ver que direitos milhavam a prol do autor antes do dec.-lei nº 3.940, de 1941, e se tais direitos eram dos chamados adquiridos, de molde a não poderem ser atingidos por lei posterior.

A êsse propósito, as regras capitais são as seguintes

a) Em têrmos amplos, o servidor público tem direito à inatividade remunerada, como regra, preenchidas as condições que foram estatuídas em leis; mas,

b) uma coisa é a - essência daquele direito, na espécie não violado, e outra é o que cabe à legislatura de estabelecer aquelas condições ou requisitos, variáveis mercê do tempo, de necessidades reconhecíveis e de circunstâncias outras que cedem a interêsse público ou do serviço, salvo no que, rìgidamente, possa estatuir a Constituição ou resultar de seu sistema de fundo, ligado às garantias do indivíduo e do regime;

c) é regra reconhecível que a lei da inatividade é a dominante ao tempo em que o afastável da atividade acabar de atingir os requisitos contidos na lei atual. É regra; as exceções são as que forem expressamente clausuladas.

Ante êsses pontos, pode-se verificar que ao apelante não assiste razão para queixar-se do ato atacado, nem da douta sentença apelada. Realmente, aquêle interessado não contava com situação jurídica modificável quanto à idade, de modo a invocar vàlidamente a não retroatividade da lei. Não se trata disso, o que me parece uma evidência, mesmo hoje, à luz do § 3° do art. 141 da Constituição em vigor, quanto mais ao tempo da Carta de 1937, que não

consignava princípio análogo ao daquele § 3º citado. Um exemplo marcante: nós, magistrados, quando do advento da Constituição de 1934; que fixava os 75 anos (art. 64, *a*) para a aposentadoria compulsória por implemento de idade, não poderíamos pensar em "direito adquirido" para evitar a aposentadoria de 68 anos de idade, no regime da Carta de 37, nem a de 70 anos (art. 95, § 1°), no domínio da Constituição em vigor. Não se esperaria, hoje, que atingíssemos os 75 anos, à antiga, para deixarmos a atividade na magistratura, neste momento.

Isso e as provectas considerações produzidas na sentença recorrida, integrantes do relatório, arrastam, inexoràvelmente, conduzir à confirmação daquela mesma sentença.

Nego provimento à apelação do autor.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (revisor): Também nego provimento à apelação do autor.

Ao ser reformado o apelante em 1944, cumpria fôssem obedecidas, em sua reforma, as regras do dec. nº 3.273, de 16-1-1937 combinadas com as do dec.-lei nº 3.940, de 16-12-1941, Estatuto dos Militares, que regulou os casos de inatividade e de contagem do tempo de serviço dos oficiais do Exército, regras que eram extensivas aos oficiais da Polícia Militar, por expressa disposição do referido dec. nº 3.273.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: sem discrepância de votos, negou-se provimento ao recurso, tendo funcionado como vogal o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA.

*

RECURSO ADMINISTRATIVO - PUBLICAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA

- Não publicado ato administrativo recorrível, ilegal é a decisão que não toma conhecimento de pedido de sua reforma sob fundamento de intempestividade.

Requerentes: Manuel de Freitas César Garcez e outro

Mand. de seg. nº 621 - Rel.: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 621, do Distrito Federal:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em desprezar a argüição de improcedência e conceder a ordem, para que o ministro de Estado aprecie e decida o pedido dos suplicantes, nos têrmos das notas taquigráficas *retro*.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 24 de abril de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Cunha Vasconcelos Filho*, relator (art. 81 do Regimento Interno).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, é impetrado mandado de segurança originário a êste Tribunal pelos Drs. Manuel de Freitas César Garcez e Artur Hehl Neiva, funcionários públicos federais, diretores, padrões *P* e *N*, respectivamente, do quadro suplementar do Ministério da Justiça, atualmente lotados no Departamento Federal de Segurança Pública, onde exercem os cargos de diretor de divisão da Polícia Marítima e Aérea e de diretor de divisão da Administração, contra despacho do Sr. ministro da Justiça, exarado nos processos MJNI/34.963-49 e MJNI/34.962-49, que lhes deixou de assegurar os vencimentos correspondentes ao padrão *R*, conferido expressamente por lei.

Em relação ao Dr. Manuel de Freitas César Garcez, o despacho em questão, apontado como lesivo de direito líquido e certo, está assim concebido:

"Indeferido, nos têrmos do parecer. Em 10 de dezembro de 1949. - *Adroaldo Costa*".

E em relação ao Dr. Artur Hehl Neiva:

"Indefiro, pelos fundamentos dos pareceres. Em 10 de dezembro de 1949. - *Adroaldo Costa*".

Alegaras os requerentes que "os pareceres, a que os despachos aludem, prendem-se à impossibilidade de exame do mérito dos pedidos, de vez que os impetrantes, à vista do disposto no art. 222, item 2º, do Estatuto dos Funcionários Públicos, deixaram prescrever seu direito na esfera administrativa" (fls. 8).

E mais adiante:

"Da simples leitura dos fatos, verifica-se, desde logo, que a alegada prescrição do direito de pleitear, na esfera administrativa, não tem a menor procedência e cabimento.

"Todavia, admitindo-se, para argumentar, que prescrito estivesse, seria, então, o caso de se perguntar: a partir de que data a administração iniciara a contagem do prazo prescrito? A partir de 22 de dezembro de 1945, data da vigência do decreto-lei nº 8.413? Evidentemente, não. Mas, mesmo que fôsse, não haveria motivo para que se cogitasse de prescrição, porquanto, antes de decorrido o primeiro mês de vigência da lei, já corria os trâmites legais o processo MJNI/2.280-46.

"Êsse processo, com efeito, é documento bastante hábil para comprovar, em qualquer oportunidade:

"*a)* que, no prazo do Estatuto (artigo 222; II), foi pleiteada, administrativamente, a extensão dos benefícios do decreto-lei nº 8.413 aos impetrantes;

"*b)* que a própria administração, certa como estava de que a nova lei se aplicava à situação dos impetrantes, não relutou em manifestar-se no sentido de que lhes fôssem asseguradas as vantagens prescritas, propondo, pára tanto, a expedição dos atos indispensáveis.

"Como, pois, egrégio Tribunal, acolher-se, sem exame detido, uma prescrição que, a rigor, nunca existiu?

"Outrossim, ainda argumentando que prescrito estivesse o direito de reclamar, a própria administração, em casos outros, tem entendido diversamente" (fls. 7).

Transcrevem, então, o parecer do consultor jurídico do Ministério da Justiça, em que se diz que não se trata, pròpriamente, de prescrição de direito, prescrição essa que só se consumaria no prazo de cinco anos, nada impedindo, assim, que, por vontade própria, embora provocada, se decida a administração a conhecer do caso e resolvê-lo à luz do direito e da justiça.

A seguir, passam a apreciar o mérito do pedido, dizendo:

"Com o advento do dec.-lei nº 8.413, de 20 de dezembro de 1945, nasceram para os impetrantes indiscutíveis direitos públicos subjetivos à percepção dos vencimentos correspondentes ao padrão "R". Tais direitos, na realidade, embora a contragôsto da administração, resultam da incidência de preceito objetivo (art. 1°, parte I, do dec.-lei n° 8.413) sôbre situações de fato perfeitamente definidas, às quais o legislador conferiu determinadas vantagens.

"De pouco vale, por isso mesmo, que os intérpretes oficiais, fugindo aos mais salutares princípios de hermenêutica, hajam fixado o seu ponto de vista levando em conta ùnicamente as conveniências imediatas da administração. Porque a verdade iniludível é que o legislador, na hipótese vertente, - e nem seria admissível o contrário, - jamais teve intenção de gerar, com o princípio estabelecido, desigualdades odiosas e insubsistentes, por contrárias à própria

ordem jurídica (art. 141, § 1º, da Constituição), pois "todos são iguais perante a lei".

"Já ao erudito SEABRA FAGUNDES, na obra notável que é o "Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", adverte com multa sabedoria:

"A lei, como preceituação geral que é, tem em vista situações abstratamente consideradas, fazendo-se preciso acomodá-la às situações individuais. Isso se dá por um processo de individualização, através do qual se torna pràticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade de seu enunciado. Êsses fenômenos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a vontade nela expressa, são, normal e primàriamente, o objeto da função administrativa" (pág. 15).

"E, mais adiante, de modo concludente:

"Algumas vezes basta o enunciado legal e o preenchimento, pelo indivíduo, de certas condições de fato e de direito, que a lei prescreva, para que comece a existir o direito subjetivo do administrado" (pág. 80).

"É, por isso mesmo, sobremodo lamentável que, no caso vertente, a administração haja trilhado caminho tortuoso, procurando encobrir a verdadeira *mens legis*, apegando-se à redação especificada, omissa e pouco feliz, que se segue ao princípio geral estabelecido no corpo do art. 1º. Essa especificação, dos amparados pelo princípio geral, além de esdrúxula, seria perfeitamente desnecessária. Bastaria que a administração, louvando-se no princípio estabelecido, examinasse a situação dos impetrantes, para ver se as mesmas se enquadravam nos seus justos termos. Procedeu-se, no entanto, de modo diverso. Sem obediência a quaisquer princípios de hermenêutica, foram os impetrantes julgados da seguinte maneira: como os seus cargos não constavam da relação incongruente a apressada, falecia-lhes direito à percepção das novas vantagens! Eis a absurda interpretação oficial, judaica, fragílima, tìpicamente despótica; sem o menor amparo em qualquer dispositivo de lei.

"Atente-se, agora, ainda para refutar o ponto de vista administrativo, ao verdadeiro pensamento do legislador, à *mens legis*. Reza o art. 1º do dec:-lei nº 8.413 (parte 1ª):

"São fixados no padrão "R", da escala-padrão de vencimentos anexa ao decreto-lei nº 5.976, de 10 de novembro de 1943, os vencimentos de antigos ocupantes efetivos de cargos de diretor, compreendidos nas disposições do art. 28 da lei número 284, de 28 de outubro de 1936, que, ainda se acham em atividade" (fls. 8 e 9).

"Sustentam, então, que se enquadram, nesse dispositivo, por isso que se achavam, na atividade plena de seus cargos de diretor, dos quais eram ocupantes efetivos na ocasião em que foi expedido êsse diploma legal, e concluem requerendo:

"*a)* expedição de mandado de segurança em seu favor, com fundamento no art. 141, § 24, da Constituição federal vigente, combinado com os arts. 319, e seguintes do Cód. de Proc. Civil, a fim de que os atos impugnados sejam tornados sem efeito, assegurando-se aos impetrantes, em conseqüência e nos termos do artigo 1º do dec. nº 8.413, de 20 de dezembro de 1945, os vencimentos correspondentes ao padrão "R";

"*b)* que a segurança impetrada seja concedida *liminarmente*, nos precisos têrmos do art. 342, § 2°, do Cód. de Processo Civil, em razão da relevância dos fundamentos do pedido e da lesão grave que os atos impugnados vêm causando aos direitos patrimoniais dos impetrantes;

"*c)* que o egrégio Tribunal determine a requisição do processo administrativo MJNI/2.280-46, indispensável à instrução e julgamento do feito; e,

"*d)* finalmente, requerem a notificação da autoridade coatora - o Exmo. Sr. ministro da Justiça e Negócios Interiores - bem assim a citação do representante da União Federal em Juízo" (fls. 13).

Instruem o pedido com vários documentos, entre os quais uma fôlha do boletim de serviço do Departamento Federal de Segurança Pública, de 16 de dezembro de 1949, onde se vêm os despachos já mencionados do Sr. ministro da Justiça, indeferindo os pedidos nos termos do parecer, e uma certidão passada pelo Departamento Federal de Segurança Pública, em que se transcreve o parecer

dado no processo nº 34.963, que é o referente a Manuel de Freitas César Garcez.

É o seguinte o parecer (fls. 23):

"Manuel de Freitas César Garcez, ex-diretor geral de investigações da Polícia Civil do Distrito Federal, era ocupante do cargo de diretor, padrão "P", do Q. S. dêste Ministério, pede apostila em seu título de provimento para que lhe sejam assegurados vencimentos correspondentes ao padrão "R", a partir de 20 de dezembro de 1945, data da vigência do dec.-lei nº 8.413, que elevou a êsse padrão os vencimentos dos antigos diretores gerais efetivos, compreendidos nas disposições do art. 28 da lei nº 284, de 1936, entre os quais se inclui. 2. O requerente deixou prescrever o direito de pleitear, na esfera administrativa, não reclamando no prazo fixado no artigo 222, item II, do Estatuto dos Funcionários Públicos, *verbis*:

"Art. 222. O direito de pleitear, na esfera administrativa, prescreve a partir da data da publicação, no órgão oficial, do ato impugnado ou, quando êsse fôr de natureza reservada, da data em que dêle teve conhecimento o funcionário:

"I, em cinco anos, quanto aos atos de que decorram a demissão, aposentadoria ou disponibilidade do funcionário;

"II, em 120 dias, nos demais casos".

"3. Sem examinar-lhe o mérito, porque intempestivo, parece-me que o pedido deve ser encaminhado à autoridade a que foi dirigido, com proposta de indeferimento" (fls. 23).

Está assinado por Dalmo G. de Oliveira, pelo diretor do Departamento de Administração.

Nos mesmos têrmos está o despacho dado no requerimento de Artur Hehl Neiva, conforme se vê da certidão de fls. 24.

Em ambos está lançado o despacho do Sr. ministro da Justiça:

"Indefiro, nos têrmos do parecer".

O eminente juiz Dr. ELMANO CRUZ, que me substituía nesta cadeira, deixou de conceder liminarmente a segurança impetrada, bem como indeferiu o pedido de requisição do processo administrativo, mandando que os impetrantes requeressem as certidões que entendessem convenientes.

Foram pedidas informações e o Sr. ministro da Justiça assim se manifestou:

"Manuel de Freitas César Garcez e Artur Hehl Neiva, julgando violado direito líquido e certo por não terem obtido vencimentos do padrão "R", em virtude de despacho ministerial, proferido nos processos DFSP/34.962 e 34.983-49, requereram mandado de segurança.

"No processo DFSP/34.962-49, Artur Hehl Neiva, em 6 de dezembro de 1949, pediu a retificação de seus vencimentos para a letra "R", de acôrdo com o dec.-lei nº 8.413, de 20-12-1945, sendo o pedido indeferido, por estar prescrito o direito de reclamar na esfera administrativa, por despacho ministerial publicado em 16 de dezembro de 1949.

"No processo DFSP/34.963-49, Manuel de Freitas César Garcez faz idêntico pedido, obtendo o mesmo despacho ministerial, publicado na mesma data.

"Nenhum dos impetrantes pediu reconsideração do despacho ou recurso para a Presidência da República, como lhes faculta a lei.

"Sôbre o mérito do pedido, contestando o direito dos impetrantes, assim se manifestou o D. A. S. P., no processo MJNI/2.280-46, sôbre o pedido feito pelo impetrante Artur Hehl Neiva:

".....

"2. O dec.-lei nº 8.413, de 20 de dezembro de 1945, especificando, expressamente, quais os funcionários que beneficia, não dispôs de modo geral e, dêsse modo, não está o interessado pelo mesmo amparado.

"3. Na reestruturação dos quadros feita pelo dec.-lei nº 9.654, de 26 de agôsto de 1946, foi mantida a situação do interessado, que não poderá, assim, reclamar um benefício que, não encontra apoio em lei".

"Sôbre os processos MJNI/2.280-45 e.... MJNI/31.256-46, a respeito dos quais V. Exª deseja saber se houve decisão e em que data foi a mesma publicada, cumpre esclarecer:

"*a)* a petição protocolada sob o nº 2.280-46 é do impetrante Artur Hehl Neiva, assim concluindo.

"...vem recorrer, na certeza de seu entendimento, ao elevado espírito de justiça de V. Exª, no sentido de o referido benefício lhe ser estendido, *mediante novo ato legal*";

"*b)* informando o pedido, o diretor geral do Departamento de Administração dêste Ministério assim se pronunciou:

"Opino em que seja lavrado decreto-lei tornando extensiva aos Srs. Artur Hehl Neiva, Israel Ramiro da Silva Souto e Manuel de Freitas César Garcez a medida constante do dec.-lei nº 8.413, de 20 de dezembro de 1945";

"*c)* por despacho de 19 de fevereiro de 1946, mandei ouvir o D.A.S.P., cujo parecer se acha mencionado no item 5;

"*d)* foi, então, anexado ao processo novo requerimento de Artur Hehl Neiva, que tomou o nº 31.256-46;

"*e)* retornando o processo do D.A.S.P., foi mandado arquivar, de acôrdo com o parecer por êle emitido, pelo diretor geral de Administração dêste Ministério, em 10 de abril de 1947, não constando a publicação do despacho.

"Resulta do exposto que os despachos contra os quais se reclama não feriram direito líquido e certo. A lei é que deixou de equiparar os impetrantes a outros funcionários de igual categoria, mas essa lei não foi retificada, tendo, pelo contrário, o decreto-lei nº 9.654, de 26 de agôsto de 1946, galvanizado a situação contra a qual reclamam os impetrantes" (fls. 38 a 39).

Ouvido o Dr. subprocurador geral da República, foi proferido êste parecer:

"Ao primeiro exame, o pedido apresenta-se irrepreensível em tema preliminar de competência.

"Atos lesivos, apontam-nos dois despachos do Exmo. Sr. ministro da Justiça, publicados ambos em 16-12-49 (fls. 171).

"A realidade, entretanto, depois de exame mais detido, é bem outra.

"No alusivo à não competência originária do egrégio Tribunal, cumpre arrolar o seguinte:

"Os ilustres funcionários impetrantes pretendem lhes sejam assegurados por fôrça do art. 1º do dec.-lei nº 8.413, de 20-12-45, os vencimentos correspondentes ao padrão *R*. É o que se depreende, sem sombra de dúvidas, da primeira à última fôlha da ilustrada petição inicial, muito especialmente dado seu aspecto de comando na impetração dos trechos lidos a fls. 1 e 13, item *a*:

"Afirma-se, então, que os despachos mencionados teriam lesado o direito a essa equiparação.

"*Data venia*, não é exato.

"Tais despachos ministeriais limitaram-se a indeferir os requerimentos, sob fundamento de "estar prescrito o direito de reclamação na esfera administrativa". É o que informa o Exmo. Sr. ministro da Justiça, a fls. 38, itens 2 e 3. Os pareceres a que aludem os despachos (fls. 17) são os transcritos a fls. 23 e 24 e, efetivamente, abordam, apenas o aspecto da chamada prescrição, ressaltando mesmo nos itens de número 13 que deixaram de examinar o mérito.

"Conclui-se, de logo e sempre, que os atos dados como lesivos não tiveram, frente à realidade da impetração, o alcance pretendido, desde que permaneceram em plano puramente preliminar, sem atingir, portanto, o verdadeiro motivo inspirador do pedido.

"Dêste, cogitou a Administração em ocasião diferente e muito antes.

"Foi quando, retornando do D.A.S.P., com parecer desfavorável aos impetrantes, o processo nº 2.280 do ano de 1946, ao qual se anexara o de nº 31.256 do mesmo, ano, o *diretor geral de Administração* do Ministério da Justiça mandou arquivar, em 10 de abril de 1947, a reclamação dos interessados (fls. 39, item 6º, letra *e*), circunstância reafirmada na certidão de fls. 44 e v., na qual se especifica que "não consta despacho decisório do Sr. ministro da Justiça" (fls. 44 v.).

"Através daquele despacho de arquivamento, proferido não pelo ministro e sim por um diretor geral, é que se verificou a invocada lesão do direito cuja defesa o mandado tenciona estabelecer.

"E, posteriormente ao arquivamento assim ordenado em 1947, sòmente em 6 de dezembro de 1949 surgiu nova reclamação dos interessados, já então indeferida pelo ministro, porém, como ficou explícito, sob o único fundamento da preliminar de prescrição, ou, melhor dito, de decadência do direito à reclamação administrativa.

"Surge, portanto, do exposto, e inevitável, a não competência do egrégio Tribunal, para, originàriamente, julgar o pedido.

"É a preliminar que suscitamos.

"Dir-se-á, todavia, que aquêle também investe contra o fundamento dos dois despachos ministeriais de dezembro último apresentando-se, em decorrência, iniludível a competência originária.

"O mandado visa, com clareza meridiana, como ficou assinalado, assegurar aos impetrantes o direito à classificação no padrão *R*. Tudo quanto permaneça aquém deixa, portanto, de se realizar e se afaste da sua finalidade, que é, única e exclusivamente, aquela.

"Haveria, conseqüentemente, pronunciamento sôbre o que não constitui objeto do pedido, prática formalmente repelida pelo art. 4º do Cód. de Proc. Civil.

"É verdade que a inicial hábil e meticulosa contestou a procedência da prescrição, mas o fêz acidental e ràpidamente, o que, aliás, representou coerência, desde que o mandado pretende algo maior, muito mais que simples alívio prescricional.

"A tôda sorte, se fôsse entendido possível apreciar isoladamente os dois despachos ministeriais de dezembro de 1949 - apesar do mandado pretender coisa diferente - é claro que a decisão teria que ficar adstrita ao fato da prescrição, uma vez que aquêles pronunciamentos não negaram o invocado direito ao padrão *R*, questão resolvida contràriamente aos impetrantes por uma autoridade não sujeita à jurisdição direta do Tribunal e, além disso, em época - abril de 1947 - que faria despertar as iras do art. 331 do Cód. de Proc. Civil.

"Êste último ponto - decadência do direito à impetração - não pode, entretanto, obter colocação específica no presente debate, eis que, evidentemente, descabe apreciação originária do ato de 1947, praticado pelo diretor geral de Administração do Ministério em causa.

"Admitida, todavia, *ad argumentandum*, a possibilidade de exame do fundamento prescricional aceito nos despachos ministeriais, o que convém repetir, não representou objeto de mandado - nada haveria a corrigir naqueles.

"Os dignos funcionários impetrantes terão reclamado, efetivamente, em tempo hábil, quando pleitearam a solução desatendida no despacho de arquivamento datado de 10 de abril de 1947.

"Entretanto, sòmente em 6 de dezembro de 1949 - dois anos e oito meses depois renovaram a reclamação, já então fora de oportunidade para recurso ou para um novo pedido direto ao ministro, presentes, quanto a esta última hipótese, o art. 222, II, do Estatuto dos Funcionários Públicos, e mesmo o art. 6º do dec. nº 20.910, de 20-1-1932, que estabelece o prazo de um ano para a reclamação administrativa.

"É verdade que o despacho de arquivamento de 1947 não foi publicado (fls. 39, item 6º, letra *e*), o que, a todo modo, não exclui o seu conhecimento por parte dos impetrantes, não só à vista do largo tempo decorrido após a primeira reclamação, como, principalmente, porque a petição inicial deixa transparecer

claramente (fls. 5 e 6) aquêle conhecimento em momento oportuno, tanto que, para impugnar o fundamento dos despachos ministeriais de 1949, aquêle documento alude, apenas, à tempestividade da primeira reclamação, limitando-se, quanto à da segunda, a acentuar que o arquivamento ficara "em segrêdo de administração", sem contudo afirmar não ter havido, *de fato*, o apontado conhecimento.

"Relativamente ao *mérito*, pròpriamente dito, da impetração, cumpre assinalar, se bem que dispensável, dada a evidência da preliminar de não competência, que aquela pretende realmente obter a reparação duma injustiça, decorrente da omissão da lei, e não de ato lesivo de direito perpetrado *contra* a lei, única hipótese que daria ensanchas a mandado de segurança, à vista da conhecida feição objetiva dêste.

"O art. 1° do dec.-lei nº 8.413, de 20-12-1945 estipula:

"São fixados no padrão *R*, da escala-padrão de vencimentos anexa ao decreto-lei n° 5.976, de 10 de novembro de 1943, os vencimentos de antigos ocupantes efetivos de cargo de diretor compreendidos nas disposições do artigo 28 da lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, que ainda se achem em atividade, sendo: seis de Secretaria de Estado, diretores gerais, respectivamente, das antigas Diretorias Gerais do Expediente e de Informações, Estatística e Divulgação do Ministério da Educação e Saúde, das de Contabilidade dos Ministérios da Justiça e Negócios Interiores, do Trabalho, Indústria e Comércio, de Viação e Obras Públicas e da Diretoria Geral do Expediente dêste último Ministério; um diretor geral da Diretoria de Estatística Geral do Ministério da Justiça e Negócios Interiores: um diretor do Tribunal de Contas e dois diretores gerais dos Departamentos Nacionais da Propriedade Industrial e da Indústria e Comércio".

"Como se vê, o texto, ainda que de redação menos recomendável na primeira parte, deixou claríssimo, através da discriminação vista na segunda parte, certos e determinados diretores de serviço. Tal especificação exclui, a todo modo, a idéia de preceito de ordem geral.

"Por isso, como foi acentuado acima, a impetração pretende, realmente, suprir uma omissão legal - circunstância, aliás, declarada literalmente a fls. 5 - o que

equivale a pedir à Justiça um procedimento que lhe está formalmente interditado, ainda mais por via de mandado de segurança, medida essencialmente objetiva; de finalidade restrita à própria ilegalidade, insuscetível, assim, de ampliar-se à correção da lei, diminuindo ou alargando as suas conseqüências, através de métodos de hermenêutica que, longe de tranqüilos, despertam longos debates.

"Por outro lado, os subsídios doutrinários consignados na douta inicial não têm aplicação adequada na espécie.

"Quando o texto dispõe de modo amplo - diz, por exemplo, o eminente ministro CARLOS MAXIMILIANO - "é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explìcitamente", etc.

"Entretanto, no debate, não há que pensar em texto genérico, desde que o próprio art. 1º especificou, expressamente, os casos que pretendeu abranger.

"No tocante ao caráter do mandado de segurança, restrito a reparar ilegalidades - ponto, aliás, incontroverso - cumpre relembrar conhecidas advertências do eminente CASTRO NUNES ("Do Mandado de Segurança"):

"Nos têrmos do nosso inciso constitucional, o mandado de segurança é restrito ao exame da legalidade do ato. Não comporta outras indagações, à semelhança do que está preceituado relativamente à ação da lei nº 221" (pág. 63).

"Se a ilegalidade ou inconstitucionalidade não se apresenta aos olhos do juiz em têrmos inequívocos, patente não será a violação e, portanto, certo e incontestável não será o direito. E pela evidência, do dever legal autorizado, seja para praticar o ato, seja para abster-se de o praticar, que se mede o direito correspondente com a qualificação de certo e incontestável" (página 166).

"Na espécie, não há, entretanto, semelhante ilegalidade e nem mesmo qualquer ilegalidade, mas a preocupação de corrigir a lei. De resto, o órgão da Administração que opinou favoràvelmente aos impetrantes assinalou que se imporia a expedição de outra lei (fls. 44 v.).

"Quanto a invocações à eqüidade, não oferecem igualmente cabimento nesta altura, desde que sòmente a Administração tem a faculdade de aceitar-lhe a influência.

"A teor do exposto, se se tornasse possível transpor a matéria preliminar, seria caso de denegação do mandado ou, pelo menos, de considerá-lo inidôneo para resolver a hipótese" (fls. 47 a 53).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Sr. presidente. Há uma preliminar de incompetência do Tribunal, levantada pelo Sr. Dr. subprocurador geral da República.

Rejeito essa preliminar, Sr. presidente. porquanto é pedida a segurança contra ato praticado pelo Sr. ministro da Justiça, ato que os impetrantes consideram lesivo de seus direitos subjetivos.

Deixou o Sr. ministro da Justiça, em seu despacho, de apreciar o mérito daquele pedido, que tinha assento no art. 222 do Estatuto dos Funcionários Públicos, *in verbis*:

"O direito de pleitear, na esfera administrativa, prescreve a partir da data da publicação no órgão oficial do ato impugnado, ou, quando êste fôr de natureza reservada, da data em que dêle teve conhecimento o funcionário":

No caso em estudo, não se tratava de ato de natureza reservada, nem se fêz prova de que os funcionários em questão teriam tido conhecimento do despacho proferido pelo diretor da Divisão competente, no seu requerimento, e êsse despacho nem sequer chegou a ser publicado. É o que consta da própria informação do Sr. ministro da Justiça, a fls. 39 dos autos:

"Retornando o processo do D.A.S.P., foi mandado arquivar, de acôrdo com o parecer por êle emitido, pelo diretor geral de Administração dêste Ministério, em 10 de abril de 1947, não constando publicação do despacho".

Ora, se o despacho não foi publicado, cabia aos funcionários interessados interporem dêle recurso, mas o processo para essa interpretação só começaria a correr com a cação no órgão oficial. Não houve publicação. Por conseguinte, tenho como lesivo dos direitos dêsses funcionários o ato do ministro da Justiça que deixou de apreciar o rito do recurso interposto perante S. Exª.

Assim, preliminarmente, conheço do mandado.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Não sei bem em que têrmos os suplicantes puseram seu pedido em Juízo. Não há, entretanto, dúvida de que o pedido se dirige contra o ato do ministro da Justiça, a que se referiu o Sr. ministro relator.

Por êsse ato, o Sr. ministro da Justiça decidiu não conhecer do pedido, por estar fora dos prazos previstos, pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, no art. 222.

O Sr. ministro relator demonstra que despacho do Sr. ministro da Justiça, na hipótese, não teria sido publicado...

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: V. Exª está equivocado. O despacho foi publicado. Tive ocasião de lê-lo, reportando-me até a fôlha do "Boletim do Departamento de Polícia" em que saiu publicado. O despacho do diretor geral de Administração do Ministério é que não foi publicado. E a partir desta publicação é que teria início o cômputo do prazo prescricional do direito que os impetrantes defendem.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Agradeço a V. Exª o esclarecimento.

Mas, de qualquer forma, é de se conhecer do pedido; para decidir o mérito, a meu ver, nesta parte: se houve, ou não, o que o Estatuto dos Funcionários chama de prescrição,

Caso não tenha havido, o Tribunal, então, decidirá, em sua sabedoria. Mas, que há de conhecer dessa parte, não tenho a menor dúvida.

Estou de acôrdo com o Sr. ministro relator: pela competência.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Acompanho o Sr. ministro relator porque, Sr. presidente, conforme ficou evidenciado, a parte tinha tempo certo, fixado em lei, para recorrer administrativamente de determinado despacho, tempo êsse que começaria a fluir da sua publicação no órgão oficial. Na ausência dessa publicação, o prazo prescricional não decorreu.

Assim, ao Sr. ministro de Estado cabia entrar no mérito do pedido dos impetrantes.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Afirmado que o Sr. ministro de Estado deixou de conhecer do mérito do pedido dos impetrantes administrativamente, porque estava decorrido mais de um ano de prazo, sem que, entretanto - é outra afirmativa do eminente ministro relator, baseada nos autos tivesse sido publicado o despacho das autoridades inferiores, acompanho o voto proferido pelo eminente ministro a que me referi.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): No mérito, Sr. presidente, defiro, parcialmente, o mandado, tão-só para que o Sr. ministro da Justiça e Negócios Interiores aprecie o mérito do recurso que lhe foi presente, do qual S. Exª, inadvertidamente, não tomou conhecimento, porque entenderá já estar caracterizado o caso de caducidade. Como, porém, a própria informação de S. Exª evidencia em sentido contrário, não houvera publicação do despacho anterior do diretor de Administração Geral do Ministério. Se é assim, não podia correr lapso prescricional, na expressão do Estatuto dos Funcionárias Públicos, por isto que não houvera a publicação daquele despacho.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: O recurso interposto para o ministro foi de ato do diretor que não teve publicação?

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Não se pode dizer que seja bem recurso, porque não tiveram conhecimento dêsse despacho. Foi uma nova petição, em que se pleiteava, na esfera administrativa o reconhecimento de direito. O Sr. ministro da Justiça disse, então, que já estava caduco o direito de pleitear, porque havia passado o prazo que a lei estabelece para qualquer reclamação. Ora, esse prazo há que se contar da publicação do despacho anterior. Não houve recurso, nem poderia haver, porque não conheceram do despacho. Houve novo pedido, desta feita endereçado diretamente ao Sr. ministro da Justiça.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, nessas condições, sintome em dificuldades.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: V. Exª deve considerar, *data venia*, os têrmos do despacho do ministro. O ministro proclamou caduco o direito dos impetrantes. Ora, considero êsse ato lesivo de seu direito. Não tem assento em lei. Baseou-se num pressuposto errôneo, quer dizer, o decurso ou a fluência do prazo prescricional. Êsse prazo não poderia fluir, na espécie, porque o despacho último apreciando o assunto na esfera administrativa não chegou a ser publicado, e o próprio ministro informa isso. Se não chegou a ser publicado, S. Exª, não poderia deixar de julgar o mérito do pedido, sob essa alegação de prescrição do direito dos impetrantes.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Estou embaraçado porque o ministro só poderia apreciar a decisão anterior, desfavorável aos impetrantes, por via de recurso.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Não há decisão. Aí está o equivoco de V. Exª. Não poderia haver recurso, na espécie, se êsses impetrantes não chegaram a ter conhecimento do despacho. Esse despacho foi secreto, não foi publicado e não havia razão para isso. Há certos assuntos cujos despachos são secretos, mas, no caso, nada justificava fôsse assim. Portanto, dever-lhe-ia ser

dada publicidade, e se não lhe foi dada publicidade, não pode correr o prazo da caducidade. O Sr. ministro da Justiça é um jurista de prol, mas baseou-se numa informação onde se dizia isto: não podia ser apreciado o pedido, porque decorrera o prazo. Êsse pressuposto de fato é que falhou. Não poderia correr, absolutamente, fluência de prazo, porque não havia publicação do despacho anterior.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Face às peculiaridades do caso e sendo, inegàvelmente, o ministro da Justiça a mais alta autoridade administrativa que deveria examinar a espécie, estou de acôrdo com o Sr. ministro relator, porque, de qualquer forma, importará a subida de um recurso ou de uma provocação, para que êle diga a palavra final.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, não me parece, também, tanto quanto ao Sr. ministro relator, que a Administração tenha solucionado *de meritis* o pretendido direito dos impetrantes. Ficou no não conhecimento, porque teriam decaído do direito de reclamação. Não decaíram - dizem êles. E aí fica situada a controvérsia objeto do mandado de segurança. Negar o mandado de segurança importará apoiar o ponto de vista de que, realmente, os impetrantes decaíram de direito. Mas, como já vimos na questão preliminar, não houve publicação adequada do despacho, que foi também objeto, embora com outra orientação, do Exmo. Sr. ministro de Estado. Logo, a impetração deve ser concedida.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: O despacho foi do diretor geral de Administração.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: O primitivo.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: O segundo foi publicado. O primeiro não foi. Dessa publicação é que se deveria contar o prazo. Pediria licença a V. Exª para acrescentar mais um argumento: se êste Tribunal não conhecesse do mandado, ou mesmo o negasse, os impetrantes ficariam numa situação dificílima, porque já havia um despacho na esfera administrativa dizendo que caducara seu direito. Portanto, estava fechado qualquer pronunciamento na

esfera administrativa. Este Tribunal não tomaria conhecimento, porque consideraria que a data inicial era daquele despacho não publicado, e ficaria o direito dos impetrantes sacrificado. Não teriam a quem pedir reparação.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Muito obrigado pelo aparte esclarecedor, e dê-me licença para acrescentar mais: ainda se poria uma questão de competência muito importante. Estaria em jôgo, exclusivamente, decisão de autoridade inferior à do ministro de Estado e, então, a competência, seria do juízo de 1ª instância e não daqui. Entraríamos em choque com a decisão preliminar já votada anteriormente perante êste Juízo alto.

Assim, Sr. presidente, e compreendendo bem que o fim da concessão de mandado de segurança pelo Sr. ministro relator e para que a autoridade tida como coatora examine o mérito sem dependência da questão de decadência, acompanho-o integralmente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: desprezada, por unanimidade, e preliminarmente, a argüição de, incompetência do Tribunal, concedeu-se parcialmente, por igual votação, a medida impetrada, para o fim de que o ministro requerido aprecie, no mérito, o pedido administrativo dos impetrantes.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, por não ter assistido ao relatório.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

PROFESSOR - CONCURSO - CONGREGAÇÃO - CONSELHO UNIVERSITÁRIO

- Ao Conselho Universitário cabe deliberar sôbre o parecer da comissão julgadora de concurso para o cargo de professor do ensino superior, quando a Congregação não reunir "quorum" suficiente.

Valdeloir Chagas de Oliveira *versus* União Federal

Rec. de mand. de seg. nº 556 - Rel.: MIN. ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 556, da Bahia, sendo recorrente Valdeloir Chagas de Oliveira e recorrida a União (Conselho Universitário da Bahia):

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em reunião plena, por maioria (foram votos divergentes os dos Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS e ALFREDO BERNARDES), em negar provimento ao recurso interposto, a fim de manter a sentença agravada. Integram êste acórdão o relatório de fls. 296, que inclui a decisão de primeira instância, e as notas taquigráficas anexas, que o fundamentam.

Tribunal Federal, de Recursos, 13 de abril de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Solucionando o caso destes autos, o ilustre juiz *a quo*. Dr. AFONSO A. LINHARES DE ALBUQUERQUE, proferiu a sentença de fôlhas 249 a 255, na qual relata a espécie com precisão, ao mesmo passo em que fundamenta a conclusão atingida, denegatória do pedido de mandado de segurança. Tal sentença, pois, passa a integrar êste relatório e é a seguinte, *in verbis*:

"Vistos, etc.:

"O Dr. Valdeloir Chagas de Oliveira, invocando o disposto em o art. 141, § 24, da Constituição federal vigente, impetrou o presente mandado de segurança contra o ato do Conselho Universitário da Universidade da Bahia que, por unanimidade, aprovou o parecer da Comissão Examinadora do concurso para professor catedrático de Técnica operatória e Cirurgia Experimental - a que se submeteu juntamente com o Dr. Rodrigo Bulcão d'Argolo Ferrão, - ao invés de

ser dito parecer submetido à Congregação daquela Faculdade, competente para pronunciar-se sôbre êle, na conformidade da letra expressa do artigo 126, § 3°, do Regimento Interno da mesma Faculdade, publicado no "Diário Oficial" dêste Estado, em data de 27 de julho de 1948, e Regimento anterior, aprovado pelo dec. n° 24.792, de 14 de julho de 1934, pelo qual se realizou o concurso em causa.

"Em conseqüência - acrescenta o impetrante - "nulo de pleno direito é o ato praticado pelo Conselho Universitário da Universidade da Bahia, aprovando, como o fêz, o precitado parecer, justificando-se, necessàriamente, o mandado de segurança, ora impetrado, assim como, de logo, a suspensão imediata dos efeitos do ato impugnado, de acôrdo com o art. 324 do Cód. de Proc. Civil, por isso que inegável é que iria produzir conseqüências ofensivas ao direito do impetrante, inclusive na órbita econômica".

"Recebida a petição do impetrante devidamente instruída, notificado o reitor da Universidade da Bahia, na qualidade de presidente do Conselho Universitário, a quem foi entregue cópia do pedido, veio êle com a informação constante de fls. 16-19 e mais os documentos de fls. 38-76.

"O Dr. procurador da República, citado, ofereceu contestação, onde articulou, em síntese:

"que o impetrante nenhum direito tem, muito menos líquido e certo, a ser amparado por mandado de segurança contra o ato do Conselho Universitário da Universidade da Bahia que, por unanimidade, aprovou o parecer da Comissão Examinadora do concurso em causa, no qual o Dr. Rodrigo Bulcão d'Argolo Ferrão foi, unânimemente, classificado em primeiro lugar, e, assim, indicado à nomeação para a cátedra;

"que caberia à Congregação da Faculdade de Medicina a faculdade de rejeitar o referido parecer, mas isso só poderia fazer mediante 2/3 de votos de todos os seus membros com direito de votar, vez que tal parecer está subscrito pela unanimidade dos componentes da Comissão Examinadora, como também é certo que ainda da deliberação da Congregação poderia haver recurso para o Conselho Universitário, que é órgão deliberativo e de jurisdição superior na Universidade;

"que a Congregação, em sessão de 10 de março reconhecendo a sua falta de *quorum*, para, de referência ao questionado concurso, exercer a atribuição que lhe confere o art. 126, § 3°, do Regimento Interno e art. 135 do dec. nº 24.792, de 1934, deliberou prèviamente tomar providências constantes de data de fls. 56 e que ao caso fôssem aplicados os decs.-leis ns. 271 e 746, respectivamente, de 12 de fevereiro e 28 de setembro de 1938, onde permitido que nas unidades universitárias o "parecer" seja submetido ao Conselho Universitário, tôda vez que a Congregação não tenha a referida maioria especial;

"que, caso evidentemente omisso na vigente legislação do ensino, essa lacuna não poderia deixar de ser suprida pelo Conselho Universitário, a quem o dec.-lei número 8.393, de 17 de dezembro de 1945, em seu art. 16, letras *a* e *n*, atribuiu competência de: *a)* "exercer, como órgão deliberativo, a jurisdição superior da Universidade", e *b)* de "deliberar sôbre questões omissas do Estatuto e dos Regulamentos e Regimentos";

"que o Conselho Universitário, pois, substituindo a Congregação nas condições e forma previstas, por sua vez, *ex vi* do disposto no dec. nº 19.851, art. 54, § 2º, só poderá rejeitar o parecer da Comissão Julgadora por dois terços do valor de todos os seus membros, é princípio salutar êsse dos artigos 1° e 2º do dec.-lei nº 271, que o decreto-lei nº 746, de 16-9-38, tornou extensivo às Universidades equiparadas e nenhuma lei o revogou; ao contrário, continua incorporado ao vigente sistema legislativo sôbre ensino e, reconhecendo tôda aquela autoridade atribuída ao Conselho Universitário, de que trata o art. 16, letras *a* e *n*, do citado dec.-lei nº 8.393.

"O impetrante que, juntamente com o Dr. Rodrigo Bulcão d'Argolo Ferrão, submetera-se ao concurso para professor catedrático de Técnica Operatória e Cirurgia Experimental da Faculdade de Medicina da Universidade da Bahia, ùltimamente realizado, visa anular, por via do presente mandado de segurança, o ato do Conselho Universitário daquela Universidade que, por unanimidade, aprovou o parecer da respectiva Comissão Julgadora, em o qual foi o Dr. D'Argolo classificado em primeiro lugar e, assim, indicado à nomeação para a cátedra, ao invés de ter sido, dito parecer, submetido à Congregação da referida Faculdade, competente para pronunciar-se sôbre êle, assim como expressado está no art. 126, § 3°, do Regimento Interno da precitada Universidade e já se

expressava no antigo Regulamento da Faculdade de Medicina, êste aprovado pelo dec. número 24.792, de 14 de julho de 1934.

"De fato, o § 3º do art. 126 do Regimento Interno da Universidade da Bahia, vigente ao tempo em que se realizou o concurso em tela, dispõe:

"O parecer de que trata o parágrafo anterior deverá ser submetido à Congregação, que só poderá rejeitar por dois terços dos votos de todos os seus membros com direito a dotar, quando unânime ou quando reunir quatro assinaturas concordes; e, por maioria dêstes votos, quando o parecer estiver, apenas, assinado por três dos membros da comissão julgadora".

"Dúvida não padece, pois, que, em face da expressa ordenação do texto regimental, o parecer da Comissão Julgadora do Concurso de Técnica Operatória e Cirurgia Experimental era para ter sido submetido à Congregação da Faculdade de Medicina e não o fôra, porque, informa o reitor da Universidade da Bahia:

"...Mas, estabeleceu a lei (art. 54 do decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931) que só poderia ser rejeitado por 2/3 de votos de todos os seus membros; quando fôsse unânime ou reunisse quatro assinaturas concordes, e por maioria absoluta quando estivesse, apenas, assinado por três dos membros da Comissão Julgadora". "Como se vê, a lei exigia, número especial para a rejeição do parecer; era evidente, dêste modo, que a Congregação o tivesse, ao realizar qualquer concurso para o provimento de cátedra. Os estabelecimentos que não dispunham dessa maioria especial de professôres ficaram impossibilitados de realizar concursos. Para resolver o impasse, a lei número 444, de 4-6-1937, dispõe, no seu art. 1º, que, na ocorrência dessa hipótese, a Congregação deveria indicar professôres de institutos congêneres em número suficiente ao preenchimento dos 2/3 exigidos. Posteriormente, o dec.-lei nº 271, de 12-2-1938, e o dec.-lei nº 746, de 26-9-1938, permitiram que, nas unidades universitárias, o parecer seja submetido ao Conselho Universitário tôda vez que a Congregação não tenha a referida maioria especial. Criada a Universidade da Bahia, os concursos realizados nas suas unidades, cuja Congregação não dispõe de 2/3 de catedráticos em exercício, se fizeram perante o Conselho Universitário, em obediência ao disposto no mencionado dec.-lei nº 271". E, de

referência, pròpriamente, ao concurso de Técnica operatória e Cirurgia Experimental, esclarece o reitor da Universidade:

"Marcada a época da realização do concurso, o diretor em exercício da Faculdade de Medicina deu ciência a esta reitoria do fato, isto é, de que a Congregação não dispunha da maioria especial para a rejeição do parecer da Comissão Julgadora, para os fins previstos no dec.-lei nº 271, em sinal de acatamento, não só ao que fora deliberado pela Congregação que preside, mas também à decisão do Conselho Universitário, e levado ao conhecimento dêste, prontificou-se, na forma da lei, a presidir ao concurso, tendo sido convocados pela reitoria todos os seus membros que acompanharam as provas. Ainda na forma da lei, a prova didática dos dois candidatos foi realizada em sessão pública do Conselho Universitário, que teve a honra de presidir. Proferindo, afinal, o julgamento da Comissão Examinadora, o processo foi normalmente encaminhado ao mesmo Conselho; o qual, por unanimidade, aprovou o parecer da referida Comissão".

"Sendo assim, é indiscutível, com efeito, a competência do Conselho Universitário para deliberar sôbre o parecer da Comissão Julgadora. E é o que sustenta o Dr. procurador da República, contestando o pedido de segurança.

"De fato, estabelece o art. 126, § 3°, do Regimento Interno da Universidade da Bahia, invocado pelo impetrante, que o parecer da Comissão Julgadora, quando unânime ou quando reunir quatro assinaturas concordes, só poderá ser rejeitado por 2/3 de votos de todos os membros da Congregação com direito a votar.

"Ora, 32 são as cátedras da Faculdade de Medicina e, conseqüentemente, atinge 22 o número que representa os seus dois terços.

"Ao tempo em que se realizou o concurso de Técnica Operatória e Cirurgia Experimental, como ainda agora acontece, sòmente 24 cadeiras da Faculdade de Medicina vêm providas por catedráticos efetuo vez que antes do referido concurso falecera o professor Almir de Oliveira. É o que deflui dos docs. de fls. 35-73.

"Daquele número de catedráticos efetivos, ou sejam, 24, há que ser feita a dedução dos dois professôres que integraram a Comissão Examinadora do

concurso e das que se acham afastados do exercício, de suas cátedras, exercendo funções outras por lei, impossibilitados de, na Congregação, darem os seus votos.

"Afastados do exercício das funções das respectivas cátedras estão, como estavam à época do concurso, consoante é para se deduzir dos docs. de fls. 35-73 e informa o reitor da Universidade da Bahia, os professôres: Edgar do Rêgo Santos, em virtude de exercer o cargo de reitor da mesma Universidade; Heitor Garcês Próis, por estar exercendo as funções do cargo de diretor geral do Departamento de Saúde, no Rio, e João Cesário de Andrade, membro que é do Conselho Nacional de Educação, também no Rio de Janeiro.

"Bem é de ver que o professor Edgar Rêgo dos Santos, reitor da Universidade e no exercício desse cargo, embora, por isso mesmo, não esteja lecionando a disciplina de que é catedrático, "não está privado de exercer, na Congregação, o soberano direito de voto, que lhe é expressamente assegurado no art. 47, parág. único, do Estatuto da Universidade", assim como judiciosamente esclarece o parecer do professor Orlando Gomes, membro do Conselho Universitário da Universidade da Bahia, às fls. 61-62 dos autos. Assim, porém, não acontece com os professôres Heitor Garcês Fróis e João Cesário de Andrade, ambos afastados de suas cátedras, exercendo função no Rio de Janeiro e, em conseqüência, tanto um como o outro, ao nosso ver, considerados licenciados, *ex vi* do que dispõe o art. 85 do citado Estatuto, refugindo-lhes, portanto, possibilidade de exercerem o direito de voto na Congregação.

"Eis que, em suma, sendo 24 os catedráticos efetivos da Faculdade de Medicina existentes no tempo do concurso e estando impedidos de, na Congregação, votarem além dos dois que integraram a Comissão Examinadora, os professores Heitor Garcês Fróis e João Cesário de Andrade, resulta ficar reduzido a 20 o número de catedráticos efetivos com direito de voto na Congregação e número êste que não perfaz os 2/3 em lei exigidos para rejeitar o parecer da Comissão Julgadora, unânime que o foi no caso vertente.

"Pois bem, em face de tais considerações, dúvida não padece de que, à vista do que estabelece o art. 1º do dec.-lei nº 271, de 12 de fevereiro de 1938 - tornado extensivo às Universidades equiparadas por fôrça do dec.-lei nº 746 daquele mesmo ano, - ao Conselho Universitário da Universidade da Bahia competia

deliberar, como o fêz, sôbre o parecer unânime da Comissão Julgadora do concurso de Técnica Operatória e Cirurgia Experimental da Faculdade de Medicina da mesma Universidade, uma vez que a Congregação desta não contava, como ainda não conta, com o *quorum* em que possam ser apurados os 2/3 necessários à rejeição de dito parecer.

"Fácil é de compreender, por conseguinte, a improcedência, no caso *sub judice*, da segurança pedida.

"Denego, pois, o pedido de segurança e condeno o impetrante nas custas".

Inconformado, o impetrante recorreu dessa sentença (fls. 259), apresentando as razões de fls. 260 e segs., cuja síntese, feita relo próprio interessado, se encontra a fôlhas 270 (*ler*). Respondeu a recorrida (fls. 276 a 289), também constando do trabalho do Dr. procurador da República, que êle mesmo elaborou (fls. 288 a 289): (*ler*).

Perante êste juízo superior, o douto subprocurador geral da República propugna pela confirmação da sentença recorrida, "por seus irrepreensíveis e doutos fundamentos", aos quais se reporta, solicitando ainda atenção para o arrazoado da Procuradoria da República (fls. 295).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Parece-me que a sentença do douto juiz *a quo* se sustenta por seus jurídicos fundamentos. Integrada ao relatório e, a meu ver, não ilidida pelas longas e ponderosas razões do recurso, ela deve ser mantida. E, para isso, meu voto é negando provimento ao recurso do impetrante.

Apura-se, com efeito, serem pontos básicos a considerar os seguintes, que os demais, meramente ilustrativos, não são decisórios porque escapam ao papel do Judiciário, sobretudo através do remédio do mandado de segurança:

I. Tocar, ou não, ao Conselho Universitário, um caso como o específico, conhecer do parecer da Comissão Julgadora do Concurso. Afigura-se ao ilustre magistrado *a quo* que sim, e a mim também ocorre idêntica conclusão;

a) No concurso a que se submeteram dois candidatos para o provimento da cadeira de Técnica Operatória e Cirurgia Experimental da Faculdade de Medicina, da Universidade da Bahia, os Srs. Valdeloir Chagas de Oliveira e Rodrigo Bulcão D'Argolo Ferrão, o último conseguiu o primeiro lugar por julgamento unânime daquela Comissão. Não cumpre investigar se o juízo, fundamentalmente, intrinsecamente, foi certo ou errado, isto é, se classificou bem ou mal aquele concorrente. Presume-se que sim, até porque o juízo judiciário não se arvoraria em julgador técnico e científico dos méritos revelados pelas dois candidatos;

b) o parecer da Comissão, porém, submeter-se-ia ao contrôle de autoridade ou órgão que a lei indica. Em têrmos de tese, o exame cabe à Congregação da Escola, só excepcionalmente se deferindo a outro órgão, isto é, ao Conselho Universitário: quando à Congregação dispõe de *quorum* legal, não; quando não dispõe, o que é exceção, sim. Assim indicam as leis. No caso particular dos autos, o exame do parecer tocou ao Conselho. Certo ou errado? Aí é que se encontram as razões específicas do problema, entendendo o recorrente que à Congregação caberia manifestar-se. Assim corporificada a controvérsia, colhe-se o seguinte, para dirimi-la:

Conta a Faculdade com 32 cadeiras. No momento, elas estavam preenchidas por 24 professôres efetivos. Para decidir vàlidamente, no caso, precisaria de dois terços daqueles 32, isto é, 22 professôres. Aparentemente, o impetrante tem razão. Mas o problema não comporta apenas o enunciado acima, singelo mas não decisório.

Que aconteceu?

Dois dos componentes na congregação integraram a comissão Julgadora do concurso, exatamente firmando o parecer objeto de causa: òbviamente não tomariam parte no julgamento superior, êles que se tornaram impedidos. Não era preciso que uma norma anterior estabelecesse o impedimento, dos mais compreensíveis no latentismo do direito adequente. Não é regra que alguém

faca e julgue o que fêz. Parte *sui generis*, o impedimento se impunha, já que a revisão superior era do ato inferior, no qual aquêles membros da Comissão foram julgadores.

O eminente advogado, da tribuna, procurou símile em casos, como, por exemplo, o dêste egrégio Tribunal, em que, em grau de embargos, os mesmos juízes voltam a fazer revisão de pontos de vista. E o que S. Exª frisou, com a eficiência e o atilamento de sempre, decorre daquilo que se chamaria tôda a teoria da reconsideração em matéria jurídica. Mas, compreende-se, num caso como êste não estão em causa duas instâncias, e sim uma só, submetido o caso a seu julgamento por graus. Com essa distinção, pondero uma das razões do provecto advogado, o que é sempre interessante como respeito às partes.

A dedução dos dois votos, porém, ainda não desfaria o *quorum* legal da Congregação.

Mas ocorreu que os professôres Heitor Garcês Fróis é João Cesário de Andrade não se achavam no exercício das respectivas cátedras na Bahia; o primeiro estava como diretor geral do Departamento de Saúde, e o segundo atuando como membro do Conselho Nacional de Educação, ambos neste Distrito Federal. Reputavam-se licenciados, conforme é fàcilmente perceptível, mesmo nos têrmos do art. 85 do Estatuto da Faculdade, o qual cede a um ponto natural de direito. Os licenciados para o exercício de cargos ou funções diversas dos seus cargos ordinários não contariam com um direito certo a tomar parte nos trabalhos da Congregação, nem, normalmente, poderiam ser afastados do serviço diverso do da cátedra e suas extensões. Não se opõe serviço a serviço público, antes se procura conciliá-los, da mesma maneira que não se suspendem dràsticamente os efeitos duma licença para fins certos só em atenção a um pretenso direito que se ligue umbilicalmente ao cargo de catedrático. Tanto mais é assim quando é certo que o afastamento daqueles mestres resultou de aquiescência dos mesmos ao aceitarem os cargos ou encargos fora da Faculdade e do Estado, aquiescência que se bilateralizou pelo beneplácito da autoridade que concedeu as licenças questionadas. Isso é um mais relativamente ao chamado direito de compelir os referidos professôres a irem à Bahia, ou mesmo ao desejo, que porventura êles tivessem, de tomar parte nos trabalhos da Congregação, indo àquele Estado. E se a licença fôsse para outros fins, por exemplo, para tratamento de saúde, seriam êles

compelidos a interrompe-la com sacrifício do fim para o qual a obtiveram, ou poderiam êles suspendê-las a seu exclusivo critério, só porque mantinham sua situação de catedráticos? Parece-me óbvio que não, até porque não há direito absoluto, nem o direito se interpreta de maneira a gerar absurdos ou de modo a importar desvios da normalidade. Se o direito não é uma geometria rígida, também não é um excesso de lógica ou logicismo que o torne um fato social assimétrico.

Ainda se fez constar da tribuna, sempre em doutas considerações do provecto advogado, que se trata como que de um privilégio do cargo, *ad latere* da função. Perfeitos, quando não há uma licença. E foi fundado na situação de licença, que tem efeitos dos mais variáveis, que argumentei no voto que preparara.

E ainda lembraria que quando se diz 2/3 do todo faz-se abstração das partes que compõem êste todo, para se tomar o critério numérico da totalidade e estabelecer pura regra de cálculo. Nada teve a ver, ao que me parece, um com o outro problema, ainda que argumentativamente.

II. Conseqüentemente, e assim ponderadas as queixas de fundo do recorrente, e tendo em conta as invocações de legislação da provecta sentença recorrida, por outro lado refugindo verificar se o alegado laconismo do pronunciamento do Conselho prejudicou a direito do recorrente não é problema do Judiciário, sobretudo em mandado de segurança, julgar o critério intrínseco seguido pelos julgadores em Congregação ou Conselho sucedâneo desta - obtemperando-se finalmente que o caso não é idêntico ao julgado por êste Tribunal no recurso de mandado de segurança nº 258 (processo Hélio Tornaghi *versus* União).

Não sei se, se eu estivesse presente ao julgamento do chamado caso Tornaghi, teria acompanhado o voto vencedor, neste Tribunal, conferindo-lhe também o mandado. Sinal de que, no meu juízo particular, e conforme consta demonstrado nos autos, as duas situações não são, de maneira alguma, similares e, salvo engano de minha parte, tive oportunidade de ouvir do próprio advogado - que por sinal é o brilhante professor Tornaghi a que se referem os debates. Sua Exª frisou muito bem, ainda que de passagem, pormenor ou detalhe que põe o caso, de que S. Exª foi parte, em justos têrmos. Os Estatutos

ou a lei ou o regimento, ou o que fôsse da Escola então questionada, se tornaram explícitos quanto ao detalhe ou pormenor.

Como muito acertadamente demonstrou o douto procurador da República da Bahia, conseqüentemente, ia-se dizendo no começo, reitero meu voto já enunciado, isto é, negando provimento ao recurso.

Não me ocorreu, finalmente, ponderar uma última situação tocante a professor que exercia mandato de deputado federal. Prescindo de mais detalhes, porque aquelas regras que se aplicam a outras funções permanentes e administrativas também se aplicariam, *mutantis mutandis*, à situação de cargo legislativo ou de mandato legislativo. Eu reitero o meu voto, torno a repetir.

VOTO

O SR. MINISTRO ORLANDO CARLOS DA SILVA: De inteiro acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª considera Conselho Universitário competente para substituir a Congregação da Faculdade em razão da lei nº 271?

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Da lei nº 271 e de tudo mais que, continuou em vigor sem encontrar ainda, até êsse momento, sucedâneo para substituir a Congregação em que falta *quorum*. Mas, base fundamental, ponto de partida: a lei nº 271, que tem um histórico já bastante elucidado perante êste Tribunal.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª considera a lei nº 271 vigente mesmo naquilo em que o Estatuto da Universidade do Brasil dispuser com sentido que implìcitamente importe sua contrariedade?

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Claro que sim, porque a lei nº 271 é lei, decreto-lei. Qualquer outra qualificação que parte do Estatuto, ou é da iniciativa das próprias escolas, ou é de iniciativa do Poder Administrativo como

regulamento, e não se oporia à lei. É verdade que há uma situação de autonomia universitária, mas a situação de autonomia universitária não conta por dois motivos: primeiro, porque não havia autonomia contra disposição de lei; segundo, porque a autonomia visa pontos de vista mais didáticos e pedagógicos do que outros, e não seria o caso de processo de recrutamento para a formação de professor.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas o Estatuto da Universidade do Brasil também foi baixado por decreto-lei.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Pode ser, porque no regime do decreto-lei tudo existia, mas eu acho uma deformação. Não posso contestar, pode ser.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Se é decreto executivo, foi baixado em razão do decreto-lei anterior, que criara a Universidade do Brasil.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Foi, aliás, se V. Exª me permitir faça uma ponderação. Os interessados não discutem a questão de divergência desta ou daquela lei, discutem sòmente a existência, ou não, de quorum, quer dizer, os interessados não contestam que o Conselho Universitário deva substituir a Congregação em caso de não ter ela *quorum*. Todo o ponto nodal do decisório estava em saber se existia, ou não, quorum e, sabidamente; as conhecidas críticas que se fazem ao sistema, quanto ao que formulou o advogado, de perda de imediatismo, foi problema que já tivemos oportunidade de esclarecer perante êste Tribunal, em outro caso que não me recordo, mas que foi extensamente estudado.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: No caso Oton Machado.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Agradeço os esclarecimentos necessários ao norteamento do meu voto.

Sr. presidente, no caso Oton Machado, a que se referiu o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, mandado de segurança nº 351, votei vencido por ocasião do primeiro julgamento. Cabendo-me relatar os embargos, opostos pelo suplicante, vi-me forçado a mudar de voto, para conceder, em têrmos, o

mandado. Isso porque cheguei à conclusão inelutável, a meu ver, de que já então a lei nº 271 não estava em vigor. Ora, se por essa lei é que se atribuíra competência ao Conselho Universitário para conhecer dos pareceres das comissões examinadoras na impossibilidade de sôbre êles se manifestar a Congregação da respectiva Faculdade, e se já não estava em vigor essa lei, evidente, a meu ver, que não existia essa competência do Conselho Universitário. Parece-me que a conclusão a que cheguei no julgamento de então norteará meu voto no julgamento do presente feito, porque, como esclareceu o Sr. ministro ARTUR MARINHO, embora não seja êsse o fundamento do pedido, que se calca na circunstância de ser possível reunir-se a Congregação por existência de *quorum*, não obstante tendo eu manifestação no sentido da incompetência do Conselho Universitário, e na hipótese o Conselho Universitário se manifestou aprovando o parecer, tenho que conceder o mandado para que se complete o processo do concurso com o pronunciamento da Congregação.

No voto que proferi, como relator do mandado de segurança nº 351, disse eu:

"O dec.-lei nº 271 visou precisamente contornar, e corrigir, estabelecendo, quando houver impossibilidade de se reunir a Congregação, por falta de número, ou qualquer circunstância eventual, e até mesmo de caráter permanente, como se procederá.

"Pelo Estatuto, não existe a competência do Conselho Universitário. A lei nº 271, por isso, estará revogada. Então, ficará incompleto ó processo do Conselho. Poder-se-á admitir que o Estatuto não revoga a lei nº 271, porque esta rege hipótese especial não prevista na legislação própria, na legislação codificada, na legislação consolidada. Esta consideração, porém, cedeu, em meu conceito, face a outra que se me apresentou mais relevante. Pelo estudo que fiz da orientação do legislador, cheguei à conclusão de que êste teve o propósito de definir esferas de atribuições, respeitando, entretanto, a autonomia da unidade universitária, ou seja, das faculdades. Não quis, assim, a meu ver, o legislador atribuir conhecimento de ato da própria economia das unidades universitárias a um órgão estranho a essa própria universidade. E admiti a prevalência desta consideração sôbre a anterior, em face do que consta do Regimento da Escola de Farmácia, aprovado pelo próprio Conselho Universitário, na forma, aliás, do Estatuto".

São conclusões que se impõem a minha consideração, neste momento. Entendo que, de qualquer forma, já não existe a competência do Conselho Universitário, porque o Estatuto da Universidade do Brasil não lhe dá essa competência. É preciso, aliás, se considere que a lei nº 271 foi baixada para solucionar situações eventuais. O legislador posterior, entretanto, teve por acertado não reproduzir, na legislação própria, o disposto na lei nº 271, porque, a meu ver, quis manter íntegra a autonomia das unidades universitárias; negócios de sua economia seriam por elas próprias resolvidos.

É o caso presente, Sr. presidente. Lastimo colocar-me em divergência com o nobre Sr. ministro relator, mas não tendo reconhecido, à luz dos textos, competência do Conselho Universitário para funcionar como órgão integrante do aparelhamento de concursos para preenchimento de cátedras das unidades da Universidade do Brasil - voto, aliás, vencedor neste Tribunal, embora, entre os que formaram a maioria, nem todos tinham concluído por êsse fundamento que adotei - dou provimento ao recurso para conceder o mandado, tal qual fiz na espécie a que me referi, a fim de que se integre o processo do concurso pelo pronunciamento da Congregação da Faculdade.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Acompanho o voto do eminente Sr. ministro relator.

Quando se debateu, neste Tribunal, o caso Oton Machado, veiculado no mandado de segurança nº 351, do Distrito Federal, sustentei a plena vigência do art. 1º do decreto-lei nº 271, de fevereiro de 1938, que estatui que, na falta da Congregação, o parecer da Comissão Julgadora deve ser submetido ao Conselho Universitário, e assim o fiz por não haver deparado, na Lei Orgânica da Universidade do Brasil, com qualquer disposição em contrário.

É, por certo, dita lei omissa quanto ao assunto, mas dessa sua omissão não é lícito concluir, evidentemente, pela revogação tácita do dispositivo em tela.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª me releve. Êsse aspecto foi por mim considerado também. Entendo que há disposição nas leis

posteriores, quando estas atribuíram autonomia didática e administrativa às unidades universitárias. Se se atribuiu autonomia didática e administrativa e não se reproduziu qualquer dispositivo da lei nº 271, é porque se quis admitir a interferência de poder estranho na vida intensa dessas unidades universitárias.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Não há a pretendida interferência de poder estranho na economia interna das escolas aglutinadas. Trata-se do Conselho Universitário, que é órgão de enquadramento e supervisão do ensino superior.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Não é órgão superior.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: E há mais uma circunstância relevante a considerar a norma em aprêço foi ditada por decreto-lei, ao passo que a chamada Lei Orgânica da Universidade do Brasil adveio de decreto meramente executivo.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas, baixada em virtude de decreto--lei (de cujo número não me recordo), que determinou os princípios que seriam obedecidos no Estatuto.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA. Não seria curial, por isso, levando-se em linha de conta essa expressiva circunstância, adotar a preconizada ineficácia daquela norma legal.

Em qualquer caso, porém, deve prevalecer, quanto ao pormenor, a legislação anterior não revogada por meio hábil. Não havendo *quorum* na Congregação para o julgamento do parecer, devia êste ser submetido ao Conselho Universitário. Esta questão aliás, nem sequer constitui objeto de deliberação, eis que o Sr. ministro relator foi explícito ao afirmar em seu voto que êles não foi de nenhum modo aflorada pelas partes, o que gera a presunção de que ambas aceitam a intervenção do Conselho Universitário. O de que se cogita na espécie é de verificar se havia, ou não, motivos para aquela intervenção. Matéria, portanto, puramente de fato. Não se impugna, em tese, a interferência do Conselho Universitário. E, no que diz respeito a êsse aspecto da controvérsia, único em causa, não vejo como se possa negar apoio ao esclarecido pronunciamento do Sr. ministro relator. S. Exª demonstrou de

maneira indubitável que os cinco professôres, no momento afastados de suas cátedras, não deviam ser computados para integrar o *quorum*, por despidos de condições requeridas.

Nego, por isso, provimento ao recurso, na conformidade do voto proferido pelo Sr. ministro ARTUR MARINHO.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Faz pouco decidiu êste Tribunal os embargos ao acórdão concernente ao mandado de segurança nº 351, que tinha como impetrante o Dr. Oton Machado. Proferi, então, êste voto:

"Conheço da impetração no tempo próprio ajuizada e concedo a segurança, para restabelecer o pronunciamento da Comissão Examinadora e determinar seja o impetrante indicado para a investidura.

"Sua classificação, unânime, em 1º lugar, no concurso dos títulos e provas para preenchimento da cátedra de Botânica Aplicada à Farmácia, da Faculdade Nacional da Farmácia, da Universidade do Brasil, a que se submeteu, a tanto lhe dá inconteste direito (*vide* docs. de fls. 10, 30 a 38).

"Ficam sem subsistência, como consectário disso, o parecer do Conselho Universitário (constante de fls. 5), que transcrevi, integralmente, no relatório, e o ato impugnado (constante de fls. 5), com o qual o ocupante da pasta da Educação negou provimento ao recurso do prejudicado pôr êsse parecer.

"Chego a êsse resultado, pelo seguinte:

"A Constituição, no art. 169, inciso VI, adotando princípio em fastígio nos países mais avançados, estabeleceu (qual já se fizera na de 1934, art. 158), que o provimento das cátedras, no ensino superior, fôsse feito por meio de concurso, e concurso de títulos e provas.

"Ora, quem diz concurso cogita de uma aferição austera, imparcial, profícua, do valor dos competidores, para que coincida, a palma, com o mérito.

"O conhecimento direto da causa, melhor dizendo, o conhecimento seguro, completo, dos títulos e trabalhos científicos, trazidos com o pedido de inscrição e das provas produzidas, constituiu exigência elementar, básica, portanto, indeclinável, para que alguém honradamente se sinta e possa ser crido em condições de dar voto na classificação dos concorrentes, na indicação para a investidura.

"A Comissão Examinadora, que satisfazia essa exigência por unanimidade de votos, considerou o impetrante na dianteira dos demais, deu-lhe o 1º lugar nos resultados do certame, recomendou-o para a cadeira professoral.

"Feito isso, cumpridos até aí o Estatuto da Universidade do Brasil (aprovado pelo dec. nº 21.321, de 28 de junho de 1946), art. 58, letra *c*, e o Regimento da Faculdade Nacional de Farmácia (publicado no "Diário Oficial" de 5 de março de 1947, seção I, págs. 2.909 até 2.920), arts. 226 até 263, deveria manifestar-se, ao respeito, na forma do art. 264 dêsse Regimento, a Congregação da Faculdade.

"No entanto, ao invés de Congregação, foi o assunto presente ao Conselho Universitário, que rejeitou o parecer da Comissão Examinadora e determinou a abertura de novo concurso.

"Podia agir assim êsse Conselho?

"Entendo que não, máxime por não se haver verificado a hipótese de recurso, prevista no art. 267 do prefalado Regimento.

"As atribuições do Conselho Universitário estão enumeradas, com minúcia, no Estatuto da Universidade, art. 16, e não noto, entre as mesmas, a de aprovar ou rejeitar parecer da Comissão Examinadora.

"O dec. nº 19.851, de 11 de abril de 1931, e o dec.-lei nº 271, de 12 de fevereiro de 1938; que davam competência ao Conselho Universitário para, fazendo as vêzes de Congregação, como fêz (*vide* documentos de fls. 38 v.), aprovar ou rejeitar parecer da Comissão Examinadora (em não, tendo a Congregação *quorum* para fazê-lo), estão revogados, a teor do explicitado, em linguagem que não admite titubeios, no dec.-lei nº 8.393, de 17 de dezembro de 1945

(publicado a fls. 18.926 do "Diário Oficial" de 20 do mesmo mês e ano), artigos 1º, 30 e 31, desde a vigência do Estatuto da Universidade (aprovado, qual já acentuamos, pelo dec. nº 21.321, de 18 de junho de 1946) e do Regimento da Faculdade de que se trata (5 de março de 1947).

"Por outro lado, aceitando, só para argumentar, que o Conselho Universitário, sem ter assistido às provas do concurso, sem ter examinado títulos e trabalhos que instruíram o pedido de inscrição de cada candidato, possa fazer as vêzes de Congregação, por falta de *quorum* da Congregação, tem-se como corolário que um voto de consciência possa ser dado com tôda insciência, ou, falando mais claro, com tôda inconsciência.

"Sendo assim, para que concurso?

"Deixe-se a nomeação ao nuto do Poder Executivo, que é mais honesto, do que uma rejeição de parecer no escuro, em circunstâncias aleatórias, como a de que se trata.

"Vê-se, a fls. 17 dos autos, que o D.A.S.P., comentando hipótese mais suave do que esta, em que a Confissão Examinadora havia deixado em situação de empate dois competidores, *aqui por unanimidade de votos, um dos concorrentes foi classificado em 1º lugar* (vide fls. 38); disse, com relação a essa conduta, a meu ver discricionária, ilegal, do Conselho Universitário, entre outras coisas, isto:

"Que significa julgar a Congregação ou o Conselho Universitário o parecer da Comissão Examinadora?

"É opinar entre duas possibilidades: aprovar ou rejeitar o parecer. Mas aprovar o parecer é declarar, como opinião própria, que êle corresponde ao mérito relativo dos candidatos verificado nas provas que deram e nos títulos que alegaram. Rejeitar o parecer é, não menos, declarar que êle não corresponde ao merecimento comparativo dos candidatos nas provas sue mostraram durante o concurso e nos títulos que apresentaram.

"Mas, como pode alguém saber a correspondência ou não correspondência do Julgamento da Comissão Examinadora com a realidade viva das provas realizadas, se a estas não assistiu?

"Só poderia ser, em regra, por informações de terceiros, e, quem sabe, por simpatias ou antipatias pessoais. Tudo, menos direito, menos justiça.

"É preciso que a lei seja mais positiva, exigindo em têrmos insofismáveis a presença dos professôres que na Congregação vão julgar, assim como dos do Conselho Universitário, conforme a hipótese, às provas dos concursos, para que possam, em consciência, aprovar ou rejeitar os pareceres das Comissões Examinadoras. Dentro, porém, da praxe estabelecida entre nós, os Conselhos Universitários, na falta das Congregações, vão julgando os pareceres da Comissão, sem, contudo, terem assistido às provas".

"Outro ponto que não pode passar sem referência:

"No parecer de fls. 38 v., com que o Conselho Universitário rejeitou o pronunciamento da Comissão Examinadora, fala-se em voto em separado, sem se dizer o que dêle consta e numa nulidade insanável. Teria consistido a "nulidade", "insanável", no seguinte: o impetrante instruiu seu pedido de inscrição com um título de docente-livre, expedido por uma Congregação sem *quorum*, e a Comissão Examinadora deu nota a êsse título. Ponha-se, entretanto, à calva, o seguinte: no "Diário Oficial" de 23 de março p. p., pág. 4.216, lê-se:

"Portaria nº 2, de 14 de março de 1949.

"O diretor da Faculdade Nacional de Farmácia resolve suspender a validade do título de docente-livre de Botânica Aplicada à Farmácia, expedido em data de 29 de abril de 1947, a Dr. Oton Machado, até que o Conselho Universitário da Universidade do Brasil se pronuncie a respeito da consulta pelo mesmo diretor feita sôbre a validade do referido título.

"Rio de Janeiro, 14 de março de 1949. - Dr. *Mário Taveira*, diretor".

"E, no mês seguinte, no "Diário Oficial" de 26, pág. 6.341, isto:

"Portaria nº 3, de 8 de abril de 1949.

"O diretor da Faculdade Nacional de Farmácia, tendo em vista a deliberação firmada pelo Conselho Universitário da Universidade do Brasil, em sessão realizada no dia 30 de março último, atendendo à consulta, formulada a 19 do mesmo mês, quanto à validade do titulo de docente-livre de Botânica Aplicada à Farmácia, expedido pela referida Faculdade ao Dr. Oton Machado, em data de 29 de abril de 1947, resolve declarar nula a portaria nº 2, de 14 de março p. p., publicada no "Diário Oficial de 23 de março de 1939, e sôbre o assunto em aprêço.

"Rio de Janeiro, 8 de abril de 1940. - Dr. *Mário Taveira*, diretor".

"Nem êsse título de docente-livre era essencial à inscrição (vide edital de fls. 9 e Regimento da Faculdade, arts. 227 e 228), nem o fato da Congregação sem *quorum* acarretava insubsistência dêsse título, ao qual, como o próprio Conselho reconheceu pouco depois, tinha feito jus o candidato, desde o momento em que conseguiu aprovação num outro concurso.

"Êste Tribunal, em sessão de 3-3-49, concedeu mandado de segurança ao Sr. Hélio Tornaghi, candidato a uma cátedra na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, classificado em 1° lugar pela Comissão Examinadora, para a investidura. Decretamos, por essa forma, a insubsistência do ato com que uma Congregação sem *quorum* havia deixado de aprovar o parecer da Comissão Examinadora. Nem mandamos que outra Congregação regularmente constituída dissesse ao respeito, nem achamos fôsse caso de encaminhar o processo do concurso à deliberação do Conselho Universitário.

"Aqui, o Conselho Universitário, sem atribuições de Congregação (vide artigo do Estatuto da Universidade), e sem ter visto títulos e trabalhos dos candidatos e sem ter assistido às provas do certame (*vide* Regimento da Escola, art. 264, parág. único), de plano, sem consideração ao que deve ser um voto de consciência, pulverizou uma classificação unânime, emergente de uma Comissão Examinadora regularmente constituída, presumivelmente capaz.

"*Modus in rebus*.

"O mérito de nomeação por concurso não pode ser assim amarfanhado. Urge que se preze mais o esfôrço dos candidatos, as canseiras e vicissitudes a que êles se abalançam, vendo em tais certames algo sério, algo decorrente de um postulado constitucional, algo que condiz com a excelência do ensino, com o joeiramento exato das aptidões técnicas, com a proficuidade dos métodos do govêrno, com os fins culturais do Estado".

Inda disse, ao propósito, no 1º julgamento, redargüindo a um ilustre colega, isto:

"O pronunciamento do Sr. ministro SAMPAIO COSTA me situa na contingência de tornar a falar sôbre a impetração e de, em alguns pontos, reiterar meu voto. Nos têrmos do Regimento da Faculdade Nacional de Farmácia, art. 267, o Conselho Universitário só se pronuncia sôbre o concurso *se houver recurso* e "exclusivamente de nulidade". Na situação *in concreto*, não houve recurso. Logo, o Conselho Universitário agiu de ofício, para o que não tinha atribuições (*vide* Estatuto da Universidade, art. 16), sendo nulo seu pronunciamento, aprovado pelo ocupante do Ministério da Educação. Nem se diga que a questão era omissa (artigo 16, letra *d*), face ao disposto nesse mesmo Estatuto, art. 58, parte geral, e letras *e* e *g*:

"Art. 58. Compete à Congregação:

".....

"*e)* deliberar sôbre tôdas as questões relativas ao provimento de cargos de magistério, na forma estabelecida no respectivo Regimento e de acôrdo com as disposições da legislação vigente e dêste Estatuto;

"*g)* exercer as atribuições que lhe forem conferidas pelo Regimento da unidade universitária, aprovado na forma dêste Estatuto".

"De não esquecer que também explicito era, ao propósito, o Regimento da Faculdade, aprovado, - lembre-se, - por êsse Conselho, arts. 226 até 267.

"Para funcionar como Congregação, por falta de *quorum* na Congregação, circunstância de falta de *quorum* essa que o patrono do impetrante, em memorial que me enviou contesta com certidões, não tinha o Conselho Universitário competência. A legislação que ao mesmo dera competência para tanto, os decs. ns. 19.851 e 19.852, de 11 de abril de 1931, a lei nº 452, de 5 de julho de 1937, e o dec.-lei nº 271, de 1938, *foi revogada*, qual já acentuei no meu voto; pelo dec.-lei nº 8.393, de 17 de dezembro de 1945, arts. 30 e 31, nestes têrmos:

"Art. 30. Até que seja decretado o Estatuto da Universidade do Brasil, esta se regerá pelos decs. ns. 19.851 e 19.852, de 11 de abril de 1931, e pela lei nº 452, de 5 de julho de 1937, e pelas disposições legais posteriores que as alterarem, em tudo que não contrariem as determinações do presente decreto-lei".

"Art. 31. Êste decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

"E digo revogada porque o concurso do impetrante teve lugar em 1948, época em que estavam em vigor o Estatuto da Universidade do Brasil, a que se referia o decreto-lei nº 8.393, e o Regimento da Faculdade Nacional de Farmácia da mesma Universidade. O Estatuto havia sido aprovado e pôsto em regime de obrigatoriedade pelo dec. nº 21.321, de 18 de junho de 1948, e o Regimento, desde 5 de março de 1947, quando foi publicado no "Diário Oficial".

"Aliás, êsse Regimento, por medida de ética elementar, prescreve, no art. 284, parágrafo único, - como acentuei no meu voto, - que só poderá votar contra o parecer da Comissão Examinadora *membro da Congregação que tiver acompanhado os trabalhos do concurso*. Acabou, - *com a aquiescência do Conselho Universitário, que o aprovou*, repito - com a possibilidade, com a triste perspectiva de *voto de consciência*, proferido por membro da Congregação ignorante dos fatos precípuos pertinentes ao concurso.

"No entanto, de tudo isso fêz *tabua rasa* o Conselho Universitário, atitude essa que o ocupante da pasta da Educação homologou.

"O Conselho Universitário, como se vê do seu parecer, que transcrevi, *ipsis litteris*, no relatório, chamou a si, indevidamente, atribuições da Congregação,

violando, por sôbre isso, aquela garantia estabelecida no Regimento da Escola, art. 284, parág. único, em favor daqueles que imaginam o concurso uma forma austera de provimento dos cargos de magistério. O Conselho Universitário como que decidiu de oficio, o que não podia fazer, recurso *exclusivamente de nulidade*, tanto que se fala ali, no parecer, de nulidades insanáveis, aludindo-se apenas a uma nulidade que nem era nulidade, era ninharia, conforme demonstrei em meu voto, - a questão do título de docente-livre.

"O D.A.S.P., no parecer de que ofereci notícia em meu voto, causticou, e bem, essa conduta do Conselho, em caso congênere.

"A preponderância de parecer como este dos autos desvirtua os objetivos elevados do processo de nomeação por concurso.

"Para restabelecer a lei infringida e prestigiar, contra discricionarismo do Conselho, os resultados dos concursos, quando, contra os mesmos, qual ocorre aqui, nada de sério, de ponderável, de prol, se alegou, foi que me manifestei pela concessão do *writ*, atitude que reafirmo com tôda convicção neste momento".

Ora, na situação *in concreto*, o Conselho Universitário não se portou como Congregação. Não podia fazê-lo, visto que não estivera presente ao concurso. Procedeu precisa e exatamente como lhe competia. Analisou o parecer da Comissão Examinadora do concurso como quem tem de julgar um recurso de nulidade, aprovando-o, uma vez constatada a ausência de nulidades. Acompanho, à base do exposto, o relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: A segurança seria de denegar-se, se estivesse sòmente em causa a questão de fato trazido a Juízo pelo impetrante. Apontado como violado o artigo do dec.-lei nº 271, que submete à Congregação da Faculdade, ou Universidade, o julgamento do parecer da Comissão Examinadora, o impetrante sustentou a ilegalidade do ato do Conselho Universitário, que aprovou o referido parecer, substituindo-se, assim, à congregação, porque não podia fazê-lo, já que esta tinha *quorum* suficiente para discutir e votar aquêle parecer. O eminente Sr. ministro relator

demonstrou, no entanto, a inexistência de tal *quorum*; logo, impunha-se a denegação da segurança.

Ponderou, porém, o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS que o citado artigo do decreto-lei nº 271 está revogado, e o Sr. ministro CUNHA MELO, reportando-se ao voto que emitira no feito, quando do seu julgamento na Turma, reafirmou que o Conselho Universitário não mais funciona, em grau de recurso, na aprovação dos pareceres das Comissões Examinadoras. Ora, assim sendo, forçoso é concluir-se que o Conselho Universitário exorbitou de suas atribuições legais ao aprovar o parecer da Comissão Examinadora do concurso, em que o impetrante tomou parte.

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: V. Exª dá licença?

O Conselho é uma instância acima da Congregação. Em seguida ao pronunciamento da Congregação, em havendo recurso para êste Conselho, êle apreciará possíveis nulidades argüidas em detrimento do certame.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Eu percebi bem o que V. Exª sustentou a respeito da intervenção do conselho Universitário. No seu entender, o Conselho não teria agido com arbítrio, porque não entrou na apreciação do mérito do parecer da Comissão Examinadora: limitou-se a verificar a ocorrência de nulidades. Não conheço, porém, na lei nenhum dispositivo que estabeleça distinção feita por V. Exª, talvez necessária na hipótese de se tornar impossível a constituição da Congregação com o *quorum* indispensável à aprovação do concurso.

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Mas aí seria impraticável, porque a Congregação tem que assistir ao concurso. Tem que falar no merecimento dos candidatos pelo que testemunhou. O relator declarou que a Congregação não tinha *quorum*. Como, neste altura, verificada a falta de *quorum* na Congregação, seria possível completá-lo?

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Sr. presidente: eu vinha sustentando, quando fui honrado com o aparte do eminente Sr. ministro CUNHA MELO, que o Conselho Universitário substitua-se à Congregação, porque esta não tinha *quorum* para apreciar e votar o parecer da Comissão

Examinadora, e afirmava, ainda, que a exigência de tal quorum e a substituição da Congregação pelo Conselho decorreu de textos de lei revogada. Parece-me que essas afirmações, uma de fato e outra de direito, não sofreram contestações. Assim, o que há a fazer, na espécie, é precisamente o que consta do voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS: submeter o parecer da Comissão Examinadora ao estudo e votação da Congregação. Ignoro se o Estatuto da Universidade onde se realizou o concurso estabelece qualquer *quorum* para êsse fim. Na omissão das leis federais sôbre o assunto, é livre de cada Faculdade ou Escola dispor a respeito. Se o Estatuto da referida Universidade nada dispuser sôbre o assunto, ter-se-á, no meu entender, de aplicar, ainda que por analogia, as disposições do dec.-lei nº 2.779, que determina às Congregações dos Institutos particulares, que não disponham do *quorum* de 2/3 para apreciação e votação do parecer das Comissões Examinadoras do concurso, - a convocação de catedráticos de ouras Congregações para integralizar aquêle *quorum*.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: A convocação tem que ser antecipada, para que os novos membros possam assistir ao concurso.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: A exigência da lei é no sentido de que, só podem votar, recusando parecer, os membros da Congregação que hajam assistido ao concurso. Desde que um membro da Congregação não haja assistido ao concurso, não pode votar recusando o parecer. É sentido da lei prestigiar a Comissão Examinadora, porque o legislador admite - e teremos de admitir - que o parecer da Comissão Examinadora venha escoimado de vícios de suspeição. E já que estou com a palavra, com a permissão de V. Exª, Sr. ministro relator, a competência de Congregação para se manifestar sôbre nulidades não deflui da lei. O Estatuto da Universidade do Brasil não lhe atribui essa competência. Ela foi incrustada nos Regimentos das Faculdades, e muito em têrmos. No da Faculdade de Farmácia, por exemplo, se diz assim:

"Do julgamento do concurso caberá recurso *exclusivamente de nulidade* dentro do prazo de 10 dias, para o Conselho Universitário, que, ouvida a Congregação, instruirá o ministro da Educação e Saúde; opinando pelo provimento ou não do recurso".

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Essa é a situação ordinária, quando o Conselho não é chamado a substituir a Congregação, por ter ela *quorum*. Mas, substituindo a Congregação, êle não é instância de coisa alguma, *data venia*, porque está em lugar da Congregação, e, portanto, não se recorre para êle.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Isso para o espírito de V. Exª, que se inclui entre os que aceitam a subsistência da lei nº 271:

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Mesmo antes, mesmo ao tempo da lei número 271. Peço permissão para lembrar que o decreto-lei nº 746, do mesmo ano da lei nº 271; estendeu as disposições dessa lei a outras Universidades do Brasil. E, mais ainda, lembro que o Estatuto da Universidade da Bahia, êle próprio, mencionou êsse papel ou essa função do Conselho. De sorte que, se os decretos-leis ns. 271 e 746 forem encarados como estabelecendo pontos didáticos ou administrativos, aí está uma situação esclarecedora. Cito, por exemplo, entre as diversas disposições do Regimento, uma que estabelece como deve o Conselho proceder. Ora, só pelo fato de estabelecer como proceder, está dando competência.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Pergunto se êsse Regimento determina que o Conselho Universitário, na falta de *quorum*...

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Dê-me licença para avivar minha própria memória. O Regimento foi baixado em 1938. Posso informar a V. Exª que naquele Regimento há como se verificar que ali está estabelecida a maneira, o método, o processo a ser utilizado pelo Conselho no caso de a Congregação não reunir *quorum*. De modo que, nem sequer se poderia dizer que a lei posterior, prevalecendo-se do aspecto de autonomia administrativa ou didática, tivesse modificado a lei nº 271 ou, ainda, a lei número 746, que foi uma extensão da lei nº 271 para tôdas ás escolas equiparadas nos diversos pontos do país.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Concluindo, Sr. presidente, acompanho o voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS. Acho que a lei nº 271 está revogada e, assim, o Conselho não tem mais competência para aprovar, como fêz em grau de recurso, o parecer da Comissão Examinadora.

EXPLICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Sr. presidente; peço a palavra, pela ordem, para retificar ou dar uma feição de exato pensamento a uma afirmativa feita pelo Dr. advogado da tribuna. O que S. Exª disse, no tocante ao seu concurso, foi que, realmente, a situação não era igual à do ora debatido. Mas S. Exª disse também que, quando foi julgado seu caso, ficou assentado aqui não se poder aplicar um dispositivo como o do art. 11 do Regimento então em causa, que exclui o voto dos que não estão em exercício. E disse também S. Exª que o Estatuto da Universidade da Bahia não se aplica, porque o art. 113 dêle próprio manda observar a lei "Campos" para as cadeiras vagas. O pensamento de S. Exª fica, assim, estabelecido. E aqui termino, tivesse embora, se houvesse necessidade, várias e numerosas considerações a fazer sôbre outros, não como contrariedade aos doutos votos em contrário, mas para desdobramento do pensamento do meu. E, então, Sr. presidente, aproveito a oportunidade para dizer, naquilo que ainda fôr proveitoso, que meu pensamento se completa e elucida, quanto a detalhes, com o que produzi no julgamento do mandado da segurança nº 531.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso, para se manter a decisão recorrida, votando contra os Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS e ALFREDO BERNARDES.

Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro ELMANO CRUZ, por não ter assistido ao relatório.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ÁBNER DE VASCONCELOS.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - REITERAÇÃO - COISA JULGADA

- Em segunda ação de reintegração de posse entre as mesmas partes não é oponível a coisa julgada, se a posse julgada legítima na primeira, em razão de existência de relações "ex locato", tornou-se ilegítima na segunda, pela posterior cessação da locação.

Roberto Vieira Souto *versus* Luísa Barcelos Guimarães e outros

Ap. nº 10.560 - Relator: DESEMBARGADOR HENRIQUE FIALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 10.560, em que é apelante Roberto Vieira Souto, sendo apelados Luísa Barcelos Guimarães e outros:

Acordam os juízes da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Não há razão nos considerandos preliminares da sentença recorrida, quando reconhece que se verifica haver coisa julgada pela decisão proferida em anterior ação de reintegração de posse promovida pelos mesmos autores contra o mesmo réu.

Para que se verifique a existência de coisa julgada, é necessário que concorra a tríplice identidade de causa, coisa e pessoa e isso não ocorre na espécie, desde que na ação de reintegração de posse, julgada improcedente pela decisão que se invoca como constituindo coisa julgada, no presente feito haviam os autores alegado que o réu ocupava como intruso, ilegitimamente, o apartamento de sua propriedade com os móveis nêle existentes, pediam por isso a reintegração na posse de um e outro. Mas a sentença ali proferida reconheceu ao réu direito *ex locato* e por isso tão-sòmente julgou improcedente aquela ação.

Agora outra é a situação. Já o réu não é mais locatário do apartamento nem, conseqüentemente, dos móveis que o guarneciam.

Em ação posterior de despejo acabou abandonando o apartamento, conservando porém a posse dos móveis.

O que na primeira ação possessória foi julgado improcedente, ou melhor, a improcedência da primeira ação possessória decorreu da improcedência da *causa petendi*, isto é, da posse injusta, ilegítima, violenta, atribuída pelos autores ao réu, em relação ao apartamento e aos móveis, reconhecendo-lhe ao contrário justa a posse direta decorrente das relações *ex locato*.

Agora já a situação jurídica é totalmente diversa. Com a cessação da locação tornou-se ilegítima a posse do réu sôbre os móveis compreendidos na locação. A *causa petendi*, que na outra ação foi julgada improcedente, já agora não o é.

Quanto ao mérito, decidiu a sentença com acêrto, julgando procedente a ação, desde que não provou o réu a propriedade que alegou dos móveis objeto da reintegração, pretendendo havê-los adquirido da própria autora e, assim, reconhecido como já havia sido que êsses móveis faziam parte da locação do apartamento que o réu ocupava, não pode êle, cessada a locação e desocupado o dito apartamento, conservar a posse dos móveis.

Custas pelo apelante.

Distrito Federal, 5 de dezembro de 1950. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Henrique Fialho*, relator; *Narcélio de Queirós*.

*

DESQUITE AMIGÁVEL - ALIMENTOS - RENÚNCIA

- Não pode ser homologado o desquite amigável que inclui matéria estranha à dissolução da sociedade conjugal como, por exemplo, a renúncia vitalícia ao direito de alimentos.

(Omitidos os nomes das partes)

Ap. nº 4.203 - Relator: DESEMBARGADOR SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 4.203, acordam, na 5ª Câmara do Tribunal de Justiça, em dar provimento ao recurso *ex officio* da sentença que homologou o desquite do casal dos apelados, a fim de, por maioria de votos, vencido o Sr. desembargador DUQUE ESTRADA, que apenas ressalvava a ineficácia das cláusulas que o Tribunal não admitiu, denegara homologação do acôrdo.

E que o acôrdo homologado em 1ª Instância contém matéria estranha à dissolução da sociedade conjugal, em detrimento inclusive do menor filho do casal: pela cláusula *e* o cônjuge-mulher nem só renuncie vitalìciamente a alimentos, como exonera o marido do encargo de manter e sustentar o filho, para cujo fim a já irrisória contribuição de Cr$ 200,00 teria de ser depositada e levantada mensalmente pela favorecida, com os conseqüentes encargos e despesas.

Além de contrário à lei com a renúncia de inalienável direito do menor, o acôrdo é prejudicial a êste.

Distrito Federal, 6 de abril de 1951. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente; *Estácio Correia de Sá e Benevides*, relator; *Alberto Mourão Rússel*.

*

DESPEJO - CONCUBINA

- Não transfere sua residência nem a locação quem mantém no prédio locado uma concubina.

Moreno Castro *versus* Guilherme Augusto Pereira

Ap. nº 8.816 - Relator: DESEMBARGADOR BULHÕES CARVALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 8.816, de que é apelante Moreno Castro e apelado Guilherme Augusto Pereira:

Acordam os juízes da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça, unânimemente, em não prover o recurso.

O apelante moveu a ação de despejo alegando sublocação total do apartamento alugado ao réu e, como prova, ofereceu o atestado de fls. segundo o qual ali reside Maria Celeste Ribeiro.

Entretanto, o réu exibiu também o atestado de fls., segundo o qual ali continua a residir pessoalmente.

E, por ocasião da audiência, afirmou o réu, e confirmou com testemunhas, manter ali como sua concubina a dita Maria Celeste Ribeiro, e estar sempre naquele apartamento onde recebe correspondência.

Pouco importa se o réu tem outra residência e é casado com terceira pessoa. A lei não proíbe de ter duas residências, nem lhe toma conta de sua vida íntima, desde que não cause escândalo público.

A relação de dependência existente entre Maria Celeste Ribeiro e o réu exclui a presunção de sublocação e, sem a prova desta, não cabe o pedido de rescisão de locação sob o fundamento de sublocação total, que aliás não poderia ocorrer em relação a quem ainda continua a residir pessoalmente no apartamento.

Custas pelo recorrente.

Distrito Federal, 3 de abril de 1951. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, relator; *Estácio de Sá e Benevides*.

*

DESPEJO - RETOMADA

- A presunção legal de necessidade da locador residente em prédio alheio não se estende aos casos, de retomada para fins comerciais.

José Nunes Pereira de Faria *versus* José Antônio de Morais

Ap. nº 7.795 - Relator: DESEMBARGADOR GUILHERME ESTELITA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.795, da 10ª Vara Cível, apelante José Nunes Pereira de Faria, apelado José Antônio de Morais:

Acordam, em decisão unânime, os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, não prover o recurso, pagas as custas *ex lege*.

Assim decidem, expostos os fatos da causa no relatório de fls., porque o apelante, tendo pedido a área locada ao recorrido para ampliar seu estabelecimento comercial, não conseguiu dar prova da necessidade de sua solicitação, invocando o disposto no § 4º do art. 18 do dec.-lei nº 9.869, de 1946. É de ver, porém, que a lei prevê a hipótese de pedido para moradia, quando dispensa a prova da necessidade, desde que o requerente more em casa alheia. Quando o pedido é para fins comerciais, a circunstância de morar em casa alugada não constitui presunção da necessidade invocada. As exceções às regras gerais interpretam-se estritamente.

Além disso, a conduta anterior do apelante, que até condenado pela justiça criminal foi por sonegar fornecimento de água ao apelado, certidão de fls., bem evidencia a malícia de seus propósitos.

Distrito Federal, 16 de junho de 1950. - *Guilherme Estelita*, presidente e relator; *Emanuel Sodré; Eduardo Espínola Filho*.

*

AERONAVE - PENHOR - VENDA - HIPOTECA - EMBARGOS DE TERCEIRO

- No sistema do direito aéreo brasileiro, o único direito real, relativo às aeronaves, é o hipotecário.

- Adquire-se a propriedade da aeronave pela transcrição do título aquisitivo da propriedade no Registro Aeronáutico Brasileiro.

- O registro de instrumento do pretendido penhor duma aeronave é inoperante em relação ao proprietário que tenha seu título de aquisição da aeronave, regularmente transcrito, mesmo quando posterior ao registro do penhor.

Otávio Macedo de Andrade *versus* Raimundo Duarte Dinis

Ap. nº 6.634 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 6.634, em que é apelante Otávio Macedo de Andrade e apelado Raimundo Duarte Dinis:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, da mesma conhecer, mas negar-lhe provimento, para confirmar a sentença apelada.

Custas *ex lege*.

E assim decidem porque provou o apelado, com a certidão de fls., pertencer-lhe o bem penhorado, por isso que seu título de propriedade acha-se regularmente transcrito no Registro Aeronáutico Brasileiro, como determina o art. 27 do Cód. Brasileiro do Ar.

Trata-se, no caso dos autos, de excussão do penhor de um avião adquirido pelo apelado, em 3 de março de 1948, ao executado e que fôra dado em penhor ao apelante em 21 de setembro de 1946. Pretende o apelante nenhum ser o direito do apelado sôbre o bem apenhado e penhorado, uma vez que fôra o instrumento do penhor levado ao Registro de Títulos e Documentos em 3 de maio de 1948, portanto, antes do instrumento de compra do recorrido.

A sentença apelada julgou procedentes os embargos, embora reconhecendo a prioridade do registro do apelante e tudo porque fôra êsse registro posterior à

compra do avião relo apelado e não ter êsse efeito retroativo. De fato, provado está, nos autos, ter o apelante se constituído credor dos executados. com garantia pignoratícia do bem penhorado, em 21 de setembro de 1946 (fls.), e o apelado o adquirido em 3 de março de 1948 (fls.), como provada está a prioridade do registro no Cartório de Títulos e Documentos do instrumento do penhor, que teve lugar em 3 de maio de 1948. A circunstância de ter o apelante registrado o instrumento do penhor no Cartório de Títulos e Documentos antes do apelado registrar o seu título de propriedade não podia, como não pode, legitimar a reclamada improcedência dos presentes embargos, não só porque no Direito do Ar, em geral, e no Brasil, em especial, um único direito real de garantia existe: o hipotecário, e só se adquire a propriedade do avião pela transcrição do título de propriedade no Registro Aeronáutico Brasileiro (Código do Ar Brasileiro, art. 27). A inexistência doutro direito real, que o hipotecário, justifica-se uma vez que a aeronave, como o navio ou embarcações, não é um bem móvel comum, porém especial, participando, em certos respeitos, como o da alienação da natureza imóvel, e tudo porque, segundo a doutrina, são partes integrantes do território nacional, ou coisa jurídica, segundo ESTASEU ("Inst. de Mercantil", vol. IV, pág. 198), por representar um conjunto de direitos e obrigações, com nome e matrícula própria, distinta dos seus elementos constitutivos. Daí estabelecer o citado art. 27 do Cód. do Ar Brasileiro que - "qualquer ato jurídico ou fato que possa alterar a situação jurídica duma aeronave deve ser transcrito no Registro Aeronáutico Brasileiro e averbado no certificado de matrícula respectivo", tais como a hipoteca e a compra e venda (EURICO PAULO DO VALE, "Código Brasileiro do Ar"). Ora, inexistindo no direito pátrio, como nos demais dos foros civilizados, o penhor de aeronaves, segue-se que o credor pignorático não pode opor ao proprietário da aeronave, com seu título de domínio transcrito regularmente nesse Registro Aeronáutico, êsse direito e invocar uma propriedade fundada no Registro de Títulos e Documentos. Incontestável é a propriedade do apelado sôbre o bem penhorado, e, nessa conformidade, a procedência dos embargos, por via dos quais o reivindica, se impunha, perdendo de valor os fundamentos, invocados pelo Dr. juiz *a quo*, por inaplicáveis à espécie dos autos.

Distrito Federal, 17 de janeiro de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari Franco*.

*

ACIDENTE DO TRABALHO - CONDUTOR DE BONDE - TUBERCULOSE

- Embora não considerada moléstia profissional a tuberculose pulmonar adquirida em trabalho árduo, como o de condutor de bonde, tendo nas penosas condições dêsse trabalho um inegável fator adjuvante, pode ser considerada acidente do trabalho, uma vez provada a incapacidade laborativa da vítima.

Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda. *versus* Antônio Meneses
Ag. nº 1.709 - Relator: DESEMBARGADOR FAUSTINO NASCIMENTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 1.709, em que é agravante a Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda. e agravado Antônio Meneses:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, para o fim de confirmar, como confirmam, a sentença agravada, contra o voto do Sr. desembargador HOMERO PINHO, que prova o agravo, para reformar a sentença recorrida.

Assim decidem, porque o autor, ora agravado, como condutor de bondes da agravante, ficou tuberculoso, afirmando o médico-perito que o examinou não ser possível afastar o nexo de causa e efeito entre as condições do trabalho do condutor de bonde e o desencadeamento da moléstia, ainda que como poderoso fator adjuvante, senão a incapacidade da vítima total e permanente (*vide* fls. 21 a 21 v.).

Ora, a agravante não contesta estar o agravado tuberculoso, tendo-se obstinado ela em não apresentar a ficha de exame de sanidade do autor, ao admiti-lo ao seu serviço, ocasião em que deveria ter sido examinado pela Junta Médica de que trata o dec. nº 20.465, de 1º de outubro de 1931, alterado pelo dec. nº 21.081, de fevereiro de 1932. E, embora não considerada moléstia profissional,

a tuberculose pulmonar adquirida em trabalho árduo, como o de condutor de bonde, tendo nas penosas condições dêsse trabalho um inegável fator adjuvante, pode ser considerada acidente do trabalho, uma vez provada a incapacidade laborativa da vítima.

Custas pela agravante.

Distrito Federal, 27 de março de 1951. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Faustino Nascimento*, relator; *Homero Pinho*, vencido, eis que dava provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente a ação. Tuberculose pulmonar não é enfermidade profissional: apenas, excepcionalmente, toma êsse caráter. E isso nos casos em que se possa estabelecer uma direta relação de causa e efeito entre a profissão da vitima e sua contaminação, *v. g.*, professor a aluno, enfêrmo a enfermeiro, laboratorista em face do material de tuberculoso, trabalhadores em hospitais de tuberculosos, etc. A razão é simples: a tuberculose é doença que se transmite em massa, por meio do conhecido veículo especifico - *virus* ou *bacilo*. Ora, um condutor, de bonde, vivendo ao ar livre, assim exercendo seu oficio, não pode ter tuberculose pulmonar como enfermidade de sua profissão. No máximo, pelo modo de caminhar nos estribos dos bondes, fazendo a cobrança, sua doença profissional será uma atoxia locomotora. Mas tuberculose pulmonar, isso não.

*

FALÊNCIA - EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO

- O prazo, para a prescrição liberatória das obrigações do falido nas falências anteriores à atual lei, conta-se da data em que deveria estar encerrada a falência, a não a partir da em que a nova lei entrou em vigor. Não se aplica às falências anteriores à lei atual a exigência desta sôbre a sentença de encerramento.

Agravante: Wadih Jacob Kabarite

Ag. nº 1.266 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 1.266, sendo agravante Wadih Jacob Kabarite e agravado o Dr. 4º curador das Massas Falidas:

Acordam os juízes da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça, contra o voto do Sr. desembargador NARCELIO DE QUEIRÓS, dar provimento ao agravo para, reformando o despacho agravado, mandar que o Dr. juiz defira a inicial, expedindo os respectivos editais, e prosseguindo como de direito.

O agravante requereu a extinção das suas obrigações, em virtude da prescrição ocorrida, contada esta da data em que deveria a falência ter sido encerrada, pedido que foi indeferido pelo Dr. juiz, de conformidade com o parecer do Dr. curador, quanto a só poder o prazo começar a correr "a partir da data em que entrou em vigor a nova lei". Tal decisão é contrária ao que esta Câmara vem firmando (acórdão nos agravos de petição ns. 8.701, 8.841 e 8.989), e, ainda, ao julgado pela maioria das Câmaras Cíveis Reunidas, no recurso de revista nº 1.138 ("Diário da Justiça" de 21 de março de 1950, pág. 3.407, e fls. 8 dêstes autos), no sentido de: *a)* para a prescrição liberatória das obrigações do falido, nas falências anteriores à lei atual, o prazo conta-se da data *em que deveria estar encerrada a falência; b)* não se aplicar à

falência anterior à lei atual a exigência desta sôbre a publicação de encerramento da falência.

No regime da lei anterior, de nº 5.746, de 1929, não havia necessidade de publicação de sentença encerrando a falência, e isso porque a falência devia ser encerrada "dois anos depois da sua declaração". A jurisprudência consagrou, então, que a prescrição, devia ser contada, mesmo para efeitos penais, da data em que a falência deveria ter sido encerrada, isto é, desde que decorrido o prazo para o seu encerramento. A lei atual é que exige a sentença de encerramento e sua publicação, para a contagem do início do prazo para a prescrição das obrigações e da ação pessoal.

Mas a nova lei encontrou adquirido o direito do agravante, não só quanto à extinção da ação penal, como em relação às suas obrigações, desde que o prazo corria da data em que *deveria* estar encerrada a falência, de conformidade com

a lei anterior. A lei nova encontrou já findo o prazo para a prescrição, e não, ainda, em curso. A prescrição consumada, como acentuou o insigne ministro OROZIMBO NONATO ("Diário da Justiça" de 22 de maio de 1943, pág. 2.233), oferece os característicos do direito adquirido. O agravante tem, assim, direito de requerer a extinção de suas obrigações, independentemente de sentença de encerramento de sua falência, exigência a ser feita para as falências decretadas nos têrmos da atual lei nº 7.661.

Prossiga-se.

Distrito Federal, 22 de agôsto de 1950. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator designado; *Henrique Fialho; Narcélio de Queirós*, vencido, pois negava provimento ao recurso. *Data venia*, tenho sempre entendido, inclusive no julgamento do rec. de revista nº 1.138, citado no venerando acórdão, então, como hoje, voto vencido, que os prazos do art. 135 da Lei de Falências só podem ser contados da data do encerramento da falência, feito por sentença, na forma e com as condições previstas no art. 132.

O caso dos autos bem evidencia a extensão a que pode levar a interpretação dada à lei pela corrente de jurisprudência a que aderiu o venerando acórdão. O processo em apenso mostra que a falência, longe de ter sido encerrada, parou com o processo de liquidação em meio, ainda sem o cálculo. Sem o menor andamento, desde 1943 (fôlhas 185), veio agora o falido pedir a extinção de suas obrigações, quando ainda há nos autos petições, sem decisão, de credores pedindo pagamento de créditos, e depósitos em nome da massa, à disposição do juiz.

*

TRANSPORTE MARÍTIMO - PRESCRIÇÃO - SEGURADOR

- Prescreve em um ano a ação para a entrega da carga, a contar do dia em que findou a viagem, mesmo em se tratando de furto ou extravio. Êsse prazo é extensivo ao segurador, que paga ao segurado, como sub-rogado nos seus direitos.

Caledonian Insurance *versus* Companhia Comércio e Navegação

Ap. n° 11.146 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 11.146, em que é apelante Caledonian Insurance e apelada Companhia Comércio e Navegação:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, da mesma conhecer e dar-lhe provimento, para, reformando a sentença apelada, julgar prescrita a ação.

Custas *ex lege*.

E assim decidem porque prescrevem em um ano as ações por entrega de carga a contar do dia em que findou a viagem marítima, prazo êsse já decorrido quando, pela apelante, proposta foi a presente ação, como se vê dos documentos de fls. 7 e 30.

É certo que vem-se sustentando prescrever essa ação, não no prazo de um ano, e contado da data em que se findou a viagem, porém, no de 20, estabelecido no art. 442 do Cód. Comercial, principalmente quando intentada pelo segurador, como o sub-rogado nos direitos do embargador.

Nenhuma procedência tem êsse modo de entender, embora tenha a ampará-lo o acórdão do egrégio Supremo Tribunal de 1° de novembro de 1918, publicado na "Rev. Jurídica", vol. 134, pág. 485, e "Rev. de Direito", vol. 55, pág. 323, por isso que o art. 442 do Cód. Comercial se refere às ações fundadas sôbre obrigações não decorrentes da entrega de carga, e sim às obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular.

CARVALHO DE MENDONÇA mostra-nos de modo claro e iniludível a improcedência; ou desacêrto dêsse julgado, ao escrever: "o artigo 449, nº 2, contém disposições genéricas. Qualquer que seja a razão pela qual o expedidor não entregue parte ou tôda a carga a prescrição é a mesma" ("Direito Comercial Brasileiro", vol. 6°, 3ª parte, pág. 483).

Outro não é o modo de entender de ALMEIDA OLIVEIRA, na sua obra "A Prescrição", pág. 421, ao escrever: "Salvo os casos dos arts. 443 a 450, a prescrição de vinte anos é a regra geral para tôdas às ações comerciais, fundadas em escrituras públicas ou particulares, quer tenham por fim pedir a execução, rescisão ou nulidade do ato, quer se proponham a exercer direitos reais por êle criados".

Nenhuma aplicação tem a lei nº 2.681, de 1912, de vez que se refere não ao transporte marítimo, porém ao transporte por estradas de ferro. E, mesmo que aplicável fôsse, ainda assim o prazo para a prescrição não seria de vinte anos, porém de um, como certo fazem os têrmos de seu art. 9º, ao dispor:

"A liquidação da indenização prescreverá no fim de um ano, a contar da data da entrega nos casos de avaria, e, nos casos de furto ou perda, a contar do trigésimo dia, após aquêle em que, de acôrdo com os regulamentos, devia ter-se efetuado a entrega".

O curto prazo para a prescrição estabelecido no nº II do art. 449 do Cód. Comercial e art. 9º da lei nº 2.681, de 1912, justifica-se pela própria natureza dos fatos, e melhor justificação não há que a apresentada por BEDARRIDE, ao escrever: "Se a celeridade na liquidação das transações é um dos caracteres essenciais ao comércio, especialmente ao de transporte, muito mais o é em relação ao transporte por estradas de ferro".

Sequer aproveita à apelante o acórdão do Tribunal do Estado de São Paulo, de 21 de outubro de 1927, publicado na "Rev. dos Tribunais", vol. 64, págs. 103-704, quando decidiu que, se, antes de decorrido um ano, o expedidor ou o consignatário da mercadoria retoma a entrega em virtude da demora da mesma, e a estrada de ferro vem afinal declarar o desaparecimento, interrompe-se a prescrição, porque o expedidor ou o consignatário estiveram vigilantes na defesa de seu direito, por isso que, como se vê do doc. de fls. 30, já em 18 de outubro de 1946, pagara a apelante aos segurados a importância das mercadorias extraviadas ou furtadas, o que equivale dizer, depois da reclamação do pagamento por ela efetivado.

Não vemos, mesmo em se tratando de transportes por estrada de ferro, que a simples reclamação do expedidor ou consignatário da carga tenha a virtude de

interromper essa prescrição, quando o Cód. Comercial estabelece nos ns. 2 e 3 do art. 453, ou seja, na citação judicial, ainda mesmo que tenha sido só para o Juízo conciliatório, ou do protesto judicial, intimado pessoalmente o devedor. E nem se diga que qualquer lei de forma tenha modificado o dispositivo, visto como as leis dessa espécie não podem alterar as de substância.

A apelante, como sub-rogada nos direitos dos segurados, não tendo mais que êstes (Cód. Civil. art. 988), não pode pretender lhe seja aplicado o art. 442 do Cód. Comercial, que aliás trata de casos outros que o dos autos. Daí dar-se, como damos, provimento à apelação para, reformando a sentença apelada, julgar prescrita a ação.

Distrito Federal, 19 de junho de 1951. - *Ari Franco*, presidente interino; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Oscar Tenório*.

*

SOCIEDADE COMERCIAL – LEGITIMIDADE DE CAUSA - LIQUIDANTE

- Ação ordinária, que vise a recompor o patrimônio social, que haja sido dilapidado por um dos sócios, compete sociedade, mesmo que esteja em liqüidação, individualmente são os demais sócios carecedores de ação. Decretada a dissolução da sociedade comercial, será esta representada, em juízo, pelo seu liquidante.

José Antônio Martins e outros *versus* Tufic Neme

Ap. nº 14.203 - Relator: DESEMBARGADOR FARIA COELHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 14.203, em que figuram como apelantes José Antônio Martins, Aluísio Severo Martins, Luís Antônio Martins e Dilma Severo Martins, e como apelado Tufic Neme:

Acordam os juízes da 7ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação interposta, confirmando a sentença de primeira instância, não só na parte em que julgou os autores carecedores de ação, como naquela em que determinou a remessa de peças dos autos ao Ministério Público. Assim decidem porque a ação que os autores: pretenderam exercer pertence à sociedade comercial, pois visa à recomposição do patrimônio social, que teria sido dilapidado por um dos sócios. Ora, os apelantes não têm a representação da sociedade, que está em liquidação. por ter sido dissolvida, e, por esta razão, agiram em nome individual, pleiteando perdas e danos. É bem de ver que não há licitude em tal procedimento, uma vez que a sociedade ainda tem existência, embora em liquidação, que foi decretada em data anterior à propositura da presente demanda. Está bem que a situação criada pela atitude do apelado seja dirimida em procedimento judicial autônoma, por se referir a atos praticados antes de decretada a dissolução; mas o deveria ser pela sociedade, a qual, na forma do nº IV do art. 60 do Cód. de Processo Civil, será representada pelo seu liquidante. Êste, no caso em tela, é o Dr. liquidante judicial, que não teve qualquer intervenção no feito.

Custas pelo apelante.

Distrito Federal, 16 de outubro de 1951. - *Ari de Azevedo Franco*, presidente interino; *Vicente Faria Coelho*, relator; *Mem de Vasconcelos Reis*.

*

SOCIEDADE MERCANTIL - CONCORRÊNCIA DESLEAL - NOME COMERCIAL

- A sociedade mercantil que se transformou em anônima, incorporando ao acervo da nova sociedade, entre outros bens, o seu nome, dêle não pode continuar a usar, mormente em concorrência com a sociedade transformada. A concorrência desleal, no entanto, deve ser provada por fatos concretos, e prejuízos, como desvio de freguesia, ou clientela, etc.

Apelante: Valente Soares & Cia e outros

Ap. nº 8.329 - Relator: DESEMBARGADOR SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 8.329:

Acorda a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça, e por unanimidade de votos, negar provimento preliminarmente ao agravo no auto do processo, *de meritis*, em negar provimento também às apelações interpostas por ambos os litigantes, confirmando, assim, a sentença. Como se vê da documentação junta, havia, nesta praça, constituída em 1943, a Sociedade Valente Soares Ltda., que se transformou em Valente Soares & Cia. Ltda. (fls. 9 e 12), e mais tarde em uma sociedade anônima, com oito acionistas, todos cotistas da anterior sociedade, tendo ficado expresso que se tratava de simples transformação de uma sociedade em outra, que assumiu o ativo e o passivo da anterior, absorvendo-lhe o patrimônio.

Isto ocorreu em 27 de dezembro de 1947 (fls. 19). A denominação da sociedade anônima foi levada a registro em 23 de julho de 1948 (fls. 42). No entanto, diversos sócios da ré, e entre êles os portadores dos nomes patronímicos de que se havia composto a denominação da firma, constituíram outra sociedade, por contrato particular de 28 de maio de 1948 (fls. 43) e deram-lhe a mesma denominação da anterior sociedade, absorvida pela anônima "Valente, Soares & Cia.", levando êsse nome ao registro.

Ora, êsse nome já se havia incorporado ao patrimônio da sociedade anônima, no próprio ato da sua constituição a fls., inclusive com a manifestação da vontade dos componentes da ré, também incorporadores da autora.

Dessa combinação de nomes não podiam êles mais usar, pôsto que a tinham alienado, e nem só por êsse motivo, como porque a lei o proíbe expressamente.

Não vale a distinção de que em um caso se trata de razão social, e em outro da denominação de uma sociedade anônima. Trata-se, em ambos os casos, do *nome comercial*. Não se trata de anular o registro da denominação, mas de compelir a ré a que, por ato próprio, mude a sua denominação, pôsto que a alienou, para que não haja, além da apropriação, concorrência desleal.

A decisão se baseia em disposições expressas de lei.

O regulamento para o registro do comércio, baixado com o dec. nº 93, de 20 de março de 1935, restaura, para regular o registro de firmas, o dec. nº 916, de 24 de outubro de 1890, cujas disposições proíbem o uso por uma nova sociedade de denominação de outra anterior, provado no § 1° do art. 6º o caso em exame, e proibindo no art. 7º a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada.

Assim, além da razão decisiva de ter alienado o seu nome, a ré (ou os seus componentes) não pode usar a antiga denominação, porque a lei proíbe de modo expresso.

Em tais condições, decidiu muito bem a sentença, julgando procedente a ação e improcedente a reconvenção.

Ampliar-se no entanto a condenação, como quer a autora, é que não é possível em face dos elementos dos autos. Exercer o mesmo ramo de comércio em concorrência à sociedade por êles mesmos constituída, embora constitua em abstrato concorrência desleal, não é o bastante para, sem a prova concreta de prejuízos ou desvio de clientela, autorizar a imposição de sanções legais.

Distrito Federal, 19 de setembro de 1950. - *Frederico Sussekind*, presidente, sem voto; *Estácio Correia de Sá e Benevides*, relator; *Henrique Fialho; Narcélio de Queirós*.

*

LIVROS COMERCIAIS - VALOR PROBANTE

- Os livros comerciais fazem prova não apenas contra os que dêles forem proprietários, mas também contra pessoas não comerciantes e comerciantes, se os assentos forem comprovados por algum documento.

Frigorífico Cruzeiro, S. A. *versus* Antônio Simões Alípio

Ap. nº 7.778 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 7.778, em a qual é apelante Frigorífico Cruzeiro, S. A. e apelado Antônio Simões Alípio:

Acordam, por maioria de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em dar provimento ao aludido recurso, para, contra o voto do relator, Des. SILVIO MARTINS TEIXEIRA, que a confirmava, reformando, em parte, a decisão recorrida, julgar procedente a ação e condenar o ora apelado a pagar ao apelante a soma de Cr$ 1.653,50, juros da mora a partir da citação inicial e custas, estas em proporção.

Assim decidem porque o Frigorífico Cruzeiro, S. A., juntando uma duplicata de Cr$ 2.153,50, protestada por falta de aceite, veio cobrá-la por esta ação ordinária, fazendo prova inequívoca da existência do negócio de que resultou o crédito e, também, de parte dêste.

Trata-se de compra de carne verde e o réu, o ora apelado, ao contestar a ação, alegou que nada devia porque comprara e pagara à vista.

Todavia, não fêz prova alguma de sua alegação, eis que pretendeu que ela resultasse demonstrada à vista das *notas de entrega* da mercadoria, juntas às fls. 11 e 12, mas sem se aperceber que tais notas não valem como recibo, segundo a observação ao pé de cada qual e mesmo porque delas nem um recibo consta.

Além disso, levada a protesto a duplicata em causa, por falta de aceite, nem uma impugnação, nem alegação qualquer, foi feita pelo devedor no respectivo instrumento que se vê às fls. 6.

Não há dúvida alguma sôbre ser o apelado freguês do apelante na compra de carne, tampouco de lhe haver ficado devendo; conforme se vê de seu depoimento pessoal de fls. 33.

Para maior segurança do direito creditório do autor, foi procedido um exame contábil na sua escrita mercantil, e dos lançamentos desta, segundo o laudo

pericial, está demonstrada a existência do débito objeto da ação, não, porém, no montante pedido pelo credor, mas reduzido de Cr$ 500,00, pelo lançamento, que ali foi feito em setembro de 1948, do recebimento desta parcela, resultando, assim, um saldo líquido, em favor daquele, da soma de Cr$ 1.653,50.

Dêste jeito, não podia ser julgada improcedente a ação, eis que a prova produzida em contrário a autorizava. Os livros comerciais fazem prova, não apenas contra os que dêles forem proprietários, mas contra quantos com êstes negociarem, uma vez que seus assentos foram comprovados por algum documento que por si só não possa fazer prova plena (Cód. Comercial, art. 23, números II e III).

Distrito Federal, 22 de agôsto de 1950. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Homero Pinho*, relator designado; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho; Sílvio Martins Teixeira*, vencido, pois, negava provimento à apelação, pelos motivos constantes do meu voto dactilografado que se segue numa página:

O autor, ora apelante, Frigorífico Cruzeiro, S. A., propôs a presente ação ordinária contra Antônio Simões Alípio, ora apelado, para cobrança da quantia de Cr$ 2.153,50, constante da duplicata de fls. 6, que não fôra aceita pelo acionado. Representa o título, segundo alegação da requerente da inicial, saldo de fornecimentos. Precisava, portanto, provar a venda das mercadorias ao réu e a recusa do pagamento do preço ajustado. Depondo, disse o réu: "que do acêrto de contas que fêz com o Frigorífico nada lhe ficou devendo; que não é verdadeiro o título de fls. 5 dos autos; que por conta do mesmo não efetuou nenhum pagamento". Portanto, não existe confissão: Declarou o advogado do autor, respondendo à contestação, que: "na verdade, o réu reconheceu a dívida de Cr$ 2.153,50, constante da duplicata que instrui a presente, e por conta dela já pagou a importância de Cr$ 500,00, que deverá ser agora levada a seu crédito". Requereu exame apenas nos livros comerciais do autor. Contra o mesmo a escrituração constitui prova (art. 23 do Cód. Comercial), mas a favor de quem os deve possuir necessário é outra prova complementar (ns. 2 e 3 do mesmo artigo). Os documentos de fls. 11 e 12 nenhum valor jurídico têm: são escritos a lápis, não têm assinatura e foram manuscritos (ignora-se por quem), apenas algarismos além do nome do réu. Testemunhas por si mesmas não provam obrigação acima da taxa legal fixada para tal prova isolada. Além

disso, a primeira afirmou que o débito do réu era de mais de Cr$ 4.000,00, comprometendo-se a pagar o acionado ao autor em prestações a quinzenais de Cr$ 500,00 (fls. 34); entretanto, consta sòmente a escrituração de Cr$ 500,00, sendo não obstante, a importância cobrada de Cr$ 2.153,50. A segunda testemunha não disse ter entregue as notas ao réu sem o pagamento (apenas se referiu à entrega de duplicata, fls. 35); tais notas, porém, estavam em poder do réu (fls. 11 e 12) e, conforme o primeiro depoimento, "é praxe no Frigorífico entregar os vales aos fregueses quanto ao pagamento" (fls. 34 v.).

*

ARMAZÉNS GERAIS - DIREITO DE RETENÇÃO

- As emprêsas de armazéns gerais têm o direito de retenção para garantia do pagamento das armazenagens e despesas com a conservação das mercadorias depositadas.

Armazéns Gerais Novo Mundo S. A. *versus* Ernâni Meneses Góis

Ag. nº 1.464 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 1.464, sendo agravante Armazéns Gerais Novo Mundo S. A, e agravado Ernâni Meneses Góis:

Acordam os juízes da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, dar provimento ao agravo para, reformando o despacho recorrido, deferir o pedido da agravante e mandar que a entrega das mercadorias fique condicionada ao prévio pagamento das armazenagens.

Expresso é o art. 14 do dec. nº 1.012, de 1904, quanto ao direito das empresas de armazéns gerais de retenção para garantia do pagamento das armazenagens e despesas com a conservação e com as operações, benefícios e serviços prestados ás mercadorias, a pedido do dono; dos adiantamentos feitos com fretes e seguro e das comissões e juros, quando as mercadorias lhes tenham

sido remetidas em consignação. Não podia, assim, o despacho agravado mandar que a agravante fizesse á entrega das mercadorias em débito, sem o pagamento das respectivas armazenagens. Sôbre elas tem a agravante o direito de retenção (art. 1.279 do Cód. Civil).

Custas pelo agravado.

Distrito Federal, 15 de setembro de 1950 - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Henrique Fialho; Narcélio de Queirós*.

*

CAMBIAL - TERCEIRO ENDOSSATÁRIO - EXCEÇÕES PESSOAIS - VENCIMENTO

- A cambial é um título circulável e essa é a sua característica dominante. Por isso, não são oponíveis a terceiro, endossatário, as exceções pessoais do devedor originário contra o credor.

- Não se tratando de prestações periódicas, a circunstância de não estar vencida uma das letras, com vencimentos sucessivos, não exclui a exigibilidade das demais, tôdas vencidas.

(Omitidos os nomes das partes)

Ap. nº 8.673 - Relator: DESEMBARGADOR SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 8.673:

Acorda a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça em, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo no auto do processo, e, *de meritis*, em, por maioria, contra o voto do desembargador revisor, dar provimento, em parte, à apelação, para julgar procedente a ação, salvo quanto à promissória ainda não vencida à data do julgamento.

A cambial - trate-se de letra de câmbio ou nota promissória - é um título circulável, instrumento de crédito privado, e essa é a sua característica principal.

Mesmo que pudessem ser oponíveis ao credor originário as exceções pessoais do devedor, essas exceções não poderiam ser opostas ao terceiro de boa-fé, como, até prova em contrário, é o endossatário, ora autor.

A sentença recorrida chega a conclusões não autorizadas pela prova dos autos, como, *v. g.*, a de que o endôsso se operou após o vencimento, quando o que se apura é que ao menos um dos títulos não estava ainda vencido.

O que resulta da prova é que as promissórias ajuizadas foram emitidas como moeda de pagamento do preço de venda de um estabelecimento comercial, e como tal recebidas pelo vendedor, como consta do documento de fls. 24 e do depoimento pessoal do comprador, em outro processo, e junto a êste por certidão (fls. 44). Morais, legítimo credor, endossou os títulos, que, circulando, vieram a pertencer ao ora autor. A circunstância de não estar vencido um dos títulos não exclui a exigibilidade dos demais, dada a autonomia de cada um deles, e êsse não vencimento é mesmo um argumento contra a suposição de ter sido o endôsso posterior ao vencimento.

Distrito Federal, 2 de junho de 1950. - *Narcélio de Queirós*, presidente e revisor, com voto vencido abaixo; *Estácio Correia de Sá e Benevides*, relator; *Francisco Pereira da Bulhões Carvalho*.

Não advertido de que era voto vencido, deixei de lhe declarar os motivos, ao assinar o acórdão. Mantinha eu a sentença de folhas 64, negando, assim, provimento ao recurso, tendo em consideração os fundamentos expostos a fls. 65, *in fine*, e fls. 66. O exame dos títulos evidencia duas circunstâncias para mim definidas no julgamento da espécie: o endôsso a favor do exeqüente ocorreu depois de vencidas as promissórias, tendo em vista a declaração delas constante, feita pelo antigo, endossatário, e datada de 13 de junho de 1949 (fls. 3, v., 4 v. e 5 v.). E valendo o endôsso como cessão cível, já deixa de prevalecer a argumentação do venerando acórdão. Não vale argumentar que um dos títulos não estava vencido (fls. 6), porque dêsse não se cogita, e o próprio venerando acórdão o excluiu da execução. Por outro lado, em face da

declaração lançada no verso dos títulos, não pode o apelante alegar boa-fé, como portador, uma vez que tinha ciência plena da vinculação das promissórias ao negócio subjacente, que não se realizou, como também se verifica da declaração. *Data venia*, a meu ver, é incensurável a sentença.

*

FALÊNCIA - TÚMULOS CAUCIONADOS - REGISTRO

- A falta de registro da caução de títulos depositados na sociedade falida não autoriza a massa a incorporá-los. A não existência do registro do contrato obsta à sua oposição a quem venha a adquirir direito, sôbre a coisa, mas não exclui os seus efeitos, pelo simples fato de haver ela sido arrecadada pela massa falida.

Massa Falida de Laje & Cia. Ltda. *versus* José Gonçalves Portela

Ag. nº 1.079 - Relator: DESEMBARGADOR VIEIRA BRAGA

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de agravo de petição, agravante Massa Falida de Laje & Cia. Ltda., agravado José Gonçalves Portela:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, mantendo, assim, a sentença agravada, que julgou procedentes os embargos de terceiro.

A decisão recorrida julgou procedentes os embargos oferecidos pelos agravados, por ter sido feita a prova de que os títulos sôbre que versam os embargos haviam sido depositados na casa bancária da firma falida, por pertencerem a terceiros que os entregaram. como caução do contrato de locação. O documento de fls. 21, que é a origem de tudo, tem a firma reconhecida em 1944.

Reclama, porém, a agravante, porque o contrato não foi levado ao Registro de Títulos e Documentos, invocando o que dispõe a lei sôbre efeitos dos contratos

em relação a terceiros. Mas, na generalização das conseqüências que a agravante tira da norma legal, há equívoco. Para quem adquire direito sôbre uma coisa, pouco importa que outro, anteriormente, tenha feito contrato incompatível com aquela aquisição, se tal contrato não consta do registro, pois a falta dêsse requisito não lhe poderá ser oposto. Isso não significa, porém, de forma alguma, que terceiro, sem direito algum possa invocar a ausência do registro, para disputar contra quem adquiriu direito sôbre a coisa. Desde que há prova segura do depósito dos títulos com o falido, a arrecadação não investe a massa falida de direito sôbre a coisa, só porque faltava ao contrato o registro.

É de confirmar-se, assim, a decisão agravada.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 26 de maio de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente e relator; *Ari de Azevedo Franco; Mem de Vasconcelos Reis*.

*

SEGURO DE FIDELIDADE – OBRIGAÇÕES DO SEGURADO

- Perde o direito ao ressarcimento do dano previsto no contrato de seguro o segurado que não cumpre as obrigações que lhe cumpriam. Assim, a nenhuma indenização tem direito o segurado, no seguro de fidelidade, se, já ciente do desfalque cometido pelo seu empregado, despede-o, pagando-lhe os ordenados integrais, sem dar aviso ao segurador.

Sociedade Espanhola de Beneficência *versus* Sal América Terrestre, Marítimos e Acidentes, Cia. de Seguros

Ap. nº 8.908 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 8.908, em que é apelante Sociedade Espanhola de Beneficência e apelada Sul América Terrestre, Marítimos e Acidentes, Cia. de Seguros:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Trata-se de um seguro denominado de "fidelidade". Pretende a apelante a reforma da sentença, para que lhe seja assegurada a indenização decorrente do desfalque perpetrado por um dos seus servidores, evento previsto na apólice de seguro feito com a apelada.

Sucede, porém, que, consoante a apólice de fls. 7, os riscos seriam excluídos se não comunicados à seguradora, dentro do prazo de 3 meses seguintes à expiração da apólice, estipulando-se, ainda: que a falta de comunicação do prejuízo dentro do período de 24 horas após o conhecimento do fato, obrigação decorrente da necessidade de possibilitar ao segurador tomar tôdas as medidas convenientes para a recuperação do prejuízo e punição do responsável, determinaria a perda do direito à indenização se, pelo excesso dêsse prazo, o segurador não pudesse tomar tais medidas; que ao segurado era proibido entrar em qualquer trato ou combinação de qualquer natureza com o empregado faltoso, a menos que houvesse prévia ciência, ou aquiescência do segurador.

Evidencia-se, então, do processo, que nenhuma dessas obrigações foi cumprida pela apelante; que o evento se tornou conhecido da autor-apelante em 22 de janeiro de 1949, conforme denuncia, o documento de fls. 38; que a autora só deu ciência do fato à seguradora em 19-2-1949. Além disso, a ré-apelada foi prejudicada pela autora, com o ter sido dado à funcionária faltosa plena quitação e pagamento integral dos seus salários, em contrário ao estipulado na cláusula IX, letra "D", da apólice.

Em tais condições, impõe-se a confirmação da sentença apelada.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 25 de julho de 1950. - *Edgar Ribas Carneiro*, presidente; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, relator; *Sadi Cardoso de Gusmão*.

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO - LANÇAMENTO - EXECUTIVO FISCAL - DEFESA

- Só por via administrativa ou judiciária comum é de apreciar e decidir sôbre a legitimidade do "quantum" decorrente de lançamentos impugnados.

Francisco Primerano *versus* Fazenda do Distrito Federal

Ag. nº 326 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 326, em que é agravante Francisco Primerano e agravada a Fazenda do Distrito Federal:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso interposto, mas negar-lhe provimento, para confirmar a sentença apelada.

Custas *ex lege*.

E assim decidem porque de nenhuma procedência é a defesa do agravante, tendente a invalidar a cobrança da diferença dos impostos devidos pelo aumento do valor locativo, máxime no tocante à argüida inconstitucionalidade do dec. municipal número 8.629, de 1946. Os dispositivos da Constituição federal apontados como violados por essa lei (§§ 24 e 48) não dizem respeito ao assunto, pois o primeiro trata de mandado de segurança e o segundo da instituição do Júri. Se indevido é êsse aumento de impôsto, não é de ser o mesmo decretado na ação executiva de sua cobrança, só mediante processo administrativo, ou ação de anulação de lançamento poderá a respeito se decidir. Daí negar-se, como se nega, provimento ao recurso.

Distrito Federal, 3 de junho de 1949. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari de Azevedo Franco*.

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - RETOMADA - SOCIEDADE POR COTAS

- Assiste ao locador o direito de retomar, para a instalação de negócio explorado por sociedade por cotas de responsabilidade limitada, se dela fôr consta, ou seus ascendentes ou descendentes.

- VOTOS VENCIDOS: Não pode o locador retomar para instalar sociedade de que seja consta, ou seus descendentes ou ascendentes.

Antônio Rodrigues Teixeira *versus* Irmãos Loja

Ap. nº 2.794 (embr.) - Relator: DESEMB. MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado, na apelação cível nº 2.794, em que é embargante Antônio Rodrigues Teixeira e embargados Irmãos Loja:

Acordam os juízes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, contra os votos dos desembargadores revisor, SÁ BENEVIDES, ESPÍNOLA FILHO e SERPA LOPES, recebê-los para, reformando o acórdão embargado, restaurar a sentença de primeira instância, que julgou improcedente a ação.

Custas *ex lege*.

E assim decidem uma vez que o art. 8º do dec. nº 24.150, de 1934, na sua letra *e*, assegura ao locador o direito de retomada do imóvel locado para uso próprio, de seu cônjuge, ascendente ou descendente, seja para o comércio individual ou em sociedade.

Da exegese dos dispositivos constantes do art. 8º e suas alíneas resulta, inequìvocamente, que o direito de retomada não é restrito ao uso residencial, estende-se, e principalmente, ao comercial, como certo faz o dito parág. único da sua letra *e*, ao dispor que, "nessa hipótese, todavia, o prédio não poderá ser

destinado ao uso do mesmo "ramo de comércio ou indústria do inquilino do contrato em trânsito".

O fato da retomada ser para uso duma sociedade por cotas de responsabilidade limitada não autoriza denegar-se o pedido de retomada, quando sejam os cotistas, locador, ascendentes e descendentes dêste, por isso que, salvo quando se revista da forma anônima, não perde esta a natureza da sociedade de pessoas, a cujos preceitos fica subordinada, exceção dos reguladores da responsabilidade.

Se a lei confere ao locatário, que faz parte de sociedade comercial a que passe a pertencer o fundo de comércio, instalado no imóvel, o direito de exercitar a ação renovatória, ou à sociedade (Cód. de Proc. Civil, art. 362), nada há que autorize negar-se ao locador, que seja sócio duma sociedade por cotas de responsabilidade limitada ou que a ela pertençam seus ascendentes e descendentes, o direito de retomada.

Ademais, é de salientar-se que, em se tratando dum direito assegurado pela Constituição federal, como é o de propriedade, lícito não é ao julgador ampliar a restrição legal ao mesmo.

Distrito Federal, 29 de setembro de 1949 - *José Duarte*, presidente; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, vencido, com o voto seguinte:

Trata-se duma retomada que, segundo a contestação a fls. 26, é pleiteada para uso de filhos e genros do proprietário do prédio, os quais, "em sua maioria, são sócios componentes da sociedade por cotas de responsabilidade limitada intercâmbio, Comércio e Representações Guanabara Limitada".

O acórdão embargado negou essa retomada, porque entendeu não caber a favor de simples sociedade por cotas.

Parece-me que a questão deve ser encarada sob um outro ângulo, a saber, o do direito de retomada a favor de sociedade, em geral.

O art. 8°, letra *e*, do dec. nº 24.150, de 1934, e o art. 358 do Cód. de Proc. Civil dão a retomada a favor de descendente e, mesmo, de maneira mais ampla, a pessoa da família do locador.

Ora, uma sociedade comercial tem sua personalidade própria, que não se confunde com a dos sócios.

Argumenta-se com o art. 362 do Código de Proc. Civil, a fim de se chegar à conclusão de que cabe o direito de retomada a favor da sociedade comercial da qual seja sócio o locador ou seu descendente. O que se lê, entretanto, nesse art. 362, é que o mesmo só alude ao locatário que fizer parte da sociedade comercial e que deseja exercer a ação renovatória em beneficio desta.

Não alude o texto ao locador.

É verdade que há acórdãos que admitem essa interpretação extensiva; e o próprio acórdão embargado a aceita, e apenas entende que a sociedade a ser beneficiada deve ser de pessoas e não de simples capitais ou por cotas (fls. 146 v.).

Não acolho a opinião do acórdão embargado, porque, como mostra o embargante a fls. 154, a sociedade por cotas é de natureza mista, participando da natureza das sociedades solidárias e das sociedades de capital.

Entretanto, devo ater-me ao texto da lei, que dá o direito de retomada a favor estritamente dos descendentes ou da família do locador e não de sociedades comerciais, com personalidade própria, de que façam parte.

Rejeitei, por isso, os embargos.

Estácio Correia de Sá e Benevides, vencido, rejeitava os embargos, para manter o acórdão embargado. A retomada, na ação renovatória, é uma das modalidades da defesa do locador, que pretenda usar o imóvel por si, seu cônjuge, ascendente ou descendentes. Na espécie, à sociedade para a qual se pede a retomada não se identificam qualquer dessas pessoas: tem personalidade jurídica própria; ora, o direito de retomada é, por sua natureza, dos que se exercem *stricti juris*, como exceção que é ao regime em mil das locações

comerciais. Não comporta interpretação extensiva, que se fundamente na eqüidade; *Eduardo Espínola Filho*, vencido, pois, atendidas as particularidades do caso *sub judice*, e sem assentar tese jurídica, confirmava o acórdão embargado, pelos seus fundamentos; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, vencido, subscrevo, *data venia*, os votos supra; *Emanuel Sodré*, vencido, de acôrdo com os votos dos desembargadores BULHÕES CARVALHO e SÁ E BENEVIDES; *Guilherme Estelita*, vencido, pois, a meu ver, o art. 362 do Cód. de Proc. Civil não pode ter a interpretação ampliativa que lhe deu a decreta maioria do Tribunal.

ACÓRDÃO EMBARGADO

Vistos, relatados a fls. e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.794, em que são apelantes Irmãos Loja, sendo apelado Antônio Rodrigues Teixeira:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso para, reformando a sentença de fls. 108 v., julgar procedente a ação, e renovar o contrato de locação do prédio nº 823-A da rua São Cristóvão, pelo prazo de cinco anos e demais condições constantes do contrato anterior, menos quanto ao aluguel, que passará, a Cr$ 800,00 mensais, consoante o arbitramento feito no laudo, unânime, de fls. 73-78, contra o voto do revisor, que negava provimento à apelação, confirmando, assim, a decisão recorrida.

Não cabe, na espécie, o pedido de retomada do mencionado prédio, feito pelo réu-apelado, com fundamento no art. 8°, letra *e*, do dec. nº 24.150, de 1934, pois não é tal pedido para uso próprio ou dos seus descendentes (filhos e genro), mas para ser instalada, no aludido prédio, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada - Intercâmbio, Comércio e Representações Guanabara Limitada, - da qual, entre outros, fazem parte, como cotistas, filho e genro do réu-apelado.

A jurisprudência tem admitido a retomada para firma social, mas quando se trata de sociedade de pessoas e não de capitais. Seria estender muito longe o direito de retomada à sociedade por cotas, porque cotistas sejam filho e genro do proprietário do imóvel, além de outros.

Os apelantes preencheram as condições legais, para que lhes seja reconhecido o direito à renovação do contrato de locação do prédio da rua São Cristóvão nº 823-A, onde têm o seu negócio de tinturaria, e, assim, é de se lhes conceder a renovação nas condições supra referidas.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 20 de agôsto de 1948. - *Oliveira Sobrinho*, presidente e relator; *Emanuel Sodré; José Prudente Siqueira*, vencido, pois negava provimento à apelação, para o efeito de confirmar a sentença:

Sem distinções que não se encontram na lei, referentes à sociedade de capital ou de pessoas, incontestável é que o pedido de retomada encontra inteiro apoio no que prescreve o dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, art. 8°, letra *e*, e seu parág. único.

Pretende-se instalar na loja-locada a firma Intercâmbio, Comércio e Representações Guanabara Ltda., composta de três filhos do réu e seus três genros casados pelo regime da comunhão de bens, sendo apenas os dois sócios Armando Lameira Filho e Luís de Carvalho Jorge que nenhum laço de parentesco têm com aquêle réu.

Trata-se de indiscutível fundo comercial, constituído desde 30 de março de 1944, estando, assim, satisfeito o que prescreve o art. 358 do Cód. de Proc. Civil.

A prova documental oferecida demonstrou, à saciedade, todo o articulado na contestação de fls. 25 e razões de apelação (fls. 31 a 58). A prova da necessidade, único e fundamental requisito exigido pela doutrina, com reflexo já hoje abundante na jurisprudência, quando se cuida da retomada do prédio, que é o caso vertente, encontramo-la no laudo unânime de fls. 74, em o qual afirmam os peritos estar a sociedade mal instalada à rua Senador Dantas nº 20, 5° and,. sala 511, tendo mesmo o seu estoque alojado na fábrica do réu, à rua Senhor dos Passos nº 28.

Satisfeitos os requisitos legais e provada a necessidade da retomada, como estão sobejamente nos autos, de modo algum "seria estender muito longe êsse

direito de retomada", como se expressa o acórdão, não só por ser um direito, como se reconhece, como também por ser um dos atributos específicos da propriedade.

Impunha-se, assim, a confirmação da sentença, que é jurídica e com base na prova oferecida.

*

IRRESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE - REPARAÇÃO DO DANO - SEGURO SOCIAL

- Da indenização devida pela transportadora, à vítima do acidente, não há que descontar a contribuição da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Servidores Públicos.

Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda. *versus* Jovem Tissi da Silva

Ap. nº 9.226 - Relator: DESEMBARGADOR ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 9.226, em que é apelante a Companhia de Carris, Luz e do Rio de Janeiro Ltda., sendo apelado Jovem Tissi da Silva, por si e como tutora do seu filho Manuel de Jesus Silva:

Acordam, por maioria, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em negar-lhe provimento, para confirmarem, como confirmam, a decisão recorrida, condenada a apelante nas custas.

Assim decidem, contra o voto do desembargador relator, porque, limitada a pretensão da apelante à redução, da condenação por culpa contratual, do que à vítima é pago pela Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Servidores Públicos do Distrito Federal, não é ela de amparar-se, conforme, reiteradamente, têm entendido os julgados, orientados no sentido de que a responsável não pode ser

beneficiada com medidas de previdência, de que a vítima houve para bem se premunir, antes do acidente.

Distrito Federal, 10 de outubro de 1950. - *Guilherme Estelita*, presidente, com voto vencedor; *Eduardo Espínola Filho*, relator designado; *Emanuel Sodré*, vencido: Conforme tenho reiteradamente votado, a importância que o acidentado ou seus beneficiário recebem de qualquer Caixa ou Instituto, em virtude do desastre, deve ser descontada do total da indenização devida pelo responsável pelo mesmo desastre. *Indenização* é a reparação, tão completa quanto possível, dos prejuízos advindos do desastre.

Se a vítima dêste, ou seus beneficiários, vão receber, além dessa indenização, mais o que a Caixa ou Instituto passou a pagar em conseqüência do mesmo fato danoso, é evidente, é manifesto, é irretorquível que não vão êles ser apenas *reparados* do prejuízo, mas vão também *lucrar*, passando a receber, mais do que a simples reparação. O argumento em contrário é que o *desconto* das pensões da Caixa irá beneficiar o responsável; mas nada impede que a Caixa, por sua vez, exija dêsse responsável o que a mesma Caixa ou Instituto ficou a despender como conseqüência do desastre.

Parece predominar em nossos Tribunais a corrente que não manda deduzir tais pensões; mas, sem dúvida, existem valiosos julgados de acôrdo com o presente voto vencido,. bastando citar os que se lêem na "REVISTA FORENSE", vol. 105, pág. 302, e "Arq. Judiciário", vol. 43, pág. 244. Nesta última coletânea se lê um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo desembargador MÁRIO GUIMARÃES, onde se encontra êste incisivo trecho:

"A indenização tem por fim, exclusivamente, ressarcir os danos. Se a autora recebeu a quantia acima aludida (da Caixa Beneficente), viesse ela desta ou daquela fonte, *é fora de dúvida* que teve parte dos seus danos materiais diminuídos".

Ciente, em 8-3-1951. - *T. Arthou*.

*

POSSE - USUCAPIÃO - CONEXÃO

- Os atos de ameaça, esbulho ou turbação á posse, praticados enquanto não consumada a prescrição aquisitiva constituindo interrupção ou oposição, podem impedir o usucapião, ao contrário dos que são cometidos após a consumação do prazo prescricional, que não mais podem afetar o direito à aquisição da propriedade e cuja posse é amparada pelos interditos "prohibitoria", "retinendae" e "recuperandae".

- A identidade das questões principais que são objeto de duas ou mais ações, e não a identidade total ou parcial de elementos de lides simultâneas, é o que determina e constitui a conexão de causas.

Brás Francisco da Silva *versus* Eulâmpio Alves Feitosa

Ag. nº 2.025 - Relator: DESEMBARGADOR HUGO AULER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.025, em que é agravante Brás Francisco da Silva e agravado Eulâmpio Alves Feitosa:

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 cassar o despacho agravado, e ordenar ao Dr. juiz *a quo* que processe e julgue afinal a causa como entender de direito.

E assim decidem porque, realmente, o agravante aforou anteriormente, no Juízo de Direito da Vara de Registros Públicos, uma ação de usucapião que tem por objeto a posse trintenária de um terreno situado entre os imóveis de ns. 73 e 81 da rua Alice de Freitas, nesta cidade (cert. de fls. 41), havendo, agora, proposto contra o agravado a presente ação de manutenção de posse, sob o fundamento de que por êle estava sendo molestado em seus direitos possessórios sôbre o imóvel em questão, e que foi distribuída ao Juízo de Direito da 8ª Vara Cível (doc. de fls. 2). Entretanto, o Dr. juiz *a quo* houve por bem julgar o agravante carecedor do direito de ação, sob o fundamento de que tais atos de turbação

poderiam influir na de usucapião e de que havia identidade entre ambas as ações a autorizar unidade de julgamento (doc. de fls. 34 v. e 35).

O despacho agravado merece cassação, por isso que, muito embora sejam aparentemente idênticas a posse que foi objeto da ação de usucapião e a que ensejou esta ação de manutenção, a verdade é que inexiste qualquer identidade entre as mesmas demandas para efeito de reconhecimento da *connexistas causarum*.

Com efeito, na hipótese do art. 550 do Cód. Civil, constituindo um modo de adquirir a propriedade, ou, mais pròpriamente, como querem AUBRY & RAU, um meio de consolidar uma aquisição sujeita a evicção ("Cours de Droit Civil Français", Paris, ed. Marchal & Billard, 1935, 6ª ed., tomo II, § 210, pág. 443), o usucapião produz, após a posse trintenária sem interrupção ou oposição, um efeito retroativo para o fim de reconhecer no prescribente o titular de um direito real de propriedade desde o momento em que começou a possuir mansa, contínua e pacìficamente.

E justamente por essa razão foi que ENRICO GROPALLO pôs em destaque a circunstância de que *"gli scrittori sono d'accordo nel riconoscere alla usocapione comoiuta una virtù retroattiva per effetto della quale l'usocapiente si riputa essere stato proprietario (o titolare di un altro diritto reale) fino dal primo momento in cui cominciò a possedere"* ("Nuoyo Digesto Italiano", Turim, Utet, 1939, tomo X, verbete *Prescrizione Civile*, número 37, pág. 237).

Nessa conformidade, se o usucapião produz, eis que se consumou o prazo previsto na lei, um efeito retroativo para o fim de considerar quem era apenas possuidor como titular de um direito real desde o momento em que começou a possuir e se as conseqüências da retroatividade são justamente as de considerar atos de legítimo proprietário os que foram praticados pelo prescribente durante o curso da prescrição, logo se está a ver na prescrição aquisitiva qualquer ato de ameaça, esbulho ou turbação, induzindo oposição, mas, posterior à sua consumação, não tem o mérito de impedir a declaração judicial do direito dominical obtido por via, de usucapião. Esta declaração judicial tem por efeito a aquisição do título, pois, como bem o diz TARTUFARI, *"non è il solo ultimo instante che produce la usocapione; esso la compie soltanto e pone il coronamento all'opera cominciata e prosseguita dal possesso, coll'azione*

costante di dieci o più anni. È un'aziane unica e pro bisogna riportarne l'affetto sino al suo principio" ("Degli Effetti del Possesso", Turim, Utet, 1886, vol. II, número 789, pág. 134).

Por via de conseqüência se há de concluir que, operado o usucapião, qualquer ato de ameaça, esbulho ou turbação possessória não mais poderá atingir a posse anterior que resultou daquele modo de adquirir a propriedade. Há o que distinguir entre a posse anterior como causa do usucapião e a pose posterior como efeito de prescrição aquisitiva. Os atos de ameaça esbulho ou turbação à posse, praticados enquanto não consumada a prescrição aquisitiva, constituindo interrupção ou oposição, podem impedir o usucapião, influindo decisivamente na respectiva ação de declaração; os atos de ameaça, esbulho ou turbação à posse cometidos após a consumação do prazo prescricional não mais podem afetar o direito à aquisição da propriedade e cuja posse é protegida pelos *interdicta prohibitoria*, *retinendae* e *recuperandae possessionis*.

Nessas condições, logo se está a ver que, ao contrário da tese sustentada pelo Dr. juiz *a quo* no despacho agravado, o ato de turbação possessória que deu origem à presente ação de manutenção não pode de modo algum influir no julgamento da ação de usucapião que o agravante aforou anteriormente com fundamento no art. 550 do Cód. Civil. Não é, pois, legítima a conclusão a que chegou o decisório agravado, segundo o qual, "se o autor perder a manutenção, está aniquilada a base do usucapião", razão por que, "havendo risco de contradição de julgado, há conexão" (doc. de fls. 34 v.). A posse para efeito do usucapião já se integrou no momento da propositura da respectiva ação, em que é. apenas pedida uma declaração judicial de fato pretérito, como seja a consumação do prazo para aquisição da propriedade, motivo por que qualquer ato posterior de ameaça, esbulho ou turbação não poderá afetar o direito de usucapir que se consolidou pelo simples decurso do prazo prescricional. Apenas a interrupção ou oposição superveniente ao decurso do tempo marcado para a prescrição é que tem capacidade para impedir a aquisição por usucapião. É que, em se tratando genèricamente de prescrição, domina a matéria o princípio de que se não pode suspender, interromper ou dilatar qualquer prazo prescricional que atingiu a respectiva consumação.

Esta conclusão tanto mais se impõe quanto menos se ignora que, consumada a prescrição, se opera o usucapião, transformando em proprietário quem era

apenas possuidor, pouco importando a ausência de título de transferência do direito real de propriedade, eis que o legislador foi por demais explícito quando estabeleceu, entre os modos de adquirir a propriedade imóvel, a par com a transcrição do título de transferência no Registro de Imóveis, a acessão e o direito hereditário, também o usucapião, como se vê do art. 530 do Cód. Civil. E bem verdade que o art 454, § 2º, do Cód. de Proc. Civil determina que a sentença que julgar a final procedente a ação, será transcrita no registro de imóveis mediante mandado. Entretanto, se há de convir que esta formalidade não exclui a formação retroativa daquele direito material.

A transcrição é exigida pela lei como índice objetivo para efeito posterior, não se lhe podendo dar capacidade para negar a existência pretérita do direito de propriedade que aterias teve na sentença a sua declaração judicial. A sentença proferida na ação de usucapião é de natureza declarativa e nada tem de constitutiva, possuindo a mesma fôrça da ação declaratória de que trata o art. 2º, parág. único, do Cód. de Processo Civil. Como bem o diz PONTES DE MIRANDA: "Os que pensam ser *constitutiva* a ação de usucapião, êsses cometem de uma vez dois erros: *a)* julgam que só se usucape no momento da sentença, e, preocupados com os dois conceitos de *declaratividade* e de *constitutividade* segundo o direito material, tem o pretenso efeito *ex nunc*, por sinal necessário e suficiente de constitutividade da ação (conceito de direito processual na classificação quinqual); *b)* têm a eficácia sentencial de registro, segundo o art. 454, § 2º, como eficácia constitutiva, quando, em verdade, é mandamental" ("Comentários ao Código de Processo Civil", Rio, edição "REVISTA FORENSE", 1948, vol, III, página 450). Aliás, neste mesmo sentido já era a lição magistral de SERPA LOPES, acêrca da natureza da transcrição da sentença proferida na ação de usucapião: "... a semelhança do que ocorre na sucessão *causa mortis*, a transcrição não opera com efeito constitutivo, desde que, e neste particular diferentemente da sucessão *causa mortis*, não há uma transmissão, mas um direito de propriedade que se extingue e outro que surge" ("Tratados dos Registros Públicos", Rio, ed. Jacinto, 1942, vol. IV, nº 504, página 100). E outra não poderia ser, afinal, a conclusão, visto como se não ignora que a sentença proferida na ação de usucapião não, modifica uma situação preexistente nem cria nova situação, mas apenas reconhece *ex tunc* uma pretérita situação, no que exerce unicamente uma função de declaratividade com eficácia revestida de retroatividade, razão por que cabe, na espécie, a definição dada por GARSONNET-CÉSAR BRU,

segundo a qual *"les jugements déclaratoires rétreagissent, en ce cens que les droits par eux reconnus sont reputés avoir toujours existés"* ("Traité Théorique et Pratique de Procédure et Commerciale", Paris, Recueil Sirey, 1913, tomo III, § 737, pág. 477). É, aliás, a mesma definição a que chegou implìcitamente LÉON MAZEAUD, ao afirmar que *"le jugement déclaratif se borne à reconnaître l'existence d'un droit antérieur"*, ao passo que *"le jugement constitutif crée au contraire un droit"* ("De la Distinction des Jugements Déclaratifs", *in* "Revue Trimestrielle de Droit Civil", Paris, Recueil Sirey, 1929, tomo 28, pág. 23).

Nessas condições, firmadas as razões da independência orgânica e integral da ação de usucapião, fundada na consumação do prazo prescricional, que não pode ser atingido em seu julgamento, pelo que, porventura, fôr proferido em interditos destinados a proteger a posse ulterior à verificação daquele modo de adquirir a propriedade, logo se impõe o reconhecimento da ausência de *connexitas causarum* a determinar unidade de competência jurisdicional. Não há entre tais ações fundadas em fatos sucessivos e estanques, identidade de questões em que a possibilidade de contradição de julgados pudesse determinar conflito de direitos.

É que sòmente a identidade das questões principais que são objeto, de duas ou mais ações, e não a identidade total ou parcial de elementos de lides simultâneas, tem capacidade para determinar e constituir a conexão de causas. É, aliás, a lição sempre magistral de CARNELUTTI: *"Sono liti connesse quelle, la cui decisione richiede la soluzioue di questioni communi o, in altre parole, di questioni identiche. È la identità delle questioni, non la identità (totale o parziale) degli elementi della lite, che determina o costituisce la connessione"* ("Lezioni di Diritto Processuale Civile", Pádua, Cadami, 1933, vol. IV, nº 280, págs. 25-26).

Por todos êsses fundamentos é que se impõe a cassação do despacho agravado, para que o Dr. juiz *a quo* prossiga na ação e julgue afinal a causa como entender de direito.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 27 de julho de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Hugo Auler*, relator; *Eduardo Espínola Filho*.

*

INCAPAZES - HASTA PÚBLICA

- As cautelas que a lei estabelece em favor de incapazes devem ser razoàvelmente compreendidas em cada caso concreto, de modo que se não tornem contraproducentes e não venham a prejudicar aquêles que a mesma lei visa proteger.

- Só é obrigatória a hasta pública quando se trata de alienação de bens de menores sob tutela.

Apelados: Alberto de Campos e outros

Ap. nº 11.888 - Relator: DESEMBARGADOR ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 11.888, em que é apelante o Dr. 1º curador de Órfãos e apelados Alberto de Campos, inventariante do Espólio de Manuel de Campos, e outros:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Trata-se de espólio muito exíguo: estabelecimento comercial no valor de Cr$ 57.267,50, e depósito, na Caixa Econômica, da importância de Cr$ 11.374,00. Além da viúva meeira, figuram seis filhos, sendo um menor púbere e um impúbere. Concordaram todos em que os haveres comerciais tocassem à viúva, que reporia aos demais o que levasse a maior, e isso no intuito de não liquidar o modesto estabelecimento que era o ganha-pão do *de cujus* e passaria a ser o de sua viúva e, portanto, dos filhos menores que ela sustenta. Desse modo se fez a partilha, homologada pela sentença de fls. 51, ora apelada pelo Dr. curador de Órfãos.

Tudo está a mostrar que, em beneficio dos próprios menores, a solução adotada é a mais razoável. O rigor da ilustrada Curadoria de Órfãos pode ser de louvar-se, mas se mostra muitas vêzes contraproducente, como no presente caso, e a adequada compreensão da lei, na hipótese a decidir, não pode levar a solução contrária ao interesse dos incapazes que a mesma lei visa proteger.

A Procuradoria Geral mal esconde que o seu parecer é pelo não provimento do recurso, embora assinalada a irregularidade de não ter sido ouvido o Dr. tutor judicial. Lê-se naquele parecer, a fls. 63:

"Pretende a Curadoria-apelante que seja procedida a venda em hasta pública, onde os herdeiros maiores poderão, pelo maior lance obtido, adjudicar o negócio".

Cumpre atender a que não houve oposição de nenhum herdeiro, senão apenas discordância da Curadoria de órfãos, em defesa de dois herdeiros menores e sôbre êstes a mãe viúva exerce o pátrio-poder. Nestas condições, ainda que se tratasse de venda de estabelecimento comercial, não seria obrigatória a hasta pública, só exigida para a alienação de bens de menores sob tutela (artigo 429 do Cód. Civil).

Aliás, a sentença apelada é de um laconismo chocante. Vê-se que já vêm elas dactilografadas, em suas quatro linhas, e que o julgador apenas lança, de seu próprio punho, o nome do *de cujus*. O que atenua esta censura que aqui fica, é que a fls. 36 o Dr. juiz já havia apreciado menos sumàriamente o assunto.

Distrito Federal, 25 de maio de 1951. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Faustino Nascimento*.

Ciente, em 16-6-1951. - *Jorge de Godói*.

*

JORNALISTA - ISENÇÃO

- Goza do beneficio outorgado pelo art. 27 das Disposições Constitucionais Transitórias o jornalista, quer faça do jornalismo profissão habitual, ou seja essa a principal, por isso que não é de se distinguir onde a lei não distingue.

Fazenda do Distrito Federal *versus* José Vieira Coelho

Ap. nº 10.254 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 10.254, em que são apelantes o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública (1º) e a Fazenda do Distrito Federal (2ª), e apelado José Vieira Coelho:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos interpostos, mas negar-lhes provimento, para confirmar a sentença apelada.

Custas *ex lege*.

E assim decidem uma vez que preencheu o apelado os requisitos para o gôzo do benefício outorgado pelo art. 27 das Disposições Constitucionais Transitórias, isto é, ser jornalista, destinar-se o imóvel adquirido para sua residência, não possuindo nenhum outro.

Em que pêse à autoridade do eminente comentarista da nossa Carta Política de 1946, invocada pela 2ª apelante, justificando seu ato denegatório do benefício, não vejo como possa ser o mesmo mantido, uma vez que não exigiu como requerente da concessão dêsse favor a habitualidade da profissão do jornalismo e seja essa a principal e única do beneficiado, visto como não é de se distinguir onde a lei não distingue.

Não é a habitualidade que caracteriza profissão, nem tampouco a primacialidade, porém traduzir a atividade exercida pelo indivíduo o seu meio ou modo de vida, pois essa é a significação do vocábulo.

O motivo invocado para o indeferimento dêsse beneficio pela 2ª apelante - ter-se inscrito o apelado no Sindicato dos Jornalistas - da aquisição do imóvel destinado à sua residência, é de flagrante inconsistência, por isso que não foi o mesmo restrito sòmente àqueles que fôssem jornalistas à data da promulgação da Constituição.

Prova inexistente, nos autos, não tivesse o apelado junto ao processo administrativo atestado firmado por pessoas idôneas de não possuir outro imóvel, ou que isso lhe fôsse exigido e não satisfeito.

Não fêz blague o Dr. juiz *a quo* ao declarar que seria penoso ao apelante provar não ser proprietário de imóvel em qualquer município brasileiro e mesmo sair essa prova mais cara que o próprio impôsto a pagar; blague, e desrespeitosa, faz o representante judicial da 2ª apelante, chamando de folhetim a sentença apelada (fls. 40) e certamente porque não se acha recheada de citações e artifícios em fraude à lei.

A simplicidade da equação de direito a ser resolvida não autorizava nem permitia maiores considerações que a expendida no aresto judicial.

Estando provada a condição de jornalista do apelado, e prova alguma tendo sido produzida pela 2ª apelante, de possuir outro prédio nesta Capital o apelado, nada há que autorize a reforma da sentença apelada.

Distrito Federal, 12 de dezembro de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari de Azevedo Franco*.

*

RETOMADA - LICENÇA

- Na vigência da atual Lei do Inquilinato pode o proprietário pedir o prédio para demolição e edificação licenciada, ou reforma, que dêem ao prédio maior capacidade de utilização. Tratando-se de ação de iniciativa do proprietário, a licença deve preceder o pedido de despejo do locatário e retomada do prédio.

Manuel de Oliveira *versus* José Maria Sento Sé

Ap. nº 13.704 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos e apelação cível nº 13.704, sendo apelante Manuel de Oliveira e apelado José Maria Sento Sé:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso e confirmar a sentença apelada, por seus fundamentos, pagas as custas pelo autor-apelante.

A ação foi requerida na vigência da atuar lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, com fundamento no seu art. 15, nº VIII, que permite a ação de despejo:

"Se o proprietário pedir o prédio para demolição e edificação licenciada ou reforma que dêem ao prédio maior capacidade de utilização".

Há diferença entre as duas hipóteses, mas, na espécie, o autor-apelante pediu a retomada do prédio para demolição e edificação de outro, em substituição. Não cumpriu, entretanto, a exigência da lei, quanto *à prévia licença*. Esta só foi concedida pela Prefeitura em 21 de maio dêste ano (doc. de fls. 44), depois de proferida a sentença recorrida. Como bem acentuou o eminente desembargador EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, em comentário ao citado dispositivo: "a retomada só é acolhida, no caso de demolição e nova construção, se, para a edificação, o retomante obteve já essa licença. Que, também, as plantas aprovadas devem ser exibidas, parece-nos fora de dúvida. Sem elas, não é possível concluir que o prédio, a construir, em substituição ao retomando, e que vai ser demolido, tenha maior capacidade de utilização, e, já sabemos, é indispensável isso ocorra" ("A locação residencial e comercial em face da lei nº 1.300, de 28-12-1950", 2ª ed., pág. 158). Outra não era, a disposição do art. 18, nº V, do dec.-lei nº 9.669, de 1946: a inicial da ação de despejo deveria ser instruída com a prova da licença, pois o inciso expressamente aludia a edificação *licenciada*. Sem a planta aprovada, sem a nova edificação licenciada, não podia o autor-apelante promover o despejo do réu-locatário.

Distrito Federal, 18 de setembro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Oscar Tenório*, revisor; *Narcélio de Queirós*.

*

SOCIEDADE POR COTAS - DISSOLUÇÃO - DÍVIDAS SOCIAIS – "EXCEPTIO EXCUSSIONIS" - COISA JULGADA

- Dissolvida a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, os antigos sócios passam a responder solidàriamente pelas dívidas sociais nos limites dos rateios que receberam por efeito de liquidação.

- Com o perecimento do patrimônio social em virtude da liquidação, extinta a personalidade jurídica da sociedade comercial, não mais cabe a qualquer um dos sócios o direito de opor a "exceptio excussionis" na ação que contra êle fôr proposta pelo credor social.

- A sentença pronunciada contra a sociedade tem autoridade de coisa julgada em relação aos sócios contra os quais poderá ser executada coativamente, atendida a mensuração das respectivas responsabilidades.

Mário Cunha *versus* José da Silva Ribeiro

Ag. n° 2.050 - Relator: DESEMBARGADOR HUGO AULER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 2.050, em que é agravante Mário Cunha e é agravado José da Silva Ribeiro:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de prescrição, negando, *de meritis*, provimento ao recurso para o efeito de confirmar a sentença agravada.

E assim decidem pelos seguintes fundamentos:

Preliminarmente: Manifesta é a intempestividade com que se caracteriza a argüição da preliminar fundada na prescrição do direito do agravado de promover a execução da sentença, por isso que se tem em vista matéria que deverá ser suscitada por ocasião da defesa dos executados e decidida no julgamento dos embargos à execução, na conformidade dos arts. 1.008 e segs. do Cód. de Proc. Civil, tanto mais quanto, na espécie, se trata, única e exclusivamente, do recurso interposto da sentença que julgou embargos de terceiro senhor e possuidor, e que, por sua natureza, se restringem à matéria especificamente contemplada no art. 707 do citado diploma legal.

De meritis: Trata-se, na hipótese dos autos, de execução da sentença proferida na ação proposta pelo agravado contra a firma Mário Cunha & Luna Limitada, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, constituída por Mário Cunha, ora agravante, e Rubens Luna Dias, que não é parte no recurso ora submetido a julgamento, e que se fundou no inadimplemento de um contrato de empreitada. A ação foi proposta contra a sociedade em 2 de dezembro de 1943 (documento de fls. 2), havendo os sócios feito, em 27 de junho de 1944, o respectivo distrato social (cert. de fls. 7), ao passo que a aludida demanda foi julgada em 18 de novembro de 1948 e pelo que se justifica haver a sentença condenado solidàriamente os réus a pagar ao autor a quantia de Cr$ 15.640,00, além das custas, na forma do regimento (cert. de fls. 20-21). Por essa razão foi que, dirigida a execução da sentença contra os responsáveis solidários por aquela dívida social, foram penhorados os bens do agravante, que, por êsse motivo, ofereceu embargos de terceiro senhor e possuidor com fundamento no art. 707 do Cód. de Proc. Civil (cert. de fls. 7 v.-8).

A sentença que julgou não aprovados os embargos, negando a exclusão dos bens do agravante da penhora realizada para garantia da execução, merece plena confirmação.

Em verdade, os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais, conforme dispõe o artigo 351 do Cód. Comercial. Êste princípio de direito mercantil obriga o credor social não só a propor a ação contra a sociedade como também a dirigir contra ela a execução, desde que obtida a condenação, sob pena do sócio que fôr acionado e executado em seu lugar opor legitimamente a *exceptio excussionis*, pois sòmente deverá responder

pessoalmente pelas dívidas sociais no caso do patrimônio social não ter bens suficientes para cumprimento integral das suas obrigações. Como bem o dizia o clássico PARDESSUS, *"un créancier ne peut à son gré, sans avoir dirigé aucune action contre la société, poursuivre un associé pour le payement d'une dette ou pour l'exécution d'un engagement social, comme si cet associé l'êut contracté directement e pour son propre compte. La qualité des associés, dans ce cas, n'est pas précisément celle de simples codébiteurs; elle tien beaucoup plus du cautionnement; et s'el n'est pas exact de dire que le créancier est tenu de discuter la société, avant de poursuivre les associés isolément, au moins est-il sûr qu'il ne peut agir contre eux, que lorsqu'il a fait juger la verité et la quotité de la dette contre la Societé. Ainsi, la demande doit être intentée contre la société, et bortée dans le tribunal...; et ce n'est qu'aprés la condenation prononcée, que le créancier peut, en vertu d'un jugement, agir contre chacun des membres de la société, - pour les contraindre, dans les personnes et leurs biens, à l'exécution des engagements"* ("Cours de Droit Comercial", Librairie de la Cour Cassation, Paris, 1841, tomo IV, nº 1.026, págs. 168-169). Desde, porém, que se dissolveu a sociedade e se extinguiu a sua personalidade jurídica, através do processo de liquidação que determinou o perecimento integral do patrimônio social, que era o elemento principal de garantia dos créditos sociais, passa a funcionar subsidiàriamente, despida do benefício de ordem, a garantia representada pelo patrimônio pessoal dos sócios na medida das respectivas responsabilidades, cabendo ao credor o direito de dirigir sua ação ou execução contra qualquer um dêles, a quem não mais será permitido o exercício da *exceptio excussionis* na ação ou execução que contra êle fôr proposta pelo credor da extinta sociedade comercial.

Esta conclusão se impõe ainda mais diante do entendimento que hoje em dia é unânimemente consagrado pela doutrina e segundo o qual, para obter a satisfação de seus direitos no caso de insuficiência dos bens sociais, podem os credores sociais exercer contra os sócios uma ação direta *(iure proprio)* e não uma ação oblíqua *(utendo iuribus)*, valendo-se para tanto da responsabilidade objetiva. E que, segundo bem o diz ULISSE MANARA, as expressões responsabilidade subsidiária, mediata, indireta, de regresso e também, de certo modo, de garantia, não têm um sentido absoluto, mas um alcance relativo, eis que podem, porém, perfeitamente ser adotadas para qualificar a responsabilidade dos sócios, não tanto para significar que são fiadores da sociedade comercial, porque mais pròpriamente para pôr em evidência que os

credores sòmente poderão valer-se daquela mesma responsabilidade pessoal em caso de verificação de condições anormais da sociedade e depois de excluído o patrimônio social ("Delle Società e delle Associazioni Commerciali", Turim, Utet, 102, vol. 1, nº 210, pág. 471). É o princípio da responsabilidade pessoal dos sócios pelos débitos da sociedade quando por suas dívidas não mais possa responder, por efeito de insuficiência ou perecimento, o seu elemento patrimonial. E daí resulta a regra de que a sentença pronunciada contra a sociedade tem autoridade de coisa julgada em relação aos sócios contra os quais poderá ser executada coletivamente, atendida a mensuração das respectivas responsabilidades, o que conduziu ALAUZET à conclusão de que *"le jugement prononcé contre la société suffira bien sans doute pour poursuivre les associés, mais seulement après qu'il aura été constaté par le résultat de l'action dirigée contre la société, que celle-ci est impuissante à remplir sés engagements"* ("Commentaire du Code de Commerce et de la Législation Commereiale", Paris, ed. Marchal & Bilard, 1879, tomo II, nº 522, pág. 236). Conf. LYON-CAEN & RENAULT ("Traité de Droit Commercial", Paris, "Droit & Jurisprudence", 1926, 5ª ed., parte 1ª, nº 283, pág. 294).

Na hipótese *sub judice*, proposta a ação contra a sociedade que foi dissolvida e liquidada voluntàriamente no curso da ação, foram os seus dois únicos sócios condenados solidàriamente a responder pessoalmente pela dívida por ela contraída na época de sua existência e que resultou do inadimplemento de uma obrigação contratual. Nessas condições, mesmo que a dissolução e a liquidação constituíssem eventos posteriores à sentença, é fora de dúvida que, em face do perecimento superveniente do patrimônio social, estariam os sócios do mesmo modo coagidos a responder, solidária e subsidiàriamente, por aquela obrigação social, estendendo-se-lhes a autoridade da coisa julgada, atendida a medida dos rateios que lhes couberam na liquidação, por tratar-se de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

E, por via de conseqüência, também não merece acolhida o argumento do agravante de que a penhora não poderia recair apenas sôbre bens de sua única e exclusiva propriedade. O fato da responsabilidade pessoal dos sócios pelas dívidas da sociedade fundar-se no princípio da solidariedade que pode até mesmo ser presumida em matéria comercial, como afirma PHILIPPE DRAKIDÉS ("Du principe en vertu duquel solidarité ne se présume pas", Paris, Recueil Sirey, 1939, nº 69, pág. 60), está a autorizar aquela conclusão. Caráter

comum à responsabilidade pessoal dos sócios pelas dívidas da sociedade é a solidariedade por efeito da qual, como observa ULISSE MANARA, *"ognio socio risponde verso il creditore della società per l'intero debito sociale, entre i limiti, men intenso, della sua responsabilità, se la sua responsabilità è limitata"* (ob. cit., vol. 1, nº 216, pág. 482). Conf. VAVASSEUR ("Traité des Sociétés Civiles et Commerciales", Paris, Librairie Juris-Classeurs, 1931, 7ª ed., nº 513). Ora, como bem o diz o insigne LACERDA DE ALMEIDA, "o efeito capital da solidariedade por parte dos devedores é tornar cada um dêles obrigado pela totalidade da dívida" ("Obrigações", Pôrto Alegre, ed. César Reinhardt, 1897, § 10, pág. 41), o que outorga ao credor o direito de exigir e receber por inteiro deum dos devedores solidários a dívida comum, nos têrmos do art. 904 do Cód. Civil, sem que a êste último caiba o direito de alegar em sua defesa o *beneficium divisionis*. Mas, cumprindo a sua obrigação de satisfazer a totalidade da dívida, o agravante irá adquirir o direito de exigir do co-devedor a sua cota proporcional do que ambos receberam em rateio por efeito da liquidação, na conformidade do art. 913 de Cód. Civil, que não constitui mais do que um caso de sub-rogação legal, porque prevista no art. 985, III, da citada legislação.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 10 de agôsto de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Hugo Auler*; relator; *Eduardo Espínola Filho*.

*

PROMESSA DE VENDA DE IMÓVEL - PROVA - RESTITUIÇÃO DO PREÇO

- Tem-se como provada a promessa de venda de imóvel quando pelo promitente é reconhecida a sua existência, mesmo quando não ajustada expressamente. A não efetivação da venda inexistindo arras, só dá direito à restituição do preço ou de parte do ajustado quando não integralmente satisfeito.

Eduardo Bento de Oliveira Malaquias *versus* Bento Luís de Moura

Ap. nº 5.662 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5.662, em que é apelante Eduardo Bento de Oliveira Malaquias e apelado Bento Luís de Moura:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer do presente recurso e dar-lhe provimento, para, reformando a sentença apelada, condenar êste a devolver àquele a importância recebida do preço da venda do imóvel, ajustado por Cr$ 1.500,00, constante dos documentos de fls. 13 e 14.

Custas *ex lege*.

E, assim decidem porque, embora não exista prova regular de venda do terreno em questão, por motivo de ausência de escritura pública ou particular, contudo provada está a promessa e lícito ser ao promitente o direito de rescindir o ajuste quando inobservadas pelo promissário-comprador, as respectivas obrigações, com a restituição das importâncias recebidas por conta do preço.

Não nega o apelado ter-se comprometido vender ao apelante o terreno em questão, sòmente argúi, em defesa de seu direito, não ter cabida a execução compulsória que dá notícia o art. 1.006 do Cód. de Proc. Civil não só por não ter aplicação ao caso dos autos o dec.-lei nº 58, de 1937, como também por inoperante a transação, dada a ausência de escritura pública, e ainda por se achar rescindido o ajuste pela falta de pagamento do preço convencionado.

Tem tôda procedência o primeiro dêsses fundamentos de defesa do apelado, de vez que a execução compulsória de venda de imóvel só tem lugar em se tratando de terreno dividido em lotes e por oferta pública, mediante pagamento do preço a prazo, em prestações sucessivas e periódicas (dec-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1947, art. 1º), e, no caso dois autos, trata-se de mero ajuste verbal de venda de uma gleba não loteada e ofertada ao público.

Face ao exposto, perde de importância o segundo dos fundamentos invocados pelo apelado, ou seja, a carência de direito do apelado em exigir do apelante a

efetivação dêsse ajuste de venda, por motivo de ausência de escritura pública, não se tratar de contrato de compra, e venda de imóvel, ou melhor, de contrato translativo de propriedade dessa natureza, porém, de simples obrigação de fazer.

Estando provado ter o apelado ajustado vender ao apelante o bem em questão (fls. e fls.), mas não existindo nenhuma estipulação de arras, como não podia existir, por se tratar de contrato verbal, lícito era, como é, ao recorrido o direito de arrependimento, sem outra obrigação senão devolver tudo quanto tivesse e tenha recebido do recorrente; em virtude dêsse ajuste.

Provou o recorrido não ter o recorrente pago o preço ajustado, por isso que Interrompeu o pagamento das prestações, cêrca de 20 anos, não valendo os recibos de fls. 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 e 23, por não serem firmados por vendedor, ou melhor, pelo proprietário do imóvel ou pessoa que legalmente o representasse.

Daí dar-se provimento à apelação para, reformando a sentença apelada, julgar procedente a ação tão-sòmente para condenar o apelado a devolver ao apelante as importâncias recebidas do preço ajustado da venda do imóvel.

Distrito Federal, 10 de novembro de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari de Azevedo Franco*.

*

LOCAÇÃO - FORNECIMENTO DE LUZ

- Não se convencionando expressamente a obrigação do locador de fornecer luz ao locatário, não tem este direito a qualquer indenização pelo fornecimento, por ser pago, pois os atos de favor, liberalidade, não constituem direito, salvo se êles compreendem uso, que deve ser provado plenamente e por escrito. O corte da luz pela empresa que a fornece isenta o proprietário ou locador de qualquer indenização fundada nesse fato e também as despesas de religação.

Policlínica Geral do Rio de Janeiro *versus* Dr. Antônio de Morais Sarmento e outros

Ap. nº 12.328 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 12.328, em que é apelante a Policlínica Geral do Rio de Janeiro, e apelados Dr. Antônio de Morais Sarmento, Truillas Exportadora Limitada, Germano de Magalhães, Renato Mesquita dos Santos, Pedro Rebouças de Carvalho, Bento Xavier Martins e Franklin Silva:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, da mesma conhecer e dar-lhe provimento, para, reformando a sentença apelada, julgar improcedente a ação.

Custas *ex lege*.

Pretendem os apelados, por meio da presente ação, seja a apelante condenada a pagar-lhes as importâncias despendidas com o fornecimento de luz para as partes de uso comum do prédio de que são locatários e a conseqüente restauração da mesma, assim como das despesas de limpeza e o uso do elevador privativo, alegando que, tendo a apelante se obrigado a proporcionar-lhes essas utilidades, das mesmas foram privados, por isso que as suprimiu, motivando-lhes custear as primeiras, restaurando a ligação da luz, que, justamente com a limpeza, passaram a pagar.

A essa pretensão opõe-se a apelante, sustentando falsas serem as alegações dos apelados, porque, jamais, contratualmente, se obrigaram fornecer-lhes luz gratuitamente, incumbindo-lhes, ao contrário, pagar-lhe seu consumo, e tudo porque, devido à escassez de registros, não tinham tôdas as partes locatárias relógio próprio, ter o corte da luz resultado de notificação que lhes fêz pela cessação dêsse motivo; não terem os inquilinos das lojas e sobrelojas conservado convenientemente os pavimentos do edifício, pois vasos sanitários existem partidos e paredes esburacadas.

A sentença apelada bem não decidiu julgando procedente, em parte, a ação, para condenar a apelante a pagar aos apeladas aquilo que despenderam ou venham a despender com a religação da luz; o mesmo já não se dando no tocante à conservação e asseio das partes em comum usadas e ao uso exclusivo do elevador.

O fundamento invocado, qual o dos apelados jamais terem pago o fornecimento de luz, embora isso lhes não assegurassem os contratos e a lei, e, daí dever-se compreender nos aluguéis, é manifestamente improcedente, por isso que o favor ou tolerância não criam direitos, a menos que se compreendam nos usos e prova exista de sua admissão, caso em que perde êsse caráter para transformar-se em convenção tácita.

Ora, dos recibos juntos pelos apelados não constando nenhuma declaração nesse sentido, segue-se que não está a apelante obrigada a indenizar àqueles aquilo que vem despendendo com o consumo de luz, que passaram a pagar à emprêsa que a fornece.

Da mesma forma não lhes assiste qualquer indenização pela religação da luz, que cortada foi, não pela apelante, porém por essa emprêsa.

Não provaram os apelados terem passado a custear a limpeza das partes comuns do edifício, nem tampouco ser de uso dos mesmos o elevador destinado à serventia exclusiva dos mesmos.

Daí dar-se provimento à apelação, para se julgar improcedente a ação.

Distrito Federal, 5 de julho de 1951. - *Ari de Azevedo Franco*, presidente interino; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Oscar Tenório*.

*

DESPEJO - PROMITENTE-COMPRADOR

- Não cabe ao retomante trazer aos autos prova de não ser proprietário de outro imóvel, mas ao réu, se puder, trazer certidão comprobatória da existência de outro prédio.

Lourival de Lima *versus* Davi Pereira

Ap. nº 12.589 - 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 da apelação cível nº 12.589, sendo apelante Lourival de Lima e apelado Davi Pereira, negar provimento ao recurso.

Provido de uma notificação prévia, nos têrmos do art. 18, nº II, do dec.-lei nº 9.669, de 29 de agôsto de 1946, o apelado propôs contra o apelante uma ação de retomada, por necessitar do prédio da rua Senador Nabuco nº 28-A, casa 1, para uso próprio e de sua família, pois reside em cômodo alugado. Foi atendido pela sentença apelada. Trata-se de promitente-comprador. Entretanto, o réu entende que ao autor cumpria trazer aos autos a prova de não ser proprietário de outro imóvel para comportar o exame da necessidade, nos têrmos do art. 15, IX, da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950. Ora, a declaração do retomante tem de ser admitida como verdadeira até prova em contrário. Ao réu é que cumpria fazer a prova da propriedade, pelo autor, de outro prédio. Se o ônus da prova negativa recaísse sôbre o autor, em grandes cidades, com inúmeros registros gerais de imóveis, as certidões a serem apresentadas determinariam encargos penosos. Cumpre ao inquilino a prova positiva, por certidão de um Oficio de Imóveis. Outro não pode ser o entendimento da lei.

Custas pelo apelante.

Distrito Federal, 25 de setembro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Oscar Tenório*, relator; *Narcélio de Queirós*.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

COMERCIANTE - CARACTERIZAÇÃO

- Não caracteriza a profissão de comerciante o fato de uma pessoa celebrar um contrato de sociedade mercantil para obtenção de lucro na venda de certa mercadoria, indicado no contrato como fim único da sociedade.

Nassim Achcar **versus** Américo José Henrique Ghiggino

Ag. nº 2.236 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 8 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.171)

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - DESPESAS DE MUDANÇA

- Nenhuma indenização é devida pelo locador ao locatário, nem mesmo relativa a despesas com a mudança, na retomada para uso próprio.

F. R. Moreira & Cia. **versus** Eugénie Marcelle Ribeiro Moreira

Ap. nº 7.541 (embs.) - Relator: DESEMBARGADOR FAUSTINO NASCIMENTO - Ac. unânime da 3ª Turma de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 9 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.172)

*

RECLAMAÇÃO - JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA - PROVA TESTEMUNHAL

- Cabe reclamação contra os juízes da Fazenda Pública, mesmo nos processos em que funciona a União. O juiz da 1ª instância, porque conheça de feito atribuído à jurisdição federal no tocante a recurso, não está isento das regras fixadas na organização judiciária da circunscrição política a que pertença.

- Constitui subversão da ordem processual tomar depoimento, nos próprios autos da ação em curso, na **fase de perícias**, de testemunha que pretenda ausentar-se. No caso, deve tomar-se depoimento **ad perpetuam**.

Fundação Brasil Central **versus** Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública

Recl. nº 71 - Relator: DESEMBARGADOR SABÓIA LIMA - Ac. unânime do Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 12 de março de 1948.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.173)

*

SEGURO - PRESCRIÇÃO - PERDA DE MERCADORIA

- A prescrição, nos casos de ação fundada em perda de mercadoria, não se regula pelo art. 449 do Cód. Civil, restrito à hipótese de inadimplemento da obrigação em virtude do descumprimento do dever de entrega da mercadoria.

Novo Mundo Cia. de Seguros Terrestres e Marítimos **versus** Cia. Comércio e Navegação

Ag. nº 1.705 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 30 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.174)

*

EMPREITADA - VÍCIO REDIBITÓRIO - PRESCRIÇÃO

- Contra o empreiteiro de obra e material, não corre o lapso prescricional para alegar vício redibitório.

A. Fernandes Dias **versus** José Soares Ribeiro

Ap. nº 6.989 (embs.) - Relator: DESEMBARGADOR BULHÕES DE CARVALHO - Ac. da 2ª Turma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 20 de janeiro de 1952.

(Arq. da "RE VISTA FORENSE" - Cív. 8.175)

*

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

- Na ação de nunciação de obra de fim preventivo, o fato de o nunciante não haver sofrido prejuízos materiais com a obra do nunciado a êste não exonera do pagamento àquele das custas e dos honorários de advogado.

Previnal Comércio e Indústria S. A. e outros **versus** Beatriz Afonso Franco

Ap. nº 15.605 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS - Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 28 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.176)

*

ALUGUEL - LIVRE CONTRATAÇÃO

- Para os imóveis construídos na vigência do dec.-lei nº 6.739, de 26 de julho de 1944, podem as partes convencionar livremente o aluguel.

Hermínia Mezzomo Mallmann **versus** Maria Vitória de Sousa Lessa

Ap. nº 15.081 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS - Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 14 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.177)

*

SENTENÇA - NULIDADE - COMPETÊNCIA

- É nula, **pleno jure**, a sentença proferida sem livre exame e convencimento do alegado e provado, limitando-se o juiz a homologar decisão antecipada de outro órgão do Judiciário, ainda que de superior hierarquia. Não é sentença o ato em que o juiz competente homologa deliberação de um terceiro poder, sem funções judicantes.

Nélson de Barros **versus** Diolandre Ferreira dos Santos

Ap. nº 15.273 - Relator: DESEMBARGADOR SÁ E BENEVIDES - Ac. unânime da 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 21 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.178)

*

ARTIGOS DE ATENTADO - NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - AÇÕES POSSESSÓRIAS

- Os artigos de atentado cabem não só na ação de embargo de obra nova, mas também nas ações possessórias e em tôdas as mais.

- Não cabem artigos de atentado contra o autor da ação de fôrça iminente, quando defenda a medida, visto que não há inovação da lide pendente pela continuação da posse anterior. Admiti-los, importaria anular os efeitos do remédio possessório deferido, autorizar a turbação da posse, transformar a ameaça em fato concreto.

Alcebíades Gomes de Oliveira **versus** Augusto Mário Caldeira Brant e sua mulher

Ap. nº 14.446 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS - Ac. da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 4 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.179)

*

DESPEJO - USO PRÓPRIO - FIM COMERCIAL

- Residindo o locador em prédio alheio, presume-se sincero o seu pedido, feito pela primeira vez, para uso próprio.

- A retomada abrange o uso residencial e o comercial.

Irmãos Lamas & Cia. **versus** Humberto de Araújo Júnior

Ap. nº 14.607 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 23 de outubro de 1957.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.180)

*

HONORÁRIOS MÉDICOS - RESPONSABILIDADE PELO SEU PAGAMENTO

- Responde pelo pagamento dos honorários médicos quem teve a iniciativa do chamado. De parente do assistido, que as circunstâncias revelam viver sob sua vigilância.

Rafael Quintanilha Júnior **versus** Manuel de Abreu Diogo

Ap. nº 14.426 - Relator: DESEMBARGADOR OSCAR TENÓRIO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 20 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.181)

*

SOCIEDADE POR AÇÕES - SUBSCRIÇÃO - BOLETIM DE INSCRIÇÃO - INTEGRALIZAÇÃO DE AÇÕES - COBRANÇA EXECUTIVA

- A sociedade por ações cabe a ação executiva para haver do acionista subscritor a importância correspondente ao valor das ações por êle subscritas, não se exigindo, para a validade do boletim de inscrição, os requisitos do art. 135 do Cód. Civil.

Bernardino Gonçalves dos Santos **versus** Magazine Monte Castelo S. A.

Ap. nº 13.936 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 16 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.182)

*

ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - AÇÃO CONTRA TERCEIRO

- A circunstância de a vítima haver recebido indenização do empregador não lhe retira o direito de, em ação comum contra terceiro, pleitear e recolher mais ampla reparação.

Leopoldino António de Sousa **versus** Augusto Barbosa & Cia.

Ap. nº 14.085 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 27 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.183)

*

LOCAÇÃO - FIANÇA

- Não responde o fiador por obrigações posteriores ao término do contrato de locação, salvo se admitiu sua responsabilidade até a restituição das chaves.

Agenor Azevedo & Cia. Ltda. **versus** Amaro Albano Peixoto

Ap. nº 14.126 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEIKIND - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 26 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.184)

*

CORRETOR DE IMÓVEL - COMISSÃO – EXAME DE ESCRITA

- Se o mediador aproxima o comprador do vendedor de imóvel e observa as condições combinadas, faz jus à comissão, pouco importando não seja registrado ou inscrito como corretor de imóveis, profissão ainda não regulamentada entre nós.

- Legitima-se a denegação de exame de escrita de corretor de imóveis, pois, não sendo comerciante, não está obrigado a possuir livros.

Pedro de Oliveira Santos Fº **versus** Osvaldo de Carvalho

Ap. nº 13.736 - Relator: DESEMBARGADOR MEM DE VASCONCELOS - Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 20 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.185)

*

MERCADORIA APREENDIDA JUDICIALMENTE - RESTITUIÇÃO

- Pelos meios meramente administrativos, não é possível a obtenção da restituição de mercadorias judicialmente apreendidas, em poder do depositário judicial.

César Fernandes **versus** Fernandes Irmão & Cia. Ltda.

Ap. nº 13.745 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 21 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.186)

Tribunal de Justiça de São Paulo

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - DURAÇÃO INDETERMINADA - DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO

- A dissolução e liquidação de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, pela simples vontade de um sócio e contra a da maioria, não é admissível.

D. Ércia Ângela Luísa Arambasic *versus* Espólio de José Bignardi e outros

Ap. nº 54.721- Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 54.721, de São Paulo, apelante Êrcia Ângela Luísa Arambasic e apelada J. Bignardi & Cia. Ltda.:

A autora, sócia cotista da sociedade ré, veio a juízo com a presente ação objetivando a sua dissolução e liquidação, com fundamento no art. 335, nº V, do Cód. Comercial e no art. 656, § 1º, do Cód. de Proc. Civil, por tratar-se de sociedade de prazo de duração indeterminada. A ré contestou o pedido, entendendo que à autora assiste apenas o direito de retirar-se da sociedade recebendo o valor nominal das suas cotas, com os lucros verificados, a que tiver direito. A sentença julgou a ação improcedente pelo fundamento de que não é dado ao sócio das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, de prazo de duração indeterminada, pedir a sua dissolução, contra a vontade da maioria.

Apelou a autora, oferecendo, com as razões de recurso, pareceres[1] do Prof. VALDEMAR FERREIRA e do desembargador ANTÃO DE MORAIS. A ré concorda com o provimento parcial do recurso, apurando-o os haveres da autora pelo último balam aprovado com acréscimo dos lucros posteriores.

Em tese, assiste razão à sentença: No direito moderno já é pronunciada a tendência no sentido de proteger o estabelecimento comercial, assegurando-lhe a vida autônoma e a sua continuidade - "contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código Comercial, de feição nìtidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional", - como observou MIRANDA VALVERDE, em conferência proferida na Faculdade de Direito de São Paulo.

É manifesta a vantagem da continuidade da sociedade, desde que ela conte com elementos de vida, seja para os sócios, seja para os que dela participam com o seu trabalho.

A dissolução e liquidação de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, pela simples vontade de um sócio e contra a vontade da maioria, como sucede na espécie, e com invocação de dispositivo legal, inaplicável, em face do que consta do próprio contrato social, não é admissível.

O pedido, pelo fundamento do art. 335, nº V, do Cód. Comercial, não pode ser acolhido. Não se pode conceituar a sociedade em questão, meramente, como sociedade de pessoas, em confronto com as de capitais, divisão já acoimada dê ilógica. Sob êste aspecto seria ela uma sociedade de tipo especial, de pessoas e capital. É, todavia, uma sociedade de responsabilidade limitada e a sua dissolução pela vontade de um dos sócios, quando a prazo é indeterminado, poderia ocorrer se fôsse constituída de dois sócios. Fora daí mister se faz a prova de que a sociedade não preenche os seus fins.

No caso, o contrato social estabelece que - "o prazo de duração da sociedade é o indeterminado, mas aos sócios representando a maioria do capital será permitido determinar o vencimento, desde que disso notifiquem judicialmente aos outros com antecedência de seis meses" (cláusula 5ª).

Como se vê, a sociedade terá seu têrmo pela vontade da maioria dos sócios o que exclui a possibilidade da sua dissolução pela só vontade de um dêles. Assim, seja em face da conceituação desta classe de sociedade, seja em razão do contrato social, não pode ser acolhida a pretensão da autora.

Não se pode, porém, impor a sua permanência na sociedade, compulsòriamente. Se dela quer retirar-se, pode fazê-lo. A ré não se opõe à sua retirada, e concorda com o provimento do recurso, nesta parte.[2] A ação deve, pois, ser julgada procedente para êste efeito, desde logo.

A controvérsia surge tão-sòmente no tocante à forma de apuração dos haveres do retirante. A ré invoca, aqui, o disposto no art. 15 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que regula a forma de pagamento do sócio retirante por divergir da alteração do contrato social.

A espécie dos autos, contudo, não é essa, de que cogita a lei citada. Não é também prevista no contrato. Deve então ser resolvida na sentença, nos têrmos do art. 668 do Cód. de Proc. Civil.

Para isso, levantar-se-á o balanço da sociedade, apurando-se os haveres pelo seu valor na data da propositura da ação. Terá assim a autora o justo preço da sua cota, sem maior interêsse na dissolução da sociedade.

Isto pôsto:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, dar provimento, em parte, à apelação, contra o voto do relator que o dava *in totum*, para autorizar a retirada da autora da sociedade, apurando-se os seus haveres segundo o valor encontrado em balanço a ser levantado, na forma acima declarada.

Custas como de direito.

São Paulo, 30 de novembro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente, com voto; *Justino Pinheiro*, relator designado; *Edgar de Moura Bittencourt*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Dava provimento à apelação, para decretar a dissolução da sociedade.

Os pareceres que ilustram as razões de recurso mostram a exata inteligência do artigo 15 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Outra não pode ser a doutrina aplicável ao caso. Existe lei expressa, qual o art. 335, nº V, do Cód. Comercial, que reputa dissolvida a sociedade comercial, por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Mesmo tratando-se de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sôbre as quais há lei especial, não foi aquêle dispositivo do Cód. Comercial derrogado pelo artigo 15 do citado dec. nº 3.708, onde apenas se lê que os sócios que divergirem da alteração do contrato podem retirar-se com reembôlso do capital, etc.

É bem de ver que mister se torna uma alteração do contrato, na forma da lei e do mesmo contrato, para modificação do prazo de vigência da sociedade. Sem isso, não pode a maioria obstar a dissolução pedida por qualquer sócio com base no art. 335, nº V, do Cód. Comercial e no contrato ainda não regularmente alterado.

Dizer-se que a maioria, podendo o mais, pode alterar o contrato e mudar o termo contratual, e, pois, poderá o menos, ou seja, afastar a causa de

dissolução, - não é de perfeição lógica nem jurídica. Um contrato existente disciplina a vontade dos contraentes, expressamente manifestada; a alteração é ato, do mesmo modo solene, que requer formalidades para gerar direitos e obrigações, em contrário do estatuído anteriormente.

Demais, no caso em espécie há a observar que as partes estatuíram uma formalidade (cláusula 6ª) para a alteração do prazo pela maioria, qual a notificação aos outros sócios com antecedência de seis meses. O direito da maioria de alterar o contrato, no sentido do prazo, está subordinado à notificação já referida, que, como decorrência da cláusula contratual, deve ser efetuada, nos têrmos do art. 16 do dec. nº 3.078.

Por conseguinte, se o prazo é indeterminado e só pode ser alterado de conformidade com o contrato e com a lei, - a qualquer sócio é dado requerer a dissolução.

Notas:

1 **Pareceres referidos:**

CONSULTA

F. é cotista (100 cotas) da sociedade J. B. & Cia. Ltda., com o capital de Cr$ 850.000,00, representado por 850 cotas, sendo a sociedade a prazo indeterminado, como se vê do contrato incluso, a saber: instrumento particular de 25 de fevereiro de 1946, devidamente arquivado sob o nº 85.595 na Junta Comercial de São Paulo.

F. requereu a dissolução da sociedade nos têrmos do art. 335, nº V, do Cód. Comercial.

Defenderam-se os demais cotistas, sustentando:

1º) Que, nas sociedades de responsabilidade limitada, de prazo indeterminado, a dissolução, pedida por um cotista, não pode ser decretada se os demais a isso

se opuserem. E citam, a favor de sua tese, dois acórdãos, um de São Paulo ("Rev. dos Tribunais", vol. 171, pág. 657) e outro do Distrito Federal ("Direito", vol. 3, 1940, pág. 375);

2º) Que, assim, em vez de dissolver-se a sociedade, deve F. receber as suas cotas ao valor nominal, por aplicação das cláusulas 9ª e 10ª do contrato, que se referem às hipóteses de falecimento ou da exclusão de sócios, mas que os contestantes alegam ter cabimento; ou

3º) Se assim não fôr - dizem êles -, deve a sócia ser paga de acôrdo com os resultados do último balanço aprovado.

Recorre-se à alta autoridade de V. Exª, como jurista, perguntando se as teses da contestação, assim resumidas, têm procedência.

São Paulo, 27 de novembro de 1950.

I

PARECER DO PROF. VALDEMAR FERREIRA

1. É princípio de direito, consignado; de resto, no art. 335, nº V, do Cód. de Comércio, que as sociedades se reputam dissolvidas "por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado". Rescinde-se o contrato, extinguindo-se a sociedade, por efeito da vontade unilateral de qualquer dos sócios.

A clareza do dispositivo legal é tanta que dispensa comentário, ainda que tênue, a fim de demonstrar-se a tese posta no preceito legal com extrema simplicidade. Em caso de tal a sociedade dissolve-se de pleno direito, tanto que a vontade do sócio, que toma a iniciativa de dissolvê-la, leva sua deliberação ao conhecimento dos demais sócios, pela forma estabelecida no art. 656, § 1º, do Cód. de Proc. Civil; e, verificando o juiz ser indeterminado o prazo da sociedade, mais não lhe cabe do que homologar a manifestação de vontade nesse sentido expressa pelo sócio declarando-a dissolvida, a fim de processar sua liquidação, nomeando, ou elegendo-se para isso o liquidante.

2. Como, mercê do disposto no art. 15 do decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, "assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de retirarem-se da sociedade, obtendo o reembôlso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado", tem-se entendido que, nas sociedades por cotas, de responsabilidade limitada, os sócios que representam a maioria do capital têm poder para alterar o contrato social, mudando até o objeto da sociedade. Os sócios em minoria, divergindo do assim deliberado, podem exercer o direito de recesso, retirando-se da sociedade.

Com fundamento nesse dispositivo e em tal modo de interpretá-lo, acórdão já se proferiu decidindo que, sendo a sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, por tempo indeterminado, ela sòmente se dissolve nos têrmos do art. 335 no V, do Código de Comércio, sendo dois os sócios. Sendo três ou mais, tal direito não lhe cabe, desde que a maioria, que tem direito para alterar o contrato, inclusive quanto a seu prazo, à dissolução se oponha.

Essa diretriz jurisprudencial é derrogatória do art. 335, nº V, do Cód. de Comércio, distinguindo onde o texto absolutamente não distinguiu. Não cuida êle saber se a sociedade tem dois ou mais sócios, mas apenas se o seu prazo é indeterminado. Sendo-o, s qualquer dos sócios assiste direito de, por simples deliberação de sua vontade, dá-la como dissolvida.

3. A afirmativa, assim lançada, não é de agora. Corre ela impressa em livro de doutrina, de que se destacam êstes tópicos, referentes ao ponto em exame:

"Na sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, como nas demais sociedades regidas pelo Cód. de Comércio, a qualquer sócio ou cotista, sendo indeterminado o prazo de sua vigência, é licito promover-lhe a dissolução, para que se liquide, quando tal lhe convenha.

É a regra do art. 335, nº V, daquele Código, que reputa dissolvida a sociedade "por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado". Dissolve-se ela por efeito da manifestação unilateral da vontade de qualquer dos sócios. "Rompe-se", escreveu-se de há muito, "rompe-se o laço social quando não prescreve o contrato da sociedade o prazo certo de sua duração, pelo ato unilateral da vontade de qualquer dos cotistas. A

sociedade se reputa, desde logo, por isso mesmo, dissolvida. Não se torna necessária decisão judicial. Cada um dos cotistas é o juiz da sua deliberação. Ninguém pode ser obrigado a continuar em sociedade contra sua vontade, se não se assumiu a obrigação de manter-se nela por prazo certo".[1]

"A despeito do tempo decorrido, tem-se a conclusão por boa, firme e valiosa, como se diz em linguagem tabeliôa. Quem funda ou entra para sociedade de prazo indeterminado, não ignora ser direito seu, como de todos e qualquer dos sócios, providenciar legalmente por que ela se dissolva a qualquer momento. Expresso do texto legal a tal respeito. Quem não queira submeter-se ao preceito da lei, deve ser previdente e exigir que se marque prazo determinado para a perdurança da sociedade.

"A por cotas, de responsabilidade limitada, é de pessoas. Não de capital. Basta que seja de responsabilidade solidária para que se conclua, lògicamente, que é de pessoas. A responsabilidade é sempre pessoal. A despeito do limite da responsabilidade do comanditário, a sociedade em comandita simples é de pessoas. A ninguém jamais ocorreu inclui-la entre as sociedades mistas, de pessoas para os sócios comanditados, para os sócios comanditários, de capital.

"Manifestou-se êste ponto de vista em livro recentíssimo, ensinando que a sociedade por cotas, como sociedade solidária, que é, é de pessoas, "pois incompreende-se a solidariedade na de capitais, com a exceção da em comandita por ações, em que os acionistas, que assumirem sua gerência, se tornam ilimitadamente responsáveis pelos atos que pratiquem".[2] incompreende-se, e realmente inexiste, solidariedade de partes, cotas ou ações. Os capitais aglutinam-se e convertem-se em acervo ou patrimônio social; mas os seus titulares, pessoas naturais ou jurídicas, podem assumir responsabilidade solidária. Intuitivo é isso.

"No concernente à dissolução da sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, aplicam-se, certamente, os dispositivos do Cód. de Comércio, arts. 335 a 343. Liquida-se ela, a seguir, pela forma estabelecida pelos arts. 656 a 674 do Cód. de Proc. Civil, não chegando os sócios, quanto a isso, a entendimentos".

Eis, pois, a verdadeira doutrina, quanto à dissolução da sociedade por cotas, de responsabilidade limitada. Como sociedade personalista, que é, a despeito da limitação de responsabilidade limitada de todos os sócios, ela se dissolve nos casos do artigo 335 do Cód. de Comércio; e, quando de tempo indeterminado, quando o queira qualquer dos cotistas, sejam dois apenas os constituintes dela, ou mais.

Pode-se, por certo, argumentar com o aresto isolado, já referido; mas êsse julgado mereceu as Considerações que, em seguida às transcritas, se formularam assim:

"Tem a sociedade por cotas particulares que se não devem olvidar. De uma já se cuidou, mesmo no atinente à sua dissolução por simples ato unilateral da vontade de um ou mais sócios, quando de prazo indeterminado. Vale mais reproduzir palavras antigas:

"Tratando-se de sociedade por cotas, então, a questão apresenta-se sob novo aspecto, digno de consideração.

"Reza o art. 15 do dec. nº 3.708, que assiste aos sócios, que divergirem de alteração do contrato social, a faculdade de retirarem-se da sociedade, obtendo o reembôlso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço. Prevê, portanto, a hipótese de tomarem os sócios em maioria deliberação que a todos êles não agrade, para a alteração do contrato social. Daí, sem grande esfôrço de hermenêutica, se deduz, perfeitamente, que os sócios em maioria poderão opor-se à dissolução da sociedade, quando pedida sem outro motivo que não o da deliberação de um dos cotistas, fazendo, nesse sentido, a devida alteração do contrato social.

"Nesse caso se dará a retirada do sócio pelo modo constante do texto citado, sem sacrifício, nem do seu direito, nem do dos outros cotistas. É o que muitos chamam de dissolução parcial".

"Evitem, pois, os que fizerem contratos de sociedades por cotas, essas divergências, marcando-lhes um prazo fixo para sua duração".[3]

"Podiam os sócios em maioria, no caso, ter evitado a dissolução da sociedade, já decretada, e muito bem com fundamento no art. 335 nº V, do Cód. de Comércio, alterando o seu contrato constitutivo, de molde a emprestar-lhe prazo fixo. Nesse caso, o sócio divergente sòmente poderia promover-lhe a dissolução antecipada com fundamento nos casos do art. 336 do Código, ou retirar-se dela, promovendo o que se tem chamado de dissolução parcial. Para isso, porém, seria indispensável que se houvesse alterado o contrato social e se achasse êle devidamente arquivado na Junta Comercial, pois que só então teria fôrça obrigatória para todos os sócios, o dissidente inclusive. Nenhuma alienação é possível, qual preceitua o art. 307 do Código, senão por novo instrumento, passado e legalizado com as mesmas formalidades que o de sua instituição. Enquanto o instrumento do contrato ou de sua alteração não se arquiva no Registro do Comércio, expresso é o art. 301, terceira alínea, do Código, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação contra todos os sócios solidàriamente".

"Quando, em tais condições, o sócio entrasse em juízo com o pedido de dissolução, por ato de sua vontade, não estaria mais em vigor a cláusula que lhe dera duração por tempo indeterminado, mas a que o determinou".

"Não se justifica, portanto, o acórdão de 19 de março de 1940, da 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, decidindo que "à maioria é que compete decidir, prevalecendo sôbre a minoria. Sòmente quando dois são os sócios é que se dissolve pela vontade de um dêles, se o prazo é indeterminado".[4]

O acórdão, já examinado num dos capítulos anteriores (§ 71), distinguiu onde a lei não fêz a mínima distinção. Ademais, decidiu contra texto expresso de lei - o art. 335, nº V, do Cód. de Comércio. Compete, por certo, à maioria decidir, prevalecendo sôbre a minoria; mas desde que o faça pela forma e em tempos regulares. Inalterado o texto contratual, que indeterminou o prazo da sociedade, a qualquer cotista assiste o direito de pedir-lhe a dissolução. Dêsse direito não se pode despojá-lo quando o exercitou em juízo, por ser tão respeitável quanto o da maioria.

"Podia esta, evidentemente, alterar a cláusula do contrato, indeterminadora do prazo social. Mas em forma. E em tempo. Não a havendo alterado, ela estava

em vigor e o juiz não podia deixar de, em face dela, dissolver a sociedade, nos têrmos do art. 335, nº V, do Cód. de Comércio" (VALDEMAR FERREIRA, "Compêndio de Sociedades Mercantis", 3ª ed., Freitas Bastos, 1949, vol. I, "Sociedade de Pessoas", § 73, págs. 449 a 457).

4. Está, no caso de que trata, proposta a ação declaratória de dissolução da sociedade, por um dos cotistas, com fundamento no art. 336, nº V, do Código de Comércio. Desde que êsse cotista, ingressando em juízo, manifestou sua deliberação contrária ao prosseguimento da sociedade, esta se dissolveu, de pleno direito, por ser de tempo indeterminado. Nessa emergência, dissolvida, como se acha, de pleno direito, a sociedade, enseja-se ao juiz declará-lo por sentença, determinando ainda que se liquide, na forma da lei.

5. Não tem a virtude de obstar a que por sentença assim se declare a posição dos demais sócios, ao impugnarem o pedido do promovente da ação declaratória de sua dissolução. Poderiam os sócios em maioria alterar o contrato social a fim de tornar determinado o prazo de duração da sociedade, que era e ainda é indeterminado. Mas deveriam tê-lo feito em, forma regular, por instrumento particular ou público e fazê-lo arquivar na Junta Comercial a fim de valer **erga omnes**. Desde que assim não procederam a sociedade continua sendo de prazo indeterminado e, em tais condições, assiste a qualquer dos sócios o direito do art. 335, nº V, do Cód. de Comércio, que êles não podem derrogar, muito menos opor-se a que se cumpra.

Se a simples oposição dos demais sócios bastasse para impedir que se declare dissolvida a sociedade de tempo indeterminado, o dispositivo do art. 335, nº V, do Cód. de Comércio se converteria em simples inutilidade. Ter-se-ia como inexistente, pelo simples fato de oporem-se os réus ao pedido do autor, o que constituiria absurdo.

6. Pelo que refere a exposição, os réus, opondo-se à declaração judicial da dissolução da sociedade, pretendem que o juiz julgue a ação improcedente, não declarando dissolvida a sociedade, mas que condene o autor a receber o valor de suas cotas, por aplicação do pactuado nas cláusulas 9ª e 10ª do contrato social, que se referem, explìcitamente, ao caso de falecimento de alicio, ou de exclua de qualquer dêles. Mas não é de nenhuma dessas hipóteses que se trata. Nenhum sócio faleceu. Nenhum sócio foi excluído da sociedade. Aquêles

dispositivos contratuais são decididamente inaplicáveis ao caso vertente, em que se trata de matéria diversa, qual seja a atinente à dissolução da sociedade por ser indeterminado o seu prazo, por deliberação e pedido de um dos sócios, com fundamento no art. 335, nº V, do Cód. de Comércio.

Êste dispositivo legal acha-se em inteiro vigor: não há senão aplicá-lo, por ser, precisamente, caso a que êle se ajusta, com precisão de luva. Não tendo sido alterado, em tempo e forma regulares, o contrato social, o prazo da sociedade é indeterminado. Nessas condições, o litígio está circunscrito em decidir se ao autor assiste, ou não, o direito, que êle pleiteia, com fundamento no art. 335, nº V, do Cód. de Comércio. Na hipótese afirmativa, cabe ao juiz declarar dissolvida a sociedade e determinar que se proceda a sua liquidação. Foi o que o autor pediu. Na hipótese negativa, outra não pode ser a decisão, senão julgar improcedente a ação, ou o autor carecedor dela, condenado, ademais, nas custas.

São Paulo, 27 de novembro de 1950. - **Valdemar Ferreira**.

II

PARECER DO DESEMBARGADOR ANTÃO DE MORAIS

1. F. é cotista de uma sociedade cujo prazo de duração é indeterminado. Requerendo a dissolução dessa sociedade, nos têrmos do art. 335, nº V, do Cód. Comercial, alegaram os demais sócios:

1º) que nas sociedades de responsabilidade limitada, de prazo indeterminado, a dissolução, pedida por um cotista, não pode ser decretada, se os demais a isso se opuserem, conforme decidiram dois acórdãos, um de São Paulo ("Rev. dos Tribunais", vol. 171, pág. 657) e outro do Distrito Federal ("Direito", vol. 3, pág. 375);

2º) que, assim, em vez de dissolver-se a sociedade, deve F. receber as suas cotas pelo valor nominal, pois as cláusulas 9ª e 10ª do contrato social prevêm essa forma de liquidação para as hipóteses de falecimento e exclusão;

3º) que, assim não sendo, deve F. ser pago de acôrdo com o último balanço aprovado.

2. Exposta, assim, a questão, pergunta-se no primeiro quesito:

"Sendo a sociedade de prazo indeterminado, pode F. pedir-lhe a dissolução, ou deve reclamar apenas o pagamento de sua parte?"

Respondo: pode pedir a dissolução. E passarei a justificar a resposta.

3. Nas sociedades de pessoas nenhuma dúvida oferece o assunto. Dispõe o art. 1.869 do Cód. Civil francês:

"A dissolução da sociedade por vontade de uma das partes não se aplica senão às sociedades cuja duração é ilimitada; e opera-se pela renúncia notificada a todos os associados, contanto que esta renúncia seja de boa-fé e não intempestiva".

Eis o que, a propósito, se lê no "Code Civil Annoté", de FUZIER-HERMAN, vol. 6, pág. 349, última edição:

"Em direito romano e no antigo direito, já se admitia que os sócios podiam retirar-se da sociedade de duração ilimitada. Há aí uma aplicação da regra admitida para todos os contratos sucessivos e que se justifica, em primeiro lugar, pela necessidade da confiança recíproca entre os sócios e da oportunidade de liberar os sócios em discórdia; em segundo lugar, pela inadmissibilidade das obrigações perpétuas".

É, precisamente, o que ensina CARVALHO DE MENDONÇA (vol. 3, no 790):

"Sendo a sociedade instituída com prazo indeterminado, isto é, sem duração fixada no contrato **(sine temporis praefinitione)**, a presunção legal é que os sócios se reservaram o direito de dissolvê-la, quando qualquer dêles bem entendesse. A sua duração foi deixada **ad beneplacitum sociorum**. Não há contratos eternos, especialmente o de sociedade, alicerçado na confiança

recíproca. **Nulla societas in eternum coitio est**" (Liv. 70, Dig. **pro socio**). O ato unilateral da vontade de um dos sócios rompe o contrato".

4. Essa regra consta de nosso direito positivo. Está no Cód. Civil, arts. 1.399, nº V, e 1.404:

"Art. 1.399. Dissolve-se a sociedade:

.....

V. Pela renúncia de qualquer dêles (sócios), se a sociedade fôr de prazo indeterminado.

.....

Art. 1.404. A renúncia de um dos sócios só dissolve a sociedade quando feita de boa-fé, em tempo oportuno, e notificada aos sócios dolo meses antes".

Está no Cód. Comercial, art. 335, nº V:

"As sociedades reputam-se dissolvidas:

.....

V. Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado".

5. O contrato social dispõe no art. 5º:

"O prazo de duração da sociedade é o indeterminado, mas aos sócios representando a maioria do capital será permitido determinar o vencimento, desde que disso notifiquem aos outros com antecedência de seis meses".

Se o prazo é indeterminado - como ficou expressamente pactuado - a lei permite o pedido de dissolução pela vontade unilateral de um só dos sócios. Essa vontade não pode ficar na dependência do voto da maioria, sem quebra do princípio adotado na lei. Importaria renúncia da faculdade que a lei outorgou.

Essa renúncia é, geralmente, repelida pela doutrina e, em todo o caso, como toda a renúncia, dependeria de cláusula expressa (HOUPIN et BOSVIEUX, "Sociétés", septiéme édition, vol. 1, nº 222, pág. 270). Dois dos poucos autores que admitem a renúncia ao direito de pedir a dissolução, não dispensam **une clause formelle** a respeito (LYON-CAEN et RENAULT, vol. 2, parte 1ª, nº 328). Ora, no caso, o que está expresso é a indeterminação do prazo. Nenhuma renúncia ficou formalmente estabelecida. A dúvida, se existe, deve ser resolvida a favor da liberdade. É de doutrina que quem se obriga, obriga-se o menos possível.

6. Sendo, como ficou iniludìvelmente avençado, de prazo indeterminado a sociedade, o sócio, que deseja retirar-se, pode pedir a dissolução e não apenas o pagamento de sua cota. Nisso se distingue a simples retirada de um sócio da renúncia à sociedade pactuada sem prazo. É o que os autores não deixam de esclarecer, como se pode verificar em FUZIER-HERMAN, lugar citado, comentário ao artigo 1.869, nº 11:

"Convém distinguir a renúncia da retirada do sócio. A renúncia regular tem por efeito dissolver a sociedade a respeito de todos os sócios, salvo se se convencionou que esta sociedade continue de pleno direito com os sócios do renunciante, mediante o reembôlso da parte dêste. A ausência de uma tal cláusula obriga os sócios que quiserem continuar a emprêsa a constituir nova sociedade".

A lição vem apoiada nas autoridades de LYON-CAEN et RENAULT, THALLER, THALLER et PIC, HOUPIN et BOSVIEUX.

PLANIOL-RIPERT et BOULANGER, na edição de 1947 do "Traité Élémentairé", vol. 2, nº 3.100, pág. 931, ponderam:

"Os sócios podem sempre terminar a sociedade por deliberação unânime. Além disso, quando fôr ilimitada a duração da sociedade, concede a lei o direito de terminá-la a qualquer sócio, mesmo a um só, agindo individualmente, por meio de uma renúncia aos outros notificada. Esta renúncia não é uma simples demissão, que deixa a sociedade subsistir entre os outros, é uma dissolução imposta a todos pela vontade de um só e que acarreta uma liquidação geral.

"A disposição da lei sendo de ordem pública, porque se destina a proteger a liberdade individual, nenhuma combinação permite afastá-la".

7. Aplicam-se êsses princípios à sociedade por cotas? Sem dúvida nenhuma. Os que contestam - e são poucos - dizem não haver motivo para dissolver a sociedade, quando o cotista pode retirar-se dela alienando a sua cota, à semelhança do que acontece nas sociedades anônimas. Mas, a comparação não procede porque, ao passo que a cessão das ações é livre, a das cotas depende sempre do consentimento dos associados. E, assim, a liberdade de renúncia, que a lei quer inteira, fica entravada. Daí a razão de admitir a doutrina mais autorizada a inteira aplicação, também às sociedades por cotas, do princípio de ser sempre facultado aos cotistas, nas sociedades de prazo indeterminado, a renúncia e conseqüente dissolução. Comecemos por PAUL PIC et BARATIN, "Dos Sociétés à Responsabilité Limitée", nº 398:

"A sociedade criada por uma duração ilimitada pode terminar, não sòmente pelo acôrdo de seus membros, mas também pela expressão unilateral da vontade de um só.

"Por outras palavras, quando um dos sócios entender, mesmo contra a opinião dos outros que há desvantagem em continuar o negócio, não será obrigado, como em uma sociedade de prazo determinado, a recorrer à via judiciária; bastar-lhe-á, sem ter mesmo que motivá-la, notificar sua decisão, qualificada pela lei de renúncia, a cada um de seus sócios.

"Segundo uma jurisprudência constante, esta causa de dissolução não existe senão nas sociedades de pessoas. Ela lhe nega aplicação às sociedades de capitais, pois a faculdade que têm os acionistas de negociar seus títulos substitui para êles o direito individual de renúncia, reconhecido aos sócios pelos artigos precatados.

"Mas a questão de saber se esta faculdade, no silêncio da lei de 1925, deve ser reconhecida aos sócios de uma sociedade de responsabilidade limitada, é vivamente controvertida. Por um primeiro sistema, esta faculdade lhes deve ser negada, visto que, ao contrário das partes dos sócios na sociedade em nome coletivo ou na comandita simples, suas cotas são cessíveis como as ações. "Desde que, observa-se, todo o sócio pode, em qualquer momento, retirar-se,

vendendo suas cotas, não há razão alguma para permitir-lhe dissolver a sociedade a pretexto de readquirir a liberdade".

"Pensamos, ao contrário, que, em face dos obstáculos por vêzes intransponíveis, quê a lei de 1925 opõe à cessão de cotas (arts. 22 e 23 precatadas), é mais jurídico assimilar, sob o ponto de vista que nos ocupa, as cotas dos sócios de uma sociedade de responsabilidade limitada às partes das sociedades de pessoas, reconhecendo a cada interessado o direito de pôr têrmo ao pacto social por uma manifestação expressa da vontade".

No mesmo sentido, RENÉ GAIN, "Sociétés à Responsabilité Limitée", nº 97, troisième édition. Aí, expondo as causas de dissolução da sociedade de responsabilidade limitada (epígrafe do capítulo V), escreve:

"Nos têrmos do art. 1.865 do Cód. Civil, a vontade de um ou de vários sócios de não continuar na sociedade e, em conseqüência, o direito de pedir-lhe a dissolução, existe nas sociedades de duração ilimitada, isto é, naquelas cuja duração não foi prevista no contrato ou nas que se constituíram para durar enquanto os sócios viverem".

Tratando da sociedade de responsabilidade limitada, esclarecem HOUPIN et BOSVIEUX, vol. nº 1.497:

"Conquanto a lei não o prescreva, os estatutos não deixarão, em regra, de determinar a duração da sociedade. Faltando semelhante determinação, a sociedade deve ser havida como sendo de duração ilimitada e, nesse caso, por aplicação do artigo 1.869 do Cód. Civil, qualquer sócio tem o direito de lhe provocar, em qualquer tempo, a dissolução, sem que se lhe possa opor que a faculdade de cessão de suas cotas importa em renúncia dêsse direito, dadas as restrições de que é necessàriamente cercado o exercício dessa faculdade.

"Por isso, cada sócio pode, em qualquer tempo, pôr fim ao contrato, por uma manifestação expressa da vontade, se os estatutos estipularem que a duração da sociedade é ilimitada".

Outra não é a lição de GEORGES DROUETS, "La Compagnie Privée et la Société à Responsabilité Limitée", Paris, 1922, nº 449, pág. 460 pois inclui

entre as causas que acarretam a dissolução da sociedade de responsabilidade limitada:

"A vontade que um só ou vários exprimem de não continuar na sociedade, se esta foi contratada por uma duração ilimitada, ou, o que dá no mesmo, pela duração da vida dos sócios (art. 1.865, nº 5, do Cód. Civil). Não se admite esta causa de dissolução senão nas sociedades de pessoas; nas sociedades por ações, cada acionista tem um meio mais simples de sair da sociedade: é negociar o seu título. O projeto de lei põe sérios entraves à liberdade de ceder as cotas sociais e, por isso, deve reconhecer-se a cada sócio o direito de provocar por sua única vontade a dissolução da sociedade. Não convém sujeitar os sócios a um processo, apoiando sua demanda em justo motivo, quando estimarem ser desvantajoso prosseguir na exploração".

Êste autor modificou mais tarde sua opinião ("Sociétés à Responsabilité Limitée", Sirey, 1925, nº 322); mas sem dar a razão. Evidentemente, as duas ou três linhas em que aduz terem os sócios proteção suficiente no exercício do direito que lhes cabe de ceder suas cotas, não bastam para excluir o ponderoso motivo, por êle indicado, de não ser a transmissão das cotas livre, como é a transmissão, das ações de uma sociedade anônima. Por isso, a mais recente doutrina, com base na mais recente jurisprudência, sustenta que os sócios das sociedades por cotas têm o direito de pedir-lhes a dissolução, quando bem entendam, desde que não haja prazo fixado de duração das mesmas. É o que nos mostra GEORGES RIPERT, "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Paris, 1948, nº 875, pág. 335:

"No caso, aliás bem raro, em que a sociedade haja sido concluída por uma duração ilimitada, ou sem determinação de tempo, cabe aplicar-se o artigo 1.869 do Cód. Civil, que permite a cada sócio pôr fim à sociedade? Certos autores o duvidam pela razão de que o sócio, que deseja retirar-se, não tem senão que ceder sua cota. A jurisprudência pronunciou-se com razão pela aplicação da regra geral. Esta solução impõe-se, tanto mais quanto a cessão não é livre" (Req., 9 de março de 1936, D. H. 1936, 283 sôbre Paris 9 de dezembro de 1932, D. P. 1934 - 2.19, note PIC J. Soc., 1935 18; Hanoi, 27 de março de 1936, J. Soc., 1938, 420, note BOSVIEUX).

Outra não é a opinião de THALLER-PERCEROU, "Traité Élémentaire", Paris, 1931, onde se lê, a propósito das causas de dissolução comuns a tôdas as sociedades o seguinte, com relação à sociedade de duração ilimitada:

"Quando a sociedade é criada por uma duração ilimitada, ou, o que dá no mesmo, pela duração da vida dos sócios (art. 1.844), ela acabará, seja por acordo unânime dos sócios, como acima se disse, seja mesmo - e isto é na verdade insólito pela expressão unilateral da vontade de um só.

"Por outras palavras, quando um dos sócios julgar, mesmo contra a opinião dos outros, que há desvantagem em continuar a exploração, êle não é obrigado, como em uma sociedade de tempo limitado, a intentar uma ação. Não terá que fundar o seu pedido em justo motivo.

"Depende dêle notificar a seus sócios a sua vontade de dissolver a sociedade. O meio que a lei lhe dá, sempre segundo as tradições romanas, é qualificado por ela de renúncia".

Desta regra THALLER-PERCEROU apenas excluem as sociedades por ações (nº 430, cit., **in fine**).

8. No direito brasileiro esta doutrina tem aplicação tanto maior quanto a cessão de cotas nas sociedades limitadas depende, aqui, do consentimento unânime dos sócios. Essa exigência basta para tornar aplicável a regra da dissolução por ato unilateral, nos termos do art. 335, nº V do Cód. Comercial, pois só assim será resguardada a liberdade de apartar-se da sociedade, que a lei e a doutrina exigem, quando contratada por prazo indeterminado. A lei de sociedades anônimas não pode, neste particular, suprir a omissão do contrato, porque as regras, que disciplinam a cessão das ações, nas sociedades de capitais, são incompatíveis com as que devem disciplinar a cessão das cotas nas sociedades limitadas, pois estas não são exclusivamente de capitais. São também de pessoas e todos os autores reconhecem que são constituídas **intuitu personae**. Diz, portanto, muito bem VILEMOR AMARAL, nº 160:

"A transferência de cotas por ato **inter vivos** não apresenta, porém, a mesma simplicidade da transferência de ações, pois é da natureza das sociedades, cujo capital se forma por cotas, a estabilidade dos sócios.

"O sócio e a cota, como diz CARVALHO DE MENDONÇA, "representam unidade indissolúvel".

Daí, como se tem em grande conta a escolha dos associados, em tôdas as sociedades em que se descobre como nas sociedades limitadas o princípio individualista, é natural que se dificulte a transferência de cotas, por ato **inter vivos**, fazendo-a depender do consentimento da sociedade, mesmo porque, muitas vêzes, a pessoa do sócio, que deseja ceder a cota e retirar-se da sociedade, é um elemento indispensável à sua vida, por ser um técnico ou um profissional, e, neste caso é natural que a sociedade recuse o seu consentimento, se a pessoa, do cessionário não reunir as mesmas condições de capacidade do cedente, enquanto não puder, por outra forma, preencher a sua falta.

O Prof. VALDEMAR FERREIRA ("Sociedade por Cotas", nº 98) adota a mesma lição:

"A cota pode ser transferida a terceiros por qualquer dos modos permitidos em direito, ou por escritura pública ou por escrito particular, se os demais sócios concordarem, expressamente, com a cessão, ou pelo modo previsto no contrato social.

"A nenhum sócio, dispõe o art. 334 do Cód. Comercial, é lícito ceder a um terceiro, que não seja sócio, a parte que tiver na sociedade, nem fazer-se substituir no exercício das funções, que nela exercer, sem expresso consentimento de todos os outros sob pena de nulidade do contrato; mas poderá associá-lo à sua parte, sem que por este fato o associado fique considerado membro da sociedade.

"Êste princípio se aplica às sociedades por cotas, que não são, exclusivamente, sociedades de capitais, senão sociedades de capitais e, ao mesmo tempo, de pessoas".

9. Ficou, assim, bem justificado que, sendo a saciedade de prazo indeterminado, pode F. pedir-lhe a dissolução. A lei, numa sociedade, não apenas de capitais, senão também de pessoas, onde a confiança recíproca dos

sócios e a duração limitada do vínculo são postulados inatacáveis, não consente que a saída do sócio fique jungida à vontade da maioria, que ninguém pode prever por quantos anos durará, pois as pessoas que compõem essa maioria, podem variar com o tempo, e, assim, continuar o sócio que pretende apartar-se, indefinidamente preso à sociedade. Sem dúvida alguma, subordinar à vontade da maioria, nas sociedades de prazo indeterminado, a saída do sócio, que pretende retirar-se, é criar, contra a doutrina e o disposto na lei, uma situação potestativa de puro arbítrio, que o direito repele em nome da liberdade individual.

10. O segundo e último quesito reza:

"Na hipótese de ser negada a dissolução, como deve apurar-se o valor da cota de F. nos termos das cláusulas 9ª e 10ª do contrato, ou nos termos do art. 15 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919?"

Respondo negativamente: a apuração da cota de F. deve resultar de um balanço especial, contendo os valores reais na data em que manifestou a vontade de apartar-se da sociedade.

11. As cláusulas 9ª e 10ª do contrato social prevêm hipóteses diferentes: morte e exclusão do sócio. Aqui se visou a continuação da sociedade com os demais sócios. A renúncia do sócio, que pretende desligar-se da sociedade, traduz o inverso; não a continuação, mas o fim da sociedade. Desta hipótese não se cogitou, porque, via de regra, a liquidação, que se segue à dissolução, obedece às prescrições legais.

12. Tampouco tem aplicação o art. 15 do decreto nº 3.708. A razão é a mesma. Êste artigo mira impedir que a sociedade se dissolva. Mas, o sócio que se utiliza da faculdade inserta no art. 335, nº V, do Cód. Comercial, intenta, com o amparo que a lei lhe dá, pôr termo à sociedade. Sendo contrárias as hipóteses, não é lícito, por analogia, aplicar-lhes abluções idênticas. Cada uma tem o seu processo próprio de apuração de haveres do sócio apartado: um tendo em vista o prosseguimento da sociedade; outro, considerando a sua extinção.

13. Mas, se se quiser, apesar de se tratar de dissolução, e não apenas de retirada de sócio, aplicar a regra do art. 15 citado, reembolsando F. na proporção do último balanço aprovado, pior não fica a sua situação.

14. O balanço de 1949 não foi feito. Para os que entendem que o último balanço aprovado é o balanço normal ou ordinário, o balanço de exercício, o de 1948, que é o último, não serve. O Cód. Comercial exige, no art. 10, nº 4, um balanço anual; e assim também o art. 129 da lei de sociedades anônimas. Tem, portanto, F. o direito de exigir se faça o balanço do último exercício (ASCARELLI, "Problemas das Sociedades Anônimas", pág. 428, nota 23-**bis**). Mas, estando a findar-se o ano de 1950 e mais justo e eqüitativo aguardar-se o balanço dêste exercício, pois, quanto mais próximo do recesso, tanto melhor o balanço espelhará a real situação da sociedade (DE GREGORIO, "I Bitanci Delle Società Anonime", Milano, 1938, pág. 58).

Contudo, seja um balanço, seja outro, há de respeitar, integralmente, os direitos do sócio renunciante. A dúvida maior, segundo expõe a consulta, provém do valor dos imóveis, que, a aplicar-se a lei de sociedades anônimas, art. 129, parág. único, deverão figurar pelo custo de aquisição. Nos balanços de exercício, essa é a regra de contabilidade (DE GREGORIO, ob. cit., nº 123). Outra solução melhor não haveria, uma vez que se não trata de liquidar a sociedade. VIVANTE explica-o muito bem (vol. 2, nº 568, pág. 303, 5ª ed.):

"Os bens destinados ao exercício da emprêsa deverão estimar-se pelo seu valor de aquisição, deduzida a depreciação, que se pode calcular, antecipadamente, na mesma medida, para todos os exercícios, ou determiná-la cada ano, mediante nova estimativa; mas, seria injusto avaliá-los pelo preço que se poderia obter com a sua venda, dado que a emprêsa não tem nenhuma intenção de vende-los: o inventário compendia a liquidação de um exercício que se renova e não a liqüidação da sociedade".

Para o sócio, que se retira, o balanço que interessa é êste: o balanço real, exato e honesto de todo o patrimônio, como se se tratasse de liquidar a sociedade, pois, ensina CARVALHO DE MENDONÇA (vol. 3, nº 680):

"A retirada de sócio equivale, no que lhe diz respeito, à dissolução e liquidação da sociedade".

15. Deixar de atender à enorme valorização da propriedade imobiliária, em conseqüência da inflação monetária, é impossível; por isso, excepcionalmente, os autores permitem a revalorização das instalações. É o que DE GREGORIO (ob. cit., pág. 329) esclarece:

"Só os grandes fenômenos de profundas desvalorizações monetárias, demasiado freqüentes nos últimos anos, podem justificar, com o sistema dos chamados reajustamentos monetários, as revalorizações excepcionais das instalações".

MIRANDA VALVERDE (vol. 1, nº 562), tratando da determinação do preço das ações, pelo critério ou processo adotado nos estatutos, observa que, em qualquer hipótese, deve-se procurar atingir o justo preço; e, em nota, lembra que a Cassação Francesa julgou leonina a cláusula de perempção na qual se fixou o preço no valor nominal da ação. Discorrendo sôbre a mesma matéria, RIPERT mostra ("Droit Commercial", nº 1.119) que por justo preço se deve entender um preço correspondente ao valor real da ação.

16. Como quer que seja, o fato é que o legislador, mandando que se pague a cota do acionista dissidente pelo último balanço aprovado, não visou estabelecer uma liquidação **à forfait**. Visou, apenas, evitar as discórdias que uma avaliação especial poderia determinar, tanto mais quanto (a observação é de SRAFFA) a maioria, que fica, não deixará de votar por um preço inferior para prejudicar o cedente. O legislador supõe que o último balanço em que se não cogita de pagar a cota do que se afasta, protege melhor o direito dêste. Mas, se assim não fôr, êle pode impugnar o balanço, da mesma forma que o pode a sociedade, se após o seu encerramento ocorrer circunstância que lhe deva alterar o resultado. Oiçamos, quanto à sociedade, a opinião de VIVANTE (vol. 2, nº 520):

"Se o último balanço ordinário foi redigido com um otimismo desmentido pela prática, nada se opõe a que se convoque uma assembléia extraordinária para determinar outro com critérios novos, mesmo durante o curso do exercício seguinte, com todas as garantias legais da convocação da assembléia, do relatório dos administradores e dos fiscais. Êste balanço extraordinário será

decisivo para determinar o reembôlso devido aos sócios recedentes, salvo, bem entendido, a prova da fraude dêle".

Se a sociedade tem êsse direito de repudiar o último balanço e fazer outro - igual direito não pode deixar de ter o sócio que se afasta. É o que bem explicam os autores. Vejamos SOPRANO, "Società Commerciali", vol. 2, nº 734, pág. 749, Torino, 1934:

"Nas hipóteses indicadas, a assembléia deve ter excedido os limites discricionários de avaliação patrimonial, que as boas normas comerciais e contábeis podem consentir, isso é, deve ter violado, com mais ou menos habilidade, as normas de sinceridade e evidência, que a lei quer devam presidir à compilação do balanço; e, então, não se poderá desconhecer ao acionista o direito de impugnar a validade da aprovação deliberada. Não se pode observar em contrário que a assembléia é árbitra de suas avaliações. Um tal poder ilimitado da assembléia não existe: isso soaria como legitimação do arbítrio e abriria ampla via aos administradores e às maiorias para menoscabarem alguns dentre os mais delicados direitos do sócio garantidos ou pela lei ou pelo contrato, como o direito ao dividendo e o direito de recesso".

Vejamos, ainda, a magistral lição do grande comercialista Prof. VITTORIO SALANDRA ("Nuovo Digesto Italiano, Società Commerciali", vol. 12, parte 1, nº 44, pág. 487):

"O sócio recedente tem direito ao valor de sua ação em dinheiro, e não em espécie, mesmo que haja conferido bens em espécie. Êste valor deve ser calculado com base no último balanço aprovado, levando-se em consideração no cálculo, além do capital, também as reservas, de modo que o reembôlso corresponda ao valor atual e não ao valor nominal da ação. Por último balanço, segundo a prevalente doutrina e jurisprudência, deve entender-se o balanço ordinário anual ùltimamente aprovado ou um outro balanço já aprovado por outras contingências; e não um balanço especial compilado por ocasião da deliberação que dá direito ao recesso, o qual poderia ser alterado para diminuir o reembôlso devido aos recedentes. O sócio pode impugnar dito balanço, nos têrmos do art. 163 do Cód. Comercial, nos casos e, dentro dos limites em que se permite tal impugnativa, para demonstrar que o balanço é falso e lhe cabe

reembôlso maior. Acolhida sua demanda, deve compilar-se e aprovar-se novo balanço para determinar por êle a cota que lhe cabe".

17. Disse que se devia fazer no caso balanço especial. De fato, foi esclarecido, as normas previstas no art. 15 do dec. nº 3.708, ou no art. 107 do dec.-lei nº 2.627, nenhuma aplicação têm à hipótese, pois essas normas visam a continuação da sociedade: ao passo que o direito garantido pelo artigo 335, nº 5, do Cód. Comercial tem escopo oposto, isto é, o de extinguir a sociedade. A nenhum intérprete é lícito tentar conciliar êsses contrários, aplicando à hipótese de continuação da sociedade o estatuído para a sua dissolução. Se as partes previram no contrato social a morte e a exclusão, poderiam também prever a renúncia, dado que o prazo era indeterminado. Mas, quem contrata sociedade, sem fixar prazo de duração, não determina o modo de apurar a parte do sócio renunciaste, porque sabe eu deve saber que; nessa contingência, a lei impõe a dissolução e liquidação. Certamente, os sócios podem reviver a sociedade, mediante novo contrato; mas, o antigo, ferido de morte, não sobrevive senão para as operações de liquidação, como vem expresso no art. 335, **in fine**, do Cód. Comercial: "em todo os casos deve continuar a sociedade sòmente para se ultimarem as negociações pendentes procedendo-se à liquidação das ultimadas". Pactuando uma sociedade de prazo indeterminado, os sócios sujeitaram-se a êsse rigor da lei.

18. Por ser princípio de justiça, as legislações mais recentes, como o novo Cód. Civil italiano, mandam liquidar os haveres do sócio retirante na base da situação patrimonial no dia da saída. É o que dispõe o art. 2.289:

"La liquidazione della cota è fatta in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento".

É regra de suma justiça, que evita se locupletem os sócios, que ficam, à custa do que sai. Estando no fim do exercício, a apuração pelo último balanço retiraria ao renunciante os lucros do ano a findar, o que não é nem moral nem jurídico. Assim, penso haver justificado a necessidade de um balanço especial, que espelhe nítida e honestamente a situação patrimonial atual da sociedade. Se os sócios que ficam repelirem esta situação, F. terá, então, direito de pedir a liquidação conseqüente à dissolução, nos exatos têrmos do art. 335, **in fine**, do Cód. Comercial. O que em nenhuma hipótese será licito - convém sempre

insistir - é apurar os haveres do sócio que renuncia mediante critérios adotados para evitar que a sociedade termine; porque, seja pelo Código Comercial, seja pelo Cód. Civil, quem renuncia a sociedade de prazo indeterminado tem direito de considera-la, a seu respeito, dissolvida. Já, então, se os outros sócios se opuserem a liquidação, terão que haver-se com êle, não como sócio, que já não é, mas como credor com direito a receber, por direito comum, tudo quanto se lhe deve ("Rivista del Diritto Commerciale", 1925, parte II, pág. 310).

São Paulo, 30 de novembro de 1950. - **Antão de Morais**.

---

1 VALDEMAR FERREIRA, "Sociedades por Cotas", 6ª ed. (Cia. Gráfico-Editôra Monteiro Lobato, São Paulo, 1925), pág. 248, nº 271.

2 VALDEMAR FERREIRA, "Instituições de Direito Comercial", 2ª ed., vol. I. - O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil (Livraria Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro e São Paulo, 1947), pág. 293.

3 VALDEMAR FERREIRA, "Sociedades por Cotas", 5ª ed. (São Paulo, 1925), pág. 249, nº 271.

4 "Direito", vol. 3, de 1940, pág. 375.

2 **Razões referidas:**

Egrégios Senhores Desembargadores:

Omissis...

2. Ventila-se aqui a dissolubilidade integral de sociedade por cotas de responsabilidade limitada de duração indeterminada requerida por um dos sócios com a oposição dos demais em maioria superior a dois terços da totalidade do capital social. A respeitável sentença de fls. repeliu o pedido e o repeliu mesmo no ponto em que as partes se puseram de acôrdo, isto é, que o pedido vingasse no sentido de se apurarem os haveres do cotista dissidente; disse o inteligente magistrado **a quo** que tão-somente lhe competia decidir se

ocorreu, ou não, a dissolução social de pleno direito; não podia, assim, apreciar a retirada apenas da autora, esclarecendo qual o critério para a apuração dos seus direitos na sociedade, se pelo último balanço aprovado ou se de acôrdo com os valores das coisas no mercado.

Os ora apelados pedem licença para continuarem com o seu ponto de vista já declarado duas vêzes antes nestes autos (fls.). Nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada não pode a minoria obter a dissolução social integral contra a oposição da maioria mínima de dois terços do capital, embora a sua existência seja por prazo indeterminado. Quando a minoria insiste no seu propósito, assiste-lhe o direito de receber os seus haveres, continuando, porém, a sociedade com a maioria.

Os apelados então entendem que o juiz pode decretar a impropriamente denominada "dissolução parcial"; ele pode reconhecer que se apurem os haveres da minoria sem que o ente jurídico sofra solução de continuidade na sua existência; o pedido de dissolução é acolhido para tais fins. É um modo de decidir intermédio entre os dois extremos que o digno juiz entendeu unicamente acolhíveis.

O desfecho desta pugna - segundo o entendimento que lhe dão os apelados - seria de fácil demonstração se a ela não se opusessem não só o brilhante advogado **ex adverso** como também os doutíssimos juristas autores dos magníficos pareceres de fls. Tanta autoridade acumulada assim criaria normalmente um prejulgado.

Vejam-se, no entanto, com alguma paciência alguns dos argumentos adotados por tão conspícuas autoridades. Depois dessa pretensa dissecação, os apelados voltarão a falar do seu ponto de vista.

Mas, antes de tudo isto, estariam êles errados ao dizerem, como disseram, que as sociedades por cotas de responsabilidade limitada se classificam entre nós nas entidades de interêsses e não nas entidades de pessoas?

3. BRUNETTI citado, no seu "Trattato del Diritto delle Società" (vol. III, nº 918, pág. 30, **in fine**), aliançou que no Brasil as sociedades por cotas não têm o

cunho pessoal que teriam ou têm na Itália. Na pior hipótese (adotando-se uma atitude de condescendência) não seriam entre nós sociedades pessoais típicas.

O eminente mestre VALDEMAR FERREIRA, em certo tópico do seu autorizado parecer, transcrevendo trabalho seu anterior, insiste no caráter pessoal das sociedades sob análise. Havendo solidariedade - são assertivas suas - se caracteriza a qualidade pessoal do ente moral; não é o limite à responsabilidade que constitui o divisor na matéria, pois que nas comanditas simples essa limitação não as transpõe para as sociedades de interêsses ou de capitais.

Haveria algo a mais a se considerar nesta matéria. O mesmo e sempre autorizado VALDEMAR FERREIRA, abundando em argumentos a respeito, afirmou que as cotas de responsabilidade não são sociedades por ações simplificadas porque o art. 2º, da lei que as instituiu ordena que se criem à feição das outras sociedades comerciais que não as anônimas; o título constitutivo de uma sociedade por cotas regular-se-á pelos dispositivos dos arts. 300 a 302 do Cód. de Comércio, limitando-se a responsabilidade dos sócios até o montante total do capital social ("Compêndio de Sociedades Mercantis", vol. I, 2ª ed., págs. 203-206).

Mas, pergunta-se, até quando há solidariedade entre os cotistas para a efetivação do capital social na sua integridade? Até o momento em que êste último não se encontre totalmente realizado.

Por outras palavras: desde que o capital social se encontre totalmente realizado, a responsabilidade de cada sócio se restringe automàticamente ao montante das respectivas cotas subscritas. Desaparece o que se chamaria de solidariedade; todos os prejuízos sociais passam a repartir-se religiosamente em proporção aos valores globais do capital de cada cotista; desaparece a obrigação de qualquer um deles totalizar o capital da sociedade independentemente da consideração de que tenha ou não tenha efetivado a sua parte subscrita.

Inexiste assim a invocada solidariedade nas sociedades de responsabilidade limitada.

Aliás existe também solidariedade, ainda que bitolada, nas sociedades anônimas. Qualquer acionista, indiferentemente, é obrigado a integralizar as ações por ele subscritas; ele não tem a faculdade de invocar qualquer benefício de ordem.

Não seria, portanto, a solidariedade momentânea dos cotistas limitada até o total do capital social que caracterizaria as sociedades por cotas como entidades pessoais.

Há, de resto, uma pequena observação incidente que se pode fazer nesta altura. Entende-se como obrigação solidária passiva a existência de várias pessoas responsáveis pela sua satisfação integral (cf. CARLOS RODRIGUEZ LAZO "Sint. de La Teoria General de las Obligs.", Santiago, 1937, nº 167, página 73). Se a gente quisesse interpretar restritivamente como obrigação solidária a responsabilidade integral de qualquer dos co-obrigados, independentemente de ordem ou preferência, não haveria solidariedade tanto no exemplo do Prof. VALDEMAR FERREIRA como no exemplo dos apelados; o primeiro argumentou com a responsabilidade dos cotistas pela integralização de todo o capital social; os últimos aludiram à obrigação de integralização das ações respectivas pelo acionista, seu subscritor, sem qualquer ordem ou preferência. Embora, no primeiro caso, se mencione a totalidade do capital social, essa totalidade é relativa, porque pode acontecer que o montante das responsabilidades sociais seja bem superior a êsse capital total; e, no entanto, há limitação da responsabilidade do cotista até à cifra enunciada como capital social.

Isto tudo quer significar que, em última análise, os dois exemplos em confronto se equivalem; equivalem-se porque em ambos, a solidariedade é limitada.

Logo, se a solidariedade entre os cotistas atribuísse o caráter pessoal às respectivas sociedades, igualmente as anônimas teriam o mesmo caráter, porque há igualmente uma solidariedade entre os acionistas que não integralizaram as respectivas ações.

E também não convence o exemplo ou circunstância das sociedades por cotas se constituírem pelo mesmo modo que se constituem as outras sociedades comerciais, não anônimas. É pouco simpática a discordância com a opinião dos

mestres, notadamente com aqueles que o são de índole ilibada; nem mesmo até os deuses, porém, acertam sempre. Grandes homens, grandes erros, ou melhor, os pequenos erros nêles são sempre maiores do que os praticados pelos comuns dos mortais.

As sociedades de responsabilidade limitada constituem-se, extrìnsecamente falando, segundo as disposições dos arts. 300 a 302 do Cód. de Comércio, reza o art. 29 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Daí não se pode concluir necessàriamente que elas tenham o caráter pessoal. Êsses dispositivos, isto é, os do Cód. de Comércio, exigem que o contrato social seja por escrito; tanto pode ser escritura pública como pode ser escrito particular; o contrato necessita ser arquivado no Registro do Comércio; a sua falta significa a inexistência por enquanto de sociedade regular; e o escrito deve conter, finalmente, os nomes dos sócios e tôdas as demais especificações próprias do contrato.

Ora, as sociedades anônimas também se constituem por escritura pública ou por escrito particular se fôr preferida a subscrição particular do seu capital (art. 45 e §§ do dec.-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940); elas, igualmente inexistem verbalmente e inexistem sem o seu contrato arquivado no Registro do Comércio, tal como acontece com as demais sociedades que se constituem à maneira dos arts. 300 a 302 do Cód. de Comércio.

No entanto, as anônimas são o protótipo das sociedades de interêsse ou de capital, diversamente das comanditas simples, de capital e indústria, em conta de participação e em nome coletivo, catalogadas como sociedades de pessoas. As sociedades em comandita por ações são epicenas ou mistas. Não é a circunstância de haver sociedades que se constituem segundo os dispositivos dos arts. 300 a 302 do Cód. de Comércio e de existir em outras que se podem constituir diferentemente, que as distingue.

E então, qual a classificação das sociedades por cotas de responsabilidade limitada?

São sociedades preferentemente de interêsses. Fala-se preferentemente porque, no fundo, elas apresentam peculiaridades de um indisfarçável hibridismo.

Afirmou-se que elas preferentemente são de interêsses e não de pessoas, na nossa legislação; as matérias ventiladas nos arts. 15 e 18 da respectiva lei comprovam a afirmativa. Pelo primeiro, a maioria pode alterar o contrato social, ficando a minoria com o direito de recesso; pelo segundo, a legislação sôbre as sociedades por ações é subsidiária dos estatutos sociais naquilo que lhe fôr aplicável.

Tanto pela primeira circunstância como pela segunda, se deu às sociedades por cotas de responsabilidade limitada um cunho nìtidamente de capital e não de pessoas; elas, ao contrário destas últimas, podem ter denominação em vez de firma, o que igualmente é uma peculiaridade das sociedades de interêsses. Enfim, as sociedades por cotas são moldadas à maneira das anônimas: as suas omissões estatuárias se preenchem, com os dispositivos legislativos destas últimas.

Se as sociedades por cotas se classificassem entre as pessoais seria aplicado, nas omissões dos seus estatutos, o Cód. de Comércio no que se referisse, por exemplo, às sociedades em nome coletivo e no que se referisse às sociedades indistintamente de caráter pessoal.

4. Disse o Prof. VALDEMAR FERREIRA que é insustentável a jurisprudência que admite a dissolução das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, de prazo indeterminado de existência, requerida por um sócio quando êles são apenas em número de dois e que não a admite quando são êles em número de três ou mais. Seria uma derrogação do nº V do art. 335 do Cód. de Comércio com a agravante de distinguir onde a lei absolutamente não distingue.

Trata-se de um equívoco manifesto, **data venia** do querido mestre.

Em primeiro lugar, convém frisar, desde logo, que o art. 15 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, é preceito de natureza especial, que prevalece sempre que colidir com o nº V do art. 335 do Código de Comércio, de 25 de novembro de 1850. Nem é preciso que se invoque o disposto pelo § 1º do art. 2º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil.

Dispõe sabidamente o art. 335 nº V, em referência:

"As sociedades reputam-se dissolvidas:

.....

V. Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado".

Quais as sociedades que se reputam dissolvidas pela vontade exclusiva de um dos sócios? Tôdas indistintamente?

Não. Só as sociedades de pessoas; não as de interêsse. A morte, exemplificativamente, de um acionista, ou a vontade de um dêles não têm o vigor de provocar a dissolução da anônima de que tenha feito ou faça parte.

Mas, como compreender-se a matéria no tocante às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, que, preferentemente, na sistemática do direito pátrio são do tipo-interêsse e não tipo-pessoas?

Poder-se-á objetar, nesta altura do raciocínio, que as sociedades por cotas não seriam do tipo-interêsse; desprezar-se-iam as considerações já feitas a êste propósito e isto por uma simples questão opinativa; seriam sociedades de pessoas **tout court**, ainda que as omissões dos seus respectivos estatutos se preencham, na parte aplicável, com os dispositivos da legislação das sociedades por ações.

Aceite-se essa hipótese para simples efeitos de dialética, ou seja, que as limitadas seriam sociedades de pessoas.

O que diz então o art. 15 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, regulador de tais entidades morais?

"Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembôlso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado..."

Qual à inteligência dêsse texto, segundo as próprias assertivas do douto Prof. VALDEMAR FERREIRA?

Êle a repete no seu autorizado parecer a fls.:

"...tem-se entendido que, nas sociedades por cotas, de responsabilidade limitada, os sócios, que representam a maioria do capital, têm poder para alterar o contrato social, mudando até o objeto da sociedade. Os sócios em minoria, divergindo do assim deliberado, podem exercer o direito de recesso, retirando-se da sociedade".

Mais ainda, êsse festejado comercialista repete a fls. dos autos o que já anteriormente afirmara no seu excelente livro sôbre as sociedades por cotas:

"Reza o art. 15 do dec. nº 3.708 que assiste nos sócios que divergirem de alteração do contrato social a faculdade de retirarem-se da sociedade, obtendo o reembôlso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço. Prevê, portanto, a hipótese de tomarem os sócios em maioria, deliberação que a todos êles não agrade, para a alteração do contrato social. Daí, sem grande esfôrço de hermenêutica, se deduz perfeitamente, que os sócios em maioria poderão opor-se à dissolução da sociedade, quando pedida sem outro motivo que não o da deliberação de um dos cotistas, fazendo, nêsse sentido, a devida alteração do contrato social.

"Neste caso se dará a retirada do sócio pelo modo constante do texto citado, sem sacrifício, nem do seu direito, nem do dos outros cotistas. É o que muitos chamam de dissolução parcial".

Portanto, resumindo-se a inteligência do art. 15 da lei de sociedades de responsabilidade limitada, os sócios em maioria (note-se bem: os sócios em maioria) podem opor-se à dissolução da sociedade de prazo de duração indeterminada requerida por um dêles em minoria.

Nas sociedades em geral, isto é, nas sociedades de pessoas, a vontade de um sócio basta para decretar inapelàvelmente a dissolução, inexistindo prazo prefixado de duração. É uma verdade. Tudo quanto o fulgurante desembargador

ANTÃO DE MORAIS disse a respeito, tem a desqualificada aquiescência dos ora apelados.

A sua referência ao direito francês em matéria de sociedades de responsabilidade limitada não tem, porém, o menor alcance entre nós. O direito lá é diverso do nosso. Pode-se dizer, por outras palavras, que, esta ação de dissolução de sociedade teria sido julgada procedente e nem mesmo os ora apelados poderiam contestá-la. Vieram à baila PAUL PIC & F. BARATIN, num largo trecho da sua obra "Des Sociétés à Responsabilité Limitée", nº 398 (fls.). No entanto, já no segundo suplemento à segunda edição citada êles dizem:

"Les sociétés de personnes constitués pour ano durée ilimitée peuvent prendre fin, son seulemente par l'accord unanime des associés (mutuus consensus), mais encore par l'expression unilatérale de la volonté d'un seul.

L'on s'accorde a écarter cette cause de dissolution pour les sociétés de capitaux, la faculté qu'ont les actionnaires de négocier leurs titres remplaçant pour eux le droit individuel de renonciation prévu à l'article 1.869.

Mais la question de savoir si cet article est applicable aux S. R. L. (sociedades de responsabilidade limitada), qui se situent à égale distance des sociétés de capitaux et de sociétés de personnes, est controversée. L'opinion dominante est que, en présence des obstacles parfois insurmontables dont la cession de parts est entonrée par la loi de 1925, il convient d'amettre, comme correctif, l'application de l'article 1.869" (segundo suplemento, Paris, 1937, págs. 44-45).

Logo em seguida ao trecho transcrito os festejados comercialistas gauleses aludem a decisões a favor e a decisões ao que chamaram de opinião dominante.

Apesar, assim, no direito francês, dos textos serem diversos, há dúvida quanto à dissolubilidade das sociedades limitadas de prazo de duração indefinido reclamada por um cotista apenas. Lá se faz girar a questão nos meios que tenha a minoria para receber os seus haveres, ou, por outras palavras, em França

prevalece a tendência de se examinar os meios de que dispõe a minoria para receber o que lhe pertence, existindo êsses meios, repele-se a dissolução e aconselha-se o minoritário a exercer êsses meios para se reembolsar dos seus haverem.

Ora, no Brasil temos a chamada dissolução parcial, consagrada pelo direito de recesso do art. 15 da lei de sociedades limitadas. Os minoritários divergem do prosseguimento social e recebem o que lhes é devido pela forma que a lei prevê.

Então pouco interessa que o nº V do art. 335 do velho Cód. de Comércio faculte a dissolução das sociedades comerciais de pessoas de duração indefinida a pedido apenas de um sócio só. Posteriormente, em 1919, apareceu um tipo diverso (que não é aliás sociedades de pessoas e haja vista a própria opinião de PTC & BARATIN, no trecho há pouco transcrito, emitida em face das condições legislativas francesas). Em 1919 como se afirmava, surgiu um tipo novo de sociedade na qual se estabeleceu o direito de recesso da minoria como forma dela se desvincular da sociedade.

O art. 335, nº V, do centenário Cód. de Comércio, em suma, não se aplica às sociedades limitadas no Brasil; não se aplica porque, repetindo-se, a maioria pede opor-se à dissolução. Pouco importa então que as sociedades limitadas sejam entre nós do tipo-interêsse ou do tipo-pessoas, como foi admitido paginas atrás para simples efeito de argumentação. Ao contrário do que dá a entender o eminente Prof. VALDEMAR FERREIRA, o art. 15 do dec. nº 3.708, de 1919 derrogou o art. 335, nº V, do Cód. de Comércio; revogou-o parcialmente, a saber, o princípio dêste último continua sempre que não se tratar de sociedades de interêsses e não se tratar de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, quer estas se classifiquem como sociedades de interêsse, quer se classifiquem como sociedades de pessoas, quer, finalmente, se classifiquem como sociedades híbridas.

As sociedades por cotas de responsabilidade limitada de prazo de duração indeterminado não se dissolvem pela manifestação da vontade da minoria. Esta tem os meios de reaver os seus direitos através da dissolução parcial; em lugar de se recorrer ao nº V do art. 335 do Cód. de Comércio aplica-se o art. 15 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Se porventura as respeitáveis palavras do eminente desembargador ANTÃO DE MORAIS tivessem caráter decisivo na matéria, apoiadas nas doutas considerações de doutrinadores franceses, restaria aos apelados invocarem as incisivas palavras de AZEVEDO SOUTO na sua "Lei das Sociedades por Cotas - Anotações":

"Também pode ser caso de dissolução a vontade de um sócio: mas só quando expressamente clausulada..." (3ª ed., 1941, Coimbra, pág. 146).

Ficar-se-ia no mesmo pente de partida.

Se a legislação fôsse muda no Brasil, entrariam em ação os dispositivos de ordem genérica; não é; aplicam-se os dispositivos específicos. A maioria tem o direito de se opor pagando os direitos da minoria pela forma que a lei dá.

Mas o eminente Prof. VALDEMAR FERREIRA diz que há uma intolerável distinção jurisprudencial na questão: quando os cotistas são apenas dois, um dêles pode obter a decretação da dissolução social inexistindo têrmo previsto no contrato; ao contrário, quando são no mínimo três, um só não consegue a mesma dissolução em circunstâncias idênticas. Onde a lei faz semelhante distinção?

O próprio douto Prof. VALDEMAR FERREIRA diz "que os sócios em maioria poderão opor-se à dissolução da sociedade, quando pedida sem outro motivo que não o da deliberação de um dos cotistas..." Sendo a sociedade composta apenas de dois cotistas, a saída de um acarreta fatalmente a dissolução dela, porque não há sociedade de um sócio só. Quando três ou mais cotistas compõem a limitada, desde que permaneçam dois apenas com o propósito de continuar em sociedade, detendo a maioria do capital, não se decreta a dissolução; apuram-se os direitos da minoria. Quando se fala minoria se alude à quantidade menor de capital.

Não há, portanto, nenhuma distinção entre dissolubilidade com dois cotistas e indissolubilidade com três ou mais dêles. Por fôrça das circunstâncias, o mínimo é de três porque ninguém pode ficar sòzinho em sociedade consigo mesmo.

Em resumo: não se dissolvem entre nós, as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, quando dois ou mais sócios - em maioria de capital - desejam e querem continuar com ela; apuram-se os haveres dos cotistas em minoria, que têm o direito de recesso.

5. Podem os sócios em maioria transformar em prazo determinado a duração da limitada até então indefinido; mas não o podem fazer após a denúncia em juízo da minoria. É outro argumento fixado pelo eminente comercialista da nossa Faculdade de Direito de São Paulo; sociedade se dissolveu de pleno direito.

Mas então a gente pergunta onde fica o direito da maioria de se opor à decretação da dissolução que o mesmo mestre defende e defende com tôda a razão porque é circunstância que decorre do próprio espírito do art. 15 da lei reguladora das sociedades limitadas?

De mais a mais, os sócios em maioria podem querer que não só a sociedade continue como também que continue com prazo de duração indeterminado; assim desejam e assim podem agir.

Ora, nada há que se cogitar de qualquer modificação. A minoria quer a dissolução. Êles se opõem. Opõem-se com o desejo simples de quererem o prosseguimento da mesma. Podem fazê-lo: o próprio Prof. VALDEMAR FERREIRA reconhece que os sócios em maioria podem opor-se à dissolução; ninguém pode contrariar um ato antes da sua prática.

A dissolução opera-se de pleno direito se os sócios em maioria não se opõem em tempo hábil, isto é, no prazo previsto pelo § 1º do art. 656 do Cód. de Proc. Civil. As chamadas dissoluções de pleno direito não transformam o juiz num autômato. Não há dissolução sob o ponto de vista jurídico sem a prévia decisão judicial (art. 141, § 4º, da Constituição federal).

6. Os cotistas em maioria podem opor-se à dissolução da sociedade limitada; a oposição deve concretizar-se num ato escrito que seja arquivado no Registro do Comércio.

O argumento é especioso, mas não convence. Não se pode subordinar o direito de resistência da maioria à prévia aprovação pela Junta Comercial, da alteração. Se o ingresso em juízo da minoria caracterizasse irrecorrìvelmente a dissolução social, um ato repentino da minoria imprestabilizaria o direito da maioria. Nunca se atribuiria ao legislador semelhante propósito.

Não há dúvida de que a transformação da sociedade, quer se concretize por uma alteração pequena que seja no texto de alguma de suas cláusulas contratuais, quer consista apenas na concretização da salda dos sócios em minoria (o que é também iniludìvelmente uma transformação social), deve ser concretizada pela respectiva modificação arquivada no Registro do Comércio. Mas ela, ou se faz antecipadamente pelos cotistas em maioria, quando agem no sentido positivo ou ativo, ou, ao contrário, se faz posteriormente por êles quando agem no sentido negativo ou passivo.

Se os cotistas em maioria querem alterar o contrato social, sem terem obtido o consentimento da minoria, promovem a respectiva alteração e arquivam-na na Junta Comercial. Se êles desejam a continuação como se encontra, aguardam o tempo próprio para exercerem o seu direito de recusa, opondo-se ao pedido de dissolução.

Insuportável seria o reconhecimento do direito de oposição **a priori** e o desconhecimento dêsse mesmo direito **a posteriori**. Seria uma distinção, esta sim, inadmitida pela lei.

Resolvido êste pleito, os cotistas em maioria irão arquivar na Junta Comercial o respectivo instrumento concretizador da sua inegável oposição à dissolução. Pela circunstância de não o terem feito ainda não resulta a perda por êles dessa faculdade de oposição.

7. Se fôr decretada a dissolução parcial, os haveres do sócio em minoria dever-se-iam apurar por um novo balanço geral com a exata apuração dos valores componentes do fundo social.

O defeito menor, **data venia**, de semelhante inteligência decorreria da afronta ao texto claro da lei. Esta é sempre o art. 15 do dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919:

"Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembôlso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado..."

Quando o legislador impôs o último balanço aprovado, pretendeu garantir a maioria ou, inversamente, a minoria?

A segunda. São palavras do próprio desembargador ANTÃO DE MORAIS:

"... o fato é que o legislador, mandando que se pague a cota do acionista dissidente pelo último balanço aprovado, não visou estabelecer uma liquidação **a forfait**. Visou, apenas, evitar as discórdias que uma avaliação especial poderia determinar, tanto mais quanto (a observação é de SRAFFA) a maioria, que fica, não deixará de votar por um preço inferior para prejudicar o recedente. O legislador supõe que o último balanço, em que se não cogita de pagar a cota do que se afasta, protege melhor o direito dêste" (fls.).

É verdade que o douto jurista apõe uma cláusula adjeta a êsse seu pensamento; o legislador presume melhor proteção no último balanço aprovado; mas se isto não acontecer, êle, o recedente, pode impugnar.

É curiosa a observação sôbre êsse modo de argumentar; fala tanto em sócio que sai e em sócios que ficam. Reiteradamente se argumenta com o recedente e com os permanentes. Isto é a demonstração de que nem sempre nas limitadas de duração indeterminada se opera a dissolução total da sociedade; se não fôsse assim, não teria sentido o emprêgo a miúdo de sócio que sai e de cotistas que permanecem. Ou é ou não é, sem se invocar a celebrada dúvida shakeasperiana.

A ressalva que o recedente pode opor ao último balanço se êle não espelhar a realidade de valores não pode ser aceita com a facilidade com que foi reconhecida pelo eminente jurisconsulto.

Se o balanço foi aprovado, houve a manifestação expressa da vontade dos cotistas que vieram mais tarde a se pôr em minoria. Tal expressão de vontade não pode ser cambiada ao alvedrio de quem a deu. Se concordou, concordou. Ninguém poderá defender um ponto de vista que signifique em última análise a

concordância e logo depois a discordância. O simples enunciado do princípio revela a sua inaceitabilidade.

A lei fala em último balanço aprovado. Razoàvelmente se entende que a divergência entre os cotistas tenha surgido antes do têrmo de novo exercício social. Se tal não aconteceu, os apelados concordam que se devem acrescentar os proventos atribuíveis às partes de capital da apelante. Fora daí pedem licença para invocar a lei na sua simplicidade gramatical.

Aos argumentos expendidos a respeito pelo eminente desembargador ANTÃO DE MORAIS se respondem com a larga transcrição da não menos douta opinião de BRUNETTI e que está a fls.; não se revaloriza o ativo para fazer lucrar a minoria com uma possibilidade da proventos se um dia os bens forem alienados. A lei fala em último balanço aprovado; a apelante quer cancelar a sua concordância, tendo protestado por isso e pelas vias normais de direito. Enquanto isto não se operar a lei necessita ser cumprida.

Muita coisa mais poderia ser ventilada. Entendem, todavia, os apelados que analisaram suficientemente os postos principais em contrário abraçados pelos três mestres de direito a pugnarem pelos apelantes. Acham os apelados que o seu ponto de vista deve ser novamente acolhido, isto é, acolhido tal como o vêm enunciando desde o começo; acolhimento da dissolução parcial com a retirada dos apelantes da sociedade J. Bignardi & Cia. Ltda. recebendo êles o seu reembôlso pelo último balanço aprovado, com o acréscimo dos lucros verificados depois. Ninguém fica prêso eternamente em sociedade. Apuram-se os haveres pela forma que a lei preceitua e preceitua exatamente de uma forma que garante melhor os direitos da minoria.

Os apelados não podem em sã consciência pedir a confirmação da bem lançada sentença recorrida; entendem, **data venia**, que, embora como recorridos, deve a apelação ser provida parcialmente com a decretação da dissolução parcial, apurando-se o reembôlso pela forma ordenada pelo art. 15 do decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, acrescendo-se os haveres acrescidos posteriormente pelo fato de ter intercorrido mais um exercício social. Isto será o respeito à lei e a subserviência honrosa à Justiça!

São Paulo, 26 de março de 1951. – **Filomeno J. da Costa**.

*

DIVISÃO - DEMARCAÇÃO - CONCURSO DE AÇÕES - CUMULAÇÃO

- É inegável a distinção entre cumulação de pedidos e concurso de ações. Mas o concurso da demarcatória com a divisória, num só processado, importando numa cumulação imprópria, de pedidos, é expressamente autorizado pelo Cód. de Processo civil.

- Aplicação do art. 416 do Cód. de Proc. Civil.

Seiki Murakami, sua mulher e outros *versus* Cia. Antártica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos

Ap. nº 54.822 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 54.822, da comarca de São Roque, em que são apelantes Seiki Murakami e outros e apelada a Cia. Antártica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos:

Desde logo deve-se ressaltar que no presente processo não foram observadas as boas normas processuais.

A petição inicial não fez indicação da causa ou origem da comunhão. E indicou como condôminos apenas dois interessados cujas terras estariam encravadas na área dos títulos dos promoventes, sem fazer a indicação de qualquer outro que esteja além desta área, mas dentro dos limites indicados como sendo os do imóvel dividendo, e que assim seriam conhecidos. E a mesma falha existe quanto aos confrontantes.

A inicial era, pois, de ser indeferida. Todavia, isto não ocorreu. E do despacho saneador de fls., o agravo no auto do processo de fls., tomado por têrmo a fls., apenas se reporta à questão de cumulação de ações.

Diante disto não é agora de se anular o processo *ab initio*, embora sejam patentes as dificuldades e confusões que aquelas falhas iniciais trouxeram.

Ainda também digna de reparo é a circunstância de ter sido citada a Cia. Antártica Paulista como confrontante ou condômina, sendo-lhe, portanto, atribuída sem discriminação duas situações antagônicas, havendo-se firmado depois sua posição de confrontante.

Feitos êstes reparos, entra-se na apreciação do agravo no auto do processo.

Entende a agravante não ser possível a cumulação da demarcação e da divisão, como fizeram os promoventes. Segundo ela, a lei fala apenas em concurso das duas ações e os processualistas todos distinguem perfeitamente o instituto da cumulação de pedidos do concurso de ações.

É inegável, realmente, a distinção entre cumulação de pedidos e concurso de ações. Mas, na espécie, o concurso das duas ações num só processado, importando numa cumulação imprópria de pedidos, é expressamente autorizada pelo Cód. de Processo em seu artigo 416, quando determina a citação dos confrontantes e condôminos com exclusão daqueles, a seguir, no processo divisório, no qual serão havidos como estranhos. E é claro que os confrontantes não podem ser havidos como estranhos, não podem ser excluídos a partir de determinado momento, senão em um processo no qual eram até ali partes.

Por êstes motivos, fica-lhe negado provimento.

No mérito: A sentença foi lançada com uma inversão de ordem processual, pois deveria atender primeiro à demarcatória, fazendo exclusão dos confrontantes, uma vez resolvida a pendência com êles, para depois decidir sôbre a divisória.

Apesar disto, não é de ser declarada nula, bastando que em sua apreciação seja seguida a referida ordem.

Os promoventes, embora tendo mencionado na inicial todos os limites da área que ali objetivaram, fizeram citar como confrontantes tão-sòmente a Cia. Antártica Paulista, aliás, como já ficou apontado, dizendo não saber ao certo se era ela confrontante ou condômina. Dêste modo, embora mencionadas tôdas as

linhas divisórias, como não houve indicação e descrição do que se queria demarcar, com especificação das causas dessa demarcação, como exige o Cód. de Processo - art. 447, ns. II e III - a conseqüência é que deva ela ser entendida como parcial, relativa apenas às divisas com aquela promovida, única citada.

A prova dos autos, porém, é exuberante em demonstrar que entre as terras da Cia. Antártica e a dos promoventes não existe confusão alguma, sendo elas perfeitamente distintas e definidas, separadas até por uma estrada pública, pertencente à Municipalidade.

Não existe aí confusão nenhuma a ser desfeita, nem qualquer rumo a ser aviventado.

A demarcatória, em tais condições, não podia, efetivamente, vingar.

Os promoventes, em suas razões de recurso, pretendem que sua intenção seria a de demarcar as porções de terras que adquiriram de modo a lindá-las, destacando-as do todo em que aquelas porções se encontram. Mas, lindar as terras de modo a destacá-las do todo é matéria de divisão e não de demarcação. É patente, aí, a confusão que os recorrentes fazem entre a ação divisória e a demarcatória.

Dentro dos têrmos desta mesma confusão pedem os promoventes ainda a reforma da sentença na parte referente à divisória, por ter esta resolvido que ficara a ação sem objeto, dado o fato de haver um dos promoventes adquirido as terras dos únicos promovidos citados, que assim desistiram da contestação.

Ainda aqui, em face do que se encontra no processo, porém, deve ser mantida a sentença. Com a aquisição das terras dos promovidos é de se admitir que desapareceu o objeto desta divisória, na forma pela qual foi proposta.

Aos promoventes, se desejam destacar suas terras do todo em que se encontram, será livre a todo o tempo promover uma ação divisória em têrmos, obedecidas as experiência, do art. 441, ns. I a VI, do Cód. de Processo. Nesta, com a confusão do domínio, pela aquisição feita aos promovidos, nada tem êles que dividir. Nem mesmo a intromissão dos anuentes de fls. pode levar a outra conclusão, pois não se sabe ao certo a que título estão nos autos. Não dizem

êles em que parte do imóvel são confrontantes, na petição com que se apresentaram com aquela qualidade. E já nas razões de apelação a fls. são apontados como condôminos. Não se sabe ao certo, pois, o que realmente podem ser.

À vista do exposto:

Acordam, em 6ª Câmara, Civil do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação, ficando, assim, mantida a sentença recorrida.

Custas como de direito.

São Paulo, 23 de novembro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente, com voto; *Tácito M. de Góis Nobre*, relator; *Fernandes Martins*.

*

DESPEJO - RETOMADA - LOCADOR SOLTEIRO

- A circunstância de ser o proprietário solteiro não é indicativa, só por si, de falta de necessidade da retomada.

Osvaldo Datilo *versus* Romeu de Arruda Ferreira

Ap. n° 653 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível - processo n° 653, da comarca de São Paulo - entre partes, apelante, Osvaldo Datilo e, apelado, Romeu de Arruda Ferreira, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste:

Acordam, os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por votação unânime, negar provimento ao recurso, confirmando, pelos seus fundamentos, a sentença apelada.

Custas pelo recorrente.

São Paulo, 24 de outubro de 1951. - *Alcides da Silveira Faro*, presidente, com voto; *l. G. Gyges prado*, relator; *Breno Caramuru*.

SENTENÇA

Vistos, etc.:

Romeu de Arruda Ferreira move esta ação de despejo contra Osvaldo Datilo, objetivando a retomada do prédio da rua Major Diogo, 304, do que necessita para uso próprio, pois que reside em pensão. Contestando, disse o réu que o autor, sendo solteiro, não precisa morar em casa como a objetivada, e que é própria para família grande. Saneado o processo, foi designada esta audiência, em que, não havendo provas a produzir, as partes se limitaram a reiterar as alegações das peças iniciais. Passo a decidir.

O autor provou ser proprietário do imóvel locado ao réu. A sua afirmativa de residir em pensão, não foi sequer contestada. Não morando em prédio próprio, está dispensado de fazer a prova da necessidade daquela afirmativa, decorrendo presunção legal de veracidade. O réu não trouxe para os autos qualquer elemento destinado a elidir aquela prova. Frágil é a alegação de que, sendo o autor solteiro, não precisa mudar-se da penso onde mora, desalojando da casa família numerosa. A lei não estabelece condições quanto ao estado civil do retomante e nem permite o confronto entre as necessidades do proprietário e as do inquilino.

Do exposto, julgo procedente a ação para condenar o réu a deixar o imóvel em 30 dias, sob pena de despejo, a ser executado nos estritos têrmos do art. 352 do Cód. de Processo Civil, pagas por êle as custas. Comine ao autor a multa máxima estabelecida no art. 15, § 6°, da lei nº 1.300, caso venha a incorrer em qualquer das proibições ali contidas.

São Paulo, 20 de agôsto de 1951. - *Eryx de Castro*.

*

HIPOTECA – CRÉDITO DE DESCENDENTE - MANDATO

- É válida a hipoteca constituída pelo ascendente para garantir crédito de um descendente, sem o consentimento expresso dos demais descendentes.

- É válida a hipoteca constituída diretamente pelo mandante para garantir crédito de mandatário, tendo por objeto imóvel de cuja administração e alienação estava encarregado.

Serafim Murça Pires *versus* Espólio de D. Gertrudes Pires de Campos

Embs. n° 51.631 - Relator: DESEMB. PAULO COLOMBO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do processo nº 51.631, embargos de Jaú, em que é embargante Serafim Murça Pires e é embargado o espólio de D. Gertrudes Pires de Campos:

O embargante iniciou esta ação executiva hipotecária contra o espólio embargado para a cobrança da importância de Cr$ 280.000,00, acrescida dos juros vencidos e da multa de 10%, principal e acessórios constantes da escritura pública de 11 de novembro de 1942, de confissão de dívida feita por sua mãe, D. Gertrudes Pires de Campos, com garantia hipotecária da fazenda de cultura de café denominada "Córrego da Onca" e de uma parte ideal de um sítio de cultura localizado na extinta comunhão da fazenda Pouso Alegre, tôdas no município de Jaú.

Da cláusula primeira dessa escritura consta que a devedora declarou:

"Que em várias épocas, desde o mês de março de 1948, o ora outorgado credor Serafim Murça Pires vem pagando dívidas dela outorgante, como também vem fornecendo-lhe importâncias em dinheiro, para sua manutenção, e outras importâncias, para o custeio e pagamento dos empregados da propriedade agrícola dela outorgante, bem como tem também lhe fornecido dinheiro para o pagamento dos impostos que incidiram sôbre a referida propriedade agrícola,

como sôbre uma casa que ela outorgante vendedora possui nesta cidade de Jaú".

E na segunda:

"Que procedendo a um acêrto de contas com o outorgado credor, ela outorgante devedora verificou que no presente momento, em virtude dos pagamentos acima mencionados, está a lhe dever a quantia de Cr$ 280.000,00".

Contestando a ação, alegou o espólio réu, resumidamente: "ser nula a hipoteca constituída pela mãe a favor do filho, sem o consentimento dos demais descendentes, o que decorre da proibição prescrita no artigo 1.132 do Cód. de Proc. Civil de não poderem os ascendentes vender aos descendentes sem que os outros descendentes expressamente consintam; argumentou que pelo art. 756 do mesmo Código só pode hipotecar quem pode alienar e assim não pode o ascendente hipotecar imóvel para descendente, sem o consentimento expresso dos demais descendentes, uma vez que não pode alienar, e, também, que a hipoteca é um princípio de alienação; não tem, pois, o autor ação executiva hipotecária, pelo que, "desamparado da garantia", está na obrigação de provar em juízo, com outros elementos que venham corroborar a confissão do ascendente comum, que a dívida "é legítima e legal". E isso para se afastar a presunção de fraude que sempre pesa sôbre dívidas confessadas pelos pais em favor de um filho, sem conhecimento e à revelia dos demais, e com a finalidade de expungir o pretenso crédito de dúvidas e suspeitas de ficção".

Passou em seguida a atacar a veracidade da dívida da falecida D. Gertrudes Pires de Campos ao seu filho, o autor, o que equivale a dizer que houve simulação na confissão, praticada com o intuito de fraudar os demais descendentes.

Condensando a contestação, pode-se dizer que ela encerra um ataque à validade da garantia hipotecária e outro à confissão de dívida.

O autor falou sôbre a contestação, fêz-se um exame pericial para o arbitramento dos frutos, rendimentos e benfeitorias e avaliação dos imóveis dados em garantia hipotecária e em outro pertencente ao autor; tomaram-se os depoimentos das partes, inquiriram-se testemunhas e juntaram-se documentos;

finda a instrução da causa, passou-se ao debate oral, tendo as partes oferecido memoriais, que foram juntos aos autos.

No seu memorial, o autor alegou a ilegitimidade do réu para fazer a argüição de nulidade da hipoteca e estar prescrito o direito de fazê-la pelo decurso de mais de quatro anos da data da escritura pública com que êle autor prova o crédito.

A sentença de primeira instância repeliu essas argüições e julgou procedente a ação.

Apelou o espólio réu; nas razões do recurso repisou os argumentos já expendidos da nulidade da hipoteca e simulação da dívida e acrescentou mais um: o de não poder o autor, como mandatário de sua mãe, receber desta hipoteca de um bem, porque o art. 1.133, nº II, do Cód. Civil proíbe que sejam comprados ainda em hasta pública pelos mandatários os bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados.

A apelação foi provida pelo acórdão de fls., que teve um voto vencido e a que foram opostos embargos.

Os fundamentos dêsse julgado foram: nulidade da hipoteca pela aplicação dos preceitos dos arts. 1.132 e 1.133, n° II, do Código Civil e não ter havido uma regular prestação de contas entre a mandante e o mandatário para se apurarem débito e crédito com conhecimento dos outros interessados.

Como resulta de todo o exposto, os ataques ao direito da embargante se referem à garantia hipotecária que lhe foi dada por sua mãe e mandante e à simulação da dívida confessada, feita com o intuito de fraudar os outros descendentes.

Para a nulidade da hipoteca o espólio embargante apontou, na contestação, o disposto no art. 1.132 do Cód. Civil e mais, nas razões de apelação, o disposto no art. 1.133, nº II, combinados êstes dois preceitos com o do art. 756 do mesmo Código, ou seja, sustentou ser nula:

1º) A hipoteca constituída por ascendente a favor do descendente sem o expresso consentimento dos demais descendentes;

2°) A hipoteca constituída pela mandante a favor do mandatário de bem de cuja administração e alienação êste seja encarregado, e isto porque "só aquêle que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se pode alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca" (Cód. Civil, art. 756).

Antes de abordar essas argüições de nulidade, cumpre dizer que as matérias de ilegitimidade de parte do espólio e a de prescrição do direito para fazê-las não podem ser apreciadas nesse julgamento de embargos, pois que sôbre elas houve unanimidade dos votos julgadores da apelação dando pela improcedência dessas prejudiciais; o vencido confirmava a sentença que as repeliu e os vencedores, aceitando as argüições, implìcitamente as repeliam.

A primeira argüição de nulidade da hipoteca acolhida pelo acórdão embargado se baseia no art. 1.132 do Cód. Civil:

"Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam".

Provém êste preceito legal das Ordenações, Livro 4º, título 12, que explicaram a sua causa:

"Por evitarmos muitos enganos e demandas que se causam e podem causar as vendas que algumas pessoas fazem a seus filhos ou netos ou outros descendentes, determinamos que ninguém faça venda alguma a seu filho ou neto ou outro descendente. Nem, outrossim, faça com os descendentes troca que desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, netos ou descendentes que houverem de ser herdeiros do dito vendedor".

Foi, portanto, para evitarem-se enganos prejudiciais a outros descendentes e as conseqüentes demandas, que esta proibição se fêz. De todos os negócios entre pais e filhos, o legislador proibiu a prática de dois: venda e troca. Os demais não são vedados; se nêles há "enganos", êstes devem ser provados como uma das modalidades dos vícios que anulam os atos jurídicos, quase sempre como a simulação.

Em geral, são vistos com desconfiança, os negócios entre ascendentes e descendentes, pois nêles se esconde a verdadeira natureza jurídica do ato, para ser realizado outro; na compra e venda e permuta se simula muitas vêzes a doação. Para evitar prejuízos aos outros herdeiros, foram elas proibidas.

Os outros atos jurídicos só se anulam diante da prova de um vício. Assim, o empréstimo, a locação, etc., são válidos.

Na constituição da dívida com garantia hipotecária há dois atos jurídicos: um de natureza pessoal, a dívida, outro de natureza real, a hipoteca. Para o primeiro nunca se disse que houvesse a proibição legal; os pais podem tomar dinheiro emprestado aos filhos, confessando-lhes dívidas; enquanto se não provar a falsidade do empréstimo ou da confissão, elas são válidas. Podem ser cobradas judicialmente e, tal seja a fôrça do título, por meio de ação executiva.

A hipoteca, segundo a definição de LAFAYETTE, é o direito real constituído em favor do credor sôbre coisa imóvel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeitá-la exclusivamente ao pagamento da dívida, sem, todavia, tirá-la da posse do dono ("Direito das Coisas", § 174). O credor tem o direito de ser pago precìpuamente com o produto da venda judicial da coisa. Incluir a hipoteca na proibição legal, é faltar ao fim da lei, mudá-lo, porque em vez de protegerem-se os demais descendentes, protegem-se os demais credores que concorrem com os descendentes ao pagamento de seus créditos. Note-se bem: a hipoteca seria proibida e, portanto, nula; a dívida não seria e, portanto, continuava válida. Por ela o bem podia ser penhorado, mas o credor não seria pago em primeiro lugar, concorreria sôbre o produto da venda judicial com os demais credores.

ESTEVÃO DE ALMEIDA, em parecer publicado na "Rev. dos Tribunais", 52/350, mostra que o preceito do art. 1.132 do Cód. Civil é um *jus singulare*, pois constitui uma restrição ao *jus regulare* do princípio da capacidade dos que se acham no gôzo de seus direitos civis de venderem os seus bens, vedando que os vendam a descendente sem o consentimento dos demais. Como restrição, não se pode estender a casos não previstos, não se lhes pode estender seu pensamento básico a hipóteses novas. A interpretação extensiva não é admissível para o *jus singulare*. No caso, nem a analógica, porque não haveria a mesma razão jurídica, que é a de acautelarem-se interêsses dos outros

descendentes, porque da proibição da hipoteca êles não seriam acautelados, mas sim os dos demais credores.

O argumento tirado do art. 756 do Código Civil, pelo qual só aquêle que pode alienar poderia hipotecar, é bem relatado por ESTÊVÃO DE ALMEIDA:

"O alcance de tal regra limita-se a exigir em quem hipoteca, sôbre a capacidade de se obrigar, a de livre disposição de seus bens, recusada, pois, a faculdade de dar bens em hipoteca àqueles que são proibidos pela lei de dispor de seus imóveis. Assim os incapazes, não tendo a faculdade de alienar, não têm a de hipotecar. Do mesmo modo os pais, não tendo senão poderes de administração sôbre os imóveis dos filhos, não podem hipotecá-los senão em nome dos filhos, nas condições determinadas na lei. O mesmo dos tutores e curadores. O marido não pode, sem o consentimento da mulher, como esta não pode sem o consentimento do marido, hipotecar imóveis, embora exclusivamente dêle ou dela, não porque não possam alienar sem êsse consentimento, mas porque a lei expressamente veda-lhes tanto alienar como hipotecar (arts. 235, I, e 242, II). É claro que se, em "alienar", se compreendesse necessàriamente o "hipotecar", êsses textos legais não precisavam enunciar como inconfundíveis, em dualidade, os dois atos: alienar e hipotecar".

A questão não é nova entre nós; já existiu em Portugal e só se não manifestou em outros países cultos, cujo direito se originou do romano, porque, em geral, as suas leis não têm preceito igual ao do art. 1.132.

DIAS FERREIRA, na 1ª edição dos seus "Comentários ao Código Civil Português", opinou pela proibição, baseado no princípio de que só pode hipotecar quem pode alienar (4/25); mas, na 3ª edição, firmado na jurisprudência, modificou a opinião.

GUILHERME ALVES MOREIRA, no número 162 do 2º vol. de "Instituições de Direito Civil Português", diz:

"O Código, declarando que só pode hipotecar quem pode alienar, fundou-se na natureza da hipoteca, e, como os efeitos que derivam desta não são os mesmos que os que resultam do contrato de venda, segue-se que não pode concluir-se do fato de ser proibida a venda que também o é a hipoteca. A venda representa

uma determinada forma de alienação, que pode ser proibida, não o sendo a hipoteca.

"Assim, nos têrmos do art. 1.565, não podem vender a filhos, ou netos, os pais ou avós, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda. Desta disposição pretendeu-se inferir que os pais ou avós não podiam hipotecar os seus bens aos filhos ou netos sem consentimento dos outros filhos ou netos, mas a nossa jurisprudência, e com razão, seguiu doutrina contrária, fundando-se em que não são os mesmos os efeitos da hipoteca que os da venda" (pág. 453).

O dissídio desapareceu em Portugal porque, com a promulgação do dec. número 19.126, de 16 de dezembro de 1930, que alterou e interpretou vários artigos do Cód. Civil, foi no 1.565 incluída expressamente a proibição dos ascendentes hipotecarem a descendentes, sem o consentimento dos demais descendentes.

Entre nós, um acórdão do Tribunal Superior de Justiça de Alagoas de 21 de setembro de 1900, publicado em "O Direito", 83/518, anulando uma hipoteca feita pelo avô ao neto sem o consentimento dos demais descendentes daquele, provocou a tirada de pareceres dos eminentes jurisconsultos LAFAYETTE PEREIRA, CARLOS DE CARVALHO e CLÓVIS BEVILÁQUA, que estão a págs. 395 e segs. da mesma revista. O primeiro opinou pela nulidade, porque a proibição de alienar inclui a de hipotecar; os dois pela validade. CARLOS DE CARVALHO aumentou que a expressão "alhear", usada no art. 2°, § 4°, do dec. nº 169-A, de 1890 (que corresponde a "alienar", do art. 756 do Cód. Civil), é mais ampla que "vender", dar *in solutum* e "trocar, porque se considerava que a hipoteca era uma espécie de alienação. Disse:

"A Ord. 4, tít. 12, no preceito proibitivo não empregou a expressão "alhear"; limitou-se às vendas e trocas desiguais. E não podia generalizar a proibição sem tornar nulas por presunção *juris et de jure* de fraude todos os contratos entre ascendentes e descendentes, contra o sistema geral das Ordenações que no Liv. 3, tít. 59, § 2, até favorece e facilita a prova dêles, prescindindo da escritura, pública.

"Restrição da capacidade geral ou comum de vender e trocar, o preceito da Ord. 4, 12, não pode afetar a capacidade de transferir ao descendente o direito de fazer vender em hasta pública *cognita causa*, um certo imóvel para o pagamento de dívida contraída sem fraude da lei ou de terceiros, aliás, suficientemente protegidos por ação ou exceção dada a simulação. Sendo a hipoteca um puro acessório, para fazer entrar a convencional na proibição da Ord. 4, 12, seria preciso declarar igualmente nula e proibida a obrigação principal do ascendente, o que, além do mais, encontraria embaraço na faculdade de associar-se o ascendente ao descendente para comerciar (Cód. de Comércio, art. 1º, número III), simples aplicação de preceito geral a um caso particular.

"E ocorre que a Ord. 4, 12, refere-se a tôda e qualquer venda e a tôda e qualquer troca desigual e não sómente às dos imóveis, estabelecendo como sanção a partilha da coisa vendida ou trocada entre os herdeiros do vendedor, "como que estivera em seu poder e fôra ao tempo de sua morte". Tal sanção é inaplicável ao caso da hipoteca, da anticrese e do penhor.

"Presunção legal absoluta de fraude e simulação, o preceito da Ord. 4, 12, há de limitar-se aos casos particulares e especiais nela referidos, sendo incivil tôda a ampliação por analogia. Contra os demais casos de abuso, empréstimos simulados e outras fraudes, a proteção jurídica se exerce pelos comuns - ação, exceção, embargos (Ord. 4, 71; Ord. 3, 59, 25)".

CLÓVIS BEVILÁQUA desenvolveu argumentação incisiva no sentido de mostrar que, na venda e troca, a lei presumiu a fraude que se poderia mascarar sob a aparência de um contrato cumulativo, mas não assim nas outras convenções onde há a necessidade de provar-se o vício. E disse:

"É verdade que a hipoteca, se a dívida não fôr paga, dará em resultado a excussão do bem, a venda forçada do imóvel para dêsse modo efetuar-se o pagamento; mas, então, não se dá a venda convencional entre o ascendente e o descendente, em que *juris et de jure* se presume fraude, há sim venda justificável, em que o conluio se não pode dar. Se intuito fraudulento houve, êste se encontra na convenção garantida por hipoteca e não na venda em conseqüência da execução hipotecária.

"E acresce que a execução também se poderia dar se hipoteca não existisse.

"Se o mútuo garantido por hipoteca deve entrar na proibição da Ord., deve também entrar quando se apresentar despido dêsse acessório que não lhe altera a natureza. Mas esta proposição ainda não avançou jurista algum, apesar de haver no mútuo translação de domínio, alienação, o que põe claro que não é a alienação que a lei veda, mas as espécies de alienação por ela destacadas".

ESTÊVÃO DE ALMEIDA tem a respeito o parecer que já foi citado.

Do mesmo sentir é AZEVEDO MARQUES ("A Hipoteca", 3ª ed., pág. 38), onde cita a opinião de RUI BARBOSA:

"O que se trata de saber é se da proibição dêsse ato jurídico (venda de pais a filhos) pode emanar ao juiz o direito de a estender a outro ato jurídico (hipoteca) a título de semelhantes, e dessa proibição inferida extrair por outra inferência, a nulidade. Viria esta a ser o fruto em segundo grau de duas ilações resultantes uma da outra. Tôda a missão dos tribunais consiste em aplicar a lei. Não podem fazê-la. Ora, é fazer lei o pronunciar uma nulidade. Só o legislador pode estabelecer nulidades".

E invocando LAURENT: "O juiz não pode anular a seu talante um ato que o legislador não quis anular".

JAIR LINS ("REVISTA FORENSE", 61-261, e "Rev. dos Tribunais", 173-15) e CARVALHO SANTOS ("Código Civil", 16-105) também consideram a hipoteca não incluída na proibição legal.

A jurisprudência tem variado. Pela nulidade da hipoteca há os acórdãos do Tribunal de Alagoas, já citado, os de São Paulo ("Rev. dos Tribunais", 64-248, 68-170), do Distrito Federal ("Rev. de Jurisprudência", de RAJA GABAGLIA, 8-194). Pela validade, sentença de COSTA MANSO, em "Casos Julgados", acórdão do Rio Grande do Sul ("Revista dos Tribunais", 160-793), Ceará ("REVISTA FORENSE", 118-190, e "Rev. dos Tribunais", 182-398), e um outro publicado na "Rev. dos Tribunais", da Bahia, 8-54, citado por ESTEVÃO DE ALMEIDA.

Pelas razões dadas acima, a melhor doutrina está com os que sustentam a validade.

Assim, improcede o primeiro fundamento do acórdão embargado.

Também o segundo. Êste é tirado do art. 1.133, nº II, do Cód. Civil, pelo qual não podem ser comprados, ainda que em hasta pública, pelos mandatários, os bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados.

Nota-se desde logo a diferença entre os dispositivos dos arts. 1.132 e 1.133 do Código Civil. Aquêle estabelece uma proibição de vender, êste a de comprar. Ainda que se diga, e, *data venia*, errôneamente, que quem hipoteca um bem praticou um comêço de alienação, o inverso, isto é, em relação ao credor hipotecário não se pode de modo algum dizer. Êste nada adquire do domínio sôbre o bem, mas apenas fica com o direito de ser pago precìpuamente com o produto de sua venda judicial. Nem para promover essa venda êle precisa da hipoteca, pois basta ser credor e, como já se disse, se o seu título de crédito tem certos requisitos legais pode usar da ação executiva, penhorando desde logo o bem. Por isso, a argumentação sôbre a possibilidade do ascendente dar hipoteca ao descendente se aplica, com maior fôrça, à do mandante dá-la ao mandatário.

Mesmo para a compra, os nossos tribunais têm decidido que é ela válida quando é o próprio mandante quem, pessoalmente ou por outro mandatário, faz a venda, pois aí se deu uma cassação do mandato ao comprador (acórdão do Supremo Tribunal Federal, "Arq. Judiciário", 64-358; *idem*, "REVISTA FORENSE", 100-477). Neste caso o mandatário tinha poderes não só para alienar, como para administrar, o que levou os eminentes ministros OROZIMBO NONATO, FILADELFO AZEVEDO e LAUDO DE CAMARGO a considerarem nula a venda por entenderem que não ficou afastada a possibilidade de fraude por parte do mandatário mal administrando o bem para forçar a alienação. Em acórdão de 7 de agôsto.de 1950 ("Arq. Judiciário", 97-420) foi anulada uma venda feita pelo mandante ao mandatário com poderes de administrar, mas, pela leitura dos votos proferidos, principalmente pelos dos ilustrados ministros LUÍS GALLOTTI e ANÍBAL FREIRE, vê-se que influiu no julgamento a circunstância de estar provada a fraude do comprador, preparando o terreno para forçar a transação. Para isto acentuar, basta dizer que os ministros ANÍBAL FREIRE e JOSÉ LINHARES,

com votos vencedores neste acórdão o tiveram também publicado na "REVISTA FORENSE", 100-477.

Mas nem essa restrição se justifica no caso da hipoteca. O administrador não tem interêsse em desvalorizar o bem; ao contrário, tem o de valorizá-lo, para que seu crédito, mesmo antes de constituída a hipoteca, esteja bem garantido.

Dir-se-á que o crédito pode não ser verídico, mas isto não diz respeito ao direito real de hipoteca, e sim ao pessoal, e como êle não está, nem poderia estar, inibido de ser credor do seu mandante, a matéria é de ser apreciada sòmente pelos princípios gerais de direito referentes aos vícios dos atos jurídicos.

O terceiro fundamento do acórdão é o de que o embargante não tem um crédito líquido e certo contra o espólio, pois foi negado valor jurídico à confissão de dívida feita pela sua falecida mãe, porque o acêrto de contas se fêz sem o conhecimento dos demais descendentes. Esta é a interpretação que se dá à parte final do acórdão porque êle não nega absolutamente que o embargante possa ter direito creditório contra o espólio, tanto que no seu dispositivo ficou "ressalvado o seu direito de cobrar aquilo de que se considerar credor".

Mas o acêrto de contas se fêz entre êle e sua mãe, a mandante. Ambos eram *sui juris*, e para êle não há lei alguma que exija o consentimento dos outros descendentes.

Poderia haver fraude nesse acêrto de contas, mas êste vício tinha de ser provado concludentemente pelos que se consideraram lesados por êle. E, no caso, não foi feita essa prova, como bem demonstrou a sentença de primeira instância.

Por tôdas essas considerações:

Acordam, no 1º Grupo de Câmaras Civis, receber os embargos para restaurar a sentença de primeira instância.

Custas pelo embargado.

São Paulo, 25 de setembro de 1951. - *Meireles dos Santos*, presidente; *Paulo Colombo*, relator; *Samuel Francisco Mourão; Frederico Roberto; Ulisses Dória; Vicente Sabino Júnior*.

*

CASAMENTO - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA- COMUNHÃO DE AQÜESTOS

- Comunicam-se os bens adquiridos na constância, do casamento, com o produto do trabalho de ambos os cônjuges, mesmo que o regime seja o de separação obrigatória.

Espólio de Manuel Nunes Freire *versus* D. Palmira Nunes Freire

Ap. nº 56.676 - Relator: DESEMBARGADOR PINTO DO AMARAL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 56.676, da comarca de São Paulo em que é apelante o espólio de Manuel Nunes Freire, sendo apelada D. Palmira Nunes Freire:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., negar provimento ao recurso, para confirmar, por seus jurídicos fundamentos, a sentença de primeira instância, que decidiu com acêrto e justiça o caso dos autos, em harmonia com a jurisprudência dêste Tribunal ("Rev. dos Tribunais". vols. 181, página 762, e 167, pág. 655, etc.).

Custas pelo apelante.

São Paulo, 11 de outubro de 1951. – *Teodomiro Dias*, presidente, com voto; *Pinto do Amaral*, relator; *Macedo Vieira*.

SENTENÇA

Vistos, etc.:

O espólio de Manuel Nunes Freire move a D. Palmira Nunes Freire esta ação para reintegrar-se na posse do imóvel situado à Rua Costa Carvalho nº 125, nesta Capital, pleiteando a concessão de mandado liminar, para o que alega que, falecendo Manuel Nunes Freire, que fôra casado com a ré, em terceiras núpcias, pelo regime de completa separação de bens, nos termos do art. 258, § 1°, nº II, do Cód. Civil, e aberta a sua sucessão, negou-se aquela a fazer a entrega do referido imóvel, de propriedade exclusiva do *de cujus*, e cometeu verdadeiro esbulho contra o espólio, pelo que deverá ser condenada a demitir de si a posse, a pagar perdas e danos e honorários de advogado.

Feita a justificação prévia, não foi concedida a reintegração liminar pelo despacho de fls., por entender insuficiente a prova.

Defendeu-se a ré, negando a posse exclusiva do espólio de Manuel Nunes Freire, bem como a do falecido, sôbre o questionado imóvel, por que fôra êste adquirido com economia comum, fruto do trabalho e do esfôrço comuns, de modo que, exercida também em comum a posse, não tem o espólio ação possessória contra a contestante. Há cêrca de 15 anos passou a viver maritalmente com Manuel, num barracão situado do lado oposto ao em que se encontra o prédio litigioso, e passou a fazer, além do trabalho doméstico, o de plantação em diversos terrenos, que o falecido estava usucapindo. Contraiu núpcias com o falecido há 10 anos, e, não podendo ele mais trabalhar, por ser cardíaco, todo o peso dos serviços recaiu sôbre a contestante, até que, em 1948, com as economias comuns, fruto do trabalho quase exclusivo seu, pôde o casal construir o prédio da rua Costa Carvalho n° 125. Embora o casamento tenha sido o de separação absoluta dos bens, ainda aqui, pelo disposto no art. 259 do Cód. Civil, comunicam-se os que se adquirirem na sua constância. E o inventariado nada possuía ao tempo de seu casamento com a contestante. Carecem os autores desta ação e devem ser condenados ao pagamento de honorários de advogado, na base de 20% do valor da ação.

Na audiência de instrução e julgamento, deram as partes os seus depoimentos, inquiriram testemunhas e ofereceram memoriais.

É o relatório.

Tôda a controvérsia se resume numa questão de direito, qual a de se saber se, no regime civil pátrio, e no caso de separação obrigatória de bens de casal, podem comunicar-se os aqüestos, mesmo porque, como assinalaram os autores, em seu memorial, a questão de fato não é objeto de controvérsia, porque a ré se nega a fazer a entrega pedida.

Não são acordes a doutrina e jurisprudência. Se uma corrente afirma a prevalência da separação, em qualquer hipótese, a outra, tentando amenizar o rigorismo da lei, admite que os bens, adquiridos na constância do matrimônio, se comuniquem. Não há dúvida, pelo que se depreende do exame da prova, que o prédio da rua Costa Carvalho nº 125, fôra adquirido com o esfôrço comum do casal da ré, mesmo porque o seu falecido marido pouco ou nada possuía antes de conviver maritalmente com ela, e de contraírem núpcias, em 27 de março de 1941.

Em face de nosso direito civil, art. 259, a possibilidade de comunhão dos bens adquiridos só diz respeito ao regime de separação contratado, porque, se decorre da lei, a comunicação é irrealizável. Assim afirma CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado", vol. 5°, págs. 54-55), acrescentando que "permitir que se comuniquem os bens adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime da separação, seria tolerar que a lei fôsse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime, que a lei lhes impôs, para caírem no regime da comunhão de bens". Vale dizer que, sendo o regime da separação obrigatória, como a que resulta do casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos - que é a hipótese dêstes autos -, em caso algum os bens dos cônjuges se comunicação, nem mesmo os adquiridos durante o matrimônio, com o produto da indústria e trabalho de cada um dos cônjuges.

É o que também ensina PONTES DE MIRANDA ("Direito de Família", II, § 164), fazendo ainda a distinção entre as aquisições resultantes o direito de família das que provêm da comunhão vulgar, como do direito das obrigações, de modo que, nesta hipótese, figurando os cônjuges como compradores, o bem se tornará comum.

Não era essa a opinião do ministro FILADELFO AZEVEDO ("Um Triênio de Judicatura"; I, nº 130), para quem a regra do citado art. 259 tem aplicação a

todos os casos, inclusive os de separação legal. Esta interpretação da lei civil foi voto vencedor no egrégio Supremo Tribunal Federal, contrapondo-se às opiniões dos ministros VALDEMAR FALCÃO, OROZIMBO NONATO e JOSÉ LINHARES, para os quais nunca se opera a comunhão dos aqüestos, no regime da separação legal de bens, por se tratar de aplicação de pena ("Rev. dos Tribunais", 155-815).

Na espécie, argumenta a ré que, por serem os cônjuges de nacionalidade portuguesa e por inexistir, na legislação peninsular, dispositivo correspondente à proibição do artigo 258, § 1°, nº 2, de nosso Cód. Civil, o regime de bens não era o da separação absoluta. Mas, como bem demonstrou o espólio autor, se o casamento da ré com Manuel Nunes Freire, ambos de nacionalidade portuguêsa, se fêz "sob o regime de bens, estabelecido por lei", segundo os expressos têrmos da certidão de fls., deve-se entender que se realizou de acôrdo com os preceitos da lei brasileira. A separação absoluta dos bens é a inteligência que se impõe.

Resta o exame de outro aspecto da questão: sendo, embora, vigorante o regime da separação obrigatória, constituíra-se uma sociedade de fato, entre os cônjuges, em virtude da aquisição resultante do esfôrço e economia comuns, que tornasse comum aquêle imóvel? A nossa jurisprudência conta com numerosas decisões no sentido de que se dá a constituição de uma sociedade de fato e de que bens, adquiridos na sua vigência, se tornam comuns aos cônjuges. A matéria tem sido entendida dêsse modo, sobretudo em recursos que envolvem a sucessão de estrangeiros, cujo regime legal é o da separação de bens. É preciso não esquecer que se cogita de separação modificável pela convenção antenupcial; em se tratando de separação absoluta, como a do caso do art. 258, a vontade dos contraentes jamais o modificará. Assim, a regra do art. 259, como ficara assinalado, não se aplica a tais casos.

Trata-se, mesmo, de preceito de ordem pública, inalterável pela vontade particular. PLANIOL ("Traité Élémentaire", 1º, nº 288), escreveu, com relação ao respeito devido aos limites traçados em lei, que *"la liberte est la règle; la volonté privée est autonome, sauf les limites fixés par la loi. Il suffira donc d'indiquer ces limitations légales"*. Entretanto, vem a jurisprudência reconhecendo que, não obstante a proibição legal de comunicabilidade de bens, ela não se estende aos aqüestos, que passam a comunicar-se por fôrça da

constituição de uma sociedade de fato entre os cônjuges, quando a aquisição resultar do esfôrço comum de ambos (ac. do Supremo Tribunal Federal, "Rev. dos Tribunais", 155-815).

No caso vertente, mostrou a prova que o prédio, em cuja posse pretende o espólio de Manuel Nunes Freire reintegrar-se, é fruto do trabalho comum do casal da ré. Aplica-se, aqui, aquêle ensinamento de PONTES DE MIRANDA, referido acima, e segundo o qual a proibição da lei não impede se comuniquem bens adquiridos de acôrdo com o direito das coisas ou das obrigações, originando uma comunhão vulgar. Ao constituir-se a sociedade de fato, que é inegável, a aquisição transcende os limites do direito da família, para cair no âmbito dessa parte do direito, que legitima a comunicabilidade de bens.

Dessarte, para a viúva ré, em virtude da instituição de uma sociedade de fato, formara-se também o direito ao bem adquirido na constância do casamento e com o esfôrço comum de seu casal, de maneira a assegurar-lhe o direito à meação. Com o reconhecimento dêste direito, e estando ela há muitos anos na posse regular do imóvel, não podem os herdeiros do cônjuge pré-morto alegar esbulho em sua posse, para invocarem o presente remédio possessório.

Ainda que assim não fôsse e que à ré não se pudesse reconhecer o direito à metade do imóvel litigioso, lhe caberia manter-se na respectiva posse, sem esbulho ao direito do espólio de seu marido, porque a sua posse é legítima, provém da sua condição de espôsa, e não se deve considerar viciosa ou violenta. É a aplicação também da regra do art. 505 do Cód. Civil. Dadas as diversas correntes que interpretam a situação jurídica do cônjuge atingido pelo regime da separação obrigatória de bens, não seria lícito reconhecer-se que o domínio do prédio em questão pertence, evidentemente, ao espólio autor.

Por tais motivos, sendo manifesto que a posse exercida pela ré não aparece com os vícios da precariedade, violência, ou clandestinidade, porque decorre da situação legal do matrimônio, não tem o espólio autor ação para compeli-la a demitir de si a mesma posse, pela via processual da reintegração.

Em conseqüência, julgo improcedente esta ação e condeno o autor nas custas. Não cabem honorários advocatícios, porque a simples exposição feita revela

que a atuação do vencido tem a abonar-lhe prestigiosa corrente doutrinária, que lhe retira qualquer feição culposa ou dolosa.

Publicada na audiência designada, intimem-se.

São Paulo, 15 de junho de 1951. - *Vicente Sabino Júnior*.

*

FIANÇA - LOCAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO FIADOR

- Não sendo limitada a fiança, responde o fiador pelas indenizações oriundas da inexecução do contrato pelo locatário afiançado.

Dr. G. Almeida *versus* Nazir José Miguel Nehemy

Ap. n° 56.805 - Relator: DESEMBARGADOR OLIVEIRA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 56.805, da comarca de São Paulo, em que são partes, apelante o Dr. G. Almeida e apelado Nazir José Miguel Nehemy:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado o relatório de fls., dar provimento, em parte, à apelação do autor, para julgar procedente, também em parte, a ação e condenar o réu apelado, fiador e principal pagador, a pagar ao autor a importância de Cr$ 2.531,20.

A sentença apelada julgou integralmente improcedente a ação pelos motivos que expôs. A sentença, porém, não deve prevalecer. A ação é procedente, em parte.

O réu Nazir José Miguel Nehemy e sua mulher prestaram fiança a favor de Luís Tomás da Silva, locatário do prédio do autor, e a prestaram como principais pagadores, pessoal e solidàriamente responsáveis (contrato de fls.).

O réu não deu uma fiança limitada, restrita a determinadas obrigações do contrato de locação, assumidas pelo locatário; afiançou sem restrições tôdas as obrigações assumidas pelo locatário no contrato de locação de fls. Segundo o art. 1.486 do Cód. Civil, não sendo limitada a fiança, compreenderá todos os acessórios da dívida principal. Não sendo limitada a fiança, compreende os juros moratórios e as indenizações oriundas da inexecução do contrato, pelo devedor (cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, "Código Civil Comentado", vol. 5°, pág. 250, 2ª edição; J. M. DE CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. XIX, pág. 444).

O locatário Luís Tomás da Silva, afiançado pelo réu, pela cláusula 5ª do contrato de locação, se obrigou a dentro do prazo de 15 dias, a contar da data do contrato (5 de agôsto de 1948), abrir, em seu próprio nome, as contas do gás, de luz e de água, nas repartições e emprêsas respectivas. Não cumpriu essa obrigação contratual. Razão por que o autor teve que pagar a água, a luz e o gás consumidos pelo locatário, no montante de Cr$ 531,20 (recibos de fls.). Deve o réu restituir ao autor essa importância - Cr$ 531,20.

O locatário, além disso, infere-se de documentos existentes nos autos (certidão de fls.), incorreu em mora de pagamento dos aluguéis.

Não tendo cumprido algumas das obrigações contratuais, incorreu o locatário na multa contratual moratória ajustada - Cr$ 3.000 00 (cláusula 4ª do contrato de fls.). Cumpriu, contudo, o locatário grande parte do contrato de locação. A multa moratória, por isso, nos têrmos do art. 924 do Cód. Civil, deve ser reduzida para Cr$ 2.000,00, multa essa que o réu, fiador do locatário, devera pagar.

O autor não provou os alegados estragos atribuídos ao locatário, por êste feitos no prédio e nos móveis, causadores dos prejuízos de que se queixa. Não tem direito a indenização por êsses prejuízos alegados e não provados, como, acertadamente, entendeu a sentença, relativamente a essa parte do pedido.

Custas em proporção.

São Paulo, 9 de outubro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *A. de Oliveira Lima*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

RECURSO - APELAÇÃO - DESERÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

- Embora silenciando sôbre sua marcha e não o disciplinando expressamente, o Cód. de Proc. Civil não dispensa o processamento da deserção da apelação em primeira instância.

- Não há julgamento de ofício e o juiz deve ouvir o apelante sôbre o pedido de deserção para decidir depois de oferecidas as provas da existência ou inexistência de justo impedimento.

Vilma dos Santos Morais *versus* Antônia Gines

Ap. n° 55.857 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 55.857, da comarca de São Roque, entre partes, agravante D. Vilma dos Santos Morais, assistida por seu marido, e apelada D. Antônia Gines:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dar provimento ao agravo, para determinar a subida da apelação interposta pela agravante.

Custas pela agravada.

Assim decidem, porque:

D. Vilma dos Santos Morais, assistida por seu marido Alfredo Cortopassi Sobrinho, nos autos de ação de manutenção de posse, em que contende com D. Antônia Gines, agravou do respeitável despacho que julgou deserta a apelação interposta, por falta de preparo no prazo legal.

O recurso foi devidamente instruído, tendo sido minutado e contra-minutado.

O Dr. juiz de direito manteve o despacho agravado, dizendo que a agravante, tendo apelado da decisão do juízo, não providenciou em tempo o devido preparo, nos têrmos do art. 827, § 2°, do Cód. de Proc. Civil. Foi determinada a subida dos autos da apelação da agravante em 12 de março do corrente ano e só 36 dias depois é que ela fêz o preparo, evidentemente muito além do prazo estabelecido na lei, que é de 10 dias.

Alega o advogado da agravante que reside e trabalha em outra comarca e sempre foi regularmente intimado por carta registrada de todos os atos e têrmos do processo. Acontece, entretanto, não ter sido êle intimado ou notificado da conta de custas e muito menos da reclamação formulada pela agravada quando solicitou fôsse o recurso julgado deserto, e, quando foi julgada deserta a apelação, em 2 de maio de 1951, as custas já haviam sido pagas em 18 de abril de 1951, como consta do doc. de fls., onde vem dito que o pagamento foi feito "por saldo das custas da ação de manutenção de posse, de D. Vilma dos Santos Morais, contra D. Antônia Gines, inclusive apelação e excluídos os salários dos Drs. peritos".

Êsse pagamento foi realizado após a petição da agravada, datada de 11 de abril, requerendo fôsse julgada deserta a apelação interposta (fls.), petição essa que, segundo explica a própria agravada "num humano gesto de ser a final pago das custas da causa, e da apelação, deixou o Sr. escrivão de juntá-la aos autos, só o fazendo após haver a apelante, ora agravante, pago as custas do preparo e remessa" (fls.).

Diz a agravada, em sua contra-minuta, que o justo impedimento deve ser necessàriamente provado dentro do prazo de 10 dias para que o juiz possa conceder ao reclamante a restituição do prazo do impedimento. Ora, êsse justo impedimento não foi provado, nem requerido, e assim o prazo para a remessa terminou em 22 de março (fls.).

A fls. certifica o Sr. escrivão que o Sr. Quirino dos Santos Morais, pai de D. Vilma Morais e o Dr. J. Fausto Campolin, advogado e procurador de D. Vilma dos Santos Morais, na ação que esta move a D. Antônia Gines, estiveram em cartório, alguns dias depois de 12 de março dêste ano e foram cientificados pelo Sr. escrivão do despacho que determinou a remessa dos autos ao egrégio

Tribunal, esclarecendo "que é certo que essa ciência deixou de ser certificada nos autos, por estarem êstes em poder do Sr. contador, para verificação das custas, e também à vista dos têrmos do art. 827 do Cód. de Processo; que da relação da correspondência protocolada dêste cartório consta a remessa de uma carta dirigida ao Dr. J. Fausto Campolin, em 30 de março dêste ano; que dos citados autos não consta que a agravante tenha procurado provar o justo impedimento no preparo e remessa dos autos, dentro do prazo de 10 dias, de que trata o art. 827 do Cód. de Proc. Civil e Comercial" (fls.).

De outra parte, certifica o mesmo escrivão que dos autos "não consta tenha sido a agravante, e nenhum dos seus procuradores, intimados da conta de custas, por carta registrada" (fls.).

Também não consta dêste instrumento ter sido a agravante intimada da reclamação feita pela agravada solicitando fôsse o recurso julgado deserto.

Ora, segundo o ensinamento de PONTES DE MIRANDA: "Não há julgamento de ofício, em se tratando de deserção da apelação causada na primeira instância.

"O apelante tem de ser ouvido para que apresente a alegação de justo impedimento (dirimente da sanção), e o prazo é o do art. 31 (três dias), conforme bem decidira a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul (a 29 de junho de 1944, "Justiça", 25.383: "REVISTA FORENSE", 100-310). A intimação é essencial (1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 2 de julho de 1942, "Boletim Judiciário", 27.261) ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, pág. 144).

Diz também CARVALHO SANTOS que "o Código não dispensa o processo da deserção. Implìcitamente, como se vê, o admite. O que fêz foi silenciar sua marcha, não o disciplinando.

"Temos, assim, como certo que, requerida a deserção da apelação pelo apelado, deverá ser intimado o apelante para, no prazo que o juiz fixar, requerer seja admitido a provar as razões de justo impedimento.

"Deverá, em seguida, o juiz ouvir o apelante, para poder decidir, depois de produzida a prova, se, na espécie, houve, ou não, realmente, o justo impedimento" ("Código de Processo Civil Interpretado", vol. IX, página 303).

Comentando o art. 828 do Cód. de Processo Civil, ODILON DE ANDRADE, não obstante o silêncio do Código, acha imprescindível o processo de deserção "para que o juiz atenda ou não a justificativa da parte" ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", volume IX, pág. 185). Idêntico é o ensinamento do eminente desembargador PINTO DO AMARAL ("Código de Processo Civil Brasileiro", vol. V, pág. 39).

Atendendo a tôdas as circunstâncias do presente caso, dão provimento ao agravo, para o fim acima mencionado.

São Paulo, 20 de setembro de 1951. - Presidiu o julgamento, com voto, o Exmo. Sr. desembargador AGUIAR VALIM; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*.

*

PRAZO – PREPARO E REMESSA

- O prazo para preparo e remessa de apelação à segunda instância conta-se da intimação às partes do respectivo despacho que ordenar a subida.

- Não é concebível que, sem intimação do interessado, possa decorrer o prazo de um despacho, de cuja inobservância advém completo prejuízo para o recorrente.

Felipe Mônaco *versus* D. Zenóbia Alvarenga Monteiro Soares

Ag. nº 55.116 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n° 56.116, da comarca de São Paulo, entre partes, agravante Felipe Mônaco e agravada Zenóbia Alvarenga Monteiro Soares:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, dar provimento ao agravo, para reformar a respeitável decisão recorrida, a fim de que os autos da apelação sejam enviados a esta superior instância.

Custas pela agravada.

Assim decidem: Felipe Mônaco, nos autos da ação ordinária de cobrança que move a D. Zenóbia Alvarenga Monteiro Soares, não se conformando com a respeitável sentença proferida no julgamento da causa, interpôs o recurso de apelação. Arrazoada e contra-arrazoada, esta, determinou o Dr. juiz de direito, por despacho de 23 de maio de 1951, fôssem os autos remetidos à superior instância, "paras as custas e observadas as formalidades legais". (fls.)

Êste despacho foi publicado no "Diário Oficial" de 29 de maio de 1951 (fls.).

No dia 5 de junho foram as custas pagas e nesse mesmo dia foi requerido, pela parte contrária, a deserção da apelação (fls.).

No dia imediato, 6 de junho, foi deferido o pedido, tendo o Dr. juiz de direito julgado deserto o recurso "por ter sido preparado fora do prazo legal" (fls.).

Dêsse respeitável despacho interpôs Felipe Mônaco o presente agravo de instrumento, alegando que:

a) O Dr. juiz de direito não podia julgar deserta a apelação, porque, quando foi pago o preparo, ainda não se esgotara o prazo para sua remessa à superior instância. Publicado o despacho no "Diário Oficial" de 29 de maio, sòmente nesse dia tomou o agravante ciência do mesmo, de modo que o prazo para remessa esgotar-se-ia em 6 de junho;

b) Antes de proferir o despacho agravado, deveria o digno magistrado mandar citar o agravante, a fim de que o mesmo tivesse a oportunidade de provar, ou não, justo impedimento;

c) No caso, houve justo impedimento: o advogado do apelante foi acometido de grave enfermidade, como se nota pelo atestado médico (fls.), que o impediu não só de se locomover por mais de 6 dias, como também de se comunicar com qualquer pessoa, visto ter permanecido em estado de torpor e de inconsciência nesse lapso de tempo, o que o impedia de entrar em comunicação com quem quer que seja, inclusive com o colega que figura na procuração que lhe fôra outorgada (fls.).

Em sua contra-minuta, disse a agravada que, atendendo-se ao fato de ter o mês de maio 31 dias, o prazo de 10 dias terminou no dia 2 de junho e sòmente no dia 5 dêsse mês fêz o agravante o pagamento das custas. Estava, portanto, o agravante fora do prazo legal de 10 dias. Não aproveita ao agravante o gracioso atestado de fls., porque figura na procuração outro advogado, que poderia agir em nome do agravante.

Em fundamentado despacho, manteve o Dr. juiz de direito a decisão agravada.

Trata-se, aqui, mais uma vez, da interpretação do art. 827 do Cód. de Proc. Civil.

As partes discutiram a questão com grande brilho e com igual brilhantismo a resolveu o Dr. juiz de direito. Entretanto, a respeitável decisão recorrida deve ser reformada.

A tradição do nosso direito foi sempre no sentido de amparar o recurso de apelação de certas garantias, de modo que o mesmo pudesse encaminhar-se seguramente à superior instância e, para tanto, a parte recorrente deveria ser cientificada de todos os têrmos referentes ao recurso.

Na época em que escreveu RAMALHO, havia atempação da apelação. Ensinava êsse insigne processualista que: "A designação expressa do prazo em que deve o apelante comparecer no Tribunal superior, é o que se diz -

atempação; mas não corre sem citação da parte para expedir, ou ver expedir a apelação".

E, em nota, explica que esta citação deve ser feita pessoalmente, salvo se a parte estiver fora da comarca, e tiver procurador com poderes suficientes; aliás deverá ser feita por éditos de 8 dias, ainda que a parte houvesse sido citada no princípio da causa.

Recebida e atempada a apelação, concluído o traslado, cita-se a parte para fazer o concêrto, e ver seguir a apelação à instância superior; e desta citação é que se contam os dias assinados na atempação ("Praxe Brasileira", §§ 335 e 336).

Essa era a formalidade do nosso direito processual, anterior ao reg. nº 737, de 1850.

E na vigência dêsse regulamento sempre se julgou que: "O prazo para a apresentação dos autos à instância superior não deve correr da simples publicação do despacho em cartório, mas da sua intimação às partes" ("Direito", vol. 58, pág. 244; acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, "Gaz. Jurídica", vols. 1, 1893, pág. 32; 10, 1896, págs. 35 e 100; 11, 1896, pág. 225, *apud* EUGÊNIO EGAS e ALFREDO PUJOL, "Regulamento nº 737, de 1850, comentado e anotado segundo a jurisprudência dos tribunais", pág. 140, nota 94).

A essa luz é que se deve interpretar o art. 827 do atual Cód. de Proc. Civil, a menos que se não queira saltar nas trevas, pois não é concebível que, sem intimação do interessado, possa decorrer o prazo de um despacho, de cuja inobservância advém completo prejuízo para o recorrente.

A ciência dos despachos dada às partes, deflui não só dos princípios fundamentais do direito processual, como ainda de um dispositivo expresso na Lei Magna.

Diz, com efeito, o art. 141, § 36, nº II, que:

"A lei assegurará: a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que êles se refiram".

Princípio de tal relevância não pode ser reservado ùnicamente aos processos administrativos, pois nêle se concretizam preceitos que TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI qualifica de "pressupostos do regime democrático" ("A Constituição Federal Comentada", volume III, pág. 263).

Declara PONTES DE MIRANDA: "A legislação que exclua tal comunicação a ponto de prejudicar os interessados é inconstitucional" ("Comentários à Constituição de 1946", vol. III, pág. 375).

Entre várias decisões do egrégio Tribunal, cita o agravante três acórdãos desta egrégia Câmara e um do egrégio 2º Grupo, decidindo, por maioria de votos, que:

"A contagem do prazo de 10 dias, para remessa dos autos à superior instância, fixado pelo art. 827 do Cód. de Proc. Civil, tem início da data da intimação do despacho que ordena aquela remessa" ("Revista dos Tribunais", 179-800; cf. "Rev. dos Tribunais", 173-659, 176-557, 185-198).

Ocorre mais que o respeitável despacho recorrido determinou a remessa dos autos pagas as custas e observadas as formalidades legais" (fls.).

Nessas circunstâncias, invoca o agravante o acórdão unânime da egrégia 2ª Câmara, declarando que:

"O prazo para a remessa da apelação, quando há contagem ordenada de custas, começa a correr 48 horas depois de intimadas as partes da conta" ("Rev. dos Tribunais", 165-197).

É certo que o recorrido menciona, por sua vez, decisão mais recente, dizendo que: "A remessa da apelação à superior instância se fará dentro de 10 dias, a contar do despacho, independentemente de traslado e de novas intimações; e, vencido o prazo, sem que se tenha feito a remessa, considerar-se-á o recurso" ("Rev. dos Tribunais", 190-890).

Mas, essa veneranda decisão, *data venia*, não traduz a melhor corrente doutrinária e jurisprudencial.

Em face do exposto, dão provimento ao recurso, para o fim acima mencionado.

São Paulo, 20 de setembro de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente, com voto; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*.

*

FIDEICOMISSO - IMPÔSTO - VALOR DOS BENS

- Na extinção do fideicomisso o impôsto deve ser pago tomando-se por base o valor antigo dos bens e não o atual, porque no fideicomisso há apenas uma transmissão, embora seja o impôsto pago em duas vêzes, parceladamente.

Luciano Pôrto *versus* Fazenda do Estado de São Paulo

Ag. nº 56.139 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 56.139, da comarca da Capital, em que é agravante Luciano Pôrto e agravada a Fazenda do Estado:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

O agravante é inventariante dos bens deixados por sua mãe, Joaquina Pereira Pôrto, e nessa qualidade, pediu, nos autos do inventário de seu pai, Joaquim Pereira Pôrto, a extinção de um fideicomisso, instituído por testamento, nos seguintes têrmos: "Deixo à minha mulher, Joaquina da Silva Pôrto, o usufruto da têrça parte do prédio da rua Brigadeiro Tobias, 65, passando por sua morte a propriedade para os nossos filhos legítimos que então existirem". Pretende a Fazenda que, embora se aplique ao caso a taxa que vigorava em 1914, época do falecimento do testador, por efeito da lei nº 1.249, o valor dos bens legados em fideicomisso é o do tempo em que se torna exigível, isto é, o atual, que se apura

por via de avaliação. Outra deve ser a interpretação. No fideicomisso só há uma sucessão que é a do testador. Assim sendo, o impôsto é um só, pago em partes iguais pelos fiduciários e pelos fideicomissários e baseado no valor antigo dos bens, cuja avaliação deve prevalecer, não se justificando a pretensão da agravada em pleitear seja o impôsto pago pelo valor atual dos aludidos bens. A jurisprudência já consagrou êsse princípio, conforme se vê dos julgados na "Rev. dos Tribunais", 173-287 e 181-328, e no prejulgado nº 52.263. Isto pôsto, dá-se provimento ao agravo, para que, reformado o cálculo, seja o impôsto pago de conformidade com o que tem sido decidido por êste Tribunal e constante dos julgados invocados.

Custas *ex lege*.

São Paulo, 21 de setembro de 1951. - *João M. C. Lacerda*, presidente, com voto; *Fernandes Martins*, relator; *Tácito M. de Góis Nobre*.

*

RECURSO - PREPARO - DESERÇÃO

- O recurso se tem por deserto desde que excedido o prazo (salvo as exceções que importam suspensão) e nenhum ato o pode fazer convalescer dêsse vício. O julgamento apenas constata e declara a deserção. Se, numa tal hipótese, os autos subirem ao juízo "ad quem", a este cabe, verificando a deserção, não conhecer do recurso.

Rodolfo Binato *versus* Aires & Couceiro

Ap. nº 56.830 - Relator: DESEMBARGADOR SABINO JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 56.830, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Rodolfo Binato e Aires & Couceira e apelados os mesmos, adotado o relatório de fls.:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, não conhecer de ambas as apelações, porque não foram preparadas no prazo legal.

O despacho de fls., datado de 4 de junho, ordenou a remessa dos autos, depois de pagas as custas, sendo publicado, embora com a dispensa do art. 827 do Cód. de Proc. Civil. A 12 dêsse mês, juntou o autor uma certidão, sôbre a qual os réus se manifestaram a 18, e requereram, a 26, que os autos fossem novamente enviados ao contador, para a verificação das custas acrescidas, que só foram pagas em princípios de agôsto. Requereu o autor, a fls., o julgamento da deserção dos recursos, por falta de preparo tempestivo. O Dr. juiz de direito, ante a discordância da parte contrária, determinou a subida dos autos.

O preparo, inegàvelmente, se fez intempestivamente, porque fora do prazo de 10 dias, a partir de 4 de junho. Não serve de escusa a juntada de certidão pelo autor no dia 12. Cabia aos réus, quando falaram sôbre ela, preparar os autos, sem necessidade de nova conta. Não se pode ver aí obstáculo judicial criado pela parte contrária. A propósito, diz SEABRA FAGUNDES ("Dos Recursos Ordinários", nº 116) que o recurso se tem por deserto desde que excedido o prazo (salvo as exceções que importam suspensão) e nenhum ato o pode fazer convalescer dêsse vício. O julgamento apenas constata e declara a deserção. Se, numa tal hipótese, os autos subirem ao juízo *ad quem*, a êste cabe, verificando a deserção, não conhecer do recurso. No mesmo sentido, a decisão dêste egrégio Tribunal, publicada na "Rev. dos Tribunais", 146-180. Por tais fundamentos, não tomam conhecimento das apelações.

São Paulo, 12 de outubro de 1951. - *Clóvis de Morais Barros*, presidente e revisor; *Vicente Sabino Júnior*, relator; *Camargo Aranha*.

*

EXECUTIVO FISCAL - DÍVIDAS DE VALOR INFERIOR A Cr$ 100,00 - PRESCRIÇÃO

- Prescrevem em dois anos as dívidas fiscais de valor inferior a Cr$ 100,00.

Recorridos: D. Francisca, Jorge, José e D. Aurora Ferreira

Rec. *ex officio* nº 824 - Relator: DESEMB. SILVEIRA FARO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso *ex officio* nº 824, da comarca de Dois Córregos, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo recorridos Francisca, Jorge, José e Aurora Ferreira:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, por votação unânime, adotado, como parte integrante dêste, o relatório de fls., negar provimento ao recurso, para que subsista, por seus próprios fundamentos, que são rigorosamente jurídicos, a brilhante sentença da primeira instância, que decidiu com todo acêrto o pedido de prescrição bienal das dívidas fiscais de valor inferior a Cr$ 100,00, para o efeito de reduzir o total da que se faz objeto da presente ação.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 21 de novembro de 1951. - *Alcides da Silveira Faro*, presidente e relator; *Breno Caramuru; Pereira da Costa*.

SENTENÇA

Omissis.

III. Cumpre examinar a alegada prescrição bienal com relação à execução e cobrança de impôsto predial nos exercícios de 1933 a 1947, conforme certidões de fls., tôdas de valor inferior a Cr$ 100,00. E ainda as parcelas constantes das certidões de fls., também inferiores àquela quantia.

A questão tem sofrido embates de correntes contraditórias. A jurisprudência vem vacilando na solução da controvérsia, excluindo a aplicação do art. 179, § 7°, nº II, do Cód. Civil, os acórdãos que se lêem na "Revista dos Tribunais", 89-149, 48-496, 103-329, 131-132, 132-95, 107.

Em maior número de casos vinha se decidindo de maneira oposta: "Rev. dos Tribunais", 55-90, 103, 58-188, 75-498, 91-324, 103-269, 108-563, 111-124, 127-114, 128-102, 129-139, 136-112, 124.

Esta última corrente dos que entendem que também o débito fiscal de valor inferior a Cr$ 100,00 está sujeito à prescrição bienal a que alude o nº II do § 7° do art. 178 do Cód. Civil prevaleceu em recurso de revista julgado pelo nosso Tribunal ("Rev. dos Tribunais", 138-703).

O egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido contrário: "Não havendo relação contratual na exigência de crédito fiscal, não se aplica a prescrição bienal do artigo 178, § 7°, nº II, do Cód. Civil para os pedidos inferiores a Cr$ 100,00". Voltou, entretanto, a prestigiá-la em acórdão posterior, deixando de acolher parecer do ilustre Dr. LUÍS GALLOTTI, então procurador geral da República, e votos do ministro FILADELFO AZEVEDO ("Rev. dos Tribunais", 152-307). Êsses votos preponderaram em decisão posterior: "A curta prescrição estabelecida pelo Cód. Civil para as dívidas inferiores a "Cr$ 100,00 não se estende aos executivos fiscais: não se presumindo imprescritibilidade, haveria que aplicar o art. 179 do Código Civil, senão a preceito da lei nº 3.396, de 1888" ("Rev. dos Tribunais", 157-878).

Nesse sentido citam-se ainda os acórdãos de nosso egrégio Tribunal: "Rev. dos Tribunas", 156-154, 179, 174-809. Em sentido contrário, pela prescrição bienal: "Revista dos Tribunais", 141-83, 144-104, 113, 157-639, 794, 172-837, 855, 174-804, 805, 829.

IV. O voto vencido do ilustre desembargador HEROTIDES DA SILVA LIMA sintetiza admiràvelmente a corrente doutrinária que impugna a aplicabilidade às dívidas ativas do prazo prescricional de dois anos: "O Estado impõe tributos, não como pessoa de direito privado, como pessoa jurídica de direito comum, mas como entidade de direito público, como ente soberano, no uso de uma prerrogativa constitucional, dizendo por isso mesmo JOAQUIM GONZALES que *"el poder de imponer contribuciones, o establecer impuestos es un atributo esencial de la soberania popular"* ("Manual de la Constitución Argentina", pág. 438). Uma prerrogativa dessa ordem não pode estar sujeita a normas de direito privado, ao Código Civil, cujo art. 1° apenas regula os "direitos e obrigações de ordem privada". O Estado que estabelece os impostos não é um

contratante; assim também o Estado que arrecada o mesmo impôsto, seja qual fôr a sua forma particular, não é um simples credor a fazer valer um título especial. Em ambos os casas há uma relação jurídica decorrente de um princípio de ordem pública e não de máximas e disposições de ordem privada (VIVEIROS DE CASTRO, "Tratado dos Impostos", pág. 142). "O poder de taxas", diz o mesmo escritor, "é inerente à soberania, nacional, e isto ficou como axioma (ob. e página citadas). Notáveis jurisconsultos, como CLÓVIS BEVILÁQUA, JOÃO LUÍS ALVES, CARPENTER, CARVALHO SANTOS, têm demonstrado essa verdade, o que também foi feito por FILADELFO AZEVEDO em magistrais votos no Supremo Tribunal Federal" (cf. "Rev. dos Tribunais", 174-804).

Se o Cód. Civil no seu art. 1º indica o seu objetivo como repositório de dispositivos reguladores dos direitos e obrigações de ordem privada e no seu art. 1.807 revoga tôdas as ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes, concernentes às matérias pelo mesmo reguladas, ter-se-ia que concluir pela imprescritibilidade das dívidas ativas da União, dos Estados e dos Municípios, o que seria um retrocesso, visto que as Ordenações estabeleciam prazo prescricional de 40 anos (cf. COELHO DA ROCHA, "Instituições de Direito Civil Português", 8ª ed., pag. 323).

CLÓVIS BEVILÁQUA tergiversa. Se de um lado afirma que o Código estabelece o princípio geral de que tôdas as pessoas naturais ou jurídicas estão sujeitas à prescrição, não conhecendo o direito nenhum privilégio ou exceção neste particular, salvo com relação às dívidas passivas das pessoas jurídicas de direito público interno, que prescrevem num prazo ordinàriamente menor do que as das outras pessoas, de outro lado combate êsse privilégio e a imprescritibilidade das dívidas ativas que, a seu ver, resulta dos têrmos do art. 66, nº III, combinados com o art. 67. Além de assegurar que a regra do art. 163 não se estende às pessoas jurídicas de direito público interno (obs. aos arts. 163 e 178, § 10, nº VI). Entretanto, concluiu - "o sistema que prevaleceu no Código Civil não brilha pela clareza".

Parece-me, *data venia*, que houve equívoco em deduzir dos arts. 66 e 67 do Código Civil a imprescritibilidade das dívidas ativas das pessoas jurídicas de direito público interno, mormente tendo em vista o que dispõe o art. 163 do

mesmo Código. Referem-se aquêles artigos à prescrição aquisitiva e não à liberatória ou extintiva.

Na verdade, tem razão o saudoso mestre quando diz que o sistema do Código não prima pela clareza, cuja conseqüência é o embate de opiniões na solução da controvérsia. Resultando dessa obscuridade os dois campos irredutíveis em que se alinham juristas e magistrados.

Repugnando-lhes, sem dúvida, a conclusão lógica e natural da imprescritibilidade das dívidas ativas, aquêles que entendem ser-lhes inaplicável o disposto no art. 178, § 7°, nº II, do Cód. Civil, transigiram com a doutrina que sustentam, admitindo o preceito geral do art. 179 do Cód. Civil.

Data venia, parece-me um ilogismo. Se o Código regula sómente as relações de ordem privada, tão-sòmente aos seus objetivos, pela mesma razão, se refere o preceito do art. 179 citado.

V. A prescrição bienal das dívidas ativas inferiores a Cr$ 100,00 está bem definida no acórdão do nosso Tribunal: "Pelo art. 178, § 7°, nº II, do Cód. Civil, prescreve em dois anos "a ação dos credores por dívida inferior a Cr$ 100,00, salvo as contempladas nos ns. VI e VII do parágrafo anterior".

"Entre essas exceções não está incluída a ação de cobrança das dívidas fiscais. Pelo art. 163 do Cód. Civil, as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e podem invocá-la sempre que lhes aproveitar".

"Não há distinção entre as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Assim, a Fazenda Pública está sujeita à prescrição bienal, para as suas dívidas ativas, inferiores a Cr$ 100,00" ("Revista dos Tribunais", 128-102).

Em dois acórdãos, decidindo no mesmo sentido, o Tribunal de Minas Gerais esclarece o sistema adotado pelo Código. Em um dêles, é bastante explicito: se se guardasse o Código coerência com o seu art. 1°, propondo-se regulares relações de ordem privada, seria inaplicável o art. 178, § 7°, nº II, aos executivos fiscais.

"Mas o Código encerra várias disposições de puro direito público, bastando citar o art. 15, que se refere à responsabilidade do poder público na execução dos seus serviços; o inciso 10º, do art. 178, que alude à prescrição das dívidas de qualquer origem, da União, do Estado e do Município; o art. 66, que define os bens públicos. Logo, não havendo qualquer texto proibitivo, é justo que se repute consumada a prescrição dos débitos de tributos, desde que sejam menores de Cr$ 100,00 e não reclame a entidade tributante dentro em dois anos" ("Rev. dos Tribunais", 139-295, 297).

O Dr. JOÃO FRANZEN DE LIMA, em notável conferência, salienta que, ao ser elaborado e promulgado o Cód. Civil, não tinha o direito fiscal o desenvolvimento e a tendência para a autonomia que vai adquirindo em nossos dias, embora se reputasse sempre como incluído entre as disciplinas de direito público.

Não se pode descrever, diz o conferencista, uma "fronteira rigorosa" superando um do outro. Havendo uma intromissão recíproca, que revela o caráter uno do direito como fenômeno social, de tal modo que, muitas vêzes, entidades de direito público agem como particulares e ficam sujeitas às leis de direito privado; outras vêzes, no direito privado se estabelecem preceitos que equivalem aos de direito público pela fôrça imperativa ou proibitiva.

E acrescenta: "A êstes últimos preceitos é que, mais particularmente, se denominam "de ordem pública", porque, não sendo regras das disciplinas que constituem o direito público no seu sentido técnico, todavia a elas se equiparam na fôrça obrigatória".

"A prescrição é dêsses institutos, que são, indiscutivelmente, de "ordem pública", e, portanto, embora classificada em um Código de direito privado, equivalem aos preceitos de direito público, devendo aplicar-se, por isso, a tôdas as relações jurídicas".

"A sua classificação num Código de direito privado, não lhe tira êsse caráter imperativo, que o equipara a preceito de direito público".

Evidencia, o ilustrado jurista, a circunstância de ter sido elaborado o Cód. Civil, no regime da Constituição de 1891, em cuja vigência o direito privado se

alargava, visando a proteção dos indivíduos, atribuindo-lhes todos os direitos e dando-lhes tôdas as garantias, do que se deduz que o instituto da prescrição, tal como foi estabelecido no Código, tinha por fim abranger na sua regulamentação todas as relações de direito, sem indagar a sua origem. Concluiu, assim, que tôdas as dívidas fiscais estão sujeitas à prescrição instituída no Cód. Civil brasileiro ("Rev. dos Tribunais", 143-808).

PLANIOL ensina que o principal fundamento da prescrição é um interêsse de ordem pública. E que o direito fiscal francês estabelece prazos os mais variados para a prescrição das ações para cobrança de impostos e taxas diversas ("Traité Élémentaire de Droit Civil", 3ª ed., vol. 2º, págs. 659 e 680). O mesmo acontecendo no direito italiano, o qual, segundo GIORGI, em leis especiais, estabelece prazos de prescrição em relação ao Estado ("Teoria delle Obligazioni", 7ª, ed., vol. 8°, pág. 516).

O nosso direito desconhece essas leis especiais. Com exceção da lei nº 5.791, de 25 de junho de 1930; dec. nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932; dec.-lei nº 4.597, de 19 de agôsto de 1942, que regulam a prescrição qüinqüenal a favor da Fazenda Pública, nenhum dispositivo existe que altere em favor do Estado os preceitos de ordem pública contidos no Cód. Civil e relativos à prescrição. Tanto o poder de taxar, como o de declarar o direito, são inerentes à soberania nacional.

VI. Ante o exposto, declaro prescritas as parcelas tôdas inferiores a Cr$ 100,00 e constantes das certidões de fls., nos têrmos do art. 178, § 7°, nº II, do Cód. Civil.

Julgo subsistente a penhora e procedente em parte a ação condenando os réus a pagarem a quantia de Cr$ 1.705,40.

Custas em proporção.

Recorro desta decisão para o egrégio Tribunal de Justiça.

P., intimando-se os réus na audiência já designada nos autos, de acôrdo com o disposto no art. 12, parág. único, do dec.-lei nº 960.

Dois Córregos, 4 de abril de 1950. - *Joaquim Bandeira*.

*

RECURSO - APELAÇÃO - CARÊNCIA DA AÇÃO - ÊRRO GROSSEIRO

- Há julgados que admitiram o recurso de apelação em casos de declaração de carência da ação na sentença final, de modo que não há falar cm êrro grosseiro de quem a interpõe em lugar de agravo.

João Silveira e sua mulher *versus* Telêmaco Hipólito de Macedo Von Langendonck

Ap. nº 54.445 - Relator: DESEMBARGADOR CUNHA CINTRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 54.445, da comarca de São Paulo, entre partes, João Silvestre e sua mulher, apelantes, e Dr. Telêmaco Hipólito de Macedo Von Langendonck, apelado:

Acordam, em 4ª Câmara, adotado o relatório de fls. e repelida, por votação unânime, a preliminar de não conhecimento do recurso, negar, por igual votação, provimento ao agravo no auto do processo tomado por têrmo a fls. e, ainda por unanimidade de votos, dar provimento à apelação a fim de ser declarada nula a sentença recorrida e determinada a volta dos autos à primeira instância para ser proferida nova sentença que, examinando, conforme o determinado no despacho saneador, a alegação de prescrição, julgue, caso esta não acolhida, a causa pelo seu mérito.

Assim decidem pelo seguinte:

A sentença, após o minucioso relatório de fls., dizendo passar a decidir, afirma que o despacho saneador relegou para a decisão final as preliminares suscitadas na contestação da Curadoria de Ausentes e que essas preliminares são as mesmas argüidas na contestação de fls.

Há nesse ponto manifesto engano da sentença, pois a Curadoria argüiu apenas a preliminar de prescrição e a contestação de fls. as de inépcia da inicial e de prescrição.

O despacho saneador disse improceder a preliminar da contestação de fls. Não foi bem claro, porque essa contestação apresentava duas preliminares. Dizendo, porém, em seguida que relegava a decisão final a preliminar de fls., que é a de prescrição, desfez a falta de clareza e tornou certo que a preliminar de inépcia fôra rejeitada e que a de prescrição seria decidida a final.

Sendo assim, fora de tôda e qualquer dúvida que a argüição de inépcia já estava rejeitada, não devia a sentença vir reexaminá-la, a não ser para justificar ou esclarecer mencionado despacho. Reexaminou-a, porém, a fls., primeiras linhas, e disse confirmar a rejeição. No entanto, passou em seguida a conhecer de um dos motivos apontados como determinante da inépcia, o articulado sob letra *c*, haver desacôrdo entre os fatos expostos e o direito invocado e concluiu aceitando o alegado e reconhecendo a ilegitimidade de parte por não terem os autores a qualidade precisa para o pedido de anulação da venda do terreno descrito na escritura de fls., que é a mesma de fls., referida na inicial.

A sentença não merece neste ponto ser apoiada. Deveria, respeitando o despacho saneador, enfrentar o pedido dos autores e, entrando na apreciação do mérito, caso rejeitada a alegação de prescrição, julgar a ação procedente ou improcedente, conforme entendesse de direito.

Impõe-se, pelo exposto, a declaração da nulidade da sentença, inaceitável como é a orientação por ela tomada quanto ao aspecto da carência e, em conseqüência, é determinada a volta dos autos à primeira instância a fim de ser proferida nova sentença em que seja resolvido pelo seu merecimento o pedido dos autores, caso não seja reconhecida a prescrição argüida como preliminar a fls.

Para constar, é declarado haver sido de início rejeitada a preliminar suscitada nas contra-razões, relativa ao não conhecimento do recurso, por não ser o de apelação o adequado. Há julgados que admitiram o recurso de apelação em

casos de ser declarada a carência da ação, não devendo, portanto, a escolha feita ser havida como êrro grosseiro.

Custas a final.

São Paulo, 1º de novembro de 1951. - *Teodemiro Dias*, presidente, com voto; *Cunha Cintra*, relator; *Pinto do Amaral*.

*

EMBARGOS DE TERCEIRO - AGRAVO DE INSTRUMENTO

- O recurso cabível dos despachos que julgam embargos de terceiro, sejam êstes contestados ou não, é o de agravo de instrumento.

José Fernandes Costa *versus* César Augusto Biato

Ag. nº 56.191 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento, processados como apelação nº 56.191, da comarca de São Paulo, em que é recorrente José Fernandes Costa e recorrido César Augusto Biato:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, conhece do recurso como agravo de instrumento, ao mesmo negar provimento.

Em execução de sentença oriunda de executivo hipotecário movido por César Augusto Biato contra, Mário Ferraz de Sousa, foi penhorado um automóvel "Pontiac", como sendo de propriedade do devedor. Como terceiro embargante, intervém no processo José Fernandes Costa dizendo-se dono do referido automóvel. Admitidos os embargos, foram êles contestados, tendo as partes prozido provas. A final, o MM. juiz julgou-os improcedentes.

Inconformado core a decisão, a embargante interpôs agravo de instrumento fundado no art. 642, nº IV, do Cód. de Proc. Civil, mas, logo a seguir, alegando

que a jurisprudência tem sido vacilante a respeito do recurso cabível, pediu que o instrumento do agravo fôsse junto aos autos, tendo o recurso seguimento idêntico ao de apelação. Deferido o pedido, o embargado apresentou as suas alegações, pleiteando a rejeição do recurso por ter o recorrente substituído o agravo pela apelação.

A Turma julgadora conhece do recurso como agravo de instrumento, filiando-se à corrente dos que entendem ser êste o recurso cabível, porquanto o inciso legal não faz distinção entre embargos contestados ou não, consoante decisão que se encontra na "Revista dos Tribunais", vol. 190, pág. 347. Em casos contenciosos há que se admitir sempre a hipótese de haver defesa e de serem produzidas provas.

No mérito, negam provimento ao recurso, pela manifesta improcedência dos embargos.

Alega o embargante que adquiriu o automóvel "Pontiac", conforme recibo de fls., em fotocópia, aos 14 de agôsto de 1950, e que o mesmo não podia ser penhorado porque o título ou crédito hipotecário do embargado apenas lhe dá direito a uma garantia certa. O embargante, porém, provou que, aos 6 de novembro de 1947, havia feito publicar edital de protesto contra a alienação de bens do devedor. Demonstrou, também, que o certificado de propriedade do carro continua em nome do executado e que a penhora do automóvel foi feita quando êste se encontrava estacionado à frente do prédio em que o devedor tem seu escritório, sendo êle visto várias vêzes na direção do veículo.

Nessas condições, o recibo de fls. não traduz negócio real entre o terceiro embargante e o executado, fazendo transparecer, pelo contrário, a existência de um conluio entre ambos.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 25 de setembro de 1951. - *Paulo Colombo*, presidente, com voto; *Ulisses Dória*, relator; *Amorim Lima*.

*

LOCAÇÃO - CONSIGNAÇÃO DE CHAVES

- Finda a locação ajustada entre as partes, não pode o locador recusar-se a receber o prédio sob a alegação de que não se encontra no estado a que se obrigara o locatário a devolvê-lo.

- Tem êle, todavia, o direito de demandar, mediante ação própria, o ressarcimento dos prejuízos porventura sofridos.

Antônio Couterucci e sua mulher *versus* Mecânica Industrial Panamericana "Mipa" Ltda.

Ap. nº 54.454 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 54.454, da comarca de São Paulo, apelantes Antônio Couterucci e sua mulher e apelada Mecânica Industrial Panamericana "Mipa" Ltda.:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, adotado o relatório de fls., negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada por seus fundamentos.

A locação ajustada entre as partes chegou ao seu têrmo e assim o locador não pode recusar-se a receber o imóvel. As suas alegações para justificar a recusa não têm cabimento, como bem se demonstrou. Ademais, ficaram ressalvadas as ações a que tiver direito para ressarcir-se de prejuízos sofridos. A presente ação é improcedente, como foi julgada.

Custas pelos apelantes.

São Paulo, 17 de agôsto de 1951. - *João M. C. Lacerda*, presidente; *Justina Pinheiro*, relator designado; *Edgar de Moura Bittencourt; Euclides Custódio da Silveira*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Pelo contrato de locação de fls., obrigou-se a locatária, ora apelada, a devolver o prédio ao locador, após o decurso do prazo estipulado, nas mesmas condições em que o recebera.

Aconteceu que, antes de terminar o prazo, sofreu o prédio avarias consideráveis, em conseqüência de uma construção vizinha, o que motivou a mudança da emprêsa locatária para outro imóvel.

Reconheceu ela, ainda, que havia alguns danos de sua responsabilidade, os quais se prontificava a ressarcir.

Durante os últimos meses da locação, continuou a pagar os aluguéis, embora já não mais ocupasse o armazém, pelo motivo referido. Aguardou o término do prazo, para então restituir o imóvel. Recusou-se o proprietário, alegando falta de reparos dos aludidos estragos e abandono do imóvel a mercê do terceiro que iniciara a construção vizinha causadora das graves avarias, procedendo-se a tôda sorte de travejamentos, com madeira, para evitar o desabamento iminente.

Invoca o réu apelante o acórdão do egrégio 3° Grupo de Câmaras transcrito na "Re-vista dos Tribunais", vol. 176, pág. 207, cuja ementa é a seguinte:

"Se no contrato ficou estipulada a devolução do imóvel em condições normais e se o prédio, no entender do locador, se apresenta em péssimas condições de conservação, justa é a sua recusa em receber as chaves sem a constatação prévia do estado do imóvel".

No caso dos autos, reconhecera, desde logo, a locatária, que havia estragos cuja reparação lhe cumpria fazer, nos têrmos do contrato. Havia outros, mais graves, que ameaçavam a ruína ou o desabamento, mas por êles não respondia, porque se tratava de danos oriundos de caso fortuito ou de fôrça maior, qual fôsse a construção vizinha iniciada por terceiros. Sem que procedesse a uma vistoria prévia, pretendeu a locatária pagar uma quantia determinada a seu critério. Não concordou o proprietário.

A recusa dêste em receber o imóvel, em tais condições, se me afigurou legítima, tanto mais quando é certo que a locatária agiu negligentemente,

deixando o prédio à mercê dos vizinhos, que construíram um prédio de vários andares.

Não podia o proprietário ceder, sem mais nem menos, às injunções da locatária, recebendo a quantia oferecida arbitràriamente para a indenização dos danos a que se atribuía esta.

Dei provimento em parte ao recurso, para julgar improcedente a ação sem os honorários advocatícios pleiteados pelo apelante, que não são devidos, na espécie.

SENTENÇA

Vistos, etc.:

A Mecânica Industrial Panamericana "Mipa" Ltda., com sede nesta capital, à rua Luís Pacheco, 250, promove a presente ação contra Antônio Couterucci, casado, proprietário, residente à rua Tagipuru, 105, consignando as chaves do armazém da rua Lopes Chaves, 95.

Alega a autora que, tendo tomado em locação do autor o armazém referido, mediante aluguel de Cr$ 5.000,00 por mês e com prazo vencível em 31 de julho de 1949, aconteceu que, em vista de o prédio ameaçar ruína, como conseqüência dos trabalhos de uma nova construção levantada a seu lado, dêle mudou-se antes do término do prazo contratual, havendo, entretanto, cumprido êste contrato até o fim, pagando o respectivo aluguel. Em seguida, tendo procurado fazer no imóvel os pequenos reparos, necessários por fôrça do uso que a êle dera a instalação de sua indústria, mas, isto não foi possível ser efetivado, pois os operários se recusaram ao trabalho, tendo em atenção o estado precário do prédio. Nestas condições, a autora procurou o réu para fazer-lhe entrega do armazém, oferecendo pagamento do aluguel dos dias decorridos e prontificando-se a efetuar os reparos de sua responsabilidade, mas o réu recusou-se a receber as respectivas chaves, exigindo da autora o pagamento da importância de Cr$ 20.000,00 dos quais Cr$ 5.000,00 correspondiam ao aluguel do mês de agôsto, não concordando em que a autora fizesse os reparos no armazém após estar êle em condições de segurança, nem concordando em receber a quantia realmente correspondente a êstes reparos. Pede a autora seja a

ação a final julgada procedente, com a condenação do réu nas custas e honorários de advogado.

Feita a citação do réu, declarou êste, no têrmo de fls., estar pronto a receber os aluguéis que a autora havia declarado estar pronta a pagar, mas, quanto ao armazém deixava de recebê-lo porque não considerava findo o contrato, desde que não era o prédio devolvido inteiramente livre, uma vez que estavam em seu interior terceiras pessoas. Em conseqüência, foi feito o depósito das chaves.

O réu contestou a fls. e seguintes. Alega, em resumo, que deixou de receber o prédio porque conforme declarara no têrmo de comparecimento, o armazém não havia sido reparado pela autora, dos danos que ocasionou com o mau uso da propriedade e também porque ela se obrigara, pelas cláusulas 1ª e 3ª do respectivo contrato a fazer a entrega dêle inteiramente desocupado, como é curial para nova e imediata locação, sendo certo que isto não ocorria, pois o prédio continuava ocupado. A autora, tendo-se mancomunado com D. Ernesta Coppi Ferreira Pires e seu marido, Orlando Ferreira Pires, proprietários do prédio que está sendo construído ao lado, autorizou-os a entrar no prédio do réu e a ali proceder a tôda sorte de travejamento com madeiras, internamente, de modo a torná-lo impróprio para qualquer destino, não tendo a autora, tal a combinação entre ela e aquêles terceiros, nem sequer notificado o réu de tal ocorrência. A assertiva da autora de que se mudou do prédio porque êste ameaçava ruína devido à negligência e falta de técnica com que os construtores do prédio ao lado o estão erigindo é inverídica, pois antes disso já havia adquirido um imóvel à rua Luís Pacheco, 250, para onde se mudara, aguardando apenas, para a entrega das chaves, a solução do impasse surgido com a necessidade de reformas em virtude do mau uso do prédio. A autora procurou, mesmo, obter uma composição amigável, o que não foi possível, por estimar muito por baixo os danos causados ao armazém, sendo certo que o réu sempre preferiu que as obras fôssem feitas pela própria autora, que, com despistamento, continua inadimplente do contrato.

Dêste modo - conclui o réu - a autora não tem direito à consignação intentada porque: *a)* não pagou os aluguéis em atraso, embora chamasse o réu para recebê-los em juízo; *b)* não deixou o prédio completamente desocupado; *c)* não procedeu às reformas, nem por elas prestou caução ou deu qualquer garantia; e *d)* cedeu o uso do prédio a terceiros, sem a devida autorização do réu. Dêste

modo, além de não ter fomento legal, a ação constitui ato doloso da autora, que incorreu em culpa contratual, e apresenta-se temerária, devendo a autora ser condenada com sua improcedência nas custas e honorários de advogado.

Disse a autora a fls., afirmando que, se não pagou os aluguéis, foi porque o réu não os quis receber, mas, de qualquer modo, o que pediu na inicial, embora se declarasse pronta a efetivar o pagamento e as reparações, foi a entrega do armazém. Esta entrega é feita porque, no estado em que êle se encontra, não pode a autora nêle entrar para proceder a reparos cabendo ao réu proceder aos trabalhos necessários para restaurar sua estabilidade. Rebate ainda a autora a afirmativa de que pôs terceiros dentro do armazém, bem como a de que está mancomunada com o terceiro que constrói ao lado.

Saneado o processo, foi realizado exame pericial, achando-se o laudo a fls. e seguintes. Realizou-se audiência de instrução e julgamento, que foi presidida pelo MM. juiz que se achava substituindo nesta Vara, que presidiu, ainda, à realização de outras diligências. Entretanto, quando os autos já se achavam em têrmos de prolação de sentença, sobreveio, por motivos de saúde, longo afastamento daquele magistrado, havendo-me, por isto, sido encaminhados os autos. Ouvidas as partes, optaram elas pela minha presidência no processo, sendo realizada nova audiência de instrução e julgamento, com desistência das testemunhas e de renovação de provas. De minha parte, considerando a matéria de fato suficientemente esclarecida com os elementos dos autos, independentemente da prova testemunhal, dei seguimento ao processado, havendo as partes reproduzido as alegações já anteriormente feitas.

Assim relatados, tudo visto e examinado, passo a decidir:

1. Trata-se de ação consignatória. O réu, recusa-se a receber as chaves - o que equivale ao recebimento do imóvel, alegando, para isto, circunstâncias que, a seu ver, constituem justa causa para o não recebimento. Cumpre examinar estas circunstâncias, sem perder de vista, contudo, que se trata da devolução de coisa que se encontrava alugada e que, assim, é de propriedade do réu, achando-se na posse direta da autora tão-sòmente em conseqüência do contrato de locação. Pagamento, no sentido amplo, é o adimplemento de qualquer obrigação. No caso, entretanto, êste pagamento, o adimplemento da obrigação, consiste, em devolver o que é de propriedade do locador, do que resultam conseqüências

especiais, uma vez que ninguém pode ser obrigado a ter em seu poder a coisa alheia contra sua vontade.

2. O locador sòmente pode recusar o recebimento da coisa locada, durante o prazo do contrato, no caso do art. 1.193, parágrafo único, do Cód. Civil, isto é, se durante aquêle prazo fôr feita a oferta de devolução sem o pagamento dos aluguéis pelo tempo que faltar.

Terminado que seja, porém, o prazo contratual, não havendo mais obrigação do locatário de permanecer com a posse direta da coisa, nem tendo êle mais direito a isto, pois não lhe é lícito reter a coisa alugada, salvo nos casos expressos (Cód. Civil, art. 1.199), a devolução deve ser feita e não pode ser recusada com fundamento na inadimplência de outras obrigações paralelas, quais sejam a de reparação dos danos causados ou o pagamento de aluguéis.

3. No sentido de que, finda a locação, oferecida a devolução da coisa, não pode o locador recusá-la sob o pretexto de que não se encontra resposta no estado em que se encontrava quando foi entregue ao locatário, de que se encontra danificada, ficando-lhe salvo tão-sòmente agir contra o locatário pelas vias próprias, tem sido a orientação dos poucos julgados a respeito proferidos pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado, como se verifica na "Rev. dos Tribunais", 17-116, 25-383 e 173-838.

Neste último julgado, apenas fêz-se uma restrição quanto à necessidade de vistoria antes da devolução pretendida. Mas, a meu ver, nem esta objeção é aceitável, uma vez que, quando do recebimento da coisa, ao tomar a posse direta dela, é que pode o locador aquilatar dos estragos existentes, cabendo-lhe, só aí, promover a diligência que entender necessária. Demais, no próprio ato do recebimento, poderá êle desde logo testemunhar seu estado, ficando as apreciações técnicas para vistoria oportuna.

4. Posta a questão nestes têrmos, ganha relêvo, das alegações feitas, tão-sòmente a de que o prédio se encontra ocupado, uma vez que, em tais condições, se ocupado por terceiro, não há pròpriamente devolução por parte da autora.

Entretanto, verifica-se que o réu entende estar o prédio ocupado pelo fato de ter nêle fincado o travejamento que impede o seu uso para qualquer destinação. Êste travejamento, porém, como se apura dos autos, foi realizado para impedir que o prédio viesse a desabar, coisa que ameaçava, em virtude dos trabalhos da construção erigida a seu lado. Feito, como foi, para o prédio do réu, ali permanecendo para êste fim, não constitui êle ocupação que impeça o réu de tomar conta do seu imóvel. Pode ser um trambolho que ali teve que ficar por fôrça das circunstâncias, mas não é constitutivo de ocupação por parte da autora ou de terceiros. Se impede tal travejamento a locação do imóvel, se impede seu uso para qualquer destinação, isto é matéria apenas de perdas e danos para serem liquidadas com o terceiro, que, erigindo outro prédio ao lado do réu, deu causa a ameaça de desabamento, que obrigou àquele travejamento, ou ainda, com a autora, se nêle consentiu mal.

5. No caso dos autos, ainda, como bem esclareceu a vistoria, sobrevieram ao imóvel outros danos, de conseqüências mais graves, como o de ameaça de ruína, ocasionados por terceiro. Tivessem êstes danos surgido antes do término do contrato, ou tivessem surgido depois, o fato é que, estando o contrato já findo, tinha o réu a obrigação de receber seu imóvel por ocasião de ser proposta a ação, mesmo que, em princípio, não se aceitassem as conclusões de ordem jurídica já acima expostas. A superveniência dêsses outros danos, pelos quais o locatário não responde, e que de certo modo absorveram aqueles, tornava obrigatório êste recebimento, pois não é possível de modo nenhum obrigar o locatário a ter em seu poder coisa pertencente ao locador, ameaçando ruína por culpa de terceiro, contra quem ao locador, como proprietário, é que cabe agir.

6. Por todo o exposto, ressalvando ao réu o direito de haver da autora a indenização correspondente aos estragos causados ao prédio pelo mau uso, inclusive os decorrentes do abandono até o presente depósito (pois os outros, incluindo a questão do travejamento e impossibilidade de uso, devem ser discutidos com quem isto ocasionou, o terceiro que constrói ao lado), julgo procedente o depósito das chaves, havendo assim o prédio por entregue ao réu, seu proprietário-locador, pagas por êste as custas. Fica incluído, na ressalva acima feita, o direito à percepção de aluguéis devidos. Os honorários de advogado não são cabíveis na espécie.

São Paulo, 23 de novembro de 1950. - *Tácito Morbach de Góis Nobre*.

*

ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO DO DIREITO COMUM

- A invocação do direito comum pelos beneficiários da vítima de acidente do trabalho só é admissível nos casos de dolo do empregador, e isso porque, no caso, a sua responsabilidade é de natureza tipicamente contratual e derivada do risco.

Société de Sucreries Brésiliennes – Usina de Pôrto Feliz *versus* Inácio Pais da Mota e sua mulher

Ap. nº 53.103 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO CHAVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 53.103, da comarca de Pôrto Feliz, em que é apelante a Société de Sucreries Brésiliennes e apelados Inácio Pais da Mota e sua mulher:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para reformar, como reformam, a sentença apelada de fls. e julgar, como julgam, os autores e apelados carecedores da ação.

Custas como de direito.

Os apelados, na qualidade de beneficiários de seu filho Acácio Pais da Mota e com fundamento nos arts. 159, 1.521, nº III, e 1.537, ns. I e II, todos do Cód. Civil, intentaram contra a apelante ação de indenização, para haver a reparação dos prejuízos, perdas e danos, que alegam ter sofrido em conseqüência de acidente do trabalho, que vitimou seu mencionado filho, empregado da ré, quando, por determinação do chefe de serviço, procedia reparos na seção de "vácuos", tocando involuntàriamente nos fios condutores de eletricidade, inteiramente descobertos. Alegaram os autores que a morte de seu filho ocorreu por culpa da ré, omissa em suas obrigações patronais, negligente na proteção de

seu operário - culpa que transcende ao simples risco do trabalho e por cujas conseqüências deve responder, nos têrmos do direito comum.

A defesa da ré consistiu na alegação de carência da ação, pois a única indenização devida no caso seria a que é prevista pela legislação especial da infortunística do trabalho. Acrescentou, ainda, que não houve culpa de sua parte, sendo o trabalho cercado das cautelas habituais, que os fios não estavam inteiramente descobertos, não sendo de alta tensão as correntes por êles transmitidas.

O Dr. juiz de direito adotou na sua sentença a tese de que às vítimas de acidente do trabalho, ou aos seus beneficiários, é dado eleger a via ordinária, com fundamento no direito comum, para pleitear indenização, renunciando aos benefícios da lei de acidentes.

Por mais sedutora que seja a tese esposada pela sentença e por maior autoridade que se empreste ao venerando julgado com que o magistrado pretendeu alicerça-la, não merece, todavia, acolhida. Outras e melhores razões apresenta a doutrina em contrário, como se vê do brilhante acórdão da egrégia 6ª Câmara Civil dêste Tribunal ("Revista dos Tribunais", vol. 180-191), secundado pelo notável voto do desembargador JUSTINO PINHEIRO. Nos têrmos dêsse julgado, a invocação do direito comum só é possível nos casos de dolo, e isso porque, em se tratando de acidente do trabalho, a responsabilidade do empregador é de natureza tìpicamente contratual e derivada do risco. Adotando a teoria do risco, para os casos que especificou, a legislação especial operou verdadeira derrogação do art. 159 do Cód. Civil, adotou em benefício do empregado um critério puramente objetivo, estatuiu uma presunção absoluta de culpa e a única exceção criada pela lei no art. 31 do dec. n° 7.036, de 10 de novembro de 1944, "está a mostrar que a opção no caso de culpa não é admissível".

Não se alegue que só o "pagamento" exonera o empregador de responder segundo as normas do direito comum e, conseqüentemente, que na ausência do pagamento seja licito ao acidentado ou a seus beneficiários pleitearem indenização pela via ordinária, porque, nos têrmos expressos do citado artigo 31: "O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer indenização de direito comum, relativa ao mesmo

acidente", e isso que aí está na lei não diz, e não pode dizer, que ao nuto do interessado, empregado ou beneficiário, a indenização estabelecida pela lei seja substituída por outra. Não. O que a lei fêz foi estabelecer para os acidentes do trabalho fora da apreciação da culpa do empregador, uma indenização. A essa indenização está o empregador obrigado, e quando o legislador quis fazer ou abrir exceção, o fêz de maneira clara e positiva, unicamente para os casos de dolo. Não podendo, assim, haver opção, eram os autores carecedores da ação que intentaram, como fica julgado com a reforma da sentença inferior.

São Paulo, 20 de setembro de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente, com voto; *Pedro Chaves*, relator; *Rafael de Barros Monteiro*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL – RUPTURA DE GALERIA DE ÁGUAS PLUVIAIS - CONCORRÊNCIA DE CULPAS

- Responde pela reparação de danos o construtor que ilicitamente altera o rumo e o diâmetro de galeria de águas pluviais situada sob edifício cuja construção está a seu cargo.

- Estando a Municipalidade no gôzo de uma servidão predial pública, "v. g.", uma galeria de águas pluviais que passa sob propriedades particulares, compete-lhe fiscalizar e conservar a obra pública para evitar danos aos prédios servientes.

Celestino, Malzoni & Cia. Ltda. e outra *versus* Saraiva S. A. Livreiros Editôres

Ap. nº 54.476 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 54.476, da comarca de São Paulo, em que figuram o Juízo *ex officio*, Celestino, Malzoni & Cia. Ltda. e a Municipalidade de São Paulo, apelantes, e Saraiva S. A. Livreiros Editôres, apelada:

Acordam, em 3ª Câmara Civil, negar provimento, por votação unânime, à apelação de Celestino Malzoni & Cia. Ltda., e, por maioria de votos, ao recurso *ex officio* e ao da Municipalidade de São Paulo.

A sentença apelada, concluindo pela responsabilidade de ambas as rés, solidàriamente, decidiu com acêrto, de acôrdo com a prova dos autos e o direito aplicável, merecendo confirmação pelos seus próprios fundamentos.

Custas pelas apelantes.

São Paulo, 4 de outubro de 1951. - *Meireles dos Santos*, presidente, com voto, vencido, em parte. Dei provimento aos recursos do juiz e da Municipalidade, nos têrmos da declaração em separado:

1. Trata-se de ação ordinária proposta por Saraiva S. A. Livreiros Editôres, contra a firma Celestino, Malzoni & Cia. Ltda. e a Municipalidade de São Paulo, para delas haver, solidàriamente, indenização por prejuízos sofridos no dia 18 de abril de 1950, consistentes no estrago de milhares de livros e grande quantidade de matéria prima depositados no prédio nº 53 da rua Fortaleza, de sua propriedade, pela penetração de águas pluviais provenientes de intensas chuvas caídas naquele dia, as quais, arrebentando uma parte da galeria, que passava sob o aludido prédio e a laje de cimento do pavimento térreo, invadiu o local em que estavam os livros e o referido material.

Atribuiu a autora o fato à culpa tanto da firma construtora do edifício como da Municipalidade ou Prefeitura.

A sentença de primeira instância julgou procedente o pedido e condenou as rés a pagar, solidàriamente, a quantia de Cr$ 329.000,00, juros da mora e honorários de advogado (20%).

2. Em se tratando de responsabilidade civil, faz-se mister a prova da existência do fato ilícito e a ocorrência de dano. Êste deve ser efeito necessário daquele.

Deve o autor demonstrar a relação de causalidade entre o dano e o fato. Quem praticou o ato ou ocasionou o fato, causa geradora ou eficiente do dano, é que deve responder por êle.

3. Verifica-se do processo que a ruptura da galeria foi provocada pelo represamento das águas. E as causas que originaram o represamento, segundo a opinião dos peritos, foram de duas ordens, diretas e indiretas.

À conta das primeiras se incluem a grande intensidade e volume anormal das águas encaminhadas à galeria, forçando-a a trabalhar em carga, com pressão interna.

Como causa indireta apontam o fato de terem sido reduzidos a galeria, ao passar sob o prédio anexo ao de propriedade da autora, e o cotovelo aí existente, com a adaptação de novo ramal, que vai ter à galeria da rua Fortaleza (planta de fls.).

Como se vê, fizeram os peritos distinção entre as causas diretas e indiretas relativamente ao rompimento da galeria.

Mas o que interessa é saber qual a causa geradora ou eficiente que produziu o dano. E a causa pode desdobrar-se em diversos atos ou fatos, ligados uns a outros, a formar um conjunto que constitui o fato ou elemento causador do prejuízo.

Ora, a invasão das águas no pavimento térreo do prédio pertencente á autora é causa imediata e direta dos prejuízos, deu-se pelo rompimento do piso. Êste foi ocasionado pela pressão das águas represadas, as quais, não podendo ser contidas na galeria nem escoar-se normalmente, quebraram a parte mais fraca.

O represamento das águas verificou-se pelo fato de ter sido reduzida a galeria, feitura de ramal novo, a formar ângulo com a colocação de um cotovelo, e a diminuição de diâmetro para 40 centímetros, quando o antigo era mais ou menos de 80.

Não fôra a redução da galeria, a diminuição do diâmetro e o rumo novo, por certo as águas não seriam represadas e o rompimento não se teria verificado.

4. É intuitivo que o estado precário da galeria, só por si, não poderia ocasionar o represamento das águas. A ruptura deu-se apenas em pequena parte, no trecho

que passa sob o prédio nº 53, da autora, e o fator primeiro da interceptação da corrente líquida não podia estar no ponto exato do rompimento da galeria, sim mais abaixo.

De modo que o represamento das águas sòmente pode ser explicado pelo fato novo ou seja, o ato praticado pela ré, Celestino Malzoni & Cia. Ltda., quando, ao edificar o prédio nº 35, desviou ilìcitamente, sem autorização da autoridade competente, o percurso da galeria, reduzindo-a e diminuindo grandemente o diâmetro, de que resultou a diminuição da capacidade de vazão e, conseqüentemente, a retenção da massa líquida.

5. Tendo sido o ato praticado pela aludida ré, de modo clandestino, não pode a Municipalidade ser responsabilizada pelos prejuízos reclamados pela autora.

Também não se pode acoimá-la (Municipalidade) de culpada, por não ter exercido fiscalização no sentido de impedir a feitura da obra.

Não é possível exigir que o Poder Público, qual um deus-vigilante, a não ser em pura teoria, fora da realidade humana, tenha o dom da ubiqüidade, de modo a dever sempre evitar ou prevenir a prática de atos ilícitos.

6. No caso, não vejo em que tenha a Municipalidade concorrido para o dano. O estado precário da galeria não foi sequer causa concorrente, nem condição do evento, porque, apesar de antigo, sempre serviu ao fim a que se destinava, e suportou a carga de chuvas anteriores, sem prejuízo de quem quer que fôsse.

Se o rompimento dela se verificasse sem que a firma construtora tivesse feito o ramal novo, nas circunstâncias a que se referiu, ou fizesse por autorização da co-ré, então a única responsável seria esta.

A firma Celestino, Malzoni & Cia. Ltda. é a exclusiva responsável pelo dano. Provejo, pois, os recursos do juiz e da Municipalidade, e nego quanto ao outro. - *Francisco de Sousa Nogueira*, relator; *Rafael de Barros Monteiro*.

*

DESPEJO - CESSÃO DA LOCAÇÃO - AMASIA

- O fato de viver o locatário em mancebia com uma mulher no prédio locado não pode ser objeto de indagação do tocador.

Contudo, cessada a permanência do inquilino na casa, passando esta a ser utilizada apenas pela mulher, caracterizada fica a cessão da locação, contra o que pode o locador insurgir-se.

Espólio de Camilo Sabbagh *versus* Antônio T. dos Santos

Ap. nº 53.300 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 53.300, da comarca de São Paulo, em que é apelante o espólio de Camilo Sabbagh e apelado Antônio T. dos Santos:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, por votação unânime, dar provimento à apelação, para julgar procedente a ação, marcado o prazo de 30 dias para a desocupação, e condenado o apelado ao pagamento de honorários de advogado, na base de 20% sôbre o valor da causa.

Custas pelo réu.

A prova dos autos é concludente no sentido de que o apelado cedeu a locação do apartamento em questão à pessoa indicada na inicial.

É certo que o apelado, quando tomou o apartamento em locação, em 1942, ali se instalou com aquela pessoa, em pública mancebia. Acontece, porém, que o apelante, que é homem casado e tem sua residência em Santos, como confessou na contestação, acabou se afastando do apartamento, que desde então passou a ser utilizado exclusivamente pela referida mulher.

Ainda quando não se aceite como provado o uso que essa mulher teria feito do apartamento, porque sôbre êsse ponto é suspeita a prova, a verdade é que ficou

demonstrado que o apartamento é utilizado, atualmente, exclusivamente por ela, cessada a ligação que mantinha com o apelado. A permanência dela, no apartamento, decorria exclusivamente da qualidade de companheira do locatário, sem que o locador entrasse na indagação da legitimidade dessa ligação, o que não lhe interessava. Talvez, nem mesmo soubesse da irregularidade dela. Contudo, cessada a permanência do apelado no prédio, passando o apartamento a ser utilizado apenas pela mulher, caracterizou-se a cessão da locação, contra o que o locador podia se insurgir.

A defesa invocada nesta ação, em verdade, é imoral; causa assombro que alguém tenha o desplante de alegar em juízo que tomou em locação o imóvel, como meio de manutenção de uma ligação adulterina. Se isso não foi dito com tôdas as letras na contestação, está subentendido claramente nas suas reticências. Evidentemente, a Justiça não pode atribuir efeitos jurídicos a tal imoralidade, que outra coisa não seria o reconhecimento do direito de dita mulher permanecer no apartamento, a título próprio, como em uma espécie de meeira do locatário, seu ex-amante.

São Paulo, 31 de julho de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *Breno Caramuru*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

FILIAÇÃO ILEGÍTIMA - RECONHECIMENTO

- É nulo o reconhecimento de filho adulterino ou incestuoso.

- A presunção da paternidade do marido, estabelecida pela lei, em relação ao filho concebido na vigência da sociedade conjugal, só pode ser abolida por iniciativa daquele, nos casos em que a lei também prevê especificamente.

- Não obstante a ausência prolongada do marido, presume-se legítimo o filho de sua mulher, ainda que manifestamente adulterino. Essa presunção, por absurda ou hipócrita que seja, enquanto existir na lei, terá que ser respeitada e cumprida, no intuito de proteger a unidade da família legítima.

Apelado: Afonso Correia Guedes

Ap. nº 55.782 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 55.782, da comarca de Pirassununga, em que é apelante o Dr. Procurador geral e o Dr. curador à lide de José Santana, sendo apelado Afonso Correia Guedes:

1. O reconhecimento de filho é nulo quando se refere a filho incestuoso ou adulterino, podendo a nulidade ser invocada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público e pronunciada pelo juiz, quando conheça do ato ou dos seus efeitos e a encontre provada. Não tem razão, portanto, o Dr. signatário do parecer da Procuradoria Geral da Justiça, na sua preliminar de nulidade da ação. Aliás, a mãe do menor, sua representante legal, recebeu citação para o processo e neste funcionou o Dr. curador geral da comarca. A mesma motivação serve para mostrar que falta também, razão ao Dr. curador geral quando afirma que o pedido devia ser liminarmente repelido pela torpeza dos motivos em que se baseia.

2. É de se rejeitar, ainda, a sugestão de conversão do julgamento em diligência. Situada a questão no plano legal em que a situou o juiz, é perfeitamente dispensável a realização dos exames a que se refere o douto signatário do parecer da Procuradoria Geral da Justiça.

3. No mérito, é indiscutível o acêrto da decisão apelada. Em face dos têrmos precisos do art. 358 do Cód. Civil, é nulo o reconhecimento do filho adulterino ou incestuoso. Além disso, a presunção de paternidade do marido, estabelecida pela lei, em relação ao filho concebido na vigência da sociedade conjugal, só pode ser abolida por iniciativa daquele, nos casos que a lei também prevê especificadamente. Nem mesmo a circunstância da ausência prolongada do marido elide essa presunção. Êste Tribunal, conforme salientou o juiz, já teve ocasião de decidir que a presunção de morte de pessoa desaparecida há longos anos, não permite que seja reconhecido por terceiro os filhos que teve com o cônjuge do ausente ("Rev. dos Tribunais", 129-200). Por absurda ou hipócrita

que seja, a presunção de ser considerado legítimo o filho que é manifestamente adulterino, afirma um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, enquanto existir na lei, terá que ser respeitada e cumprida, no seu intuito de proteger a unidade da família legítima ("Rev. dos Tribunais", 155-296).

4. À vista do exposto:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por votação unânime, rejeitadas as preliminares, negar provimento às apelações.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 28 de setembro de 1951. - *Clóvis de Morais Barros*, presidente, com voto; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Vicente Sabino Júnior*.

SENTENÇA

Omissis...

Preliminarmente, deixo julgado que não ficou provada a contestação do digno Dr. curador à lide, do ausente José Santana, de que a certidão de fls. não se refere ao casamento da ré com o referido Santana.

Êsse fato não sofre contestação, por parte da própria Helena de Sousa, que, no depoimento pessoal, explica os motivos das divergências de nome existentes na referida certidão, admite ser casada com José Santana e afirma que a mencionada certidão se refere a assento de seu casamento.

O fato é o seguinte:

A ré, Helena de Sousa, é casada com José Santana (certidão de fls.), mas dêle se separou há mais de vinte anos, após ter o marido assassinado o pai da ré, na cidade de Palmeiras.

Absolvido pelo júri, Santana mudou-se para Lins e se correspondeu com pessoas da família da ré, até o ano de 1935.

Atualmente, ignora-se o paradeiro de José Santana, que, todavia, legalmente, não pode ser considerado pessoa falecida.

Helena de Sousa, em 1939, residia em Campinas, e, como ela própria admite, não tinha conduta honesta. Nessa época conheceu o autor, que era viúvo, e com êle amasiou.

Autor e ré viveram amasiados durante oito anos, mais ou menos, até que se deu a separação e o autor contraiu legítima núpcias com a sua atual espôsa.

Nesse período de concubinato do autor, em estado de viuvez, e da ré, em estado matrimonial com José Santana, nasceram, das relações adulterinas, dois filhos, que o autor levou a registro como "ilegítimos" dêle e da ré.

O primeiro dêsses filhos, Afonso Correia Guedes Filho (fls.), faleceu (fls.); o segundo filho, Carlos Correia Guedes (fls.), que dá motivo à presente ação, vive na companhia de sua mãe.

Com relação a êsse menor, atualmente com 6 anos de idade, quer o autor obter o cancelamento do registro no tocante à paternidade, por ser o seu reconhecimento por parte do autor nulo de pleno direito.

Alega que, sendo Helena de Sousa casada com José Santana, êsse filho é adulterino e não era passível de ser reconhecido pelo autor como filho ilegítimo dêle e de Helena de Sousa.

Em outra ordem de idéias, sustenta o autor que, realmente, êsse menor não é seu filho, mas produto de relações sexuais da ré com um terceiro, tendo o registro e reconhecimento feitos pelo autor sido produto de êrro.

Nessa parte baseia-se o autor na circunstância de ser o menor Carlos de côr "acentuadamente preta" e ter a própria ré confessado, em declaração escrita (fls.), não ser o menor em questão filho do autor.

Trata-se, pois, de uma ação visando a declaração da nulidade do registro de nascimento do menor Carlos por infração do disposto no art. 358 do Cód. Civil, que proíbe terminantemente o reconhecimento de filhos adulterinos.

Não tem influência na espécie a modificação causada a êsse dispositivo pela, lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, porque não se pode sequer presumir dissolvida a sociedade conjugal da ré com o mencionado José Santana.

A alegação do autor de que, realmente, não é o pai da criança, entra no processo como um motivo acessório, porque, evidentemente, a ação negatória de paternidade é exclusiva do progenitor legítimo, para contestar o reconhecimento de filho nascido na constância do casamento (art. 344 do Código Civil).

Em suma: comunica o autor à autoridade competente a existência de um registro nulo de pleno direito e que não pode subsistir, por infração do art. 358 do Cód. Civil, que consubstancia regra de interêsse público.

Colocada a questão nesses limites, vê-se logo a improcedência das impugnações do Dr. curador geral, que já foram, aliás, objeto de apreciação judicial no despacho saneador.

Fôrça é reconhecer que, propondo esta ação, o autor confessa a prática, em tese, de dois delitos - adultério e falsidade ideológica.

Mas, evidentemente, não cabe aqui a decretação da carência de ação, sob o fundamento de faltar ao autor legítimo interêsse econômico ou moral.

Se o autor pretende, confessando embora a torpeza, obter a nulidade do registro, o que, para êle, constitui um interêsse de natureza privada, por outro lado ressalta e sobreleva, com a sua confissão, a existência de um registro nulo e que, independentemente de qualquer ação, incumbe ao juiz o dever de pronunciar o vício insanável, onde quer que o encontre e poderia até o órgão do Ministério Público intervir nesse sentido (art. 146, e parág. único, do Código Civil).

A preliminar levantada pelo digno Dr. curador geral, impressionado certamente pelo aspecto moral da questão, deve, assim, ser repelida.

Passo a examinar o mérito do pedido.

O registro de nascimento do menor Carlos Correia Guedes não pode subsistir na parte em que o autor se atribui a paternidade, pois êsse fato implica em ter o autor reconhecido como seu, filho havido de mulher em estado de justas núpcias com o seu marido.

Sustenta o Dr. curador geral, em face da inegável situação de adulterino de Carlos Correia Guedes, que o resultado desta ação deve ser, precisamente, o contrário do pretendido pelo autor.

Com bastante perspicácia em contrariar os intuitos do autor, que considera imorais, afirma o Dr. procurador geral que o adultério se realizou *a matre* e que se algum nome deve ser cancelado, quanto à filiação do menor, é o da mãe adúltera, permanecendo válido o reconhecimento da paternidade por parte do autor, que era pessoa desimpedida para êsse ato.

Êsse ponto de vista, embora bem exposto, deve igualmente ser repelido, porque importaria em cindir o estado de família, que, a adotar a tese, instituiria a condição de filho, concomitantemente, natural e adulterino.

No caso, adulterino *a matre* e natural *a patre*.

Essa solução não é nova e teve a aceitação de alguns juristas, como u'a maneira de contornar a severidade da regra contida no art. 358 do Cód. Civil, sobretudo em matéria de sucessão, em benefício do fruto inocente de relações adúlteras.

Atualmente, na vigência da lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, perdeu a distinção grande parte de seu interêsse, já que o reconhecimento e a ação declaratória de filiação, mesmo quanto aos adulterinos, se tornaram possíveis após a dissolução da sociedade conjugal.

Em sentença que se tornou famosa ("Rev. dos Tribunais", vol. 78-185), o grande juiz LAUDO DE CAMARGO rejeitou a tese e escreveu:

"Fortes que sejam as razões que militam em seu favor, para não desamparar o fraco, o inocente, pela falta de outrem, o certo é que se não pode desprezar o preceito legal, tal como o temos".

E, após longas citações de notáveis tratadistas, conclui com FERREIRA DIAS: "não se pode duvidar de que o (filho) nascido do adultério, é tão adulterino em relação a um como em relação a outro dos pais".

Essa sentença, transcrita por CARVALHO SANTOS ("Comentários", vol. V, pág. 440), mereceu inteira aceitação dêsse jurista.

A jurisprudência, por outro lado, não tem aceito essa solução em direito de família, recusando a adotar a interpretação *in bonam partem* por contrariar evidentemente o direito constituído.

Essa solução, na espécie, defrontaria, aliás, com outra objeção intransponível.

A maternidade, como conseqüência de um fato visível, constitui quase sempre uma certeza, e, no caso dos autos, é uma certeza.

No art. 338, o Cód. Civil estabelece a presunção de que são legítimos os filhos nascidos na constância do casamento, esposando a antiga regra *"pater is est quem nupciae demonstrant"*.

No velho "Cours", de AUBRY et RAU, a questão de saber, de modo geral, a quem atribuir a paternidade de um recém-nascido, se resume no indagar se a mãe é casada.

"La question de savoir si un enfant a réellement pour père le mari de sa mère se confond ainsi, en thèse générale, avec celle de savoir s'il a été conçu pendant le mariage" ("Cours de Droit Civil Français", vol. 9, § 545, revisto por E. BARTIN).

Como conseqüência dêsse princípio, afirmam PLANIOL, RIPERT e ROUAST, o filho que pretende estabelecer a sua filiação legítima não tem mais a fazer do que provar a maternidade. Provada esta última, a filiação paterna está automàticamente (*sic*) estabelecida ("Tratado", vol. II, pág. 760, ed. espanhola).

Na espécie dos autos, a repudiar a tese do Dr. curador geral, está a certeza de que o menor Carlos é filho de Helena de Sousa, e que, como conseqüência

inelutável de ordem legal, malgrado a ausência do marido, a paternidade dêsse menor sòmente poderá ser atribuída a José Santana e a mais ninguém.

Dir-se-á que, estando José Santana ausente e até ignorando a existência dêsse filho de sua espôsa, constitui verdadeiro atentado à realidade dos fatos atribuir-lhe a paternidade do menor em questão.

É essa, todavia, a situação imposta pela lei, que, prevendo a hipótese, de acôrdo com a regra *"contra non valentem agere"*, estipula que a ação para contestar a legitimidade do filho da sua mulher prescreve em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido (§ 3° do art. 177 do Código Civil).

A solução, pois, tem de ser o cancelamento do nome e apelidos de família do autor, no registro de nascimento do menor Carlos, filho de Helena de Sousa, que deverá completar êsse registro com a declaração de ser êsse menor, por nascido na constância da sociedade conjugal, filho de seu marido, José Santana.

Essa solução, sem dúvida, há de causar espanto a muitos por impor a lei o reconhecimento de um fato fictício contra o fato evidente de não ser José Santana o progenitor do menor.

Mas, trata-se de estabelecer uma presunção que, no interêsse público da família, sòmente o marido pode contestar.

"O registro do nascimento" - ensina CUNHA GONÇALVES - "com a indicação da filiação materna, conjugado com o do casamento da mãe, podendo ser oposto *erga omnes*, pode sê-lo também ao marido da mãe, que ficará sendo o pai legítimo até haver sentença judicial em contrário.

"Por isso, se no registro do nascimento não fôr indicado o nome do pai ou fôr declarado como tal uma pessoa que não é o marido da mãe, não há que instaurar uma verdadeira ação de estado para provar a filiação legítima, mas basta requerer a retificação do assento de nascimento, indicando-se o nome do pai tal qual consta do registro do seu casamento" ("Tratado", volume II, pág. 171, ed. 1930).

Situação semelhante à dos autos já foi objeto de apreciação pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

U'a mulher cujo marido estava desaparecido há 20 anos e constava mesmo falecido na gripe espanhola de 1918, viveu amasiada com outro homem, de quem houve Seis filhos.

Pleiteado o reconhecimento por parte do pai natural dêsses menores, negou-lhe o egrégio Tribunal a pretensão porque, embora ausente o cônjuge há mais de 20 anos, os filhos de sua mulher nasceram na constância da sociedade conjugal, que não se podia presumir dissolvida ("Rev. dos Tribunais", volume 129, pás. 600).

Em outro acórdão, decidiu o mesmo egrégio Tribunal que "não basta o adultério da mulher, nem mesmo a sua confissão, para ser excluída a paternidade legítima do marido. A ninguém é lícito atribuir prole ilegítima a mulher casada" ("Rev. dos Tribunais", vol. 157, pág. 132).

O cancelamento do reconhecimento do autor, que decreto nesta ação, constitui mais uma imposição da lei do que o recebimento da ação.

A respeito é imperativa a regra do artigo 146 e parág. único do Cód. Civil, impondo ao juiz o dever de fulminar o ato com a decretação de sua nulidade, onde o encontrar provado, não lhe sendo permitido suprir a nulidade, nem que o requeiram os interessados.

É a lição de PONTES DE MIRANDA: "A inexistência, ou a nulidade absoluta do reconhecimento, pode ser invocada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe cabe intervir. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conheça do ato ou dos seus efeitos e as encontre provadas" ("Tratado de Direito de Família", vol. 3º, pág. 103, ed. 1947).

Pelo exposto, recebo a demanda e decreto a nulidade do registro de nascimento de fls., na parte do reconhecimento da paternidade, devendo ser canceladas do assento os nomes e apelidos do autor, podendo a ré, oportunamente, completar o registro, atribuindo a seu filho a filiação paterna de seu legitimo espôso, conforme o citado ensinamento de CUNHA GONÇALVES.

Forneça o Sr. escrivão ao Dr. promotor público as necessárias certidões para instauração de ação penal contra Afonso Correia Guedes.

Custas na forma da lei.

Pirassununga, 11 de maio de 1951. - *Heraclides Batalha de Camargo*.

*

INVENTÁRIO - PARTILHA - FRUTOS

- Constitui obrigação do inventariante trazer ao acervo os frutos que "desde a abertura da sucessão" percebeu. Canas plantadas são frutos do imóvel e, como tal, devem entrar na partilha dos bens.

D. Isabel Bueno Chrisp *versus* Espólio de Alfredo Ricardo Chrisp

Ap. nº 53.117 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 53.117, da comarca de Piracicaba, em que é apelante Isabel Bueno Chrisp e apelado o espólio de Alfredo Ricardo Chrisp:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotados os relatórios de fls. como integrantes dêste, repelida a preliminar de se não conhecer da apelação interposta, não tomar conhecimento do agravo no auto do processo, e confirmar a sentença apelada, negando, assim, provimento ao recurso interposto, pagas as custas pela apelante.

A apelação era o recurso apropriado, uma vez que o inciso XIV do art. 842 do Cód. de Processo foi suprimido pelo dec.-lei número 8.570, de 3-1-1946.

Do agravo no auto do processo não se toma conhecimento, porque não era o recurso cabível da decisão que ordenou a inventariante a que prestasse contas; não há que cogitar de cerceamento de defesa.

No mérito, é de se confirmar a decisão recorrida. Insiste a recorrente, em suas razões de recurso, na alegação de que não está obrigada a prestar contas relativas ao que teria auferido nas lavouras de cana, posteriormente à abertura da sucessão.

Mas o art. 1.778 do Cód. Civil é explícito, estabelecendo a obrigação de trazer o inventariante ao acervo os frutos que "desde a abertura da sucessão" percebeu. A mesma regra está consagrada nos arts. 471, § 1º, letra *e*, e 473 do Cód. de Processo.

As canas plantadas são frutos do imóvel pertencente ao espólio e devem entrar na partilha dos bens; não podem ser excluídos como pretende a recorrente.

Sem dúvida a inventariante teria despendido esforços e dinheiro nessa cultura; mas essas despesas necessárias e úteis que fêz, manda a lei que sejam reembolsadas.

Consta que a inventariante fêz contrato com os meeiros e plantadores de cana; mar nem essa circunstância a eximiria da prestação de contas e de trazer para o acervo os frutos do imóvel comum.

É verdade que, no caso, terá ela a seu favor a doação que fêz o marido da parte disponível; mas essa doação foi anulada por sentença confirmada por êste Tribunal. Desde então o procedimento da inventariante não revelava boa-fé.

Concluiu, portanto, bem o juiz ao julgar boas as contas, ressalvando à apelante o direito de pedir o reembôlso das quantias que teria gasto na guarda e conservação do imóvel e despesas com aquelas plantações.

São Paulo, 2 de outubro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente e relator; *Francisco de Sousa Nogueira; A. de Oliveira Lima*.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DE TERCEIRO - SEQÜESTRO

- Se os embargos de terceiro versam sôbre o seqüestro da coisa, do instrumento deve constar o auto de seqüestro, sob pena de não se conhecer do agravo.

Martiniano Lemonge da Fonseca *versus* Eduardo Pereira de Castro

Ag. nº 3.837 - Relator: DESEMBARGADOR AUTRAN DOURADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo da comarca de Juiz de Fora, entre partes: Martiniano Lemonge da Fonseca, agravante, e Eduardo Pereira de Castro, agravado:

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do agravo, por não trazer o instrumento o auto de seqüestro do automóvel que o agravante, em embargos de terceiro senhor e possuidor, diz ser de sua propriedade. Isto porque, se a violência de que se queixa foi motivada pelo seqüestro do automóvel, o auto de seqüestro é base não só dos embargos, mas do agravo da decisão que os despreza, também peça que cabia ao agravante requerer o traslado em sua petição de fls. 2, e não o fêz.

Custas pelo agravante.

Belo Horizonte, 21 de maio de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Newton Luz*, vogal; *Amílcar de Castro*, vogal.

RELATÓRIO

Vê-se dêstes autos que, na comarca de Juiz de Fora, tendo sido seqüestrado o automóvel descrito a fls. 6 v., na execução que Eduardo Pereira de Castro, pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Civil, leva a efeito contra Wilson Lemonge da

Fonseca, Martiniano Lemonge da Fonseca opôs embargos de terceiro senhor e possuidor, com base nos arts. 707 e segs. do Cód. de Proc. Civil, embargos que, afinal, pela decisão constante do têrmo de audiência trasladado a fls. 10-11 v., foram desprezados, condenando o Dr. juiz de direito o embargante em honorários de advogado e nas custas em décuplo.

Contra essa decisão, o vencido, tempestivamente, usou do recurso de agravo de que fala o item IV do art. 842 do Cód. de Proc. Civil, recurso que, contraminutado a fls. 13, foi, afinal, a fls. 21 v., respondido pelo juiz, que manteve a sua decisão.

Em mesa, para os fins legais.

Belo Horizonte, 21 de maio de 1951. - *Autran Dourado*.

*

LUCROS CESSANTES - DANOS EMERGENTES - INDENIZAÇÃO

- Na estimativa de lucros e prejuízos, não é justo se leve, como vantagem, o encarecimento da vida, sem considerar as dificuldades comerciais sobrevindas e que, necessàriamente, se refletiriam no negócio, se houvesse continuado.

- Embora se admita que a indenização por lucros cessantes se deva restringir ao prazo suficiente ao reerguimento de negócio, a tese sofre inflexão das circunstâncias.

Ghezzi & Irmão *versus* Estado de Minas Gerais

Ap. nº 5.845 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que são apelantes Ghezzi & Irmão e o Estado de Minas Gerais, e apelados os mesmos:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e lhe negar provimento. O juiz foi moderado no estimar os lucros e prejuízos, baseando-se nas próprias afirmativas do liquidante. Não é justo levar-lhe como vantagem o encarecimento da vida que alega, sem considerar as dificuldades comerciais sobrevindas, o que necessàriamente se refletiriam no seu negócio, se houvesse continuado e não interrompido por fôrça das depredações. Também despe-se de fomento a reclamação do Estado. Embora se admita que a indenização se deva restringir ao prazo suficiente ao reerguimento do negócio, a tese sofre inflexão das circunstâncias e aqui ocorre que os autores, modestos negociantes, foram despojados de quase tudo que possuíam, e compelidos a buscar outro ofício. Não lhes era possível reinstalar a casa comercial em prazo certo, porque precisavam recompor o estoque e pagar as contas, e faltava-lhes o numerário, por culpa da negligência de que o réu foi convicto. Por outro lado, é necessário atentar que êsse suposto tempo necessário não foi fixado na liquidação, não se podendo, pois, estabelecer, por simples conjeturas, e muito menos renovar-se a prova para êste único fim, em puro benefício do réu. Poderia êste ter diminuído o vulto dos lucros cessantes, se tivesse se composto amigavelmente com os autores, logo que apurados os danos, pela vistoria *ad perpetuam*. Mas, uma vez que o obrigou a sujeitar-se aos azares da demanda, cumpre suportar o conseqüente ônus. A Turma, preliminarmente, desproveu o agravo nos autos do processo, por entender que, embora os artigos de liquidação não tivessem sido muito precisos, davam suficiente base à apuração do valor dos danos. Paguem-se as custas em proporção.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *A. Vilas Boas; Lopes da Costa*, vencido, em parte, com o seguinte voto, lido na assentada do julgamento: Dei provimento ao agravo no auto do processo. O processo de liquidação por artigos é processo de verdadeira ação declaratória, a integrar a sentença liquidanda. Comentando o art. 913 do Cód. de Proc. Civil, escreve o nosso eminente colega, desembargador AMÍLCAR DE CASTRO: "Não se poderá dispensar a propositura da ação por um articulado, com citação pessoal da parte contrária, para contestar em prazo determinado, e audiência de instrução e julgamento. A denominada liquidação por artigos é um verdadeiro processo de conhecimento, de acertamento positivo, de função diversa do processo da ação, porque não tem por escopo a formação de uma sentença condenatória, mas a de uma

sentença sòmente declaratória do que virtualmente se contém na sentença exeqüenda" ("Comentários ao Código de Processo Civil" ed. "REVISTA FORENSE", vol. X, pág. 129). No mesmo sentido, ENRICO LIEBMAN ("Processo de Execução", 116). E ALBERTO REIS: "Estamos em presença de uma verdadeira, petição inicial: ora, a petição inicial consta de duas partes: narração e conclusão. Nesta, formula-se o pedido; naquela, expõem-se os fundamentos" ("Processo de Execução", 429). A petição inicial na espécie dos autos não tem fundamento nem pedido. Limita-se vagamente, quanto ao dano emergente, dizer que o liquidante tinha um bom *stock* de mercadorias. Quanto aos lucros cessantes, que grande era a freguesia do estabelecimento. Foge a todos os requisitos que lhe estava a exigir o art. 158 do Cód. de Proc. Civil. Responde o agravado que não lhe era possível, em face do desvio de tôdas as mercadorias, enumerá-las uma por uma. Não se lhe exigia tanto. Mas nada o impedia de alcançar por outros meios o valor do pedido. Tanto assim que, no curso do processo, discutiu o laudo pericial. Vencido nesta preliminar, neguei provimento à primeira apelação, dos autores. O laudo pericial se apóia em dados irrecusáveis: os impostos pagos. A majoração pretendida assenta em informação de testemunhas, que não a razão de suas afirmativas. Quanto à segunda apelação, porém, dei-lhe em parte provimento, pelo mesmo motivo por que decidi na apelação nº 5.191, de Belo Horizonte. Há um princípio de teoria da responsabilidade que encontra apoio não só na teoria da culpa, como também na doutrina da solidariedade humana, em que repousa a responsabilidade objetiva: o de que a vítima deve agir, após a lesão, como bom pai de família, fazendo o possível, a seu alcance, para não aumentar a carga que já pesa sôbre o responsável. Essa regra já se esboçava no direito romano. PAULO, no "Digesto" (*ad legem Aquiliam* 1,30, § 4º), resolvia que, se um escravo, ferida sem perigo de morte, veio por sua negligência a morrer, não cabe a ação de homicídio, mas apenas a de lesões corporais. E em termos gerais ainda no "Digesto" (9-2-45) se lê: *qui prohibetur potuit tenatur, si non fecerit*. O princípio, embora não expressamente consagrado no Cód. Civil, está expresso na legislação sôbre acidentes do trabalho. A lei (artigo 13) dispõe que a responsabilidade do empregador se restringe aos danos imediatos, se o empregado não se submete ao tratamento médico ou dêste segue, sem o devido cuida-se, as prescrições. Na Bélgica, também êle não se encontra no direito comum, mas na lei nº 17, de 11 de junho de 1874, cujo art. 17 diz:

"Em todos os seguros, o segurado deve fazer tôda a diligência para prevenir ou atenuar o prejuízo".

E ali os tribunais estendem a outros campos a aplicação dessa regra. A Côrte de Liège decidiu que o proprietário do veículo acidentado deve providenciar pela reparação no mais breve prazo possível. A imobilização por tempo excedente ao normal não abre margem a lucros cessantes. A de Bruxelas negou lucros cessantes a um médico, afastado da clientela por acidente, pelo fato de êle não se haver feito substituir por um colega, como era de praxe no lugar (PISSON et VILLÉT, "Traité de la responsabilité civile", vol. I, § 220). Na França, a lição de DEMOGUE é que há culpa da vítima quando ela negligência em reduzir a importância do prejuízo ("Traité des obligations", IV, número 463 *bis*). Êsse dever do lesado não se reduz apenas à prática de atos materiais, mas abrange também a demora em exigir a reparação. A Côrte de Apelação de Lyon, num caso de acidente de transporte, em que a culpa do condutor é presumida, inverteu o ônus da prova, pondo-o a cargo do passageiro, pelo fundamento de que êste, pela grande demora que pós na reclamação, colocou a parte adversa em condições difíceis de obter prova que elidisse a presunção legal (LALOU, "Traité pratique de la responsabilité civile", n° 338). Não é moral que um ato ilícito, fonte de prejuízo, se possa transformar em negócio lucrativo. Que a vitima, imobilizada em sua profissão, demore em reconstituir o estado anterior, removendo os obstáculos, deixando-se ficar por longo tempo inativa, tirando assim da situação anormal os mesmos proventos, sem despender o menor esfôrço. A indenização por lucros cessantes ter-se-ia tornado em renda, pelo tempo que decorresse até a prescrição da ação. Não se diga, como se disse, na apelação acima referida, que êsse entendimento valeria como criação de um prazo prescricional que a lei não refere. A prescrição, porém, nada tem que ver aqui. Não é dela que se trata, mas do direito subjetivo à indenização. A lesão ocorreu a 19 de agôsto de 1942 (fls. 123 v. e 124). A ação só foi proposta a 8 de março de 1947, quase cinco anos depois, durante os quais sem o trabalho, não fácil, e as preocupações não pequenas de dirigir o estabelecimento comercial, e aplicando suas atividades em outras fontes de renda, os apelados teriam os mesmos proventos que deveriam auferir trabalhando. Assim, o que pareceu justo foi reduzir os lucros cessantes ao tempo necessário a constituir advogado (um mês seria razoável) e ao tempo gasto pela duração do processo até final execução (fácil de verificação nos autos).

RELATÓRIO

Trata-se de liquidação da sentença que condenou o Estado de Minas Gerais a indenizar Ghezzi & Irmão pelos lucros cessantes e danos emergentes que lhe causou o saque e depredação da casa comercial mantida nesta Capital, no correr do ano de 1942. O juiz proferiu sentença fixando o *quantum*, e dela apelaram o Estalo, pleiteando se contem por 30 dias - o necessário à restauração do negócio - os lucros cessantes, e os autores pretendendo se eleve a soma da condenação. Houve apelação *ex officio*, como se registrara agravo nos autos por parte do réu contra o despacho do juiz que, antes do saneador, abrira oportunidade à perícia. Sustentou o Estado que isso equivalia àquele despacho e nulo estava o processo de liquidação pela imprecisão dos artigos. Recursos em têrmos; autos à revisão.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 1949. - *Aprígio Ribeiro*.

ACÓRDÃO

Vistos e expostos os presentes autos de embargos nº 5.845, em que é embargante o Estado de Minas, e são embargados Ghezzi & Irmão:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, converter o julgamento em diligência, para serem os embargos distribuídos a desembargador da 1ª Câmara.

Custas a final.

Belo Horizonte, 24 de abril de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Newton Luz*, relator; *Amílcar de Castro; Autran Dourado; Costa e Silva; J. Benício*.

RELATÓRIO

Ao acórdão de fls. 163, que confirmou a sentença de fls. 129, que julgou procedentes os artigos de liquidação na execução de sentença em que são liquidantes Ghezzi & Irmão e executado o Estado de Minas Gerais, opôs êste os embargos de fls. 167, por não ter sido unânime dito acórdão, sendo vencido o voto do Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA. Os embargos foram

impugnados a fls. 179 pelos exeqüentes, que também interpuseram recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (fls. 177). É o relatório. Ao Exmo. Sr. desembargador AMÍLCAR DE CASTRO.

Belo Horizonte, 8 de abril de 1950. - *Newton Luz*.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos os autos, em que figuram como embargante o Estado de Minas Gerais, e como embargados Ghezzi & Irmão. A 1ª Câmara Civil resolve confirmar o acórdão embargado, por seus fundamentos, rejeitando, assim, os embargos. E custas, pelo recorrente.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 22 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro; Costa e Silva; Autran Dourado*.

RELATÓRIO

O Estado de Minas Gerais embargou o venerando acórdão de fls. com base no respeitável voto do eminente desembargador LOPES DA COSTA que, provendo o agravo no auto do processo, anulava a liquidação e, também provendo a apelação *ex officio* e a do Estado, reduziu os lucros cessantes pleiteados por Ghezzi & Irmão. Os embargos se processaram regularmente. Está impedido o Exmo. Sr. Des. MENESES FILHO.

A revisão. - *A. Vilas Boas*.

*

DESPEJO - RETOMADA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- A necessidade do prédio sòmente precisa ser demonstrada quando, habitando o locador casa própria, a retomada se faz para sua residência.

- Em ação de despejo, o pedido de condenação em honorários de advogado não pode ser objeto de julgamento.

Escola Técnica de Comércio Brasileira *versus* Associação de Igreja Metodista

Ap. nº 6.524 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.524, de Belo Horizonte, em que é apelante a Escola Técnica de Comércio Brasileira e apelada a Associação de Igreja Metodista:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento, em parte, para cancelar a condenação em honorários de advogado, a qual não pode ser objeto de decisão em ação de despejo, conforme tem sido decidido e é também assentado no acórdão do Distrito Federal, que a "REVISTA FORENSE" publicou à pág. 154 do vol. 123.

Negam provimento ao agravo no auto do processo, porque o depoimento nêle requerido é de efeito protelatório, como também transparece da defesa em geral.

Não há relevante dúvida de que a autora esteja executando o plano de um novo e grande templo. A demolição do prédio atual se liga necessàriamente a êsse plano. Não bastava declarar que há o projeto de uso próprio do imóvel locado; porque o edifício atual não se presta a templo.

Conforme esclarece a veneranda sentença, a necessidade do prédio sòmente carece de ser demonstrada pelo locador que habite em prédio próprio, quando a retomada faz para residência.

A autora não responde por obrigações que a ré alega terem sido assumidas pelo Dr. Tomás Naves (fls. 124 e 132), de vez que não constituíram ônus real sôbre o prédio. A ré não demonstrou que a autora comprou sujeita a ônus.

Quanto às benfeitorias, nada há que condenar a autora, por serem obras executadas clandestinamente (fls. 235) e contra cuja execução a autora fêz protesto judicial. A ação, portanto, procede, menos quanto a honorários.

Custas em proporção.

Belo Horizonte, 19 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*.

Foi voto vencido o Exmo. desembargador LINCOLN PRATES.

RELATÓRIO

Ação de despejo, perante a 3ª Vara Cível de Direito de Belo Horizonte, sôbre prédio urbano.

Autora, a Associação de Igreja Metodista.

Ré, a Escola Técnica de Comércio Brasileira, com quem se litisconsorciaram o sublocatário José Taciano Ferreira Lima e o antigo sócio-proprietário da ré, D. Alaor Barbosa Nogueira.

A sentença faz relatório fiel e bastante da causa. Acrescento que ela julgou a ação totalmente procedente, inclusive quanto ao pedido de condenação da ré a pagar honorários do advogado da autora.

Apelou a ré para pedir que se decrete a improcedência da ação ou, pelo menos, o alívio do ônus de honorários.

Há um agravo no auto do processo, fôlhas 245, manifestado pela ré contra indeferimento de precatória para depoimento pessoal de representante da autora. Com, base nêle, a apelante pede preliminarmente que seja cassada a sentença, para prolação de outra após a tomada do desejado depoimento.

Passo os autos ao Exmo. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 22 de agôsto de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

JUIZ - IDENTIDADE FÍSICA - REMOÇÃO - CAUSAS PENDENTES

- Casos há em que se torna impossível respeitar o princípio da identidade física do juiz. Uma vez empossado o juiz em outra comarca, cessa sua competência para julgar causas em andamento na comarca anterior, embora haja presidido à respectiva instrução.

Suscitantes: Manuel Pereira de Melo e sua mulher

Conf. de jur. nº 132 - Relator: DESEMB. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Uberaba, em que são suscitantes Manuel Pereira de Melo e sua mulher, e suscitados o juiz de direito da 1ª Vara de Uberaba e o da 2ª Vara Cível da Capital:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e decidir pela competência do juiz de direito da 1ª Vara Cível de Uberaba.

O art. 120 do Cód. de Proc. Civil não tem a inflexibilidade que lhe atribui êsse magistrado, havendo casos em que a identidade física do juiz torna-se impossível, hipótese em que, para guardá-la, havia de se ocasionar gravame sério à administração da Justiça. É o que sucederia na espécie. Havendo o juiz uberabense sido transferido para a 2ª Vara Cível da Capital, sem ter decidido as causas a cuja instrução presidira e já tendo assumido a jurisdição na nova comarca, não podendo exercê-la, conjuntamente, na antiga, não seria admissível que, abandonando a sua atividade normal, tivesse que retornar a Uberaba, a fim de atender a casos eventuais.

Belo Horizonte, 23 de março de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; Lincoln Prates*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado por Manuel Pereira de Melo e sua mulher em ação que lhe moveu, na comarca de Uberaba, José Inácio da Silveira. Verificando que o Dr. José de Assis Rocha presidirá à audiência de instrução e julgamento, recusa-se o atual titular a proferir sentença no feito e o suscitado assume igual atitude por entender que, uma vez empossado na nova comarca, cessou a jurisdição na antiga e, por conseqüência, não pode aí retornar para sentenciar a causa. Da mesma opinião o Exmo. Sr. procurador geral.

Autos a julgamento.

Belo Horizonte, 18 de março de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

DESPACHO SANEADOR - CARÁTER DA AÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Sôbre a denominação da ação, dada na inicial, prevalece a caracterização dela, feita no despacho saneador de que se não recorreu.

- Não se justifica a condenação em honorários de advogado, se a ação não é de indenização de dano.

Antônio Bruno da Silveira *versus* Geraldo da Silva Maia

Ap. nº 6.597 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.597, de Passos, em que é apelante Antônio Bruno da Silveira e apelado Geraldo da Silva Maia:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento, em parte, para cancelar a condenação em honorários de advogado.

Custas, conseqüentemente, em proporção.

Conhecem do recurso porque a ação deixou de ser de despejo, convertida que foi em despacho saneador de que nenhuma das partes recorreu e com que o autor concordou expressamente (fls. 15).

Não há o que emendar na sentença quanto à improcedência do pedido. Nenhuma simulação existe na venda do imóvel. Apenas ela se fêz com desrespeito a ajuste prévio em que o vendedor se obriga a vender ao autor-apelante, de quem recebera o preço da venda. Êsse mesmo descumprimento do ajuste já foi solucionado por meio de instrumento de dívida, que os autos informam já estar ajuizado em cobrança.

A condenação em honorários, porém, não se justifica, porque a ação não é de indenização de dano.

Belo Horizonte, 5 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates; A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

Apelação n° 6.597, de Passos, manifestada pelo réu Antônio Bruno da Silveira contra sentença final que julgou procedente a ação a êle movida por Geraldo da Silva Maia. Preparada regularmente.

A ação foi requerida como despejo. No despacho saneador, conhecendo da contestação que alegava impropriedade da ação por inexistir relação *ex locato*, o MM. juiz a converteu em imissória de posse, com o que o autor concordou expressamente por petição. E o feito tomou curso ordinário, havendo na instrução depoimento pessoal do autor e inquirição de testemunhas. O réu não acudiu à intimação para depor.

Foi proferida a sentença em audiência de 26 de junho dêste ano de 1950. O réu apelou depois das férias de julho, em 10 de agôsto. O autor não impugna a tempestividade, nem o MM. juiz deixou de acolher o recurso.

Encontra-se na sentença exposição bastante da espécie e do processado. Na condenação foram incluídos honorários de advogado pedidos na inicial.

Passo os autos ao Exmo. Des. LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

*

DESPEJO - RETOMADA – DOCUMENTO PARTICULAR

- O proprietário, que aloja terceiros em casa donde despejara o locatário, com ânimo lucrativo incide na cominação da Lei do Inquilinato.

- Não se leva a sério documento dactilografado em têrmos técnicos e subscrito por quem os não entende.

Elias Moussi Abouid *versus* Alberto Jorge Daher

Ap. nº 6.580 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é apelante Elias Moussi Abouid, e apelado Alberto Jorge Daher:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, negar provimento. Os motivos alinhados para provar a insinceridade são os seguintes:

1°) haver o autor obtido a casa alegando a intenção de nela instalar o seu negócio, e não a ter levado a cabo;

2°) haver, ao revés, locado a morada por alto preço a duas prostitutas.

Defende-se êle afirmando que, de modo algum, operou essa locação, mas apenas permitiu às duas pobres mulheres, que não tinham teto onde se agasalhar, se alojassem na habitação por alguns dias. Intentando provar o

acêrto, traz um documento das supostas inquilinas. Evidentemente, não pode ser levado a sério. Trata-se de papel dactilografado em têrmos técnicos e que elas subscreveram sem entender. São duas semi ou totais analfabetas, bastando dizer que Orçalina de Medeiros, no seu depoimento, se assina Orçalina de Ribeiro, para se concluir ser a rapariga que mal rabisca o nome, e a companheira, pela sua condição e estado, pouco lhe levará de vantagem. Ao deporem, sustentam o contrário do escrito que se lhes imputa, informando acêrca do aluguel, do preço e do pagamento adiantado. O contrato - dizem - foi inopinadamente interrompido, porque o senhorio, vencido um mês, transportou-as, contra a vontade, para a sua antiga morada, ponto desfavorável ao infame comércio. Orçalina chega a dizer até que o locador se desculpou sob o fundamento de que o inquilino o estava apertando, visto como lhe pedira a casa à guisa de moradia, explicação que parece certa porque a mudança se efetivou logo depois que o exeqüente entrou com a cobrança da multa. O depoimento é confirmado, nesse lanço, por Ormezinda Gomes. Também Eliseu Antônio da Silva informa que as mulheres aí não ficaram os cinco dias que se alega, mas quase um mês, e já aí moravam quando se fazia a limpeza da casa. Êle próprio e um companheiro locavam cômodos no fundo do quintal, onde mantinham oficina de bombeiro. Que o executado sabia da qualidade das mulheres assevera sua testemunha Férias, e êle mesmo não nega que as transportou para sua antiga residência, onde estão pagando aluguel. Tudo isso demonstra abundantemente que o autor, aboletando as duas messalinas, não alimentou intuito caridoso de hospedar peregrinos, mas agiu com ânimo lucrativo, o único que explica a mudança precipitada e a circunstância de que, por modo nenhum, transferiu a loja, sem embargo do que se propusera, na ação de despejo. Incidiu, assim, na cominação legal, e justa foi a sentença que a decretou. Pague as custas. Mandam os autos ao Exmo. Sr. Dr. procurador geral, visto haver indício de ação criminosa.

Belo Horizonte, 28 de setembro de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente *ad hoc; Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Elias Moussi Abouid despejou o seu inquilino Alberto Jorge Daher, alegando necessitar do prédio para sua morada e comércio. Vem agora Daher e sustenta que Elias não desejava senão lograr a casa para alugá-la por melhor preço.

Julgou o juiz boa a prova e condenou o senhorio a pagar a multa cominada. Daí a presente apelação, em têrmos. Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador MENESES FILHO.

Belo Horizonte, 4 de setembro de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

AÇÃO RESCISÓRIA - FÔRO COMPETENTE

- Para anulação de ato jurídico, homologado em juízo, a rescisória deve ser proposta perante o mesmo juiz.

Vinício Teixeira Dias *versus* Prefeitura Municipal de Belo Horizonte e outros

Aç. resc. nº 94 - Rel.: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é autor Vinício Teixeira Dias e são réus a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, Angelina Meneses Rosa e seu filho José Mourão e sua mulher:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sessão plenária, decretar a incompetência dêste Tribunal para julgar do pedido, nos têrmos do parecer do Exmo. Sr. procurador geral. Na verdade, o que o autor pretende rescindir é a arrematação porque, quando foi julgada a penhora, viva estava a mulher do executado, não havendo nenhum interêsse de menores a postular. E a sua invalidade dizem todos os motivos argüidos na intenção de se lhe lograr a insubsistência por via da culminação da penhora. O caso é, portanto, de anulação de ato jurídico, homologado em juízo, e o seu conhecimento pertence ao juiz de 1ª instância, que proferiu o respectivo despacho. Mandam que a êle se remetam os autos aproveitados, no quanto couber, os atos ordinatórios.

Custas pelo autor.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; Newton Luz; A. Vilas Boas; Lopes da Costa*, vencido: Como se lê na inicial, o pedido, na rescisória, é para anular-se "a sentença... que julgou procedente a ação executiva... e... conseqüentemente, a sentença que julgou a arrematação".

Julguei, pois, o pedido relativo à sentença que decidiu a ação executiva.

E julguei-o improcedente. O inventariante ativa e passivamente representa o espólio (Cód. de Proc. Civil, art. 85).

Julga-se o pedido que a parte fêz e não o que os outros mostram que êle devia fazer; *Autran Dourado; Costa e Silva; J Benício*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Vinício Teixeira Dias, representando seus filhos menores Vinício e outros, propôs contra a Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte, Angelina Rosa e José Mourão, rescisória da sentença do juiz de direito da 1ª Vara Cível da Capital, que julgou procedente executiva intentada contra o suplicante, e, via de conseqüência, contra a sentença que, julgando a arrematação do imóvel penhorado, mandou expedir a competente carta.

Alega que, em 5 de abril de 1943, faleceu-lhe a espôsa, e, antes disso, fôra executado para pagamento do impôsto de indústria e profissão, em virtude do que lhe penhoraram um prédio.

Falecida a mulher, continua, promoveu o inventário do espólio. Sem embargo, prosseguiu a ré na execução até que a casa foi arrematada em 26 de novembro de 1943. Isso pôsto, sustenta a nulidade das sentenças rescindendas. Funda-se em que, ao tempo da arrematação, já o imóvel pertencia, não ao casal, mas ao espólio, o que quer dizer, metade aos herdeiros menores, de modo que o processo não podia marchar sem assistência do curador e nem podia ser levado à praça senão pela metade ideal, acrescendo mais que o imóvel foi arrematado (embora o avaliassem em Cr$ 50.000,00) por pouco mais de Cr$ 16.000,00, de

sorte que cumpria não se expedisse carta arrematatória e, sim, se obedecesse ao que manda o art. 972, § 2º, do Cód. de Proc. Civil, adiando-se a hasta. Êstes vícios, a seu ver, fulminavam os atos de nulidade. Citados os réus, D. Angelina, viúva do arrematante Sebastião Rosa, contestou a fls. 46, José Mourão a fls. 49 (outro arrematante) e a Fazenda Municipal a fôlhas 54. Não houve prova material, resumindo-se a causa a uma questão de direito. O Exmo. Sr. procurador geral falou a fls. 60 e opina pela incompetência do Tribunal e, se êste assim não julgar, pela improcedência da ação. Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador MENESES FILHO.

Belo Horizonte, 25 de julho de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

DOCUMENTO PARTICULAR - FALSIDADE - PROVA

- Se o executado alega ter sido falsificada a sua assinatura no quirógrafo, incumbe ao autor o ônus de provar-lhe a autenticidade.

- É improcedente a ação de cobrança, quando se não demonstra seja verdadeira a firma do réu, aposta no título ajuizado.

D. Maria Rosalina dos Reis e outros *versus* Antônio Dias Duarte

Ap. nº 6.322 - Relator: DESEMBARGADOR AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de São Sebastião do Paraíso, entre partes: D. Maria Rosalina dos Reis e outros, apelantes, e Antônio Dias Duarte, 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, negar provimento à apelação, confirmando a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, que são conformes ao direito e à prova dos autos. Na verdade, de acôrdo com a jurisprudência dêste Tribunal, alegada pelo réu a falsidade de sua

assinatura, em quirógrafo apresentado pelo autor, tem êste o ônus da prova da autenticidade da mesma, assinatura; e, no caso dos autos, os apelantes, de nenhum modo, conseguiram provar seja verdadeira a firma do réu aposta no documento de fls. 5.

Custas pelos apelantes, na forma da lei.

Belo Horizonte, 26 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado; Costa e Silva*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

D. Maria Rosalina dos Reis e outros, pelo Juízo de Direito da Comarca de São Sebastião do Paraíso, moveram contra Antônio Dias Duarte ação de cobrança do valor constante do quirógrafo de fls. 5.

A causa, contestada a fls. 10 com a afirmação de ser falsa a assinatura daquele quirógrafo, foi ragularmente processada, e afinal, pela sentença de fls. 71 *usque* 73, concluiu o juiz por julgar a ação improcedente.

Dessa decisão, os autores tempestivamente apelaram e a apelação, recebida em ambos os efeitos, foi arrazoada pelo apelado a fls. 79. Logo depois, no prazo legal, foram os autos remetidos à Secretaria do Tribunal, e pela Tesouraria a apelação regularmente preparada. Nesta instância, foi ouvido o Exmo. Sr. procurador geral do Estado e opinou pela confirmação da sentença apelada.

Vistos, e assim relatados, restituo êstes autos a cartório, a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 12 de junho de 1950. - *Amílcar de Castro*.

*

VALOR DA CAUSA - ALÇADA

- Interposta apelação de sentença proferida em ação de valor até Cr$ 2.000,00, converte-se o julgamento em diligência, a fim de ser avaliada a causa e de ficar estabelecida a alçada, quando na inicial se omite a declaração para êsse efeito e o valor dado foi apenas para efeitos fiscais.

D. Francisca Teixeira Branco *versus* Espólio de Francisco Castejon

Ap. n° 1.303 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 1.303, da comarca de Monte Santo, 1ª apelante D. Francisca Teixeira Branco, 2º apelante Espólio de Francisco Castejon, e apelados os mesmos:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação, integrando neste o relatório *retro*, converter o julgamento em diligência, a fim de ser avaliada a causa, e fique estabelecida a alçada, como é de jurisprudência desta Câmara, quando na inicial se omite o valor para êste efeito, como acontece neste caso, em que o valor foi declarado apenas para efeitos fiscais.

Custas afinal.

Belo Horizonte, 19 de abril de 1945. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Paula Mota*, relator; *Leal da Paixão*, revisor.

RELATÓRIO

D. Francisca Teixeira Branco, como inventariante dos bens deixados por seu marido, capitão Teófilo Dias Branco, propôs contra o herdeiro Francisco Castejon uma lição de fôrça turbativa, com pedido liminar de manutenção.

Deu à causa o valor de Cr$ 1.000,00.

Antes de realizada a citação do réu verificou-se seu falecimento, passando o processo a correr contra o espólio representado por D. Ovídia Dias Castejon, viúva do herreiro falecido.

O pedido de reintegração *in limine litis* foi denegado.

Na contestação de fls. 58 foi argüida preliminarmente a falta de capacidade de D. Francisca Teixeira Branco para estar em juízo como representante do espólio de seu marido, porque as partilhas que põem fim à indivisibilidade resultante da sucessão já estavam julgadas, e, *de meritis*, deduziam-se articulados com o fim de demonstrar a improcedência do pedido.

O despacho de fls. 72 decidiu pela legitimidade da viúva meeira para continuar a possessória intentada.

Dêsse despacho interpôs o réu agravo no auto do processo (fls. 84).

Produzida pelas partes a prova testemunhal de fls. e fls., foi, em audiência subseqüente, prolatada a sentença de fls. 107 que, ao terminar a parte expositiva, disse caber à autora pedido de reparação dos danos advindos do procedimento do réu, se êste os tivesse causado, mas concluiu tão-sòmente pela improcedência da ação.

Dessa sentença apelaram, a autora, para obter sua integral reforma com a decretação da procedência da ação, conforme o pedido que inclui perdas e danos, e o espólio do réu, para modificá-la no ponto em que alude ao direito à reparação que possa assistir à autora.

Os recursos foram processados regularmente e, remetidos os autos em tempo, aqui tiveram oportuno preparo.

Vistos, à conclusão do Exmo. Sr. desembargador LEAL DA PAIXÃO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 1944. - *Paula Mota*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Monte Santo, em que é primeira apelante D. Francisca Teixeira Branco, segundo apelante o espólio de Francisco Castejon, e apelados os mesmos:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, em conhecer do recurso. Tem-se entendido que a declaração de valor da causa exigida do autor na inicial não tem alcance apenas fiscal, mas opera seus efeitos em relação à alçada e à tributação. Mas o certo é que o venerando acórdão decidiu o contrário, considerando que aquela manifestação, nos têrmos em que foi feita, só dizia respeito ao pagamento de impôsto, e mandou avaliar a causa. A diligência cumprida mostrou que o vulto dela se traduzia pecuniàriamente por soma muito maior de Cr$ 2.000,00. E, conhecendo, lhe negam provimento. Não houve, na espécie, nenhuma turbação, porque o réu estava de posse do terreno indiviso. Ao ser homologada a partilha, cessou a comunhão, e veio êle a ser seu. Se causou dano, pode ser acionado, não, porém, em conseqüência da ação que propôs e de que, com tôda justiça, decaiu.

Custas *ex lege*.

Belo Horizonte, 31 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Ao relatório de fls. 140 v. acrescento que foi cumprida a diligência ordenada pelo venerando acórdão de fls. 142. À revisão.

Belo Horizonte, 6 de agôsto de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA - TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO

- Opera transferência de domínio a procuração em causa própria quando, abrangendo os requisitos de contrato de compra e venda – "res, pretium et consensos" - é transcrita no Registro de Imóveis.

José Vieira de Queirós e sua mulher *versus* Francisco Cardoso Filho

Ap. n° 4.017 - Relator: DESEMBARGADOR COSTA E SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação nº 4.017, da comarca de Abre Campo, apelantes José Vieira de Queirós e sua mulher, e apelado Francisco Cardoso Filho:

Acordam os juízes da Turma julgadora, em sessão da 2ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., por votação unânime, conhecer das apelações e negar provimento à da decisão proferida na ação de consignação em pagamento, para manter os honorários fixados, e prover a da sentença da ação de imissão na posse, para, reformando-a, julgar procedente dita ação. No caso, operou-se a transferência do domínio, eis que a procuração em causa própria abrangeu os requisitos elo contrato de compra e venda - *res, pretium et consensos* - e foi devidamente transcrita no registro imobiliário. No que concerne às condições estipuladas sôbre colheitas de café e de cana, delas não resulta nenhum obstáculo ao reconhecimento do direito postulado na petição inicial. Aliás, e dos autos se verifica demonstrado, já se havia concluído a colheita de café, e, quanto à da cana, nada obsta a que se efetue após a entrega do imóvel aos respectivos donos.

Custas em proporção.

Belo Horizonte, 21 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *J. Benício; Newton Luz*.

RELATÓRIO

A parte expositiva da sentença de fôlhas 136 e segs. acrescento que o Dr. juiz de direito julgou procedente a ação de consignação em pagamento, subsistente o depósito e exonerado o autor da obrigação cambiária, condenando o réu a pagar honorários advocatícios à razão de 10% sôbre a quantia depositada. Quanto à ação de imissão na posse, decidiu o MM. juiz que os autores são dela carecedores. No último dia do prazo apelaram êstes, pedindo a reforma da sentença da ação de imissão e, quanto à de consignação, apenas pleiteiam a elevação dos honorários para 20%, de acôrdo com a jurisprudência dos

tribunais. Foram recebidas as apelações em seus efeitos regulares. Nas contra-razões de fls. 156 a 159, alegaram os apelados que não tem fomento de justiça o pedido de nova decisão. Os autos vieram ao Tribunal em tempo e, pela data de sua apresentação, vê-se que foram, oportunamente, preparados. A Secretaria, para a conclusão ao Exmo. senhor desembargador J. BENÍCIO.

Belo Horizonte, 22 de junho de 1950. - *Costa e Silva*.

*

ABANDONO DO LAR - ALIMENTOS - INÍCIO DE PAGAMENTO

- Não ocorre abandono pela espôsa quando esta se recusa a morar sob o mesmo teto com o marido, a amante e o filho desta com êle.

- O marido e pai deve alimentos à espôsa e filhos.

- A sentença, fixando para têrmo inicial da prestação o dia em que a petição inicial tiver sido distribuída, resulta estrita e diretamente de tal fato, desde que a ação seja julgada procedente; e poderá abranger período anterior a êsse, uma vez que remonte ao tempo dentro do qual os alimentários tenham sido abandonados pelo alimentante.

- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR LOPES DA COSTA: Os alimentos são devidos sòmente a partir da sentença, uma vez não tenha a alimentária pedido alimentos provisionais nem haja alegado que tenha alimentado os filhos durante o período de abandono.

Geraldo Vicente de Resende *versus* Maria da Conceição de Jesus

Ap. nº 7.442 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 7.442, de Passa Tempo, em que é apelante Geraldo Vicente de Resende e apelada Maria da Conceição de Jesus, por si e por cinco filhos menores:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento.

Custas pelo apelante, respeitada a gratuidade da justiça sob a qual êle se acha atualmente.

O Exmo. desembargador LOPES DA COSTA votou vencido, em parte, porque determinou que as prestações alimentícias começassem com a sentença proferida na causa.

Confirmam a decisão porque não há nenhum efeito retroativo do decreto de pensionamento alimentício. A sentença fixa para têrmo inicial de fluência o dia em que a petição inicial foi distribuída, e isso é conseqüência estrita e direta da procedência da ação. Aliás, ainda que abrangesse período anterior a êsse, desde que remontasse a tempo dentro do qual os alimentários foram abandonados pelo alimentante, estaria rigorosamente sem qualquer retroação. Ao formular os pedidos na apelação, o alimentante não inclui o de opção por manter a família em sua própria casa.

Refere-se a isso na fundamentação. Mas o que nos autos está, provado é que quem se retirou do lar foi o apelante.

Não fôra curial admitir que êle agora pretenda que a mulher legítima e os filhos legítimos vão habitar com êle e a amante e o filho que já tem com a amante. O valor da pensão está fixado criteriosamente, atento o jornal de oficial-pedreiro que o apelante percebe.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *A. Vilas Boas; Lopes da Costa*, vencido, em parte: Julgava os alimentos devidos a partir da sentença. A autora não pediu alimentos provisionais. Não alegou ter prestado, durante o período de abandono, alimento aos filhos.

Êsse acórdão transitou em julgado.

PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO A QUE SE REFERE O ACÓRDÃO

Recurso idôneo, com processo regular. Sou pelo conhecimento, mas pelo desprovimento, entendendo que a veneranda sentença apelada bem examinou a espécie e lhe deu solução rigorosamente justa e jurídica. Está provado *ad satiem*, que o apelante foi quem abandonou sua mulher e seus filho legítimos, para acolher-se sob as telhas de uma barregã, como êle próprio o confessa. Em tal hipótese, a questão da extensão dos alimentos à espôsa não podia ter outro desfecho senão o que lhe deu a sentença, pois, se é verdade que não pode reclamar alimentos a mulher que abandonou o lar e se a fixação do domicílio conjugal é direito do marido, não é menos certo que, passando êste a manter pùblicamente uma concubina, a mulher legítima tem justo motivo para o abandono, que não poderá ser classificado como *voluntário*, nessa conjuntura, mas forçado pela honra e pela dignidade do cônjuge enganado.

É perfeitamente razoável, além disso, a pensão mensal fixada pelo MM. juiz, em Cr$ 700,00, que não chega a atingir a metade do que percebe o apelante com seu trabalho, nesse período.

Belo Horizonte, em 10 de dezembro de 1951. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral do Estado.

SENTENÇA A QUE SE REFERE O ACÓRDÃO

Vistos e examinados êstes autos de ação de alimentos desta comarca, entre partes: como autora Maria da Conceição de Jesus, e como réu Geraldo Vicente de Resende:

Relatório. Maria da Conceição de Jesus, brasileira, de serviços domésticos, casada... contra seu marido Geraldo Vicente de Resende... a presente ação de alimentos, alegando, na inicial, em síntese, o seguinte:

1º) Que é casada com Geraldo Vicente de Resende no regime de comunhão de bens. tendo havido dêsse matrimônio seis filhos todos vivos e de menor idade.

2º) Que sempre viveu bem com seu marido, até que um dia o mesmo arranjos: uma amásia nesta cidade, tornando assim a vida impossível dentro do seu lar.

3°) Que, no dia 5 de janeiro de 1950, seu marido a abandonou juntamente com seis filhos menores, sem lhes dar alimentos ato o presente.

4º) Que tentou, com o seu trabalho em Belo Horizonte, dar alimentos a seus filhos mas viu-se sem fôrças para continuar a se sustentar e aos filhos, razão pela qual chama aquêle que por tudo é responsável, por haver descumprido seus deveres conjugais.

5°) Que está passando juntamente com seus filhos, necessidades e privações, enquanto seu marido vai passando do bom e do melhor.

6º) Que por lei seu marido é obrigado a sustentar a autora e seus filhos e que os alimentos devem ser prestados, levando-se em conta o necessário para o sustento, vestiário, habitação e instrução.

7°) Que deve o réu Geraldo Vicente de Resende ser condenado, conforme o pedido (*Omissis*).

Proferiu-se, logo após, o despacho saneador de fls. 26, no qual, considerando que o parág. único do art. 159 do Cód. de Processo Civil dispensa a produção inicial, quando o documento existir em notas ou registro públicos, e considerando também, a miserabilidade da autora e o seu pedido de fls. 6, *in fine*, determinou-se fôssem requisitadas ao oficial do registro civil desta cidade as certidões de nascimento dos filhos do casal não constantes dos autos. (*Omissis*).

O réu, defendendo-se, alegou:

Que não tem recursos próprios, nem recebe mensalmente, sendo o seu trabalho aleatório e recebendo quando consegue uma construção. Que não abandonou o lar, sendo êste abandonado pela autora. Que não se furta a alimentar os filhos, porém não em companhia da espôsa, porque o dinheiro que lhe mandava para êsse fim não raro teria sido desviado até para consultas a macumbeiros. Que fôra recebido em casa como hóspede e como tal não convinha freqüentar o lar.

Que sua espôsa teria se recusado a coabitar com êle. Que o Cód. Civil determina que se observe na obrigação alimentar a necessidade do reclamante, mas que devem ser levados em consideração os recursos da pessoa obrigada, e termina declarando esperar que a causa seja decidida com eqüidade.

Assim vistos, examinados e relatados, passamos à

Motivação. Alimentos, em Direito, significam não só as coisas imprescindíveis à satisfação das necessidades fisiológicas do indivíduo, como também o abrigo contra as intempéries, como o teto e o vestuário; à defesa e resguardo da saúde, e se o alimentando fôr menor os meios necessários à sua educação e instrução. Foi para reclamá-los que a autora ingressou em Juízo. A sua pretensão é amparada pelo disposto no art. 233, nº V, do Cód. Civil, que declara competir ao marido: prover a mantença da família, guardada a disposição do art. 277. Comentando êsse dispositivo legal, doutrina o eminente CLÓVIS BEVILÁQUA:

"Na sociedade moderna, ao marido incumbe o dever de sustentar a mulher. É uma promessa que se supõe contida na proposta de casamento pelo homem: êle se compromete a prover o bem-estar da família que vai constituir. É dever seu de honra desenvolver todos os esforços de que é capaz, a fim de tornar suave a vida da mulher e dos filhos" ("Código Civil Comentado", vol. 2, pág. 113).

Igualmente, ensina o douto CARVALHO SANTOS: "Cabe, portanto, ao marido o dever de alimentar a família, isto é, vestir e dar habitação aos filhos e à mulher, educar os filhos, fornecer remédios e recursos médicos em casos de doença, fornecer os recursos para as viagens necessárias. Êsse dever cabe ao marido em razão de sua qualidade de chefe da família, responsável pelo bem-estar dela e, como tal, obrigado a empregar esforços para alcançar aquêle fim, nada poupando para que a mulher e seus filhos passem uma vida à altura de seus recursos" ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. 4, pág. 351).

É verdade que o art. 231 declara ser dever de ambos os cônjuges: "IV) sustento, guarda e educação dos filhos".

Mas, a mãe só é obrigada a prestar alimentos ao filho, subsidiàriamente, isto é, na falta do pai, e não tendo o filho bens. Na caso dos autos, a autora provou ser

casada, com o réu, sendo os menores, todos êles, filhos legítimos do casal. Bastaria, assim, esta situação de fato para garantir à autora a vitória nesta causa? Quanto aos menores, frente ao dispositivo legal do art. 233, nº V, citado, a resposta só pode ser afirmativa.

Mas, quanto à autora, D. Maria da Conceição de Jesus, a solução do litígio fica a depender da questão relativa ao abandono do lar, à vista do disposto no art. 234 do referido Código, que declara cessar a obrigação determinada no art. 233, nº V, quando a mulher abandona sem justo motivo a habitação conjugal e a esta se recusa a voltar. Já neste ponto da controvérsia teremos, para decidir, que lançar mão da prova testemunhal realizada. Ficou provado à saciedade nestes autos que o réu foi quem propiciou a separação, tendo e mantendo nesta cidade, ostensivamente, uma amante.

Êle mesmo isto confessa ao dizer que ficou parado de novembro de 1949 até outubro de 1950 e depois: "que durante o tempo em que estêve sem serviço morou ora em companhia de Zelica, ora com sua mãe: que nessa ocasião ficou a cargo do depoente as despesas de Zelica e de seus filhos" (fls. 48 e v.).

É ainda o que nos asseveram as testemunhas: Guilherme Alves de Andrade, fôlhas 50 a 51; Florêncio Rosa Pires, fls. 52; Amaro Alves de Andrade, fls. 53, e Jair Santo Antão, fls. 55 v.

Por outro lado, tôdas as testemunhas ouvidas abonam a boa conduta da autora, que teria sido sempre ótima mãe de família.

Admitindo-se que tenha sido a autora quem abandonou o lar, teria tido, portanto, motivo justo para assim agir. Efetivamente, o que se depreende da prova dos autos é estarmos diante de um grande drama familiar, pelo qual o único culpado é o réu. Infelizmente, fatos iguais são comuns nos dias que correm. O indivíduo casa-se, tem vários filhos e depois, ao ver fenecer a beleza e a juventude de sua espôsa, tragada pelas energias gastas nas gestações seguidas e na luta pela vida em comum, enfada-se dela e procura outra mais jovem e mais atraente, com a qual passa a viver e gastar, pouco se importando com a companheira legítima, a quem prometeu fidelidade, ao tirar do ambiente da casa paterna. Pouco se importando com os filhos, essas infelizes criaturas que não pediram para vir ao mundo. Dos menores nesta causa, bem se pode

dizer que são verdadeiros órfãos de pai vivo. Basta que se veja que o réu confessa, como se fôra a coisa mais natural dêste mundo: "que atualmente nada tem dado a seus filhos menores em companhia de sua mulher" (fls. 45 v.). E estão essas desditosas criaturas doentes, como nos diz a autora (fls. 41 v.). A autora teve motivo de sobra para abandonar o réu adúltero. A fidelidade recíproca, estipulada como dever de ambos os cônjuges, no art. 231, n° 1, do Cód. Civil, não pode ser infringida por um dêles sem grave injúria a seu consorte.

Esta fidelidade é o primeiro e mais importante dos deveres recíprocos dos cônjuges.

Ou na expressão de CLÓVIS BEVILÁQUA:

"É a expressão natural da monogamia. Não constitui simplesmente um dever moral; o direito o exige, igualmente, em nome dos interêsses superiores da sociedade, e reprime as suas infrações. No direito civil, a violação da fidelidade conjugal autoriza o cônjuge ultrajado a desquitar-se (artigo 317). O Cód. Penal o classifica entre os atos puníveis (art. 273), porque a ofensa é ao mesmo tempo de origem privada e de ordem social" ("Código Civil Comentado", vol. 2º, pág. 108). O réu confessa, e várias testemunhas afirmam, que mantém, pùblicamente, amante nesta cidade, ultrajando sua espôsa, a autora, e dando-lhe, assim, justo motivo de abandona-lo. Por fatos menos graves, têm os nossos Tribunais entendido justificar-se até mesmo o desquite, decidindo:

"As atenções demasiadas e exageradas efusões que o cônjuge-varão demonstra a outra mulher, mesmo sem chegar aos extremos de um adultério, constituem injúria grave, justificando o desquite" (ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, "REVISTA FORENSE", vol. 131, pág. 159).

Lendo-se o depoimento pessoal da autora e, posteriormente, a prova produzida, vê-se como foi ela sincera ao narrar os fatos que têm constituído a sua verdadeira *via crucis* e que culminaram com o adultério por parte do réu, tornando verdadeiramente impossível a vida em comum.

Tal procedimento do réu foi, não a gôta d'água mas o pingo de fel que fêz transbordar o cálice de amargura que aos poucos vinha dando a sorver à sua

própria espôsa em seu lar, no qual passou a ser considerada uma estranha e uma indesejável por seu próprio espôso, que tinha o dever de protegê-la e ampará-la. E o réu que assim agiu não pode fugir à obrigação legal de prestar, alimentos à autora e a seus filhos.

"Se a mulher não abandona voluntàriamente o lar conjugal, está o marido obrigado a prestar-lhe alimentos". Assim decidiu, em acórdão unânime, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como se vê em "REVISTA FORENSE", vol. 125, pág. 501. Do mesmo modo decidiu em Câmaras Cíveis Reunidas o referido Tribunal:

"Só a voluntariedade pode caracterizar o abandono do lar conjugal, que isenta o marido da prestação de alimentos à mulher. Se a mulher deixa o lar forçada pelo mau trato que lhe inflige o marido, ou pelo procedimento reprovável a que êste se entrega, não perde o direito à pensão alimentícia" ("REVISTA FORENSE", vol. 126, pág. 485).

Também a 6ª Câmara Cível do mesmo Tribunal:

"A obrigação de o marido prestar alimentos à mulher só cessa quando esta, sem motivo justo, abandona o lar e a êle se recusa a voltar" ("REVISTA FORENSE", vol. 132, pág. 149).

À vista da lei e da jurisprudência citadas e bem assim da prova nestes autos produzida, vê-se que persiste no caso a obrigação do réu de prestar os alimentos pedidos na inicial. É pacífica a jurisprudência no sentido de que: "Enquanto perdura a sociedade conjugal, incumbe ao marido a obrigação de sustentar a mulher, sendo que na ação de alimentos o que se discute são as necessidades de quem os reclama e os recursos de quem é obrigado a presta-los" (ac. unânime da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em "REVISTA FORENSE", vol. 120, pág. 167). Não procede, por outro lado, a defesa do réu, manifestada a fls. 62 v. a 63 v. Não exime da obrigação de prestar alimentos à espôsa e filhos o fato de ser o seu serviço aleatório. Se lhe faltar trabalho e ficar, assim, impossibilitado de prestar os alimentos, é claro que ficará libertado da obrigação. No momento presente tem êle renda suficiente para cumprir á obrigação que a lei lhe impõe e temos que decidir o caso concreto e não

hipóteses futuras. Também à obrigação, que é ampla, não pode o réu fixar condições para sua prestação.

Os filhos menores têm mesmo que ficar em companhia da autora, que é a inocente no caso, e não com o réu, cujo comportamento é péssimo exemplo para os filhos. Pretendeu o réu, ainda, justificar a sua fuga à responsabilidade para com a família, alegando que a mulher o tratava com grosseria, insultando-o, o que em absoluto não provou. O direito a alimentos nem sequer pode-ser renunciado, embora possa o alimentando deixar de exercê-lo temporàriamente. Da prova realizada, resulta que a autora e seus filhos têm necessidade dos alimentos pedidos, pois que não têm renda própria de qualquer espécie e estão mesmo passando necessidades (depoimentos de fls. 54 e 55 v.). Os menores são as grandes vítimas no presente caso. Seu lar está desfeito com a separação de seus pais. Alguns acham-se doentes e, além de tudo, faltam-lhes os alimentos para a própria subsistência. Nessa contingência, cumpre ao réu socorrê-los, já que o pode fazer. Mas é de ver-se que o filho mais velho está colocado em Belo Horizonte e a filha mais velha em companhia da avó e a expensas do réu: além disto, maiores de 16 anos, não participaram desta ação, devendo, portanto, os alimentos ser fixados em relação à autora e aos outros quatro filhos, que estão em sua companhia e por ela representados.

O réu, segundo confessa em seu depoimento, percebe Cr$ 70,00 diários, o que perfaz, descontando-se os domingos, o vencimento mensal de Cr$ 1.680,00, tendo, pois, recursos suficientes para prestar os alimentos pedidos.

Decisão. Pelo exposto, pelo mais que dos autos consta e princípios de direito aplicáveis à espécie: julgo procedente o pedido da inicial na parte referente à autora e a seus filhos menores de 16 anos de idade: Eudia de Jesus Resende, Aparecida Natal, Eunice Resende e Ivani Resende, e condeno o réu a prestar a êles os alimentos de que necessitam, dando-lhes, para êsse fim, uma pensão mensal de Cr$ 700,00, sob as penas da lei. Tal pensão deverá ser paga a partir da data da distribuição da petição inicial, como, reiteradamente, têm decidido os nossos Tribunais. As prestações vencidas serão pagas no prazo de 15 dias e as que se vencerem até o dia 10 do mês seguinte.

Publique-se, intime-se; transitando em julgado, registre-se. A presente foi por mim dactilografada e vai lançada em oito laudas autenticadas com a rubrica de que faço uso.

Passa Tempo, 28 de setembro de 1951. - *Agenor de Sena Filho*.

*

CÂMARA MUNICIPAL - CRIAÇÃO DE CARGOS

- Câmara Municipal não tem atribuição para criar cargos e provê-los sob color de pertencerem ao seu serviço próprio, porque isso é função executória.

- A criação de cargos municipais e a investidura nêles devem submeter-se à legislação promulgada pelo poder estadual, a que compete a missão de organizar as edilidades, jurídica e administrativamente.

Décio Mendes *versus* Câmara Municipal de Raul Soares

Ap. nº 6.384 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Raul Soares, em que é primeiro apelante Décio Mendes e segundo apelante a Câmara Municipal de Raul Soares, e apelada a Prefeitura Municipal de Raul Soares:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, negar provimento às apelações. Preliminarmente, recusam situar a matéria na esfera constitucional, como desacertadamente pleiteou a ré, visto como os atos requeridos no uso da sentença o foram, não porque ofendem texto da Lei Magna, mas porque extravasaram da competência dos seus autores, e a decisão foi inteiramente acertada ao considera-los sob esta perspectiva. Reivindica a Câmara Municipal competência ampla para criar cargos, sob o calor de pertencerem ao seu serviço próprio, mas o que é certo é que a Constituição, ao revés do que preceitua quanto às Secretarias das Assembléias e dos Tribunais, não confere essa

atribuição aos, Conselhos das Comunas. Não é lícito invocar, a propósito, o princípio teórico da separação de poderes, por duas razões: em primeiro lugar, porque o que ela resguarda é o exercício das funções próprias e específicas de cada um dos poderes da República, de sorte que o Legislativo não pode executar, nem o Judiciário legislar, e muito menos o Executivo julgar, mas não afeta a estrutura pessoal ou material dos órgãos, em sua zona administrativa. Assim é que, sem nenhum ferimento àquela regra primordial, o Executivo colabora com o Judiciário na nomeação dos juízes, e com o Legislativo na escolha dos membros do Tribunal de Contas. Ao demais disso, não é lícito se falar em boa técnica administrativa na separação de poderes, no que toca à autonomia municipal, pois que as Câmaras só teriam dois dêles, e mesmo assim sem o alcance político cujo resguardo a Constituição busca acautelar, mas raramente restritos à gestão dos interêsses locais. Ora, assim sendo, como de fato o é, evidentíssimo que a lei ordinária estadual pode traçar normas, regulando a criação e provimento dos cargos municipais, e outra coisa não fêz a de nº 28, estipulando que se êles criem em virtude de lei, e ninguém discute que a lei municipal não dispensa sanção do Executivo, senão quando tem seu veto rejeitado por maioria maciça. Não é lícito, pois, ao presidente fazer nomeações, porque essa é tarefa executória e essa autoridade poderá promulgar leis, mas nunca executá-las. Não impressiona o argumento de que tais cargos apenas afetam sua economia particular. Não. São cargos municipais para serem ocupados por funcionários municipais, e a sua criação e investidura deveria submeter-se à legislação promulgada pelo poder estadual, em obediência à Constituição, que lhe outorga a missão de organizar as edilidades nos terrenos jurídico e administrativo. Tinha, pois, o prefeito abundante razão para desconhecer a lei arbitràriamente votada, pouco importando a houvesse batizado impròpriamente de resolução e, conseqüentemente, lhe assiste amplo direito de pleitear a decretação de sua nulidade, em defesa da regularidade da administração e dos interêsses do Tesouro público. O receio manifestado pelo Exmo. Sr. procurador geral em seu parecer, de virem os funcionários nomeados pelo prefeito, para função na Câmara Municipal, perturbar a marcha dos serviços, por desmerecerem da confiança dos edis e do seu presidente, é reversível, porque, contrária à prática, poderia dar lugar à invasão de cardume de parasitas criados ao calor de interêsses estranhos às boas normas administrativas e sacrificando o erário, em regra parco, dos Municípios, em prejuízo de suas mais instantes necessidades. O regime de colaboração é de indiscutível sapiência, devendo ser respeitado e mantido nos Tribunais.

Custas pelos vencidos, em proporção.

Belo Horizonte, 24 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; Lincoln Prates*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

A Prefeitura Municipal de Raul Soares intentou ação com o fim de se declararem judicialmente nulos a resolução da Câmara Municipal daquela cidade, nº 2, e bem assim o ato do seu presidente nomeando diretor da Secretaria o cidadão Décio Mendes, a quem convocou como litisconsorte.

A Câmara contestou a ação pleiteando carência ou improcedência, e Décio alegou ilegitimidade passiva na demanda. Esta questão foi decidida, sem recurso, no saneador e afinal deu o Juiz sentença que concluiu pela procedência da ação.

A 27 apelaram os vencidos. Recurso em têrmos e sem preparo. Autos à revisão.

Belo Horizonte, 15 de julho de 1950. Em tempo: O Dr. procurador opina pelo provimento - *Aprígio Ribeiro*.

*

COMPRA E VENDA - SIMULAÇÃO - INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Os herdeiros podem demandar nulidade de compra e venda de imóveis, em cuja escritura tenha havido simulação, que se prova por indícios e circunstâncias.

- Honorários de advogado contam-se sôbre o valor da causa.

José Giarola e outros *versus* Silvério Emídio Giarola e outros

Ap. nº 6.229 - Relator: DESEMBARGADOR COSTA E SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação nº 6.229, da comarca de São João del-Rei, entre partes, como apelantes José Giarola e outros e, como apelados, Silvério Emídio Giarola e outros, em sessão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, acordam os juízes da Turma julgadora, incorporando neste o relatório de fôlhas 68, por voto unânime, conhecer da apelação e dar-lhe provimento, para cassar a sentença apelada e julgar procedente a ação, decretando a nulidade do contrato de compra e venda, nos têrmos da inicial-libelo, condenados os réus nas custas e nos honorários de advogado à razão de 20% sôbre a valor da causa.

Na hipótese, ocorreu o vício de simulação previsto no art. 102, I, do Cód. Civil: aparentou o ato jurídico transmitir o domínio a pessoa diversa da a quem, realmente, transmitiu. São os autores herdeiros legítimos da vendedora. Demandando a nulidade da compra e venda do imóvel descrito na pedido exercitaram o direito que lhes faculta o art. 105 do Código citado.

A simulação, causa anulatória dos atos lesivos de direitos de terceiros, pode ser demonstrada por indícios e circunstâncias. Alberico Zenetti, comerciante, adquirindo a propriedade questionada, arrendou-a lodo ao réu Silvério Emídio Giarola, filho da vendedora dona Dileta Facion, ao qual, pouco depois de um ano, transferira dita propriedade pelo preço da compra, mais ou menos.

Ninguém deu notícias de qualquer interêsse de Zenetti pela aquisição feita. D. Dileta vivia em companhia do filho Silvério. Senhora entrada em anos, de vida retraída e modesta, ao falecer nenhuma importância deixara. Por ocasião da venda reclamada, ninguém viu qualquer quantia em poder de D. Dileta, a quem pagara o comprador, seu sobrinho Zenetti, fora do cartório, onde se lavrara a escritura, segundo afirmou êle em seu depoimento. Cumpre ainda ressaltar que não há noticia de nenhuma compra efetivada pela vendedora e que, dos autos ficou constando, não tinha qualquer débito.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *J. Benício; Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Como parte expositiva, adoto o sucinto relatório da sentença, de fls. 49 e 51, e acrescento que o Exmo. Sr. juiz de direito julgou improcedente a ação de nulidade de escritura, com fundamento no art. 105 do Cód. Civil, como da inicial se vê. Apelaram os vencidos em tempo e ofereceram as razões de fôlhas 53 a 57. Recebida a apelação em ambos os efeitos, vieram as contra-razões de fls. 53 a 61, apresentadas dentro do decêndio, por ter sido domingo o último dia de prazo. Remessa e preparo dos autos nesta superior instância dentro dos prazos.

Assim vistos e relatados, ao Exmo. Sr. desembargador J. BENÍCIO, revisor.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 1950. - *Costa e Silva*.

*

CONFLITO DE JURISDIÇÃO - DIRETOR REGIONAL DOS CORREIOS E TELÉGRAFOS - COMPETÊNCIA

- O Juízo dos Feitos da Fazenda Federal é o competente parai conhecer de mandado de segurança pedido para que o diretor regional dos Correios e Telégrafos pratique um ato de sua função.

Suscitante: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Juiz de Fora

Conf. de juris. Nº 357 - Relator: DESEMB. MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de conflito de jurisdição n° 157, negativo, em que é suscitante o juiz de direito da 1ª Vara Cível de Juiz de Fora e suscitado o juiz de direito da 2ª Vara Cível de Belo Horizonte:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgar procedente o conflito e o solucionar declarando competente o juiz suscitado, que é o da 2ª Vara de Direito de Belo Horizonte, Juízo dos Feitos da Fazenda Federal.

Enéias Gonçalves Martins requereu ao juiz de direito da Comarca de Juiz de Fora mandado de segurança para que o diretor regional dos Correios e Telégrafos de Juiz de Fora seja compelido a fornecer certidão de peças de processo em que foi determinada a dispensa, do requerente, dá função de condutor de malas entre a sede da Diretoria e as estações ferroviárias e rodoviária da cidade.

O MM. juiz da 1ª Vara Cível da comarca, ao qual tocou o feito por distribuição, se absteve de dêle conhecer (fls. 22), por lhe parecer competente o Juízo dos Feitos da Fazenda Federal, a 2ª Vara Cível de Belo Horizonte, a quem remeteu os autos, o que por sua vez se declarou incompetente, por entender que a segurança está requerida "individualmente contra o diretor dos Correios de Juiz de Fora", e por não ver na espécie nenhum interêsse da União" (fls. 24). Em conseqüência, devolveu os autos ao MM. juiz, da 1ª Vara Cível de Juiz de Fora, que então suscitou êste conflito negativo.

O Exmo. Sr. procurador geral concorda com o MM. juiz suscitado, por não encontrar no feito o caráter de causa em que a União seja autora ou ré, assistente ou opoente, para cair na competência do Juízo dos Feitos da Fazenda Pública Federal neste Estado.

O pedido de segurança não é dirigido contra o diretor dos Correios e Telégrafos de Juiz de Fora como particular e sim como detentor de função pública, seja quem fôr que a esteja exercendo, sendo certo - e se sabe pelos jornais - que já agora é diretor regional pessoa diversa da que o requerente indica; não visa a interêsses particulares do diretor, e sim da União; objetiva a preparação do reconhecimento de um direito, que o requerente pretende ter, de exercer a função pública de condutor de malas postais, cuja remuneração será ônus pecuniário a cargo da União.

Logo, o interêsse da Fazenda Pública Federal é que está em jôgo, o que acarreta a competência de Juízo privativo dos Feitos em que ela se envolva, nos têrmos da Constituição federal, art. 201; do Cód. de Proc. Civil, art. 143; e da lei de Organização Judiciária, art. 268, § 3º.

Custas, afinal.

Belo Horizonte, 31 de maio de 1951. - *A. Vilas Boas*, presidente, com voto; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

*

VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO - APREENSÃO

- Inadimplente o comprador em contrato de venda com reserva de domínio, a apreensão do objeto alienado é medida rigorosamente legal, cumprindo se resguarde, na conveniência da sua concessão, certo arbítrio na livre apreciação do juiz.

Requerente: Sebastião Batista do Nascimento

Mand. de seg. nº 266 - Rel.: DESEMB. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Carangola, em que é requerente Sebastião Batista do Nascimento:

Acordam, em Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça, denegar o mandado, visto como a apreensão do objeto alienado é medida rigorosamente legal, nos contratos de venda, com reserva de domínio, nos casos de inadimplente o comprador. Alega o requerente que a decisão é nula, à mingua de fundamentos, mas não tem razão; em verdade, foi o despacho por demais parco da motivação, apenas se referindo ao conteúdo das petições, sem transcrevê-lo, mas em se tratando de medida assegurada expressamente nos

textos, é o que basta, visto como, acêrca da conveniência da sua concessão preliminar, cumpre se resguarde certo arbítrio, na livre apreciação do juiz. Os mais motivos em que o requerente estriba a sua intenção despem-se de fundamento jurídico, porque, como observa o Exmo. Sr. procurador geral, contesta-se a validade da venda, e litiga-se a propósito do domínio, cada interessado reclamando o título de proprietário. E é certo que semelhante matéria é de alta indagação e, por conseqüência, só pode ser deslindada na instrução da causa que corre em juízo.

Pague o requerente as custas.

Belo Horizonte, 6 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; A. Vilas Boas; Autran Dourado; Costa e Silva; Lincoln Prates; Newton Luz*.

RELATÓRIO

Francisco Teixeira Soares propôs, em Carangola, a reintegração de posse dum veículo automóvel contra José Honorato da Silva e Sebastião Batista do Nascimento. Alegou que o adquirira de Bernardino de Sousa Coelho, vendendo-o a José Honorato em contrato de alienação com reserva de domínio, mas que o comprador, mal paga a primeira prestação, logrando do antigo proprietário Bernardino falso certificado de propriedade, transferiu o caminhão a Sebastião Nascimento Soares pediu apreensão do carro e lhe foi concedida. Sebastião correu a juízo e pleiteou revogação da medida, ou ao menos remoção do depósito do auto, vistoria e avaliação: alegando ser o verdadeiro dono do caminhão e, ao demais, terceiro de boa-fé; mas não logrando acolhida, impetrou mandado de segurança, cujo processo seguiu os trâmites regulares, verificando-se da informação do juiz que, a essa altura, já foi avaliado o veículo. O Exmo. Sr. procurador geral considera ilíquido o direito que se pleiteia. Publique-se e ponham-se os autos em mesa.

Belo Horizonte, 28 de agôsto de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

RETIFICAÇÃO DE NOME - COMPETÊNCIA - RECURSO

- Da sentença, que manda retificar nome paterno em assento de nascimento do filho, cabe apelação e não agravo de instrumento.

- Nenhum juiz pode determinar retificação de nome em têrmos de casamento e de óbito, lavrados fora do âmbito de sua jurisdição.

Apelado: José Jorge Miguel

Ap. nº 6.411 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Acordam converta em diligência para, aliás, conhecer, para ser distribuído como apelação por fôrça do art. 810 do Cód. de Proc. Civil, tendo por legitimo o Ministério Público para recorrer.

Belo Horizonte, 25 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*; presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator, vencido, quanto ao reconhecimento de legitimidade do promotor, por entender que, é matéria que se deva ter por devolvida ao julgamento da apelação; *Lopes da Costa; A. Vilas Boas*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

RELATÓRIO

O promotor de justiça de Conselheiro Lafayette interpôs tempestivamente êste agravo de instrumento contra sentença do MM. juiz de direito da comarca que, mediante justificação com inquirição de testemunhas, promovida por José Jorge Miguel, mandou retificar-se no assento do nascimento do justificante o nome do pai do registrado, que figurava como sendo Jorge Miguel Arra e segundo a sentença agravada passa a ser Jorge Mahfoud Arra.

Para optar por agravo de instrumento e não apelação, o recorrente invoca um acórdão da egrégia 2ª Câmara Civil dêste Tribunal, de 17 de outubro de 1949, de que oferece certidão a fls. 8, e para o qual, não havendo no Cód. de Proc. Civil unitário preceito especial a respeito, como havia no Código de Proc. Civil

dêste Estado, continua em vigor, no ponto, o processo estadual pelo princípio da continuidade das leis.

Na justificação foi ouvida uma testemunha, cujo depoimento vem transcrito no recurso; mas foram também ouvidas outras, porque a sentença recorrida se refere a depoimentos, no plural, e a inicial arrola três testemunhas, cujos depoimentos não estão no instrumento.

O pai do recorrido figura com o nome Jorge Miguel Arra também no registro de seu casamento, celebrado no Rio de Janeiro em 28 de fevereiro de 1920 (fls. 5 v.), e no registro de seu óbito, lavrado em Niterói em 11 de maio de 1939 (fls. 5 v.).

A retificação é pedida para ser recolhida na Síria uma herança deixada por um irmão do pai do agravado.

Na inicial da retificação se diz que ela é pedida para o registro de nascimento do justificante e também para os de óbito e casamento do pai do justificante. Mas, a sentença alude apenas ao registro de nascimento. Não decide sôbre as precatórias pedidas na inicial de fls. 5.

Peço parecer do Exmo. Sr. procurador geral.

Belo Horizonte, 30 de abril de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho.*

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

Ao de fls. 20 v. acrescento que o Exmo Sr. procurador geral opinou pelo provimento.

Em mesa.

Belo Horizonte, 13 de maio de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.411, de Conselheiro Lafayette, em que é apelante o promotor de justiça e apelado José Jorge Miguel:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, converter o julgamento em diligência, para virem ao julgamento os autos originais que se acham em primeira instância.

Custas afinal.

Belo Horizonte, 24 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa; A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

Adoto, para ser processado o recurso como apelação, o mesmo relatório que lancei a fls. 20 quando o recurso entrou como agravo.

Vão os autos à revisão.

Belo Horizonte, 14 de junho de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação nº 6.411, de Conselheiro Lafayette, em que é apelante o promotor de justiça e apelado José Jorge Miguel:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento.

Custas pelo apelado.

As testemunhas não dizem o motivo de terem por errado o nome Jorge Miguel Arra, com que o pai do justificante se casou no Rio de Janeiro e com que figura no registro de seu óbito, lavrado em Niterói.

Nem ao menos elas revelam conhecimento da família do pai do justificante.

Afirmou-se nos autos que o nome Miguel usado por aquêle falecido é tradução de Mahfoud. Disso não se deu prova. E se é verdadeira a afirmação, poderá ser produzida na Síria, no processo da herança a ser recolhida ou para os efeitos dêle.

Como quer que seja, não poderia o juiz de Minas Gerais determinar a retificação dos acima indicados têrmos de casamento e de óbito lavrados fora de sua jurisdição, retificação essa em que os apelados insistem a fls. 12 v.

Belo Horizonte, 19 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*.

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES. - *Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Adito ao de fls. 20.

O recurso foi mandado processar como apelação (fls. 26), e para isso determinou-se a vinda dos autos originais à segunda instância (fls. 29 v.).

Feito isso, falou o Exmo. Sr. procurador, geral, que é pelo provimento (fls. 33, remetendo a fls. 22).

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

TAPUMES - IMÓVEIS RURAIS

- O legislador, inexplicàvelmente, se esqueceu de incluir na lei adjetiva a ação correspondente ao direito que tem o confiante de impor ao seu vizinho metade das despesas de construção e conservação de tapume

divisório. Adotando-se o princípio de que o êrro ou a falta de denominação da ação não coarcta ou mata o pedido adota-se, na hipótese, o rito da cominatória, pois é desta ação que se lançará mão quando alguém, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato, dentro de certo prazo.

José de Araújo Rabelo *versus* Faustino Soares de Brito

Ap. nº 7.179 - Relator: DESEMBARGADOR AUTRAN DOURADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da Comarca de Coração de Jesus, entre partes: José de Araújo Rabelo, apelante, e Paustino Soares de Brito, apelado:

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, conhecer da apelação, mas para lhe negar provimento, mantendo, assim, a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos, que são; conformes ao Direito e à prova dos autos; pagas as custas pelo apelante.

Belo Horizonte, 24 de março de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Costa e Silva; J. Benício*.

SENTENÇA A QUE SE REFERE O ACÓRDÃO

Omissis...

Relatório. Ingressou José de Araújo Rabelo em Juízo, pela inicial de fls, 2, para haver do réu a meação do tapume, pelo primeiro construído entre a sua propriedade e a que afirma pertencer a Faustino Soares de Brito.

E fundamentou seu pedido no art. 588, § 1º, do Cód. Civil e no art. 451, § 1°, do Cód. de Proc. Civil, juntando os autos da notificação que promovera, convidando o réu a construir a metade da cêrca que, segundo êle, lhe incumbia fazer.

Omissis...

No mérito. Salutar princípio imanente e inerente ao domínio é aquêle estabelecido no art. 588 do Cód. Civil, em que o legislador, fazendo-o emergir do direito de propriedade, assegura ao proprietário, urbano ou rural, o direito de levantar tapumes divisórios: muros, cêrcas, sebes vivas, valas, valados ou banquetas ou outros quaisquer meios de vedação entre donos vizinhos, sujeitando-se, entretanto, aos usos locais quanto ao *modus faciendi*.

É um direito que, por extensão, brota, qual um corolário, daquele que o art. 572 do Cód. Civil dá ao proprietário, de "levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver".

A inteligência dêsses artigos e mais a dos arts. 642 e 645, cujas normas ao caso se aplicam quando a propriedade fôr urbana, leva o intérprete a concluir que as despesas com a tapagem entre terrenos ou prédios rurais hão de ser comuns, a elas concorrendo equitativamente os confinantes. *Omissis*...

Entre os direitos do confinante há, portanto, o de impor ao seu vizinho metade das despesas de construção e conservação do tapume divisório (art. 588 § 1°, do Cód. Civil); e entre as obrigações está a de concorrer com as despesas necessárias à construção, reconstrução e conservação de cêrcas ou de outros tapumes divisórios (art. 588, § 1º, do Código Civil).

Tal o direito.

Mas, compulsando-se a lei adjetiva, verifica-se que o legislador, inexplicàvelmente, se esqueceu de nela incluir a ação correspondente a êsse direito.

Assim, como procederá o proprietário para impor ao outro, seu confinante, a obrigação do § 1º do art. 588, quando êsse outro se opuser a concorrer com metade das despesas do tapume divisório?

E como procederá o confrontante para obter do outro a metade das despesas, quando, após recusa do vizinho, a haja construído sòzinho?

Ainda que caso freqüente, sobretudo nas comarcas do interior, o nosso Cód. de Processo Civil é omisso nesse particular, dêle não cogitando na rubrica "Das ações para construção e conservação de tapumes e para indenização de parede ou tapume divisório" (arts. 451 a 453).

Comentando o art. 451, CARVALHO SANTOS ("Código de Processo Civil Interpretado", vol. V, pág. 386) apenas mostra a omissão, mas lhe não dá o remédio eficaz. Em suspenso ficaria a questão se o rumo á ser seguido não fôsse dado pela disposição segundo a qual, quando a lei fôr omissa, o juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4° da lei de Introdução ao Cód. Civil, de setembro de 1942), enquanto que o próprio Cód. de Processo especifica que se regularão pelo processo ordinário as ações para as quais não estiver prescrito rito especial (art. 291). Já os antigos códigos de processo estaduais cogitavam da ação correspondente ao direito expresso no art. 588, § 1º, do Cód. Civil. É o que se via no art. 701 do Cód. de Processo paulista; no art. 460, do baiano; no art. 685, do pernambucano; no art. 633, do Distrito Federal; no art. 563, do Espírito Santo. Em Minas Gerais, o assunto era regulado pelo nosso velho, porém imorredouro, Cód. de Processo, jóia polida por cerebrações de fulgor, inspiração e fonte do estatuto nacional vigente, no seu art. 802 e pela lei de 12 de setembro de 1908, art. 3º.

Com essa orientação, uma vez que o êrro ou falta de denominação da ação não coarcta ou mata o pedido, foi adotado aqui o rito da ação cominatória (art. 302, nº XII, do Código de Proc. Civil), pois é desta ação que se lançará mão, quando alguém, "por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato, dentro de certo prazo". *Omissis*... Da faculdade - decorrente do domínio - de usar e gozar da coisa, resulta para o proprietário o direito de fazer em seu imóvel as construções que lhe apetecer. Do mesmo modo, o domínio sôbre a coisa gera a obrigação, como na espécie em exame, de concorrer com a metade das despesas necessárias à construção de cêrcas, ou quaisquer outros tapumes divisórios, quando um dos proprietários fôr a isso compelido pelo seu confinante, uma condição primacial essa, de serem os confinantes - separados pelo tapume questionado - legítimos proprietários do prédio, tomado êste último étimo em seu amplo e legal sentido de "propriedade imóvel", *sine qua non* há falar em repartição de despesas. *Omissis*...

Efetivamente, a presunção do condomínio de tapumes, estabelecida no art. 588, § 1°, do Cód. Civil, é *juris tantum*, perdurando até que prova em contrário a inutilize; e não *juris et de jure*, que não cede nem mesmo diante da prova oposta. E o princípio que a legislação pátria adota e que vem expresso nos arts. 227 a 231 do dec. nº 4.857, de 9-11-1939 que trata dos registros públicos. Há que ser tal presunção subordinada ao que determina o art. 571 do Cód. Civil, segundo o qual os proprietários têm direito de, em comum, usar do intervalo, muro, valo, cêrca ou de qualquer outra obra divisória entre dois prédios, "presumindo-se, até prova em contrário, pertencer a ambos". Disposição essa aliás, acorde e harmônica com o que dispõem os Códigos Civis francês (art. 666), italiano (art. 568), português (art. 2.351), alemão (art. 921).

Segundo nos conta o insigne BEVILÁQUA, quando se discutia o Projeto, houve juristas que se esforçaram por manter no estatuto civil da República a orientação do direito anterior, segundo a qual a transcrição não induziria prova de domínio. Mas, seguindo a melhor doutrina e defendida por civilistas do porte de TEIXEIRA DE FREITAS e LAFAYETTE, o Cód. Civil brasileiro esposou o princípio de que, sendo a transcrição um modo derivado de adquirir por tradição solene, constituiria ela, pelo registro que a concretiza, uma prova suficiente de domínio, ainda que destruída pudesse ser. A transcrição prova a translação do domínio, mas não de modo absoluto e indestrutível, pois, presunção *juris tantum* que é, pode ser destruída por ação anulatória do registro (artigos 859 e 860).

É o que estatui o Cód. Civil, em seus artigos 859 e 860, quando diz:

"Presume-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu".

"Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique".

Do mesmo que a transcrição, feita com os requisitos e exigências da lei, faz presumir o domínio, também a recíproca em oposição engendra a *presumptio juris tantum* de que não há falar em domínio. Assim, pela certidão negativa de que no Registro de Imóveis não consta nenhuma transcrição, se presume que, aquêle a que se refere ela, não é dono do imóvel seu objeto. Do mesmo modo, é

uma presunção que cede lugar à prova contrária. Questionado sôbre o tapume divisório feito pelo autor entre terras dêste e as de Faustino Soares de Brito, supostamente dêste o réu ofereceu á certidão negativa de fls. 28, segundo a qual nenhuma transcrição de direitos reais sôbre imóveis foi feita em seu nome, tendo como transmitente Josino de Araújo Rabelo, no Registro de Imóveis desta Comarca.

Declara o autor que Faustino Soares de Brito adquirira de Josino de Araújo Rabelo as terras confinantes com a sua e entre as quais levantou a cêrca de arame farpado, cuja despesa pleiteia pela metade, passando-se entre ambos documento particular, que não foi levado pelo réu a registro (depoimento do autor de fls.). Isto ficou na declaração do autor e não foi roborado por outras provas. *Omissis*... Por sua inércia em produzir prova contrária à de fls. 28, do réu, o autor fêz aquela presunção consolidar-se e transmudar-se de mera presunção em certeza trazendo assim a convicção de que contende com quem não tem o domínio das terras que confrontam com a sua. Não tendo o réu domínio naquele trato de terras, é evidente que, recìprocamente, lhe não compete a obrigação de concorrer à metade do tapume que ali se erigiu. É o que dimana do instituto de condomínio de paredes e tapumes divisórios, como corolário ainda do princípio da necessidade da transcrição do imóvel alienado.

Se há alguém a quem compete a obrigação do art. 588, § 1º, do Cód. Civil, êsse é Josino de Araújo Rabelo, que ainda tem o domínio daquela parte na gleba nº 50 da Fazenda São João. Não pode o autor, assim, chamar o réu a juízo para dêle haver a metade das despesas com a cêrca que se levantou, pois o réu lhe opôs a exceção do não-domínio sôbre aquelas terras, exceção essa que prevalece, já que não na ilidiu êle, no devido tempo, por qualquer prova produzida idôneamente contra a verdade da asserção de fls. 28.

Se a função jurídica do registro, regulado pelo dec. nº 4.857, de 9-11-1939, firmando o momento inicial em que o domínio se instala sôbre o imóvel, produz efeito positivo e gera obrigações decorrentes do domínio sôbre o mesmo, o contrário se dá, forçosamente, quando não há tal domínio, sabido que o contrato translativo da propriedade imóvel só opera seus efeitos depois de transcrito. Milita, pois, a favor do réu - em face da prova oferecida - a presunção do não-domínio, e como tal lhe não competem as obrigações da lei civil quanto à tapagem e bem outras, naquela propriedade rural. Não tem êle as

obrigações que devem ter os confinantes do autor, donde não ser possível a este demanda-lo para o compelir a cobrir metade das despesas com o tapume em questão, naquela parte da gleba n° 50 da Fazenda São João.

Decisão. Por êsses fundamentos, por tudo o mais que dos autor consta, hei por bem julgar, como julgo, improcedente a presente ação cominatória, pagas as custas pelo autor. *Omissis*...

Coração de Jesus, 22 de maio de 1951. - *Walson Veado*, juiz de direito.

*

SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA CASAMENTO - AUSÊNCIA DO MARIDO

- O pai ausente deve ser citado, a fim de ser-lhe suprido o consentimento para a filha menor poder casar-se, não bastando, pois, o consentimento materno, porque a falta do de ambos acarreta a nulidade do ato.

- Na ausência provada do marido, a mulher assume a administração do casal, mas nessa prerrogativa não se enquadra o direito de autorizar o casamento de filho menor, prescindindo da aprovação paterna.

Apelados: Adelina Rosa de Jesus e outra

Ap. nº 6.332 - Relator: DESEMBARGADOR AUTRAN DOURADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação civil da comarca de Conselheiro Lafayette, entre partes: o Dr. promotor de Justiça, apelante, e Adelina Rosa de Jesus e sua filha Júlia Rosa de Jesus, apeladas:

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, conhecer da apelação, e dão-lhe provimento, por maioria de votos, para, cassando a decisão recorrida, mandar que o Dr. juiz *a quo* defira o pedido do Dr. promotor de Justiça, e mande citar o

pai da menor Júlia Rosa de Jesus, Júlio Rosa Bela, por edital, nos têrmos do art. 625 do Cód. de Proc. Civil, e, afinal, julgue como entender de direito, na certeza de que aquêle artigo prevê o caso, não só da recusa, mas, também, da impossibilidade do consentimento por lei exigido para a prática de qualquer ato, e o consentimento paterno para o casamento da menor em questão é condição *sine qua non* para êle, não só porque o artigo 185 do Cód. Civil declara: "Para o casamento dos menores de 21 anos, sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os pais", como a falta do consentimento de um dêles pode acarretar a nulidade do casamento, se o que não tiver dado o consentimento a promover, consoante a disposição do art. 183, item XI, comb. com o art. 212. ambos do Cód. Civil, sabido que o pátrio poder é irrecusável e sòmente se perde ou suspende na forma que a lei declara.

No caso dos autos, não podia o Dr. juiz *a quo*, pela simples declaração de estar ausente o pai da menor, que se pretende casar, declarar desnecessário o consentimento e o suprimento, por entender que, na ausência, a mãe assume automàticamente a direção do casal. E isso porque, se verdade o Cód. Civil declara, em o item I do seu art. 251, que a mulher, estando o marido em lugar remoto, ou não sabido, assume a direção e a administração do casal, todavia essa direção está restrita aos casos que o próprio artigo declara em seu parág. único, onde não se encontra o de consentir no casamento de filho menor, sem o do pai ou seu suprimento, e a ausência é preciso ser provada, o que não existe nestes autos, e ser certo que a mulher não pode sem o consentimento do marido fazer aquilo que êle não poda sem o seu consentimento (art. 242, item I, do Cód. Civil).

Logo, se o marido não pode, sem o consentimento da mulher, autorizar o casamento do filho menor, devendo o consentimento ser suprido, quando negado ou na impossibilidade de ser dado, é evidente que a mulher não pode fazer automàticamente, como entende o Dr. juiz *a quo*, devendo processar o pedido de suprimento, na forma aventada pelo Dr. promotor de Justiça a fls. 5.

A dispensa do consentimento de um dos pais, ausente, apenas está prêsa à declaração da sucessão provisória, porque, nesse caso, o cônjuge presente assume a direção do casal em tôda sua amplitude, como se o cônjuge ausente tivesse morrido, caso em que o consentimento só é exigido do pai presente ou vivo.

Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 12 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *J. Benício*, revisor.

Foi voto vencedor o Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA. *Era ut supra*. - *Autran Dourado*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Vê-se dêstes autos que, na comarca de Conselheiro Lafayette, requerido, por Adelina Rosa de Jesus, assistindo à menor, sua filha, Júlia Rosa de Jesus, o suprimento do consentimento paterno, por estar o pai, Júlio Rosa Bela, ausente em lugar incerto e não sabido, mandou o juiz dar vista do pedido ao Dr. promotor de Justiça, que pediu a cita, cão do requerido (fls. 5). Vindo os autos à conclusão do Dr. juiz, êste, a fls. 5 v., julgou dispensável o suprimento por entender que, estando o marido e pai das requerentes ausente, a mulher assumiu a direção do casal automàticamente, podendo exercitar as suas funções integralmente, indeferir não só o pedido inicial, como o constante de fls. 5, do Dr. promotor.

Ciente disso, o Dr. promotor, tempestivamente, apelou para êste Tribunal, apelação que foi recebida em seus efeitos regulares, e no qual se observaram as prescrições, legais.

Nesta instância, ouviu-se o Exmo. Sr. Dr. procurador geral que, a fls. 12, emitiu seu parecer, opinando pelo conhecimento do recurso e seu provimento.

Nada de irregular no recurso, pelo que determino sejam os autos conclusos ao Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA, revisor.

Belo Horizonte, 29 de maio de 1950. – *Autran Dourado*.

*

MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DE ESCRIVÃO

- Juiz que ao escrivão suspende do exercício do cargo, e executa logo a pena, comete flagrante violação de direito líquido e certo, pois só depois da decisão passar em julgado é que dita pena deve ser efetivada.

Requerente: Salvador Raimundo

Mand. de seg. nº 269 - Rel.: DESEMBARG. COSTA E SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 269, em que é impetrante Salvador Raimundo e Impetrado o Sr. Dr. juiz de direito de Conselheiro Pena, em sessão das Câmaras Civis Reunidas, acordam os seus juízes, integrado neste o relatório *retro*, por voto unânime, conceder o mandado de segurança impetrado, nos têrmos do pedido. Como dos autos se vê, ao requerente impôs o MM. juiz de direito de Conselheiro Pena noventa dias de suspensão do exercício do cargo de escrivão de paz e oficial do registro civil no distrito de Tumiritinga, e nomeou-lhe substituto, a quem mandou passar o cartório.

Da certidão de fls. 7, verifica-se que o impetrante ofereceu defesa instruída com vários documentos.

O Dr. juiz de direito, entretanto, executou logo a pena. Claro é que não se trata de apreciar a medida disciplinar. O de que se cogita é da ilegalidade de sua imediata execução. Efetivamente, diante dos têrmos claros da lei de Organização Judiciária, só depois de passada em julgado a pena de suspensão deveria ser efetivada.

Decidida a reclamação apresentada em tempo, se desfavorável, cabia ao impetrante recurso, para o Conselho Disciplinar de Justiça com efeito suspensivo, por se tratar de suspensão, *ex vi* do disposto no § 5° do artigo 209 do dec.-lei nº 1.630, de 1946. Constituiu, portanto, o ato impugnado flagrante

violação de direito líquido e certo, que está a desafiar a concessão da medida postulada.

Custas como de lei.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *J. Benício; A. Vilas Boas; Newton Luz; Eduardo de Meneses Filho; Lincoln Prates; Aprígio Ribeiro; Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Salvador Raimundo, escrivão de paz do distrito de Tumiritinga, comarca de Conselheiro Pena, impetrou mandado de segurança, com apoio no § 24 do art. 141 da Constituição federal, contra o ato do MM. juiz de direito da comarca executando a pena de suspensão imposta ao requerente, antes de resolvida a reclamação apresentada contra a mesma e decidido o recurso, que acaso viesse a ser interposto.

Alegou que tal execução e conseqüente entrega do cartório ao escrivão nomeado, antes de apreciada a reclamação e julgado o possível recurso, constituem manifesta violência, que está a desafiar a segurança impetrada. A inicial acompanham certidões de suspensão por noventa dias, de ordem de entrega do cartório, da defesa do escrivão suspenso, em tempo hábil, de nomeação do interino pelo Dr. juiz de direito e de entrega do arquivo do cartório. Em cinco de agôsto, foi remetida à autoridade argüida de coatora a 3ª via da petição, sem o pedido de informações. Em 26, vieram-me conclusos os autos, com a certidão de que, até essa data, não chegaram as informações solicitadas. Mandei, então, ouvir o Exmo. Sr. procurador-geral, que opinou pelo conhecimento e pela concessão do mandado. Para conhecimento da matéria, determino se publiquem no "Diário da Justiça" a petição de fls. 2, êste relatório e o parecer do Sr. chefe da Ministério Público.

Belo Horizonte, 5 de setembro de 1950. - *Costa e Silva*.

*

FALÊNCIA - FALECIMENTO DE SÓCIO - CITAÇÃO DE HERDEIROS

- Não obsta à decretado da falência da sociedade o falecimento de um dos sócios, mesmo ocorrido há mais de dois anos.

- Para a falência da sociedade não se faz necessária a citação dos herdeiros do sócio morto.

Gentil B. de Oliveira *versus* Edite Jacinto

Ag. nº 3.875 - Relator: DESEMBARGADOR AUTRAN DOURADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo da comarca de Belo Horizonte, entre partes: Gentil B. de oliveira, agravante, e Edite Jacinto, agravada:

Acordam, em 2ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, conhecer do agravo com o fundamento, invocado, mas para lhe negar provimento, mantendo, assim, a decisão recorrida, que decretou a falência da firma Indústrias Reunidas Brasil Ltda., situada nesta capital; pagas as custas pelo agravante. Isso porque a defesa apresentada, ou seja, de ter cessado as atividades comerciais da firma há mais de dois anos; ter falecido um dos sócios, também, há mais de dois anos, fatos que, se verdadeiros, vedavam a falência, em face do item VII do art. 4º da lei de falências, e § 2º dêsse mesmo artigo, não procede, como não procede, também, a alegação da falta de citação de filhos do falecido sócio Artur Cardoso de Melo.

E não procede a defesa, porque, de acôrdo com a lei falimentar a cessação do comércio, por espaço superior a dois anos, de prova com certidão da Junta Comercial, como está escrito no item VII do art. 4° da lei falimentar, *in verbis*:

"VII, cessação do exercício do comércio há mais de 2 anos, provada por documento hábil do registro do comércio o qual não prevalecerá contra a prova de exercício posterior".

Ora, tal certidão não foi oferecida pela sócio que produziu a defesa da firma declarada falida, e, sòmente ela, poderia elidir a falência, não só porque é de lei, como da doutrina também é (VALVERDE, "Comentários à Lei de Falências", vol. I, pág. 61, n° 38: VALDEMAR FERREIRA, "Instituições de Direito Comercial", vol. 4º, "A Falência", 2ª ed., 1948, pág. 140, letra *g*).

"Começa a correr o biênio no dia do registro, na Junta Comercial ou no Departamento Nacional da Indústria e Comércio, do documento comprobatório de que o comerciante deixou de o ser...". Acresce que o simples fato de terem os bens da firma sido penhorados em execução comum, não prova a cessação do comércio. O falecimento do sócio Artur Cardoso de Melo não elide, também, a falência, por ser certo que não se trata de falência individual, nem do espólio de tal sócio, mas dá firma de que fazia parte, e o § 2º do art. 4º da lei de falências, em sua última parte, não tem, por isso, aplicação ao caso, como é da lição de VALVERDE, no volume de sua obra, citada, nº 41, quando diz:

"Também como já prescrevia a lei revogada, não será declarada a falência do espólio depois de um anti da morte do devedor". E, finalmente, a falta de citação de dois herdeiros do sócio morto, que se não sabe se são vivos, também não altera a situação, não só por não se tratar de falência do *de cujus* ou de seu espólio, mas de sociedade, por cotas de que era portador de cinqüenta. Mesmo porque, tal defesa competia aos herdeiros do sócio morto, que não fizeram, nem ao advogado do agravante e êle mesmo podiam falar em nome dêles, por não ter procuração, e ser certo que sòmente com a exibição do mandato é dado alguém falar em juízo em nome de outrem.

Por isso, negam provimento ao agravo.

Belo Horizonte, 25 de junho de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Costa e Silva*, vogal; *Newton Luz*, vogal.

RELATÓRIO

Vê-se dêstes autos que, na comarca da Capital, Edite Jacinto, dizendo-se credora da importância de Cr$ 3.385,00, por condenação, transitada em julgado, da Justiça do Trabalho, da firma denominada Indústrias Reunidas Brasil Ltda., com sede nesta Capital à rua José de Alencar nº 12, pediu a falência da dita firma.

Determinada a citação dos sócios componentes da firma requerida, foi ela feita na forma do pedido, sendo que a do sócio Artur Cardoso de Melo, já falecido, foi feita na pessoa de sua viúva e de um seu filho de nome Álvaro.

Citada a firma, Gentil de Oliveira, sócio dela, apresentou a defesa que se vê transladada a fls. 8, na qual declarou não ser possível a falência pretendida, por ter cessado as atividades comerciais há mais de dois anos, em virtude de penhora em os bens da firma em execução comum (nº VII do art. 4º da lei de falências); ter falecido, há mais de dois anos, o sócio Artur Cardoso de Melo (parte final do § 2º do art. 4º, citado), e, finalmente, não terem sido citados dois herdeiros do sócio falecido.

Marcado o tríduo para a prova do alegado, nesse período nenhuma prova foi produzida, ficando a defesa apenas prêsa às certidões juntadas aos autos. E, afinal, depois de ouvido o Sr. curador geral, foi, pela decisão de fls. 10 v.-11, desprezada a defesa e decretada a falência da firma.

Contra essa decisão, tempestivamente, agravou de instrumento Gentil B. de Oliveira, não o fazendo os demais sócios citados, repetindo nas razões de recurso os mesmos argumentos da defesa, e que desprezados foram pelo juiz de primeira instância. Contraminutado o recurso, ouvido o Exmo. Sr. Dr. curador, geral, foi, afinal respondido a fls. 21, pelo juiz, que manteve a sua decisão. Com êsse relatório, peço dia para julgamento.

Belo Horizonte, 21 de junho de 1951. - *Autran Dourado*.

*

DESPEJO - NOTIFICAÇÃO - CESSIONÁRIO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO - LEGITIMIDADE DE PARTE

- Feita a notificação expressamente para ser desocupado todo o pavimento de um prédio, a omissão de parte autônoma dêle não prejudica o pedido.

- A notificação para a desocupação de imóvel deve satisfazer o duplo fim: ciência de fundamento do pedido, prazo para o inquilino acomodar-se.

- Cessionário de contrato de locação é parte legítima para pedir casa para uso próprio.

Joaquim Carvalho de Oliveira e outros *versus* Irmãos Palhares Dinis

Rec. de rev. nº 283 - Relator: DESEMBARG. LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é apelante Irmãos Palhares Dinis, e apelado Joaquim Carvalho de Oliveira:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, não conhecer do agravo nos autos que não foi preparado, e prover o recurso em parte, para que a ação se tenha por procedente apenas no que toca ao despejo das lojas relacionadas no item 11, da inicial. Os autores estavam legitimados para pedir a casa com as suas unidades autônomas, em objeto de uso próprio, a uma porque, embora a notificação não fôsse, nesse ponto, explícita, se radicava à cláusula segunda o contrato, a permitir o seu desfazimento ao arbítrio da parte, havendo notificação a prazo de semestre, e a duas porque se entende que o notificante, silenciando o motivo, é porque pretende restituir o prédio ao seu ato normal de servir ao proprietário, e não foi outra a inteligência que o réu lhe emprestou, tanto que alega, repetidamente, não precisarem os autores do prédio para uso próprio (fls. 31, preliminar de 10ª). Logo, foi amplamente satisfeito o duplo fim da notificação: ciência do fundamento do pedido, o prazo para o inquilino se acomodar. Agora, quanto à infração da cláusula contratual em que o autor se estribou para despejar as outras lojas; não se provou. O réu não mantém na casa um comércio de inflamáveis, não podendo se considerar matéria assim qualificada bateria elétrica ou óleo-lubrificante que, segundo a perícia. Apenas excepcionalmente podem se incendiar, e o contrato só podia ter em vista material fácil e naturalmente inflamável, cuja existência colocaria a casa em

risco iminente de incêndio. Isto pôsto: a notificação de fls. 19 alcança as lojas ns. 77, 87, 101, 313, 345 e 345-A, mas na inicial apenas se pleiteia à desocupação, por necessidade, das leis ns. 87, 101, 105, 345, 345-A e 349, excluída assim da notificação a loja nº 349. Ora, como o réu não foi notificado para entrega dessa loja, pareceria haver aí carência parcial de ação. Entretanto, a falta não pode prejudicar o pedido, porque a notificação fala expressamente na desocupação de tôda a parte térrea alugada. E como não lograram os autores prova de haver o réu violado o contrato, só tem êle procedência na parte relativa à desocupação para uso próprio. Custas em proporção.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 1949. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Lincoln Prates; Eduardo de Meneses Filho*: Neguei provimento *in totum*. Não adiro à consideração de que o réu não foi notificado com o prazo de noventa dias. Muitas vêzes noventa dias já se escoaram desde a citação inicial. Não reconheço, porém, no sublocador, no regime do dec.-lei nº 9.669, de 1946, o direito de retomada para uso próprio, que é apanágio do domínio e não da condição de locatário.

RELATÓRIO

Irmãos Palhares Dinis, comerciantes estabelecidos na Capital e cessionários do contrato de locação do andar térreo do Edifício Tiradentes, firmado entre o proprietário Paul Lavaquery, Geraldo Duarte e José Boati, propuseram contra Joaquim Carvalho de Oliveira, sublocador das lojas 87, 101 e 105 da rua Tiradentes e 313, 321, 325; 345, 345-A e 349 da dita avenida Oiapoque, ação de despejo dêsses cômodos. Alegaram necessitar para uso próprio das lojas 87, 101, 105, 345, 345-A e 349 e haver o dito inquilino infringido cláusula contratual. O réu se defendeu e o juiz: julgou saneado o processo, havendo dêsse despacho agravo, não preparado, nos autos do processo, ultimada a instrução e havendo falado à causa subinquilinos que se apresentaram como litisconsortes, o juiz proferiu sentença a fls. 158, em que acabou julgando os autores carecedores do pedido para uso próprio e no mais improcedente a ação. O juiz marcou o dia 30 de janeiro para audiência de publicação do veredicto, mas, na verdade, só foi prolatada a 4 de março e publicada em sete, na ausência das partes, que não foram intimadas senão a alto, pelo petição despachada a 22. O apelado contra-razoou e bem assim os subinquilinos Raimundo José Alves e Irmãos Bernardes, Geraldo Queirós e Romeu de Paula Pimenta. A marcha do

recurso foi regular. Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador MENESES FILHO.

Belo Horizonte, 20 de julho de 1949. - *Aprígio Ribeiro*.

ACÓRDÃO

Vistos... Ao aresta de fls. 197 opuseram oportunos embargos de declaração os apelantes Irmãos Dinis e apelado Joaquim Carvalho de Oliveira:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, desprezar os segundos embargos, visto como o aresta é peremptório ao declarar a procedência da ação, apenas no que toca às lojas relacionadas no item 11 da inicial, sendo assim perfeita e claramente exeqüível. E decidem receber os embargos de apelante, para fixar, em trinta dias, o prazo da desocupação, ponto em que o julgado foi omisso.

Custas *ex lege*.

Belo Horizonte, 20 de outubro de 1949. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Ao acórdão de fls. 197, que julgou em parte procedente a ação proposta por Irmãos Palhares Dinis contra Joaquim Carvalho Oliveira, foram, por ambas as partes, opostos embargos de declaração. Êste último, o réu, tenciona se declare se foi ordenado o despejo da loja situada à avenida Oiapoque, 345, ou se porventura ficou prejudicado por ser conjugada à que se situa à rua Tiradentes nº 77, não mencionada na inicial, uma vez que estão ambas sublocadas a um mesmo litisconsorte. Já os autores pretendem se complete o aresto na sua parte omissa: a fixação de prazo para o despejo. Autos em mesa.

Belo Horizonte, 19 de outubro de 1949. - *Aprígio Ribeiro*.

ACÓRDÃO

Relatada e discutida a espécie, resolvem, em 1ª Câmara Civil, rejeitando os recursos manifestados oportunamente pelo réu J. C. Oliveira e litisconsortes, manter a decisão embargada. E custas, pelos vencidos.

A preliminar suscitada pelos recorridos, Irmãos Palhares Dinis, não procede. O prazo, de que dispunham os contrários, tinha vencimento para 5 de novembro: entretanto, protraiu-se para 7, porque 5 foi a data comemorativa do centenário de nascimento de Rui Barbosa, e 6 domingo (Cód. de Proc. Civil, art. 27). *De meritis*: Trata-se de caso em que uma firma, locatária de um prédio, pediu e obteve, para uso próprio, a devolução de lojas sublocadas. O voto divergente sustenta que a faculdade outorgada pelo art. 18, nº II - do dec.-lei nº 9.669, de 1946, é apanágio do domínio, não podendo ser conferida ao locatário em relação ao sublocatário. A esta tese, que tem por si a letra do § 6° do citado art. 18, se opõe a do acórdão recorrido, que se baseia em outro inciso do mesmo instrumento legislativo, de irrecusável extensão à hipótese. "Aplica-se à sublocação o disposto quanto à locação" (art. 1° parágrafo único). E a aplicação se fêz adequadamente: aos locatários se assegurou a retomada nos mesmos têrmos em que teria sido deferida ao proprietário, se a requeresse.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Lincoln Prates; Lopes da Costa, Aprígio Ribeiro; Eduardo de Meneses Filho*, vencido, de acôrdo com o meu voto de fls. 198.

RELATÓRIO

Irmãos Palhares Dinis, cessionários do contrato de locação do andar térreo do Edifício Tiradentes, pertencente a Paul Lavaquery, propuseram ação de despejo contra o sublocatário Joaquim Carvalho de Oliveira. O acórdão embargado, provendo o recurso contra a sentença apelada, que foi contrária às pretensões dos autores, julgou o pedido procedente quanto às lojas mencionadas no item 11, requeridas por êles para uso próprio. Foi vencido o eminente desembargador MENESES FILHO, que negou provimento *in totum*, por não reconhecer ao sublocador o direito de retomada para uso próprio, que é apanágio do domínio. Os embargados, Irmãos Palhares Dinis, argúem a inoportunidade dos embargos. As suas contas são as seguintes: o acórdão foi publicado a 16-9-949; a 19 (isto é, depois de 2 dias completos), foram opostos embargos declaratórios que suspendem os prazos para outros recursos (Código

de Proc. Civil, art. 862, § 5º); o novo acórdão foi publicado a 28-10-949; os embargos infringentes foram apresentados a 7 de novembro de 1949. Observo, porém, que a 5-11-949 se comemorou o centenário de Rui Barbosa e que o dia 6 foi domingo. À revisão.

Novembro de 1949 - *A. Vilas Boas*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista nº 283, de Belo Horizonte, recorrentes Joaquim Carvalho de Oliveira e outros, recorridos Irmãos Palhares Diniz:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Câmaras Civis Reunidas, incorporando a esta decisão o relatório de fls., para servir-lhe de parte expositiva, conhecer do recurso e lhe negar provimento, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador MENESES FILHO.

Custas pelos recorrentes.

O parág. único do art. 1º do dec.-lei nº 9.669, de 29 de agôsto de 1946, manda aplicar à sublocação o que nessa lei regular a locação.

Belo Horizonte, 7 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *Amílcar de Castro; Autran Dourado; Costa e Silva; J. Benício; Newton Luz; Aprígio Ribeiro; Eduardo de Meneses Filho*, vencido, por manter o voto proferido no acórdão recorrido.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

RELATÓRIO

Irmãos Palhares Dinis propuseram, contra Joaquim Carvalho de Oliveira e outros, ação de despejo de um prédio a êles sublocado. Em acórdão de Turma da 1ª Câmara Civil, com os votos dos Exmos. Srs. desembargadores APRÍGIO RIBEIRO e LINCOLN PRATES, foi decretado o despejo, negado em primeira instância, sendo voto vencido o do Exmo. Sr. desembargador MENESES

FILHO, que não reconhecia ao sublocador o direito à retomada do prédio sublocado (fls. 37). A decisão foi embargada e mantida, contra o voto do Exmo Sr. desembargador MENESES FILHO. Contra essa decisão, os vencidos, a tempo, interpuseram o presente recurso de revista. Apontam como acórdãos divergentes o que está por certidão a fls. 8, de Turma da 1ª Câmara Civil, e o publicado no "Mensário Forense", IV, III/202, ambos negando ao sublocador o direito que o acórdão revisando lhe reconhece. Vistas ao Dr. procurador geral.

Belo Horizonte, 20 de abril de 1950. - *Lopes da Costa*.

RELATÓRIO

Ao relatório de fls. 101 acrescento que o Dr. procurador geral opinou pelo conhecimento do recurso, mas pelo seu desprovimento. Depois da revisão, publiquem-se o relatório, o que lhe acrescentar o Exmo. Sr. desembargador revisor, e o parecer do Sr. procurador geral, para conhecimento dos juízes vogais. À revisão.

Belo Horizonte, 24 de maio de 1950. - *Lopes da Costa*.

*

DIVISÃO DE TERRAS - PAGAMENTO A CONDÔMINOS - DOCUMENTAÇÃO

- É nula a ação de divisão de terras na qual se fazem pagamentos a condôminos que não juntaram documentos exigidos por lei.

Aristóteles Ferreira da Costa e outros *versus* Belgo-Mineira

Ap. nº 6.176 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação civil da comarca de Ferros, entre partes: Aristóteles Ferreira da Costa e outros, apelantes, e Belgo-Mineira, apelada:

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório retro como parte integrante dêste, por maioria de votos, e sob a presidência do Exmo. Sr. desembargador AMÍLCAR DE CASTRO, negar provimento à apelação, mantendo, assim, a decisão recorrida, que homologou a divisão de terras, de que êstes autos nos dão conta, por não ter havido prejuízo algum para os apelantes, na falta apontada por êles, quanto à hora do início da audiência, e ser certo que as outras irregularidades anteriores não vêm ao caso, uma vez que, a fls. 200 v., o advogado dos apelantes expressamente concordou com a divisão quanto ao quinhão de Aristóteles Ferreira, e os demais pela cota também naquela fôlha, pelo advogado de então, concordaram. Por fatos que não trouxeram prejuízos aos apelantes, não se repetem atos processuais, cuja ação atingiu seu fim, e onde as custas montaram na não pequena importância de Cr$ 25.033,10 (fls. 234 v.-235 v.). Custas pelos apelantes.

Belo Horizonte, 8 de maio de 1950. - *Amílcar de Castro*, presidente *ad hoc; Autran Dourado*, relator *ad hoc; Costa e Silva; Amílcar de Castro*, relator, vencido: dou provimento à apelação para, de acôrdo com o parecer do Exmo. Sr. procurador geral do Estado, anular o processo desde fls. 103, mandando seja novamente feita a divisão de acôrdo com a lei.

Basta o pagamento de fls. 232, do valor de Cr$ 219.425,00, a condôminos que não juntaram documentos, para se ver que o agrimensor e o juiz não tiveram perfeito conhecimento da divisão, que deviam fazer, e não fizeram, de acôrdo com a lei.

RELATÓRIO

José de Lima Géo, pelo Juízo de Direito da comarca de Ferros, promoveu divisão do imóvel denominado Braúna-Galo, ou Areia Preta-Braúna, em comum com Benedito Ribeiro da Cruz e outros.

A causa não foi contestada, e a divisão atropeladamente feita foi homologada pela decisão de fls. 244 v.

Dessa decisão, apelaram tempestivamente os condôminos Aristóteles Ferreira da Costa e outros, e a apelação, recebida com efeito sòmente devolutivo, foi arrazoada pelos apelados.

Logo depois, no prazo legal; foram os autos remetidos à Secretaria do Tribunal, e pela Tesouraria foi a apelação regularmente preparada.

Nesta instância foi ouvido o Exmo Sr. Dr. procurador geral do Estado e opinou pelo provimento da apelação, a fim de anular o processo a partir de fls. 103, e se mandar refazer a divisão de acôrdo com a lei.

Vistos, e assim relatados, restituo êstes autos à Secretaria a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 8 de abril de 1950. - *Amílcar de Castro*.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação, procedentes de Ferros, em grau de embargos, sendo embargantes Aristóteles Ferreira da Costa e outros, e embargada Belgo-Mineira, etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, por maioria de votos, receber os embargos, para decretar a nulidade do processado a partir de fls. 103, de acôrdo com o voto vencido ao pé do acórdão embargado e com o parecer do Exmo. Sr. Dr. procurador geral.

Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 7 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz; Amílcar de Castro*; *Autran Dourado*, vencido: Desprezei os embargos, mantendo, assim, o venerando acórdão embargado, por seus próprios fundamentos; *Costa e Silva*, vencido.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Trata-se da ação de divisão do imóvel rural denominado Braúna-Galo ou Areia Preta-Braúna, processado na comarca de Ferros.

O processo correu com prescrição de forma e, não obstante, o Dr. juiz homologou a decisão, por sentença de que os condôminos Aristóteles Ferreira da Costa e outros apelaram a fls. 246, alinhando nulidades ocorridas. Pelo acórdão de fls. 279, contra o voto do Exmo Sr. Dr. desembargador AMÍLCAR DE CASTRO, esta egrégia 2ª Câmara Civil negou provimento à apelação e manteve a homologação da divisão, uma vez que das nulidades argüidas não resultou prejuízos aos condôminos apelantes. Êstes a tal acórdão manifestaram os embargos infringentes na oportunidade legal, embargos que não foram impugnados pelos embargados. Após o preparo feito no prazo legal e certidão negativa da revelia dos embargados, vieram-me os autos. Assim relatados, passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

Belo Horizonte, 12 de junho de 1950. - *J. Benício*.

*

ESBULHO - EFEITO DA "LITIS CONTESTATIO"

- Queixando-se a parte de esbulho e indicando a área em que se teria configurado a ofensa à posse, o ponto a discutir e a prova a fazer terão por objeto essa área delimitada. É incivil, após a contestação alinhar esbulho ocorrido em imóvel diverso. Não demonstrado o esbulho na área litigiosa, impõe-se a improcedência da ação.

- A finalidade da possessória é o "ius possessionis" e não o "ius possidendi".

Usina Queirós Júnior Ltda. *versus* Antônio da Silva Ataíde e sua mulher

Ap. nº 7.003 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da Comarca de Ouro Prêto, em que é apelante a Usina Queirós Júnior Ltda., e são apelados Antônio da Silva Ataíde e sua mulher:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e lhe negar provimento. Como se vê da inicial, a apelante se propôs a demonstrar esbulho de certa área, que minuciosamente descreveu e os réus contestaram, alegando que jamais se intrometeram nessa zona, exercendo a sua atividade em terras aquém dos limites assinalados. A defesa calca-se rigorosamente na prova dos autos, e a havendo acolhido o juiz, pretende a autora ser absolvida do êrro inicial, sob a escusa de que, se não padeceu ofensa possessória nessa região, sofreu noutra convizinha. É evidente que esta instância não pode se acomodar ao desejo da apelante. Contestada a lide, cumpria ao juiz verificar se a queixa conteúda no libelo se justificava, e não ampliar a pesquisa a possíveis esbulhos perpetrados em outra região, pena de julgar além do pedido. Uma vez concluindo, e concluindo bem que a petição concretizava como objeto da demanda uma gleba absolutamente pacifica, a sua decisão não poderia ser outra senão julgar a demanda improcedente. O que não fôra admissível seria permitir que a autora, inflando a primitiva intenção, introduzisse um pedido dentro da outro, depois de firmada a *litis contestatio*. Aliás, cumpre observar que a discussão se acende ardorosamente a respeito do *ius possidendi*, quando a natureza da causa apenas comportava debate sôbre o *ius possessionis*, que segundo se averigua rigorosamente, estava a salvo de dúvida.

Custas pela apelante.

Belo Horizonte, 9 de agôsto de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*, com o seguinte voto que li na assentada do julgamento:

O pedido inicial é reivindicatório, porque, embora alegando posse e postulando reintegração liminar, que obteve, a autora invoca, e bem cumpridamente o domínio, oferecendo títulos e descrevendo com base nêle os limites da área de que pretende seja o réu expulso.

Ora, verificado, como foi, que os títulos oferecidos se não referem a essa área e, sim, a outra diversa próxima, a ação improcede. Não tem a virtude de validá-la uma escritura de retificação de domínio lavrada depois da causa em juízo, nem a emenda que no correr do feito a autora der ao defeito inicial; *Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Trata-se duma ação possessória movida em Ouro Prêto por Usina Queirós Júnior Ltda. contra Antônio da Silva Ataíde e sua mulher e que o juiz julgou improcedente, motivando: a sentença apelação regularmente processada.

Baseou-se ela em que, na área minuciosamente descrita pela inicial, não se verifica conflito algum de origem possessória. Sustenta a autora ao recorrer, que, embora a zona de que se diz esbulhada não se contenha de fato nas linhas que a petição desenha, não é motivo para se lhe repelir a demanda, de vez que, extrabordante dessa zona, foi ela realmente violentada na posse de terras que gozava há mais de triênio. Em substância, é essa a demanda. Passo os autos ao Exmo. revisor.

Belo Horizonte, 26 de junho de 1951. - Aprígio Ribeiro.

*

QUASE-POSSE DE SERVIDÃO DE CAMINHO - POSSE VELHA

- No interdito de quase-posse de servidão não se indaga do direito à servidão, mas só da quase-posse, estado de fato.

- Posse velha não pode ser turbada e, provados os requisitos da possessória, a procedência da ação é imposição de direito e justiça.

Alexandre Galdino de Lima *versus* José Ribeiro de Carvalho e outros

Ap. n° 6.522 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.522, de Andrelândia, sendo apelante Alexandre Galdino de Lima, apelados José Ribeiro de Carvalho e outros, integrado neste o relatório *retro*, acordam dar provimento à apelação para reformar a sentença apelada e julgar procedente a ação, pagas as custas na forma da lei. Assim decidem, porque a quase-posse da servidão do caminho vem sendo exercida pelo apelante há mais de quatro anos, com a ciência e paciência dos apelados, que, de resto, dêle também se serviam. Nos interditos de quase-posse de servidão não se questiona do direito à servidão, o que seria curial e oportuno o juízo petitório, mas, tão-só, da posse da servidão, matéria de fato, eis que posse é um fato. No caso em aprêço, a posse do caminho, que o apelante construiu, era de necessidade inafastável para a execução do contrato de compra do mato em pé, e o apelante o vem utilizando há mais de ano e dia, tranqüilamente, com o pleno assentimento dos apelados, que, aliás, residem junto do caminho, sob o teto comum. Posse velha, manutenível, não podia ser turbada, como o foi pelos apelados, que removeram para uma outra estrada impraticável, da qual nem os próprios apelados se utilizam. Os requisitos da possessória estão plenamente provados e sua procedência é imposição de direito e justiça.

Belo Horizonte, 4 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz; Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de manutenção de quase-posse de um caminho que, na comarca de Andrelândia, moveu Alexandre Galdino de Lima a José Ribeiro de Carvalho e Maria Cândida Ribeiro.

A marcha da ação está exposta no relatório da sentença de fls. 98, que conclui julgando improcedente a ação e condenando o autor nas custas.

O vencido, oportunamente, interpôs recurso de apelação, o qual, recebido nos efeitos regulares, foi contra-arrazoado, vindo depois, regularmente, os autos à Secretaria do Tribunal, onde foram preparados no prazo legal. Assim, vistos e relatados, passo-os ao Exmo. revisor.

Belo Horizonte, 15 de agôsto de 1950. - *J. Benício*.

*

DÍVIDA FISCAL - LANÇAMENTO DE IMPÔSTO - PROFISSÃO NÃO EXERCIDA

- Lançamento de impôsto não constitui presunção absoluta de dívida fiscal; e, provando o executado não haver exercido a profissão a que o tributo se refere, fica exonerado do respectivo pagamento.

Apelado: Indalécio Ferreira César

Ap. nº 6.342 – Relator: DESEMBARGADOR LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação *ex officio*, de Camanducaia, apelante o Juízo, pela Fazenda Estadual, apelado Indalécio Ferreira César:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma de 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de folhas, para servir-lhe de parte expositiva, negar provimento ao recurso, por haver o apelado feito a prova de que não havia exercido a profissão a que se refere o impôsto por que foi lançado.

Custas pela Fazenda vencida.

Belo Horizonte, 17 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas; Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Em Camanducaia, a Fazenda estadual executou Indalécio Ferreira César, para pagamento do impôsto de vendas e consignações relativo ao exercício de 1943. A penhora recaiu em imóvel.

O executado contestou: *a)* o processo era nulo porque, havendo a penhora recaído em bem imóvel, não fôra citada a mulher do réu; *b)* a penhora era nula, por haver recaído em bem impenhorável, nos têrmos do art. 942, X, do Cód. de Proc. Civil; *c)* quanto ao mérito, que no exercício de 1943 não exerceu atividade alguma comercial, por estar impossibilitado de qualquer trabalho, havendo sofrido um acidente, que o fêz recolher a um hospital; *d)* que já em 1942, entretanto, resolveu não mais comerciar, havendo pedido ao coletor lhe desse baixa no lançamento.

A testemunha de fls. 18 informou que, em 1942, o executado sofreu um grave acidente de automóvel, ficando aleijado. Que, em 1943, não exerceu atividade alguma comercial.

O mesmo informa mais duas testemunhas. A de fls. 19 v. diz que o executado estêve na Coletoria em 1943, para pedir baixa do lançamento. A sentença julgou improcedente a ação. O recurso é de ofício. O Dr. procurador geral opinou para que se lhe negue provimento. À revisão.

Belo Horizonte, 16 de junho de 1950. - *Lopes da Costa*.

*

LOCAÇÃO - MULTA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- A multa é devida como compensação de danos resultantes do descumprimento da obrigação em si, e mesmo que não ocorresse postulação em juízo. Quanto aos honorários de advogado, sòmente são devidos nos casos em que o legado tem de vir a juízo postular a recomposição do dano.

D. Isabel de Andrade Gama *versus* E. Costa & Cia.

Ap. n° 6.919 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Juiz de Fora, em que é apelante E. Costa & Cia. e apelada Isabel de Andrade Gama:

Acordam, em Câmara Cível do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e, de acôrdo com o parecer do Exmo. Sr. procurador geral, lhe negar provimento. A inadimplência do réu-apelante está cabalmente provada, havendo êle descurado da custódia do prédio e das reparações a que se obrigara, em grave prejuízo para a locadora-apelada, conforme verificou a perícia. A multa é devida em face do ajuste, e os honorários por fôrça da culpa contratual averiguada. Inexiste, aqui qualquer acumulação proibida. Não se trata de mútuo, e a cláusula penal atende à composição dos danos resultantes do descumprimento do contrato em si mesmo, sendo devida mesmo que a rescisão se opere sem necessidade de ser postulada em juízo. Já os honorários só têm lugar se, para fazer valer a fôrça do contrato, vê-se a parte obrigada a residir em juízo por intermédio de procurador. E não havendo sido a hipótese prevista, submete-se à regra legal, que os manda satisfazer pelo vencido culpado. Pague o apelante as custas.

Belo Horizonte, 9 de agôsto de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Lopes da Costa; Lincoln Prates*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

RELATÓRIO

Trata-se duma ação de rescisão contratual proposta por D. Isabel de Andrade Gama contra a firma E. Costa & Cia., de Juiz de Fora, que, havendo locado um edifício de sua propriedade, não cumprira as obrigações explícitas de consertos e reparações a que se submetera no instrumento de ajuste.

O juiz da 2ª Vara daquela comarca julgou a demanda procedente. A ré apelou.

Recurso em têrmos. Autos ao Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA.

Belo Horizonte, 16 de junho de 1951. - *Aprígio Ribeiro*.

Em tempo: falou o Exmo. Sr. procurador geral, por ser a autora interditada. - *Aprígio Ribeiro*.

*

DOAÇÃO REMUNERATÓRIA – COLAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Inexiste liberalidade na doação remuneratória, que é livre de colação.

- Descabe condenação em honorários de advogado, quando a ação não é de indenização de dano.

Dr. Orfilo Tavares e outros *versus* Boanerges Tostes e sua mulher

Ap. nº 6.482 - Relator: DESEMBARGADOR MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação n° 6.482, de Juiz de Fora, em que são primeiros apelantes o Dr. Orfilo Tavares e sua mulher, José Belfort Arantes e sua mulher e Jarbas Tostes, segundos apelantes, Boanerges Tostes e sua mulher, e apelados, recìprocamente, os mesmos:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dar provimento, em parte, à primeira apelação, para cancelar a condenação em honorários de advogado, e negar provimento à segunda apelação.

Custas em proporção.

Logo que vendeu a Fazenda Alpes, o Cel. Alfredo Tostes fêz creditar a seu filho Boanerges, no Banco Mercantil do Rio de Janeiro (fls. 35), Cr$ 300.000,00. Querem os autores, ora primeiros apelantes, que haja nisso uma liberalidade sujeita a colação no inventário do pai. Mas a prova demonstra que há simples pagamento.

De longa data, desde que em 1924 adquiriu a fazenda, Alfredo Tostes procurou instalar e encaminhar nela os filhos (fls. 129). Só o réu, ora segundo apelante, se prevaleceu dêsse zêlo paterno. O autor Jarbas estabeleceu lavouras nas terras; porém não se soube agüentar; por ocasião da baixa do preço do café, há cêrca de 15 anos, deixou as lavouras com o irmão ora réu, em pagamento do débito que tinha para com êle. Além de explorar as lavouras que ia formando, Boanerges, homem trabalhador, mantinha uma casa comercial no imóvel, e nêle construiu casas para o serviço, onde moravam colonos. Diversas testemunhas oferecidas pelo réu descrevem tal situação.

Confirmando-a, o coronel Alfredo, ao tomar deliberação para vender a fazenda, comunicou era carta à filha D. Ambrosina (fôlhas 110), filha de sua confiança, casada com Dr. Genaro Vidal Leite Ribeiro, da confiança do pai porque êste a nomeou testamenteira (fls. 112 e 115), que um pretendente à compra, vindo de São Paulo, não tivera aceito a proposta, porque dava preço bastante para pagamento dêle vendedor, mas era necessário maior preço para cobrir o devido a Boanerges pelas benfeitorias. Logo se vê que Boanerges devotou a vida ao desenvolvimento dos negócios do pai e dos seus próprios na fazenda, e que o pai sentia satisfação por ter um filho assim trabalhador, dedicando esforços à propriedade comum dêle e do pai.

Diante dessa realidade e dêsse sentimento, o Cel. Alfredo não podia, vendendo a fazenda, deixar sem suas lavouras e as demais benfeitorias, resultados do esfôrço de uma vida, e mandar para a rua o filho que tanto lhe merecia. Entrou com êle em acôrdo e efetuou a venda por preço que permitiu dar-lhe Cr$ 300.000,00 como indenização.

Não há nisso liberalidade, mas doação remuneratória, livre de colação por fôrça do art. 1.794 do Cód. Civil.

Aventou-se nos autos a possibilidade de se interpretar a entrega dos Cr$ 300.000,00 como pura liberalidade, que não invadiria a legítima intangível.

Se assim fôsse, estaria *prima facie* sujeita a conferência, porque o doador não declarou ao entregar a quantia, que a queria incluir na cota disponível.

Mas, ainda nessa hipótese, a liberalidade de que houvesse estaria livre de conferência por fôrça de testamento feito em 1939, onde o Cel. Alfredo recomendou que não exigissem colações. E que os Cr$ 300.000,00, como se vê pela carta que êle escreveu à filha e pelo que êle disse ao comprador da fazenda (fls. 111), que depôs como testemunha ouvida aqui em Belo Horizonte, e pelo que a vistoria onerou (fls. 186), cobriam o valor de benfeitorias; de modo que, ainda quando verdadeira fôsse a versão dos autores, segundo a qual tais benfeitorias teriam sido custeadas pelo próprio Cel. Alfredo e não pelo réu, elas evidentemente já existiam, dada a sua natureza de casas e lavouras, ao tempo do testamento, e portanto a munificência estava, feita desde antes, o que exclui a incompatibilidade de datas para aplicação do testamento a elas. Cancelaram a condenação em honorários, porque a ação não é de indenização de dano.

Belo Horizonte, 31 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*.

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA. - *Eduardo de Meneses Filho*.

RELATÓRIO

Esta apelação nº 6.482, de Juiz de Fora, 1ª Vara Cível, regularmente processada e preparada, é interposta por ambas as partes, em ação que o Dr. Orfilo Tavares e sua mulher, José Belfor Arantes e sua mulher e Jarbas Tostes, na qualidade de herdeiros do falecido Alfredo Eugênio Tostes, movem aos co-herdeiros Boanerges Tostes e sua mulher, para obrigá-los à colação de Cr$ 300.000,00 que o *de cujus*, por ocasião de vender uma propriedade agrícola, entregou ao seu filho ora réu na causa. A ação foi julgada improcedente e condenados os autores a pagar Cr$ 6.000,00 de honorários do patrono do réu.

Apelaram em primeiro lugar os autores para obterem total ganho de causa: e em segundo lugar o réu para que os honorários atinjam 20% do valor da causa.

A espécie está exposta cumpridamente na veneranda sentença apelada. Houve depoimentos pessoais, vistoria e inquirição de testemunhas de ambas as partes. Parte da prova foi processada sob precatória em outras comarcas.

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 14 de agôsto de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

*

DESQUITE AMIGÁVEL - PARTILHA DE BENS

- No desquite, mesmo por mútuo consentimento, é requisito indispensável a descrição e avaliação dos bens. Sem tal formalidade não pode ser homologada a partilha.

Geraldo Elói Ferreira *versus* Margarida Amaro Ferreira

Ap. nº 914 - Relator: DESEMBARGADOR AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação *ex officio*, em desquite amigável do casal Geraldo Elói Ferreira-Margarida Amaro Ferreira, processado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Belo Horizonte:

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, converter o julgamento em diligência para mandar que os requerentes façam a descrição e a avaliação dos bens pela forma exigida pelo art. 642, § 3°, do Cód. de Proc. Civil, sem o que não pode ser homologada a partilha.

Custas afinal.

Com urgência, voltem os autos à primeira instância.

Belo Horizonte, 14 de maio de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator, vencido, em parte: Dou provimento para anular o processo em razão de haver sido o pedido ratificado no 15º dia, último do prazo concedido aos cônjuges para reflexão, pois, conforme à jurisprudência, o prazo mínimo deve ser de 15 dias completos, quando, no caso dos autos, excluindo-se

o primeiro dia e incluindo-se o último, só decorreram 14 dias completos antes da ratificação ("REVISTA FORENSE", vol. 41, página 283; vol. 43, pág. 259; vol. 44, pág. 584; vol. 46, pág. 75, e vol. 53, pág. 307); *Autran Dourado*.

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA. - *Amílcar de Castro*.

RELATÓRIO

Desquite amigável do casal Geraldo Elói Ferreira-Margarida Amaro Ferreira, processado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Belo Horizonte, domicílio de ambos os cônjuges.

O juiz ouviu os requerentes no dia 8 de fevereiro, e marcou o dia 23 do mesmo mês para a ratificação, que se fêz no dia marcado.

A descrição dos móveis é imperfeita e não se deu balanço na casa comercial, mas pelos valores atribuídos pelos requerentes aos bens englobados a partilha foi igual.

Afinal, o juiz homologou o pedido e apelou de ofício.

Os interessados foram intimados dessa decisão no dia 29 de março, e decorreu *in albis* o prazo de recurso voluntário.

Nesta instância, a apelação de oficio foi preparada.

Vistos, e assim relatados, restituo êstes autos à Secretaria, a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 30 de abril de 1951. - *Amílcar de Castro*, relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação *ex officio* em desquite amigável em grau de embargos de declaração opostos pelo desquitandos Geraldo Elói Ferreira e sua mulher Margarida Amaro Ferreira:

Acordam em 1ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desprezar os embargos porque o acórdão embargado não é obscuro, nem omisso, nem contraditório (art. 862 do Código de Proc. Civil), e apenas o que acontece é que os embargantes não o compreenderam.

O acórdão embargado não manda fazer nenhuma partilha judicial, pois, se assim fôsse, não teria convertido o julgamento em diligência, e sim teria homologado o desquite e mandado fazer a partilha judicial deporia da homologação, como está claríssimo no artigo 642, § 2°, do Cód. de Proc. Civil.

O que o acórdão embargado manda é que *os próprios requerentes* descrevam os bens individualmente, nos têrmos do art. 471, § 1°, do Cód. de Proc. Civil, e dêem valor a cada um dêles separadamente.

E não é exato que o § 3° do art. 642 só se ajuste à hipótese prevista pelo § 2º; ainda na hipótese do art. 642, n° II, há necessidade de serem os bens descritos e avaliados separadamente. Desde a vigência do antigo Cód. de Proc. Civil do Estado de Minas Gerais, êste Tribunal já vinha aplicando em desquite amigável, por analogia e por fôrça de compreensão, o disposto no art. 1.324, parágrafo único, daquele Código, como, por exemplo, se pode ver dos seguintes acórdãos: de 1 de dezembro de 1938, na apelação número 859, da comarca de Mar de Espanha; de 10 de julho de 1939, na apelação nº 876, da comarca de Parreiras; de 25 de setembro de 1939, na apelação nº 884 da comarca de Uberaba; e de 30 de outubro de 1939 na apelação nº 896, da comarca de Belo Horizonte. E, na apelação nº 37, da comarca de Oliveira, na sessão de 2 de dezembro de 1940, em caso semelhante ao dêstes autos, explicou esta Câmara: sem regular descrição e avaliação dos bens, como poderá futuramente um dos cônjuges exigir do outro, ou de terceiro, os bens que lhe couberam?

Não vem ao caso o acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal citado pelos embargantes, porque nunca ninguém jamais pôs em dúvida que a partilha em desquite amigável pode ser desigual; e é verdade que o art. 824, § 2°, do Cód. de Proc. Civil dispõe que, na apelação *ex officio* relativa a desquite por mútuo consentimento, "o Tribunal limitar-se-á a verificar se foram observados os requisitos e formalidades legais", mas não é menos certo que a isso se limitou

esta Turma julgadora. E porque verificou que a descrição e a avaliação dos bens não tinham sido feitas de acôrdo com os requisitos e formalidades legais mandou corrigi-la, com economia de tempo e de dinheiro para os embargantes, pois pior seria se esta Turma desse provimento à apelação, deixando de homologar o desquite por inobservância de requisitos e formalidades legais, em lugar de converter o julgamento em diligência, ou então se o homologasse menos quanto à partilha.

Afinal, o argumento dos embargantes de que o acôrdo dos interessados legitima qualquer, quer partilha, feita com base em qualquer descrição de bens, perfeita ou imperfeita, prova de mais, e por isso mesmo nada prova. Se assim fôsse não haveria necessidade de fazerem os requerentes "a declaração dos bens do casal e da respectiva partilha", tal como expressamente o exige o art. 642, número II, do Cód. de Proc. Civil: bastaria dizerem: o casal possui bens e os mesmos foram partilhados. Nem ao menos precisariam esclarecer que os bens foram partilhados igualmente, porque, como acima foi exposto, admite-se a partilha desigual. E se não precisassem dizer que a partilha foi igual ou desigual, nem menos precisariam dizer que os bens foram partilhados. E se não houvesse necessidade de dizer que os bens foram partilhados, não haveria também nenhuma necessidade de mencionar a existência de bens. Donde se conclui que inútil seria, a disposição do art. 642, nº II, do Cód. de Processo Civil se a vontade dos desquitandos fôsse autônoma como supõem os embargantes.

E o que manda o acórdão embargado é que os *próprios embargantes* descrevam todos os bens do casal *individualmente*, nos têrmos do art. 471, § 1º, do Cód. de Proc. Civil, e dêem valor a cada um dêles separadamente, trazendo também para os autos o balanço do estabelecimento comercial a que se referem.

Custas pelos embargantes, na forma da lei.

Belo Horizonte, 28 de maio de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado; Costa e Silva*.

*

DESPEJO - INTRUSO

- Aquêle a que falta a situação de sublocatário consentida pelo locador não é parte em ação de despejo, não podendo, pois, ingressar nos autos com embargos.

Requerente: Miguel Jorge

Mand. de seg. nº 264 - Rel.: DESEMBARG. MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de pedido nº 264 de mandado de segurança, de Juiz de Fora, sendo requerente Miguel Jorge, contra ato do juiz de direito da 2ª Vara Cível de Direito:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, denegar a segurança.

Custas pelo impetrante.

A decisão contra a qual o pedido é formulado comporta recurso ordinário, do qual o impetrante usou efetivamente, o que exclui a necessidade do remédio heróico.

Sôbre a denegação de efeito suspensivo ao agravo interposto contra a sentença que desprezou os embargos do impetrante à execução do despejo, não se encontra qualquer prova.

Mas, admitindo que seja real a denegação, nada se vê de irregular. O embargante não é parte no despejo. Falta-lhe, como as sentenças da ação e os embargos proclamam, a situação de sublocatário consentida pelos locadores. Logo, não se podia intrometer nos autos com embargos.

Se usasse do recurso como terceiro, sua intervenção devera ser processada em autos apartados e também sem suspensão da causa principal, de vez que alega sublocação de uma parte apenas do imóvel objeto da ação de despejo (Cód. de Proc. Civil, art. 708, § 2º).

Ainda que abrangessem todo o imóvel, os embargos sòmente suspenderiam a ação principal se o MM. juiz assim o determinasse por lho parecer indispensável (§ 1º).

Precisamente o contrário disso está-se vendo. Examinando as circunstâncias, o MM. juiz se convenceu de que os embargos são um censurável recurso protelatório que a Justiça não deve amparar. E até põe em dúvida a existência da pessoa que embarga. Logo, não haveria como reconhecer que se impõe a suspensão do despejo.

Acresce que na melhor hipótese para si o impetrante poderia reclamar o prazo de noventa dias de aviso prévio para desocupar a casa. E êsses já havia muito estavam completados quando a sentença foi proferida, de despejo.

As dúvidas sôbre se existe a pessoa do embargante se não dissipam suficientemente diante da prova de que êle inscreveu firma comercial (fls. 7 v.). Não se diz nos autos qual o dia em que a inscrição foi feita, podendo ser recente, adrede.

A procuração com que êle é representado foi outorgada no Rio de Janeiro (fls. 20 v.).

Entretanto, a existência do impetrante no prédio não obsta ao desejo, que contra êsse pode executar, de acôrdo com o art. 352 do Cód. de Proc. Civil.

Belo Horizonte, 21 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Amílcar de Castro; Autran Dourado; Costa e Silva; J. Benício; Newton Luz; Aprígio Ribeiro; A.Vilas Boas*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

RELATÓRIO

Em Juiz de Fora, um grupo, constituído pelo Dr. Sebastião Procópio Ladeira, Salim Uheba, Dr. Renato de Carvalho Loures, farmacêutico José de Resende Loures e Dr. Manuel Raimundo Lajes, se fêz promitente-comprador de uma

casa velha, condenada pelas autoridades sanitárias, sita na principal zona da cidade para comércio.

Para executar o plano de demolir a edificação e em seu lugar construir uma outra de vulto, notificaram, por via do Registro de Títulos e Documentos, o antigo locatário do, prédio com o prazo de noventa, dias para desocupar.

Igual notificação, assinada também pela promitente-vendedora do imóvel, foi feita a Felipe Jorge ou Miguel Jorge, ora impetrante de segurança, por estar então ocupando o imóvel (fls. 16 e v.).

Antes de findos os noventa dias, os notificastes iniciaram ação de despejo para a qual foi citado apenas o locatário José Antônio Estefan. Fundaram-na em falta de pagamento dos últimos meses de aluguel e em ter o inquilino sublocado sem consentimento da locadora. Obtiveram ganho de causa por sentença que deu o prazo de trinta dias para a entrega do prédio (fls. 9 v.).

À decisão foram opostos embargos por Moisés Ibrahim Hallel, baseados em que o embargante era sublocatário com tácito consentimento da locadora e não fôra citado inicialmente para o despejo. O MM. juiz acolheu. Considerou que não havia a inculcada sublocação consentida; mas que, por isso mesmo, o embargante era um intruso e contra intrusos não cabe ação de despejo e sim a possessória, o que tornava inexeqüível em relação a êle a sentença de despejo (fls. 13 v. a 14 v.).

Animado pelo precedente, surgiu com iguais embargos o aqui impetrante. Mas foi infeliz, porque encontrou o feito submetido em substituição a outro juiz, o da 1ª Vara Cível, por se achar licenciado o que proferira as anteriores decisões. O substituto pensou de modo diferente. Disse que o embargaste era realmente um intruso. Em conseqüência, se não podia ser parte na ação de despejo, também lhe não podia embargar a sentença (fls. 26 v.), o que estava fazendo apenas para protelar. Terminou rejeitando liminarmente os embargos e dando o prazo de dez dias para a desocupação do prédio.

Contra isso o embargante vem aqui pedir segurança. Queixa-se de que seus embargos já haviam sido mandados processar pelo MM. juiz substituído, o da 2ª Vara, quando o substituto os rejeitou, e que, tendo manifestado agravo de

petição do recurso, não foi reconhecido o efeito de suspender o despejo. Não dá prova de qualquer despacho sôbre efeitos do agravo.

O MM. juiz informa que os incidentes aludidos nos autos são uma série de manobras com que está sendo dificultada a execução do despejo e que há dúvidas relevantes sôbre se existe realmente a pessoa do embargaste aqui impetrante, que não é conhecida na cidade, como atesta o juiz de paz da zona em que está o prédio.

Processou-se regularmente o pedido. O Estado apresentou defesa. Não há intempestividade a acusar.

Deneguei a suspensão liminar da sentença que êste pedido de segurança impugna, porque não encontrei prova da condição de sublocatário consentido pelos locadores, alegada pelo impetrante. Peço dia.

Belo Horizonte, 6 de junho de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

Publique-se êste relatório.

Era *supra*. - *Eduardo de Meneses Filho*.

*

FALÊNCIA - REIVINDICATÓRIA - CONHECIMENTO DE FRETE - CLAUSULA "NÃO À ORDEM"

- Na reivindicatória, em falência, o juiz não precisa designar, se não houve contestação no prazo legal, audiência de instrução e julgamento. Cumpre-lhe ordenar a restituição da "res".

- Se a mercadoria veio às mãos do comprador nos 15 dias anteriores à concordata, se, no momento em que foi postulada a sua devolução, o devedor já a havia alienado, depois de concordatário, e se o conhecimento de frete continha a cláusula expressa "não à ordem" a venda não pode subsistir. A mercadoria era, assim, inegociável, intransferível.

Cia. Usinas Nacionais *versus* Rafael Rosano & Cia. Ltda.

Ag. nº 4.181 - Relator: DESEMBARGADOR GONÇALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 4.181, da comarca de Belo Horizonte, agravante Cia. Usinas Nacionais, agravados Rafael Rosano & Cia. Limitada:

Acorda, em Turma, a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em desprezar por improcedente a nulidade argüida e negar provimento ao agravo, confirmando *ex integro* a decisão de primeira instância.

Condenam nas custas o agravante.

Belo Horizonte, 24 de abril de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Gonçalves da Silva*, relator, com o seguinte voto proferido na assentada do julgamento: Rafael Rosano & Cia. Ltda., comerciantes em Uberaba, propuseram no Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, por onde corre uma concordata preventiva de Luís Manuel Guerra, negociante nesta Capital, ação de restituição de seis partidas de arroz, despachadas pelos requerentes para o concordatário, conforme conhecimentos ns. 937 e 781.

O juiz acolheu o pedido. A Cia. Usinas Nacionais, como comissária da concordata preventiva de Luís Manuel Guerra, inconformada com a sentença, manifestou agravo de petição com base no § 4º do art. 77 do dec.-lei nº 7.661.

Alega a agravante, preliminarmente: a nulidade da decisão recorrida, porque o doutor juiz *a quo* não realizou a audiência de instrução e julgamento, não propiciando às partes oportunidade de aduzirem razões em seu prol, sendo, por isso, nula a sentença. Quanto ao mérito: sustenta a improcedência da ação, eis que a restituição só se pode dar: *a)* quando o fundamento do pedido é a propriedade - ação real; *b)* quando o pedido se baseia em relação de obrigação contratual. E nenhuma das duas hipóteses ocorreu na espécie *sub judice*. Acrescenta ainda a agravante que o legislador condicionou a restituição da

coisa quando encontrar-se a mesma na posse injusta do réu. Os agravados contraminutaram o recurso e o Dr. juiz *a quo* manteve sua decisão.

Agravo regular, tempestivo e com preparo oportuno.

De limine: desprezo por improcedente a argüição de nulidade. Desde que não houve contestação no prazo legal, não precisava o juiz designar audiência de instrução e julgamento. Cumpria-lhe ordenar a restituição da *res*, na forma do § 6º do art. 77 da lei de falências.

De meritis: pode ser reivindicada, nas concordatas, a mercadoria negociada a crédito, entregue ao concordatário dos 15 dias anteriores à concordata, se ainda não alienada pela massa (art. 76, § 2º).

Ora, na espécie, ficou demonstrado que as partidas de arroz reclamadas foram recebidas pelo concordatário a 12 de junho, e a 18 do mesmo mês impetrada a concordata preventiva.

Perfeitamente viável, pois, a restituição ao vendedor.

É verdade que a lei impõe como condição para a procedência da restitutória que a mercadoria reclamada se encontre em poder da massa.

A propósito, lembra MIRANDA VALVERDE: "na hipótese do § 2°, improcederá o pedido de restituição ajuizado depois de terem sido as coisas vendidas a crédito alienadas pela massa" ("Comentários à Lei de Falências", vol. 1º, nº 501, pág. 454).

Por isso, VALDEMAR FERREIRA aconselha diligência do reclamante, que deve agir logo que decretada a falência ("Instituições de Direito Comercial", vol. IV, nº 1.627), ou requerida a concordata, acrescenta-se.

Na espécie, a mercadoria veio às mãos do comprador nos 15 dias anteriores à concordata. No momento, porém, em que foi postulada a devolução, o devedor já havia alienado a coisa, depois de concordatário. A venda não podia e não pode subsistir.

O conhecimento do frete continha a cláusula expressa "não à ordem". Era inegociável, intransferível. Inoperante, assim, a alienação pelo concordatário.

No direito comercial, a tendência ditada pelos usos e costumes mercantis, em fadas as praças, se orienta no sentido de emprestar ao talão de embarque o mesmo prestígio do recibo a bordo, ao menos como título de crédito com tôdas as conseqüências que esta conclusão provoca.

Assim, o recibo de embarque é um título representativo da mercadoria e pode ser livremente emitido à ordem para circular.

Como título representativo da mercadoria, ou título de tradição, o conhecimento de embarque confere indiretamente a posse dela e juntamente o poder de dispor. Circular é da própria essência do título representativo.

Nossa legislação, como a de outros povos cultos, assim o reconhece; tanto que, para não ter o conhecimento de embarque essa virtude, é de mister seja inserida de modo expressa a cláusula "não à ordem", nos têrmos do art. 1º do dec. n° 20.454, de 29 de setembro de 1931.

No caso dos autos, a mercadoria foi despachada com a nota "não à ordem".

Não podia, por isso mesmo, ser alienada vàlidamente.

Bem andou o Dr. juiz *a quo* julgando procedente o pedido de restituição e condenando o concordatário a devolver a mercadoria reclamada ou o seu justo valor.

Nego, pois, provimento ao agravo e nas custas condeno a agravante; *A. Vilas Boas*; *Aprígio Ribeiro*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

*

ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - ACORDO - PRAZO - ACRÉSCIMO DE 25% - SEGURO

- A liquidação das obrigações resultantes de acidentes de trabalho, salvo caso de processo judicial, deverá ser feita por acôrdo entre empregador e empregado reduzido a escrito, sempre dentro dos 60 dias seguintes à morte do acidentado, à ata cura ou à verificação de uma incapacidade; mas quando, por ação ou omissão do empregador, for excedido o prazo do citado art. 52, serão pagas as indenizações com um acréscimo de 25%, sem prejuízo dos juros de mora.

- O empregador se exonerará das responsabilidades resultantes das disposições legais quando as transfere para as entidades seguradoras, nelas realizando o seguro, às quais, entretanto se ressalva o disposta no art. 103 (art. 100).

- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR AMÍLCAR DE CASTRO: Excluo da condenação da seguradora a multa de 25%, desde que tenha sido feita consulta ao Serviço Atuarial, e o prazo de 60 dias não pede ser contado a não ser do recebimento da resposta a essa consulta; e em segundo lugar, porque essa multa é sanção imposta ao empregador e o seguro cobre a indenização pelo acidente, e não ações ou omissões culposas do empregador.

Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes, Cia. de Seguros *versus* Francisco Evangelista

Ag. nº 4.111 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 4.111, de Belo Horizonte, sendo agravante Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes, Companhia de Seguros, e agravado Francisco Evangelista, etc.:

Acorda o Tribunal de Justiça, 2ª Câmara Civil, 4ª Turma, incorporado neste o relatório *retro*, em negar provimento ao agravo e confirmar a decisão agravada, com a seguinte notificação: Dispõe o art. 52 do dec.-lei nº 7.036, de 1944, que a liquidação das obrigações resultantes de acidente de trabalho, salvo caso de

processo judicial, deverá ser feita por acôrdo entre empregado e empregado, reduzido a escrito, segundo modêlo oficial, sempre dentro dos 60 dias seguintes à morte do acidentado, à sua cura ou à verificação de uma incapacidade; e, no art. 102, dispõe a lei que, quando, por ação ou omissão do empregador, for excedido o prazo do citado art. 52, serão pagas as indenizações com um acréscimo de 25%, sem prejuízo dos juros de mora. A lei de acidentes declara mais que o empregador se *exonerará das responsabilidades resultantes de suas disposições*, quando as transfere para as entidades seguradoras, nelas realizando o seguro, às quais, entretanto, se ressalva o disposto no art. 103 (art. 100).

Ora, no caso em aprêço, a companhia-agravante assumiu as obrigações legais. No entanto, foi manifestamente negligente, dando azo a que o acidente fôsse liquidado fora dos 60 dias a que alude o art. 52 citado. Demonstra-se.

O acidentado teve alta, com uma incapacidade parcial e permanente, em 17 de agôsto. Dêste dia começou a correr aquêle prazo. Mesmo admitido fôsse necessário recorrer-se às luzes do Serviço Atuarial do Ministério do Trabalho, para a classificação da lesão da vítima, só o fêz em requerimento de 4 de outubro, e entregue à repartição competente a nota seguinte, quando já estava a pique de expirar o prazo de 60 dias. Procedendo com essa lentidão, a agravante não poderia nunca liquidar, por acôrdo, as obrigações que lhe competiam, mesmo correndo tudo com excepcional celeridade, na oportunidade prevista na lei. Destarte, a liquidação que devera ser feita até 17 de outubro, sòmente pôde realizar-se em fins de novembro, como se vê dos autos. Houve, pois, violação de uma obrigação legal da seguradora, que, em virtude do seguro nela realizado pelo empregador, se sub-rogou em tôdas as responsabilidades decorrentes da lei, no caso.

Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 3 de março de 1952. - *J. Benício*, relator; *Newton Luz; Amílcar de Castro*, vogal vencido, pois dou provimento ao agravo para excluir da condenação da seguradora a multa de 25%, em primeiro lugar, porque foi feita consulta ao Serviço Atuarial, e o prazo de 60 dias não podia ser contado a não ser do recebimento da resposta a essa consulta; e, em segundo lugar, porque, como se vê do disposto no art. 102 do dec.-lei nº 7.036, essa multa é sanção

imposta ao empregador, e o seguro cobre a indenização pelo acidente, e não ações ou omissões culposas do empregador.

RELATÓRIO

O operário Francisco Evangelista, ao serviço do empregador Emílio Gramiscelli, foi vítima de acidente de trabalho em 16 de março de 1951, nesta Capital; e obteve alta de tratamento necessário em 17 de agôsto seguinte. A Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes, Companhia de Seguros, na qual se achava segurado o acidentado, requereu ao Serviço Atuarial do Ministério do Trabalho a classificação das lesões da vítima, em 4 de outubro imediato e, em 22 do mesmo mês, aquêle respondeu ao pedido, indicando a devida classificação. De posse dêsse dado, a companhia seguradora, em 16 de novembro seguinte, requereu ao Dr. juiz de direito da 1ª Vara Civil a homologação do acôrdo com a vítima para a liquidação do acidente, na importância de Cr$ 9.752,40.

O Dr. curador de acidentes concordou com a homologação, mas acrescida de 25% sôbre o valor da indenização, de acôrdo com o art. 102 da lei de acidentes, em razão da demora da apresentação do acôrdo em Juízo.

E o Dr. juiz homologou por sentença o acordo, mas adicionou o acréscimo referido, atenta a demora apurada.

Dessa decisão a companhia seguradora agravou de petição, oportunamente, apenas na parte relativa à multa, que considera indevida, não só porque o responsável por ela é o empregador, mas ainda porque agiu em tempo, por estar a liquidação dependente do Serviço Atuarial do Ministério do Trabalho, que só lhe forneceu a classificação das lesões em outubro e, no mês de novembro, ofereceu acôrdo em Juízo. Na contraminuta, o doutor curador observa que a consulta ao Serviço Atuarial fôra desnecessária, pois as lesões da vítima estavam previstas na tabela oficial. Mantida a decisão pelo juiz, o recurso, no mais, atendeu às prescrições legais.

Em mesa para o julgamento.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 1952. - *J. Benício*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR HOMICÍDIO - PRESCRIÇÃO

- O Cód. Civil exime do curso da prescrição apenas os menores impúberes; logo que atingem os dezesseis anos, a prescrição inaugura o seu curso.

- Estabelecida a culpa civil dos responsáveis pelo assassinato, nasce a obrigação de reparar o dano causado.

Apelados: D. Júlia de Vasconcelos Silva e outros

Ap. nº 5.733 - Relator: DESEMBARGADOR APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que são apelantes o Juízo, *ex officio*, e o Estado de Minas Gerais, e apelados D. Júlia de Vasconcelos Silva e outros:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, dar provimento, em parte, ao recurso do Estado de Minas Gerais, prejudicado o oficial. Não acolhem a nulidade suscitada nas razões do Estado, baseada no fato de não haver a sentença se pronunciado a respeito dos co-réus responsáveis diretos pelo evento danoso, porque, havendo êles deixado correr a ação à revelia, desapercebeu-se o juiz da sua presença, e nem os condenou e nem os absolveu. Daí se conclui que, pela sentença, não foram obrigados a coisa alguma, mas a sua atuação apurada serviu de base para edificar a responsabilidade do Estado, de quem eram prepostos. A propositura da demanda foi escorreita, tendo se firmado o *litis consortium* com a citação de todos os interessados. Não havendo o réu embargado em declaração a sentença, produz ela os seus efeitos, em relação à parte que condenou, e não pode alegar ausência dos co-réus, vista como o silêncio do juiz não lhe afeta o direito do regresso, se o quiser utilizar. A defesa, baseada na prescrição, entretanto, procede, em parte. O juiz, aliás, a

decretou, no tocante a D. Júlia, mas, considerando a menoridade de seus filhos, julgou, em relação a êles, viva a ação. O engano em que incorreu é manifestíssimo, porque o Cód. Civil exime do curso da prescrição apenas os menores impúberes, de tal maneira que, à medida que atingem os 16 anos, tornando-se, assim, apenas relativamente incapazes, a prescrição inaugura o seu curso, e, nos têrmos da lei especial que rege as causas contra a Fazenda Publica, interrompe-se, uma vez por um lustro e mais outra por metade dêste prazo. Verifica-se, dos autos, que os réus foram citados em julho de 1936, e a êsse tempo a autora June contava 15 anos, Jane, 13, Mary, 12, Maria, 11 Giovana, 10, e Marcos, três. Em 26 de setembro de 1936, foi posta a causa em prova, mas os autores não lhe deram mais andamento, e sete anos depois voltou a autora, D. Júlia, pedindo e logrando a assistência gratuita. E, porque o juiz fizesse as exigências de ordem formal, mais dois anos de paralisação sofreram os autos. Afinal, depois de nova parada por mais de dois anos, já em mãos do patrono nomeado, o processo reiniciou a sua marcha, em 1948, sendo a sentença proferida em setembro do ano findo. Subiram, afinal, a esta instância, aguardando parecer quase um ano, na Procuradoria Geral, cujo titular, que o é também de invulgaríssima dedicação e capacidade de trabalho, jurara suspeição. Confrontando-se e analisando-se as datas acima citadas, verifica-se que June atingiu a puberdade em 1.936. Jane, em 1938, Mary, em 1939, Maria, em 1941, e Giovana, em 1942; em 1941, em virtude da inércia de quem representava, estaria, pois, prescrito o direito em relação a June, em 1943 a Jane, em 1944 a Mary e em 1946 a Maria, mas todos êsses períodos não se completaram para o fim de distinguir o direito, no que tange a todos os menores, em virtude da petição da autora, em 1943; mas já se consumara em relação a ela mesma, a Jane e a June. Na fase derradeira sucumbiu o direito de Mary, visto não haver sido praticado nenhum ato processual por mais de meio lustro. Restam, pois, Maria, Giovana e Marcos, a cujo respeito julgam a ação procedente, porque a sentença estabeleceu, com argumentos indisputáveis, a culpa civil dos responsáveis pelo assassinato do Dr. Arísio Silva, e a obrigação do Estado em reparar o dano causado, segundo os mandamentos do direito. No que tange aos honorários, ter-se-á em vista o resultado obtido e o insucesso parcial da demanda.

Custas em proporção, sendo que as que cabem aos autores em têrmos, visto estarem protegidos pela justiça gratuita.

Belo Horizonte, 31 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Lincoln Prates*.

Foi vencedor o voto do Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA.

RELATÓRIO

D. Júlia Vasconcelos Silva propôs, contra o Estado de Minas Gerais e os guardas-civis Natalício Monteiro de Carvalho e Osório Alves Melo, ação de indenização para se ressarcir dos prejuízos materiais que lhe causou, e a seus filhos menores (também demandantes), o homicídio perpetrado na pessoa do seu marido, Dr. Arísio Silva, em dias de 1935, pelo primeiro daqueles servidores, facilitando-o a negligência funcional do segundo, que não tolhera convenientemente a atividade assassina do seu colega. A causa passou pelas mais dilatadas e insólitas vicissitudes e, afinal, quase três lustros após a propositura, foi julgada pelo juiz de direito da 3ª Vara Cível da Capital. Condenou o veredicto o Estado à reparação devida aos autores menores, silenciou sôbre os co-réus e julgou a ação prescrita no tocante à viúva. Apelou *ex officio* e também recorreu o Estado. Recurso em têrmos. Autos ao Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA.

Belo Horizonte, 26 de julho de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

PENHORA - OBJETO NECESSÁRIO AO TRABALHO

- Pode ser penhorado objeto necessário ou útil ao exercício de qualquer profissão, desde que o devedor, que não paga quando executado, possua ainda outro com que trabalha, auferindo renda.

- O fim da lei, que proíbe penhorar instrumentos de trabalho, é impedir que fique o executado sem meios de acudir a sua subsistência e dos seus, assim também privado de recurso com que possa pagar a própria dívida cobrada.

Augusto César de Resende *versus* Tyresoles de Minas Gerais Ltda.

Ap. nº 6.543 - Relator: DESEMBARGADOR J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.543, de Belo Horizonte, sendo apelante Augusto César de Resende e apelada Tyresoles de Minas Gerais Ltda., etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada, pagas as custas na forma da lei. O apelante comprou da apelada um caminhão, mediante prestações de vencimentos mensais, e, não as tendo resgatado no prazo, a apelada lhe moveu ação executiva de cobrança, penhorando-lhe o mesmo caminhão vendido e não pago. O réu não nega as obrigações executadas. Pede apenas o levantamento da penhora, que considera nula, à sombra do art. 942, IX, do Código de Proc. Civil. Verifica-se, porém, que o executado, além do veículo que comprou e não pagou, possui ainda outro caminhão com que também trabalha, auferindo renda. O fim da lei é impedir que, penhorados os instrumentos de trabalho, fique o executado sem meios de acudir a sua subsistência e dos seus, entrando-lhe a necessidade no lar, portas a dentro; assim também privado de meios com pue possa pagar a própria dívida demandada.

No caso em aprêço, porém, o executado tem outro caminhão com que continue trabalhando e provendo aos encargos da família. Ao demais, a impenhorabilidade, na hipótese, teria aspecto imoral. O executado comprou o caminhão a prestação em 1948 e até hoje só deu por conta do preço, que é de quantia apreciável, uma importância insignificante. Não pode estar na intenção da lei subtrair à penhora o mesmo móvel vendido para o pagamento do seu preço, quando o comprador o explora e dele retira, rendas, sem cuidar, nem mesmo por.partes, de solver o preço da compra. Seria, sem dúvida, negócio da china e porta aberta à velhacaria o comprador receber a coisa, sem pagar o preço, explorá-la à vontade e não poder o vendedor penhorá-la, porque constitui instrumento de trabalho do devedor relapso. O direito e a moral não podem placitar semelhante solução.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*.

Foi vencedor o voto do Exmo. Sr. Des. AUTRAN DOURADO. - *J. Benício*.

RELATÓRIO

A espécie é de uma executiva cambial. O réu defendeu-se, reconhecendo a dívida, mis invocando o art. 942, IX, do Cód. de Proc. Civil, para excluir da penhora o caminhão apreendido judicialmente. A hipótese e a marcha da ação estão bem expostas na sentença de fls. 65, que concluiu julgando procedente a ação. O vencido, em tempo e forma, apelou e seu recurso, recebido nos efeitos regulares, após contra-razões do apelado, veio à Secretaria do Tribunal, onde foi distribuído sem dependência de preparo, porque o apelante litiga sob a gratuidade. Assim vistos e relatados, passo os autos ao Exmo. Sr. revisor.

Belo Horizonte, 23 de agôsto de 1950. - *J. Benício*.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - PRAZO

- O prazo de decadência do direito der interpor mandado de segurança conta-se a partir do ato causador do gravame e não do despacho denegatório de reconsideração.

Impetrante: Dr. Haroldo da Silva Pereira

Mand. de seg. nº 225 (embr.) - Rel.: DES. COSTA E SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 225, de Belo Horizonte, em que é impetrante o Dr. Haroldo da Silva Pereira:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sessão de suas Câmaras Conjuntas, por votação unânime, incorporado neste o

relatório de fls., rejeitar os embargos opostos e confirmar o venerando acórdão embargado, que pronunciou a decadência do direito de postular o impetrante êste mandado de segurança.

É certo que embargável o acórdão de fls., de que não foi unânime a decisão proferida.

Certo, por igual, que se operou a decadência aludida. Como dos autos resulta, irrogou o impetrante a tacha de ilegal ao ato do Exmo. Sr. governador do Estado que, em 18 de novembro de 1949, lhe indeferiu o pedido de reconsideração de anterior despacho, que êle considerara lesivo de direito certo. Dessarte, alegou o impetrante, em 10 de março de 1949, quando ingressou em juízo, se não havia escoado o período de cento e vinte dias da ciência do referido ato, a qual lhe fôra dada em 20 de novembro.

Não tem razão o requerente. Como vem assentando os tribunais, em iterativos julgados, êsse período de cento e vinte dias deve ser apurado a partir de efetivo início do gravame, e não do despacho denegatório da reconsideração pleiteada.

Custas pelo embargante.

Belo Horizonte, 21 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *Aprígio Ribeiro; E. Meneses Filho; Lopes da Costa; A. Vilas Boas; Newton Luz, J. Benício; Autran Dourado; Dario Lins; Leão Starling; Arnaldo Moura; Mário Matos; José Alcides Pereira; Alencar Araripe; Gonçalves da Silva; José Burnier*.

Foi vencedor o Exmo. Sr. Des. AMÍLCAR DE CASTRO.

RELATÓRIO

Ao de fls., insta acrescentar que as colendas Câmaras Civis Reunidas, contra o voto do Exmo. Sr. Des. NEWTON LUZ, declararam que, nos têrmos do disposto no art. 331 do Cód. de Proc. Civil e Comercial decaiu o impetrante do direito de requerer mandado de segurança, extinto que se achava pelo transcurso de mais de cento e vinte dias entre a data do ato impugnado, que é a lei mineira nº 146, de 8 de janeiro de 1948, e o seu ingresso em juízo. Foram os

embargos devidamente deduzidos, apresentados no decêndio legal, Alegou o embargante que é admissível o recurso nos têrmos do art. 833 do citado Cód. de Processo, com a emenda do dec.-lei nº 8.570, de 1946. Alegou ainda, *de meritis*, que alteraram as Câmaras Civis o pedido do impetrante, que se queixou na inicial de ilegalidade de ato administrativo do Exmo. Sr. governador do Estado e não de inconstitucionalidade de ato do Poder Legislativo. Sentindo-se prejudicado, continuou o embargante, apresentou reclamação, em obediência à lei, ao Exmo. Sr. governador, que a indeferiu. Do indeferimento, teve o impetrante conhecimento em 20 de novembro de 1948 e, ingressando em juízo em 9 de março de 1949, fê-lo em tempo hábil. Conclui o embargante pedindo fôsse cassado o acórdão recorrido e julgado o mérito como de direito. Admitidos os embargos, foram oportunamente preparados. Nos cinco dias imediatos, foram impugnados os embargos, alegando o Estado que são incabíveis, porque, por sua natureza, é interlocutória a decisão e, se proferida em primeira instância, seria agravável e não apelável. No tocante ao mérito, disse o embargado, não poderá ser examinado, porque não foi decidida a matéria no acórdão recorrido. Sôbre o documento de fls., foi ouvido o impetrante, que sustentou, apoiando-se em julgado por êle indicado do egrégio Supremo Tribunal, que se conta o prazo de cento e vinte dias do segundo despacho de indeferimento, no caso de pedido de reconsideração do ato impugnado.

Assim, vistos e expostos, passo êstes ao Exmo. Sr. Des. revisor.

Belo Horizonte, 15 de maio de 1950. - *Costa e Silva*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 225, de Belo Horizonte, em que é requerente o Dr. Haroldo da Silva Pereira:

Acordam, em Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça, por maioria de votos e incluindo neste o relatório de fls., em declarar, nos têrmos do art. 331 do Cód. de Proc. Civil, que o impetrante decaiu do direito de requerer mandado de segurança, visto como já decorreram mais de 120 dias entre a data do ato por êle impugnado, que é a lei nº 146, de 8 de janeiro de 1948, que procedeu à classificação dos funcionários públicos, e o seu ingresso em juízo.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 1949. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lincoln Prates*, relator *ad hoc; Amílcar de Castro; A. Vilas Boas; Autran Dourado; Costa e Silva; J. Benício; E. Meneses Filho; Newton Luz*, vencido na preliminar, pois conhecia da segurança.

Fui presente. - *J. Pinto Rennó*.

RELATÓRIO

O Dr. Haroldo da Silva Pereira, médico internista do Hospital "Cícero Ferreira", de isolamento de portadores de moléstia infectuosa; requer mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. governador do Estado; pelos motivos e fundamentos que se seguem:

- que é o médico mais antigo e de mais elevada categoria ano Departamento Estadual de Saúde;

- que, entretanto, existem médicos internistas, na Secretaria do Interior, como no Departamento subordinado à Chefia de Polícia, com vencimentos de Cr$ 3.600,00 mensais (letra R), Cr$ 3.300,00 (letras Q e P) e Cr$ 3.000,00 (letras O e N) fixados por decreto-lei de 1947, percebendo os médicos internistas, no Departamento a que pertence o requerente, os vencimentos correspondentes às letras J, K e M, bem menores, sendo os do suplicante, que é o maior dêles, fora o adicional, de Cr$ 2.400,00 mensais;

- que essa situação de desigualdade contraria o art. 146 da Constituição mineira, *verbis*:

"Os funcionários de igual categoria devem perceber vencimentos iguais, salvo os remunerados por meio de percentagem, observada a classificação estabelecida em lei";

- preceito que havia já na legislação federal, o que motivou diversas ações contra a União, tôdas julgadas procedentes, e há nas leis do Trabalho, repetido no artigo 157, lI, da Constituição federal;

- que, em obediência ao art. 33 das Disposições Transitórias da Constituição mineira, veio a lei nº 146, de janeiro de 1948, classificando todos os funcionários públicos em duas classes: padrões gerais e padrões suplementares;

- que, na publicação feita pelo Departamento Administrativo, em cumprimento do art. 9º da lei nº 146, foi o autor classificado sob a letra S-28, com vencimento mensal de Cr$ 2.400,00, enquanto seu colega de categoria, do Departamento de Assistência Policial e Medicina Legal, teve a sua classificação na letra S-40;

- que, na forma legal, interpôs, oportunamente, reclamação ao Exmo. Sr. governador do Estado, que a indeferiu, mandando que o suplicante aguardasse a reestruturação geral do funcionalismo;

- que pediu reconsideração do ato e que também êsse pedido foi indeferido por despacho governamental de 18 de novembro de 1948, de que recebera notificação no dia 20 seguinte.

Daí o presente mandado de segurança, preparado no dia 10 de março último.

O Exmo. Sr. governador do Estado informou que o impetrante era, antes da lei nº 146, o último médico internista, padrão M. do Departamento Estadual de Saúde, e que aquela lei, havendo declarado que o médico internista, padrão M, no dito Departamento, passou a ser classificado 5-28, não pode haver dúvida que foi a mesma lei que assim o classificou; que, assim sendo, não podia o Departamento de Administração mencionar o nome do impetrante senão no cargo que ocupava com o padrão que a lei nº 146 lhe atribuía.

E ofereceu o Estado a contestação de fls., na qual também invoca o art. 146 da Constituição estadual e a lei nº 146, para afirmar que o ato de que se queixa o impetrante é de natureza legislativa, o que já foi aliás decidido pelo Tribunal de Justiça nos mandados ns. 177, 188 e 189, não competindo ao Executivo modificá-lo; como está expresso no art. 24 da mesma Constituição. E várias outras considerações aborda e longamente nelas se detém o ilustre e eminente advogado geral do Estado, Dr. DARCI BESSONE, procurando demonstrar não ter o impetrante direito ao que pede e mito menos direito líquido e certo.

Teve vista dos autos o Exmo. Sr. procurador geral, cujo parecer mostra que a espécie em debate é precisamente a mesma que constituiu objeto dos mandados de segurança ns. 177 e 188, julgados, respectivamente, em junho e outubro do ano próximo passado.

É o relatório. Peço designação de tempo para o julgamento das Câmaras Civis Reunirias. Publique-se oportunamente.

Belo Horizonte, 28 de junho de 1949. - *Newton Luz*.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

COMPRA E VENDA - ASCENDENTE E DESCENDENTE

- É possível a realização do contrato de compra e venda entre ascendentes e descendentes, mesmo havendo incapazes, que serão representados, na forma da lei, e mediante autorização judicial.

- Aplicação do art. 1.132, combinado com os arts. 7º, 84, 384, inciso V, e 387 do Cód. Civil.

Embargante: Prudência Rodrigues Adames

Embs. nº 6.926 - Rel.: DESEMBARGADOR MAURÍLIO DAIELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes nº 6.926, de Passo Fundo, em que é embargante Prudência Rodrigues Adames:

Acordam, em Câmaras Civis Reunidas, por maioria, dar provimento aos embargos, a fim de que, reformados a sentença e o acórdão, se defira a inicial, com a nomeação de um curador especial, o qual se manifestará sôbre o contrato de compra e venda aludido, e decida o juiz autorizando, ou não, o contrato e de cuja decisão caberá recurso regular.

Custas na forma da lei.

Prudência Rodrigues Adames pretende vender certo número de pinheiros ao seu filho Alcívio Rodrigues Adames e, para os fins do art. 1.132 do Cód. Civil, requereu a nomeação de um curador especial, a fim de que êste se pronunciasse em nome de um filho interdito e de modo a que o juiz, afinal, pudesse autorizar a realização do negócio.

Assim não entendeu o juiz, indeferindo o pedido porque o consentimento deve ser *expresso*, e não *tácito*, e por isso mesmo não poderá ser suprido.

A egrégia 3ª Câmara Cível, por maioria, manteve essa decisão, expondo que o Código Civil veio pôr fim à controvérsia reinante no direito anterior, exigindo consentimento expresso, o qual, é bem de ver, não podendo ser suprido só admitirá a transação quando os interessados todos forem capazes.

Discordou o desembargador LOUREIRO LIMA, esclarecendo que o consentimento expresso a que alude aquêle dispositivo pode ser obtido, mediatamente, por meio de representação, a qual implica na substituição de uma vontade por outra, na conclusão do negócio; e acrescenta que essa representação legal tem por fim, justamente, dar aos incapazes o poder de vontade de que carecem para a realização dos seus direitos ou cumprimento de suas obrigações.

Daí os presentes embargos.

I. O art. 1.132 do Cód. Civil declara que:

"Os ascendentes não podem vender aos descendentes sem que os outros descendentes expressamente consintam".

A lei anterior, Ordenações, livro IV, título XII, silenciava quanto à maneira por que essa declaração se deveria externar; entretanto a melhor doutrina, como nos informa CLÓVIS, nos seus comentários, vol. 4º, página 304, e citando a TEIXEIRA DE FREITAS, "Consolidação", admitira o consentimento tácito. A matéria, porém, estava sujeita a dissídio (vêde CORREIA TELES, "Digesto

Português", vol. 3°; pág. 189, e COELHO DA ROCHA, "Instituições de Direito Civil", § 805).

O Cód. Civil, nesse particular, rejeitou o projeto de CLÓVIS que, no art. 1.271, aludia a assentimento tácito ou expresso e só permitiu a última modalidade, pondo fim à controvérsia, a qual girava, exclusivamente, em tôrno da forma ou maneira da declaração (vêde JOÃO LUÍS ALVES, anotações ao art. 1.132; A. GUIMARÃES, "Da compra e venda", pág. 84).

II. O dispositivo do Cód. Civil em referência tem dado lugar a novas controvérsias e precisamente em se saber se êsse consentimento pode ser suprido.

As Ordenações referidas permitiam claramente que, denegado o consentimento, pudesse o juiz autorizá-lo; de modo que, nesse assunto, a matéria não era duvidosa e se ajustava ao precedente do parág. único do art. 1.565 do Cód. Civil português, que fala em suprir pelo conselho de família o consentimento denegado.

O Cód. Civil silenciou quanto ao dito suprimento, e daí CLÓVIS e CARVALHO SANTOS entenderem que, ante os têrmos da lei; não há que permitir dito suprimento. Entretanto, a matéria não é líquida, como se vê de acôrdo não unânime do Tribunal de Minas, relatado pelo desembargador AMÍLCAR DE CASTRO, no sentido de que não poderá ser arbitrária a denegação do consentimento, que pode ser revisto pelo juiz, tal como as Ordenações o permitiam (vêde "Revista dos Tribunais", vol. 184, pág. 351). Nesse mesmo sentido, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal constante da "REVISTA FORENSE", vol. 126, pág. 450.

III. Mas a questão em foco não é referente a suprimento de consentimento, é sim de verificar se cabe o direito de representação, quando algum dos descendentes fôr incapaz.

O ato jurídico, ou a manifestação da vontade, requer, como elementos essenciais, os seguintes: 1º) a capacidade do agente; 2°) a declaração da vontade feita de modo válido (consentimento); e 3º) conteúdo jurídico (ESPÍNOLA, "Sistema", vol. I, página 258). E, assim, quando o art. 1.132,

citado, alude a consentimento expresso, quer se referir ao *segundo* elemento, à declaração direta, imediata ou explícita, manifestada por meio de sinais normalmente apropriados a êsse fim. Quis distinguir, como distingue, a declaração direta ou expressa da declaração indireta, ou tácita, e decorrente de *fatos concludentes*, que o silêncio da lei anterior permitia, de acôrdo com a melhor doutrina e que o Código atual não sufragou. De modo que o art. 1.132, em exame, não consigna regra explícita concernente à capacidade do agente, e por isso mesmo deve ser a mesma regulada pelas normas gerais ditadas pelo Cód. Civil.

Assim é que tôda pessoa tem capacidade jurídica, de direito, que se presume, mas poderá ser restrita a sua capacidade de exercê-los (vêde ENNECCERUS, "Derecho Civile", parte geral, pág. 325; CIMBALI, "Delle capacità de contratare", pág. 127).

Em conseqüência, o agente, para a consecução de todo o ato jurídico; poderá manifestar a sua vontade; mas, se fôr incapaz, ou a sua capacidade fôr restrita, o direito objetivo lhe dá o direito de representação, de acôrdo com os arts. 5º, 6º, 7º e 8º do Cód. Civil.

Diz ENNECCERUS, fundamentando essa concepção, que o poder jurídico, como tôda a relação jurídica, se baseia na *representação* e na vontade da coletividade, de modo que é possível que esta pense, como efetivamente considera, a maneira do incapaz poder atuar, e que por êle atua o seu representante (vêde "Derecho Civile", parte geral, vol. I, pág. 324).

Pontifica ESPÍNOLA: "Representação é o instituto pelo qual uma pessoa opera jurìdicamente por meio de outra, exibindo, mediante a manifestação da vontade feita por esta, uma declaração de vontade própria. E quando legal", acrescenta, "visa tutelar ou proteger o incapaz, quer substituindo-o inteiramente, quer limitando-se a assisti-lo" ("Sistema", vol. cit., págs. 568 e 571). E os seus resultados devem ser compreendidos como se praticados pelo representado, desde que o seja nos limites que a lei ordena (vêde VON TUHR,. "Derecho Civil", vol. I, 1ª parte, pág. 77 e notas; CIMBALI, ob. cit., pág. 281 e notas).

Essa conceituação, causa e efeitos do instituto, são por assim dizer universais, daí que aceitos na doutrina e na legislação dos povos cultos.

Em face dos preceitos legais, dos artigos 5º, 6°, 7º, 8º, 384, nº V, e 387 do Cód. Civil e da doutrina universa, que acaba de ser exposta, o que poderá impedir a aplicação do princípio da representação ao art. 1.132 do Cód. Civil?

IV. A egrégia 3ª Câmara Cível não nos diz, pois que se arrima ao qualificativo *expresso*, que diz respeito à maneira com que a manifestação da vontade se deve externar, e se contrapõe a *tácito*, quando a questão é diferente e se relaciona com a capacidade do agente.

Dir-se-á que o impedimento estará na natureza ou no conteúdo do direito objetivo a ser manifestado pelo representante do incapaz.

Não é assim.

A razão de ser do art. 1.132 do Código Civil, como assinalam os autores e explìcitamente consignavam as Ordenações, é cautelar, de evitar simulações, enganos ou demandas, e por isso mesmo já se chegou a entender que o ato praticado contra aquêle dispositivo é anulável e a depender da prova do prejuízo (vêde "REVISTA FORENSE", volume 53, pág. 322, e "Rev. dos Tribunais", vol. 152, pág. 157).

Ressalte-se, ainda, a natureza da ação, equivalente à de redução, ao art. 1.727 do Cód. Civil; e se tendente a não ofender as legítimas é por isso divisível, e só aproveitará ao descendente que intentar a respectiva ação, e produzirá efeitos na medida de sua parte, cuja reserva não fôr atendida. E daí a depender da prova do prejuízo (vêde "Pareceres", de ANTÃO DE MORAIS, "Direito Civil", pág. 139).

O dispositivo acima referido, art. 1.132, igualmente terá em vista, por via de conseqüência, a harmonia da família, mas a finalidade precípua é evitar que sob o color de venda se façam doações prejudicando a igualdade das legitimas. O dispositivo é de ordem patrimonial, sem a menor dúvida.

V. E, não se fale em direito personalíssimo e cuja manifestação só se compreenderia pudesse ser praticada, pessoal e diretamente, pelo agente, porque evidentemente não se relaciona à própria pessoa e nem poderemos

aceitar uma das categorias que VENZI descreve como assinaladores dêsse direito e que ESPÍNOLA reúne em três ordens distintas.

Os autores esclarecem o que se deva considerar direito personalíssimo e apontam o exercício do direito do pátrio-poder, o reconhecimento de filho natural, o casamento, a testamento, casos restritos que só podem ser vàlidamente manifestados ou praticados pela agente (vêde AUBRY et RAU, e citações de BARTIN, "Droit Civil Français", tomo I, páginas 638-639; PLANIOL et RIPERT, "Tratado Prático del Derecho Civil Frances", volume 1°, pág. 277; ESPÍNOLA, "Sistema", vol. 1º, pág. 314).

Não haveria símile algum com o presente caso e que, além disso, impedisse a representação.

VI. Aliás, seria inconcebível que o Código Civil permitisse a alienação e a hipoteca dos bens dos incapazes, que exigem consentimento expresso, mediante representação e autorização judicial, e o vedasse na alienação de bens, que não lhes pertence, e que só futuramente poderiam lhes caber.

Por êsse motivo se justificam a lição dos doutrinadores e a orientação dos julgados no sentido de que a manifestação de consentimento do descendente, quando incapaz, se pode fazer mediante representação, porque não se trata de suprir consentimento, e sim de suprir incapacidade como bem o indicam os arts. 7º e 84 do Cod. Civil, autorizando-se a realização do ato solicitado, que poderá, em vez de prejudicar, beneficiar ao próprio incapaz (vêde CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. 16, pág. 112; PICANÇO, na "Rev. dos Tribunais", vol. 9°, pág. 381; acórdão do Tribunal de São Paulo, na "Rev. de Direito", vol. 70, pág. 379; e referências constantes do acórdão na "Revista dos Tribunais", vol. 184, pág. 356).

Diferente seria se se pretendesse suprir o consentimento denegado (matéria, aliás, sujeita a dissídio); mas, na hipótese, o que se pretende é que o incapaz, mediante o seu representante, se manifeste, e atendendo aos preceitos referidos do Cód. Civil, que é incisivo, e, afinal, o juiz, à vista dos fatos e motivos apresentados, conceda, ou não, a autorização solicitada.

VII. A conseqüência indubitável é a de que o incapaz poderá em concreto, manifestar, de modo expresso, a sua vontade mediante representação.

Pôrto Alegre, 28 de setembro de 1951. - *Samuel Silva*, presidente, vencido: Julgava improcedentes os embargos para manter, por seus fundamentos e conclusões, o acórdão da 3ª Câmara Cível, proferido por maioria de votos; *Maurílio Alves Daielo*, relator; *Darci Pinto*, vencido: O suprimento de capacidade, como tôda regra geral, admite exceções, e uma destas é precisamente a de que tratam os autos. Transação especialíssima, a que se realiza entre ascendentes e descendentes, está, por isso mesmo, sujeita também a normas especialíssimas. Exigindo consentimento expresso para sua realização, é indispensável seja apta a manifestar validamente o seu assentimento a pessoa interveniente. É preciso que a manifestação seja direta e pessoal, e não obtida obliquamente ou por intermédio de terceiros. A venda de bens de incapazes é assunto diferente e que, por isso mesmo, não pode ser invocado para solução analógica. Tal venda só se efetua quando há demonstração completa, e cabal dar vantagem para o incapaz na realização do negócio, e, além disso, é cercada de tôdas as garantias possíveis, inclusive da soberana fiscalização judicial. Quando há uma possibilidade de prejuízo, mesmo remota, ela não se efetua. Não é esta a espécie em debate. Trata-se, aqui, da venda de ascendente a descendente, sendo um dêstes incapaz. E há, sem dúvida alguma, a possibilidade próxima de prejuízo para êle. Basta se considerar que o preço dos pinheiros, para o comprador, que é um dos filhos, não seria o indicado na inicial, pois ali mesmo está consignado que a vendedora destinaria a metade do produto do negócio para ser dividido entre os mesmos filhos, de sorte que, praticamente, o valor dêsses bens já fica reduzido, em relação ao comprador, da parcela que lhe será doada pela genitora. E esta reservará, para si, a outra metade do preço. Quem afirmará, no entanto, com absoluta segurança, que esta segunda metade do preço não será integralmente doada ou devolvida pela vendedora ao comprador? E, neste caso, a que fica reduzida a transação? E quem impedirá a vendedora de assim proceder? Verificada a hipótese, haverá prejuízo real para o incapaz e ocasionado pela intervenção da Justiça. O prejuízo existe atualmente, em potência, por ter sido a autorização concedida; *Darci Pinto; Lourenço Mário Prunes; Homero Martins Batista; Erasto Correia; Loureiro Lima; Décio Pelegrini*, vencido: Confirmava o acórdão embargado, por seus fundamentos; *João Clímaco de Melo Filho*.

Estêve presente ao julgamento o Exmo. Sr. Dr. AJADIL DE LEMOS, procurador geral do Estado.

*

PROMISSÓRIA - VENCIMENTO - ENDÔSSO - AÇÃO EXECUTIVA

- A nota promissória endossada depois do vencimento pode ter a sua cobrança promovida por ação executiva.

Aristides Betuol *versus* Luís Feistauer

Ap. nº 6.999 - Relator: DESEMBARGADOR NEI WIEDEMANN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos:

Acordam, em 1ª Câmara Cível, desprezada a preliminar de nulidade suscitada pelo apelante, dar provimento à apelação, para julgar procedente a ação executiva intentada por Aristides Betuol contra Luís Feistauer.

I. Não cabe decretar a anulação pedida pelo autor-apelante, a qual se pretende derive de violação do art. 223, parág. único, do Cód. de Proc. Civil. É certo que não se abriu ádito ao apelante para falar sôbre os depoimentos colhidos por meio de cartas precatórias expedidas, por determinação *ex officio* do Dr. juiz de direito. Mas também é certo que o apelante foi intimado do despacho, que prescreveu tais inquirições e da expedição das cartas precatórias, *ut* fls. 73. Deu-se-lhe, portanto, notícia das diligências a tempo de poder utilizar êle a faculdade de comparecer às audiências, em que os depoimentos seriam tomados. Na espécie, era esta a oportunidade para sua intervenção. Não se havendo valido dela, não lhe cabe pleitear aplicação da norma do art. 223, parág. único, citado, que rege hipótese diversa.

II. O autor, Aristides Betuol, é segundo endossatário de nota promissória, emitida por Teófilo Volkart, figurando Luís Feistauer como avalista do emitente, e cujo contexto foi reproduzido no instrumento de protesto trazido

por certidão a fls. 5-5 v. Intenta o endossatário haver o pagamento dela do avalista do emitente. Defende-se êste, alegando que a nota promissória foi endossada, depois de paga pelo emitente, a Juvêncio Franzen, que a endossou posteriormente a Aristides Betuol.

Não indicando os endossos a data em que foram lançados, procurou o réu amparar em prova testemunhal sua afirmação de haverem êles sido realizados depois do pagamento do título pelo emitente. Relativamente a êste ponto, é de se notar que se apresentam duas pessoas como fornecedores do dinheiro, com que teria sido saldada aquela dívida: uma é Juvêncio Franzen (fls. 69-70), a quem a nota promissória foi endossada pelo beneficiário; e outra é Emílio João Wilhelm (fls. 40 e 97-98), que informa ter entregue ao beneficiário da nota promissória a importância dela (em dinheiro e em outra nota promissória), e assevera que a nota promissória assim resgatada foi restituída ao emitente "limpa" e sem nenhum "escrito no dorso da preferida promissória" (fls. 97 v.). A última versão é amparada pelo depoimento do portador, Oliveiro Batista da Silva (fôlhas 84-84 v.), que afirmou que "não expressa a verdade" a declaração por êle próprio escrita e assinada, que se encontra a fls. 39. Dando como realmente ocorrido o pagamento, nos têrmos expressos por Wilhelm e Oliveiro, a decisão apelada admite que a assinatura dêste, que propiciou o endôsso em favor de Juvêncio Franzen, haja sido lançada posteriormente. Esta conclusão, entretanto, é contrariada pelos elementos colhidos, quer em relação ao pagamento, quer em relação ao endôsso. Na verdade, não merece crédito a declaração de fls. 39, escrita e assinada pelo beneficiário da nota promissória: êle próprio declara, a fls. 84-84 v., que ela "não expressa a verdade", e que foi redigida por Luís Feistauer (o réu), porque êle, depoente, "não sabe fazer uma declaração, e *nem entende dêsse assunto*" (fls. 84 v.). Nem tem valia o depoimento dêsse mesmo beneficiário, eis que nêle não se encontra referência alguma ao momento do lançamento do endôsso. Com o mesmo aspecto se apresenta o depoimento de Emílio João Wilhelm, que, notando a leviandade do emitente e do avalista, ao repartir dinheiro "sem documento" (fls. 97), logo depois assevera que efetuou o pagamento de Cr$ 61.000,00 a Oliveiro "autorizado por Volkart e Feistauer", sem fazer sequer alusão a algum documento comprobatório desta autorização (fls. 97 v.). Dentro nos elementos existentes, admissível é que o pagamento haja sido feito por Franzen, a quem, justificadamente, o título terá sido transmitido. E dentro nos princípios cambiários, não havendo prova indubitável era contrário ou constante do título,

ou colhida alhures, aquêle endôsso há de se presumir verdadeiro, onerativo do alienante e garantidor do portador. Ou seja, a prova colhida não sufraga a asserção de haver sido fraudulentamente lançado o primeiro endôsso.

Aliás, mesmo que se admitisse a ilicitude daquele endôsso, seria de se ponderar que o pagamento da nota promissória, nestes autos, não é pedido pelo primeiro endossatário, Juvêncio Franzen. Donde resulta que a alegação de ilicitude daquele endôsso não poderá ser formulada contra o autor, segundo endossatário: a obrigação do endôsso é autônoma; o endossatário adquire o título e torna-se titular do direito cambiário ainda que o endossante não tenha tido, no momento de endossar, a propriedade do título, ou; se o endôsso é falso ou falsificado (estando o endossatário, à aquisição, de boa-fé), se era incapaz o endossante; pode dar-se que a obrigação cambiária do endossante seja a única obrigação cambiária válida, como se pode dar que sòmente valha a obrigação da promessa direta e o direito do endossatário (PONTES DE MIRANDA, "Direito Cambiário", vol. 2°, "Nota Promissória", 1938, n° 7, pág. 120).

Entanto, quer contra o primeiro endôsso, quer contra o segundo, se argüiu terem sido realizados "depois do vencimento", o que acarretou a decretação de carência de direito à ação executiva contra o avalista do emitente. Ora, se bem reconheça o autor ter sido o endôsso, sem data, que lhe deu a propriedade do título, lançado depois do vencimento dêste, não é conseqüência necessária de tal circunstância a carência da ação executiva cambial, mas, antes, a possibilidade de haver o pagamento por meio da ação cambial é assegurada a êsse endossatário. Assentando que "quem adquire a promissória sem ser por endôsso regular anterior ao vencimento, não tem direito próprio senão o de quem lho cede", asseverou MAGARINOS TÔRRES, já na primeira edição de "Nota Promissória" (Tip. do "Jornal do Comércio", 1917). que êsse portador poderá alienar por simples endôsso o título, em razão da natureza dêste, que é de si mesmo á ordem, e *sempre cobrável por ação executiva* (pág. 199, nº 93). A tese, desenvolvida na nota 45, *in eodem loco*, foi retomada em *parecer*, proferido pelo grande jurista, em 21 de outubro de 1927: "Está hoje dirimida a controvérsia que, entre nós, só existia na jurisprudência, apesar da quase unanimidade dos doutrinadores, sôbre o direito do cessionário do titulo cambial *à ação cambial*. Foi-me dado ensejo, há poucos meses, de demonstrar essa tese com um novo argumento: o da própria jurisprudência. Vejamos, em resumo, a que se reduzem as dúvidas. Diz o art. 8°, § 2°, da lei nº 2.044, de 1908, que:

"O endôsso posterior ao vencimento da letra tem o efeito de cessão civil".

"Que é que tem êsse efeito? O endôsso, diz a lei. Daí não se pode concluir que a letra de câmbio ou a nota promissória passe a constituir "documento civil de obrigação comum". O que se desnatura, com o endôsso tardio, não é o título, mas sim o ato de transferência, que deixa de obrigar ao signatário e não dá direito autônomo ao adquirente, como seria, se êsse ato tivesse efeitos cambiais; mas, iniludível é que, como cessão civil, deva ter o efeito desta, que é a transferência integral do crédito cedido, que por sua natureza é armado de ação executiva, de prescrição breve e de contestabilidade restrita. Quem endossou? O portador, o dono do título. E como há de isto influir em benefício dos anteriores, signatários, se êles não tomaram parte alguma neste ato, que é autônomo e independente, pelo art. 43, explícito, da lei? Pois, quando se obrigaram, sabiam e queriam, pela própria cláusula denominativa do título, sujeitar-se ao rigor cambial, perante quem quer que viesse a ser o portador. Se êsse portador, verificado e individualizado pelo vencimento, não quis exercitar o crédito, cobrando-o executivamente, certo, entretanto, é que tal direito potencial êle era livre de alienar por todos os meios que a lei civil admite; é isto tão-sòmente o que a lei cambial reconhece, tolerando, ainda depois do vencimento, a forma material do endôsso, a que basta a assinatura. Mas o que o endossador transfere é o seu direito de ação com todos os percalços ou vantagens que êle próprio teria, se acionasse o obrigado cambial. E como cessionário, por ser parte litigante em nome próprio, também suporte exceções pessoais a si, advirá daí complicação ou dilatação tamanha da de Pesa do réu, sue a torne incompatível com a ação executiva? Fôra mister, então, ignorar que a mesma complexidade de defesas, pessoais ao autor e a portadores antecedentes, é possível e legítima na ação movida por endossatário regular, que adquirisse o crédito por endôsso anterior ao vencimento: basta que se lhe prove concomitantemente a má-fé, que em direito cambial se caracteriza pela simples ciência que êle tivesse dos vícios do crédito do endossador, ao tempo da aquisição. Êste ponto é da doutrina pacífica, não só entre nós, como nas fontes de nossa lei vigente. Não há, pois, incompatibilidade entre a ação rigorosa, executiva, e a multiplicidade de pessoas, a quem as defesas do réu se refiram. Por que essas defesas não se deslimitam, nem deixam de ser, rigorosamente, só as *admissíveis* em *direito cambial*. E nisto, tão-sòmente na restrição da natureza, isto é, das espécies de defesas, é que se caracteriza o

crédito cambial. Acresce que ao credor, vale dizer, "possuidor legitimado", nos têrmos do art. 39, é que a lei concede ação executiva executiva (art. 49); e o cessionário por endôsso tardio é indubitàvelmente credor e legitimado. Estas são as razões elementares pelas quais não se pode desconhecer ao cessionário de título cambial o direita à ação executiva. Escusado é documentá-las com a carta de nobreza da autoria delas, que é fácil de rastrear em qualquer dos nossos tratadistas que hajam discutido o assunto. PAULO DE LACERDA é explícito em sua 3ª edição, como já o era nas duas anteriores de sua obra "A Cambial", nº 419, de tôdas três), admitindo a ação executiva do cessionário. Antes dele opinara da mesma forma a mais antiga autoridade nossa sôbre a nova legislação, JOSÉ ANTÔNIO SARAIVA ("A Cambial", § 64, pág. 209). E com êle se manifesta a maioria dos tratadistas: ANTÔNIO BENTO DE FARIA ("Código Comercial Anotado", 3ª ed., vol. 1°, apêndice I, pág. 1.027), JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", volume 5º, pág. 2, nº 926, págs. 460 e segs.), ALFREDO RÚSSEL ("Curso de Direito Comercial Brasileiro", tomo II, nº 1.016, página 180), RIBEIRO DE SOUSA ("Cambial", pág. 262), BIOLCHINI ("A Letra de Câmbio", nota 18, pág. 20), etc. Tergiversou, sem dúvida, a jurisprudência, acêrca dessa tese. Mas acabou por se render à lógica dos doutrinadores. Resolvida, assim, a tese pela própria jurisprudência, e pela maioria dos autores nossos (ou, melhor, pela unanimidade dos nossos tratadistas que o estudaram e discutiram), bem se pode dizer, como CARVALHO DE MENDONÇA, depois de examiná-la a fundo, que insistir-na negativa "revela o propósito de teima pelo prazer de teimar..." ("Tratado", citado, vol. 5°, parte II, nº 926, pág. 461)" (ANTÔNIO MAGARINOS TÔRRES, "Teses Seletas de Direito Cambiário Brasileiro", Livraria Editôra Leite Ribeiro, 1928, págs. 128-133).

Nem se afasta desta orientação o ensinamento de PONTES DE MIRANDA sôbre o art. 8°, § 2º, da lei nº 2.044: não se trata de cessão civil, trata-se de endôsso, com efeito de cessão civil. O título, que cambiário era, cambiário continua. Porque o endôsso, posterior ao vencimento, não é cessão, não é preciso que satisfaça as exigências da legislação civil. Êle só tem de satisfazer os pressupostos da lei cambiária; os seus efeitos é que são os efeitos da cessão civil. Assim, se o endôsso foi posterior ao vencimento, faz-se possível a defesa de pagamento parcial. O título continua cambiário, portanto, com o processo executivo (Côrte de Apelação de São Paulo, 28 de setembro e 12 de dezembro

de 1934, "Rev. dos Tribunais", t. 95, pág. 142, 155; 13 de fevereiro de 1935, t. 97, págs. 405-406) (PONTES DE MIRANDA, ob. e vol. cits., nº 21, pág. 128).

III. Pretende o réu, ainda, se declare serem devidos os juros de mora tão-somente a partir da citação inicial, e que não lhe cabe responder por honorários advocatícios. Improcede a pretensão. Estipulados na nota promissória e equivalentes à taxa legal, fluem êles, os juros de mora, desde o vencimento do título. O pedido de pagamento dêles não constitui surprêsa para todo aquêle que, vinculado à satisfação do título, não utiliza os meios cabíveis para se forrar às conseqüências do inadimplemento. E são devidos os honorários advocatícios, por mostrarem os autos *signanter* pelas declarações de Oliveiro Batista da Silva, que se configura a hipótese prevista pelo art. 63 do Cód. de Processo Civil.

Em face do exposto, sendo adequado o meio utilizado pelo autor e verificada a improcedência das defesas oferecidas, condenam Luís Feistauer ao pagamento do montante da nota promissória, dos juros da mora, a contar do vencimento do título, bem como dos honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor do pedido, e custas.

Pôrto Alegre, 17 de julho de 1951. - *Homero Martins Batista*, presidente; *Nei Wiedemann*, relator.

Foi voto vencedor o do Sr. desembargador JOÃO SOARES.

*

AÇÃO POSSESSÓRIA - RECONVENÇÃO

- Sendo a posse um direito real e versando sôbre imóvel, é inadmissível a reconvenção em ação de manutenção de posse.

Heleodoro Albano de Sousa e outros *versus* Pedro Cechinel e outros

Ag. nº 4.080 - Relator: DESEMBARGADOR NEI WIEDEMANN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, nos quais, interpondo o recurso de agravo de petição estabelecido pelo art. 846 do Código de Proc. Civil, pretende Heleodoro Albano de Sousa seja reformado o despacho que não admitiu reconvenção na ação de manutenção de posse de terras, situadas em Aparados da Serra, contra êle instaurada por Aldo Cechinel e outros:

Acordam em 1ª Câmara Cível:

a) Tomar conhecimento do recurso, por ser o mesmo cabível na espécie. Não se mostra discordante do sistema processual vigente, o conceito de reconvenção formado por STRYCHIO: *"reconventio est actio a Reo contra Actorem"* adotado por LOBÃO e mencionado por JOÃO MONTEIRO ("Curso de Processo Civil", vol. 3º, 3ª ed., 1912, § 292, nota 1, pág. 346). Acentuou o exímio professor da Faculdade de Direito de São Paulo que "a reconvenção é verdadeira ação" (vol. e pág. citados, § 293). Sendo assim, é de se reconhecer ao pedido, formulado pelo réu, nos têrmos do art. 190 do Cód. de Processo Civil, a natureza inegável de petição inicial da ação que o demandado intenta *"coram eodem judicio"*. Nessas condições, o despacho que não admite a reconvenção (Cód. de Proc. Civil, art. 192) equivale àquele que indefere a petição inicial (Cód. de Proc. Civil. art. 160).

Dêste último, uniformemente a jurisprudência há decidido que cabe agravo de petição. As mesmas razões, evidentemente, esteiam o reconhecimento da procedência do uso dêste recurso para remediar a situação criada em relação à reconvenção.

b) Negar provimento ao referido agravo de petição. Sôbre o pressuposto de se debater ação pessoal, neste juízo possessório, pleiteia o agravante seja declarada improcedente a invocação do nº V do art. 192, citado, para afastar o pedido reconvencional formulado a fls. 13-14. Entretanto, é de se considerar acertada a tese defendida pelo agravado e acolhida pela decisão impugnada. Como expôs o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES; no recurso extraordinário número 8.939, do Rio Grande do Sul, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 23 de agôsto de 1949, a jurisprudência vem reconhecendo que a posse é um direito real, e essa orientação é de se seguir, porquanto, "pelo art. 485 do Cód. Civil, a posse é o direito daquele que tem de

fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. A demonstração de que a posse é direito está ainda em sua tutela por meio de ações especiais (Cód. Civil, art. 499). Sendo a posse um direito, êste há de ser real. Será um direito real mais fraco que os outros, provisório, mas sua natureza real se manifesta no senhorio material, efetivo, sôbre uma coisa. Em nosso direito, esta parece haver sido a solução adotada para a célebre controvérsia". O Sr. ministro MACEDO LUDOLF secundou êsse voto: "A tendência do nosso direito tem sido sempre no sentido de considerar a posse um direito real, tanto assim que, nas ações possessórias, de acôrdo com o que, expressamente, dispõe o Cód. Civil, é necessário sempre a citação da mulher casada, sob pena de nulidade do processo. Quanto a êste ponto, não há dúvida alguma" ("Direito", vol. 47, páginas 231-233). Nessas condições, quer por versar a ação sôbre imóveis, quer por se debater direito real, é inadmissível a reconvenção, nos têrmos do art. 192, V, do Cód. de Processo Civil.

Custas pelo agravante.

Pôrto Alegre, 9 de outubro de 1951. - *Homero Martins Batista*, presidente; *Nei Wiedemann*, relator; *Lourenço Mário Prunes*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MOVIMENTO MULTITUDINÁRIO

- O Estado, e não a União, responde pelos danos causados por movimento multitudinário, verificado com danos à propriedade alheia, em período de estado de guerra, mesmo estando aquêle sob regime de intervenção.

Estado do Rio Grande do Sul *versus* Willy Patzold e outro

Ap. nº 6.825 - Relator: DESEMBARGADOR MELO FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos:

Os autores demandaram o Estado do Rio Grande do Sul, para haverem a reparação dos danos causados aos seus estabelecimentos comerciais, que foram invadidos e depredados por populares, em 19 de agôsto de 1942, na cidade de Pelotas, a pretexto de represália contra o afundamento de navios brasileiros por belonaves da Alemanha e da Itália.

O Dr. juiz de direito julgou procedente a ação, conforme sentença de fls. 134.

Dessa decisão houve recursos, *ex officio* e voluntário, a fls. 138-141.

I. Em preliminar, argúi o Estado a incompetência desta Câmara para conhecer e julgar a causa em debate. Sustenta a Procuradoria Geral que o interventor federal neste Estado, em agôsto de 1942, era um "representante do poder central", e, conseqüentemente, "um funcionário da União". Caberia, portanto, ao Tribunal Federal de Recursos decidir a apelação interposta pelo segundo recorrente (fls. 158).

Improcede, porém, essa argüição. O decreto-lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939, vigente ao tempo dos fatos constantes da inicial, dizia que, "para os efeitos da responsabilidade civil", o interventor era considerado "autoridade local", sem embargo de sua nomeação pelo presidente da República (artigos 3° e 42).

A respeito, decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal, no rec. ext. n° 14.649, de 1949: "O Estado, e não a União, responde pelos danos causados por movimento multitudinário, verificado com danos à propriedade alheia, em período de estado de guerra, não valendo, em contrário, a circunstância de estar o país sob o domínio discricionário" ("REVISTA FORENSE", volume 128, pág. 456).

II. Quanto ao mérito, a sentença apelada decidiu com acêrto, salvo no tocante ao valor das indenizações reclamadas, que devem ser reduzidas a justo limite.

Os autores deixaram de requerer, no momento oportuno, vistorias *ad perpetuam rei memoriam*, que assegurariam o conhecimento exato dos danos emergentes e a estimativa dos lucros cessantes.

O laudo de fls. 103 e segs., efetuado sete anos depois dos fatos que originaram a demanda, consignou algumas parcelas que, por excessivas e desacompanhadas de prova convincente, devem ser excluídas. Assim são as parcelas de Cr$ 60.000,00 e Cr$ 38.500,00, mencionadas a fls. 106-107, relativas ao pagamento de "luvas" destinadas à obtenção dos locais de comércio ocupados pelos autores. Também são exagerados os lucros cessantes, arbitrados em Cr$ 40.000,00 e Cr$ 60.000,00, anuais, a fls. 106-107.

Conforme se vê de fls. 111, os danos emergentes sofridos por Willy Patzold importaram em Cr$ 72.000,00, correspondentes ao valor das instalações, mercadorias e dinheiro do seu negócio - a banca nº 10, sediada no Mercado Público, em Pelotas - e mais Cr$ 35.000,00; correspondentes aos valores e objetos existentes na residência particular do apelado. As duas parcelas acima indicadas somam Cr$ 107.000,00. Os lucros cessantes, mesmo em se tratando de próspero negócio, não deverão exceder de 15% anuais sôbre a quantia de Cr$ 72.000,00.

Os danos emergentes sofridos por Henrique Buffleben importaram em Cr$ 120.000,00, correspondentes ao valor das instalações, utensílios, mercadorias e dinheiro, do seu negócio, no Hotel América; e mais Cr$ 24.830,00, correspondentes aos móveis e objetos de seu uso pessoal (fls. 111). As ditas parcelas somam Cr$ 144.830,00. Os lucros cessantes serão calculados pelo contador, oportunamente, à razão de 15% anuais sôbre Cr$ 120.000,00.

Quanto ao mais, fica mantida, por seus fundamentos, a sentença de primeira instância.

Pelo exposto:

Acordam, em 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça:

1º) rejeitar a preliminar de incompetência, argüida pelo Dr. procurador geral;

2°) dar provimento, em parte, aos recursos, *ex officio* e voluntário, para reduzir, pelo modo acima indicado, as indenizações a serem pagas pelo réu.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 17 de outubro de 1951. - *Erasto Correia*, presidente; *João Clímaco de Melo Filho*, relator; *Maurílio Alves Datelo*.

Fui presente. - *Ernâni Coelho*.

*

AÇÃO EXECUTIVA - NOTA PROMISSÓRIA - SÓCIO SOLIDÁRIO – FALÊNCIAS ENCERRADAS

- Os credores particulares dos sócios solidários, ainda que obrigados a concorrer à falência, habilitando-se na massa particular dos sócios, não perderam o direito de reclamar os seus créditos no processo de extinção de obrigações particulares, mesmo que não houvessem se habilitado.

- A sentença deve ser interpretada restritivamente, não compreendendo assim as obrigações particulares, quer sob o ponto de vista formal, quer sob o ponto de vista material, pois não existe solidariedade das firmas em relação às ditas obrigações particulares, sendo que a solidariedade é dos sócios solidários e seus bens pelas dívidas sociais.

Miguel Swirski *versus* Paulo Hutz

Embs. nº 6.717 - Rel.: DESEMBARGADOR MAURÍLIO DAIELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes nº 6.717, desta capital, em que é embargante Miguel Swirski e embargado Paulo Hutz:

Acordam, em Câmaras Civis Reunidas, por unanimidade, rejeitar os embargos para confirmar o acórdão embargado, julgando, assim, procedente a ação executiva intentada.

Custas pelo embargante.

I. Trata-se de ação executiva proposta contra Miguel Swirski e Luís Rosenfield, fundada em nota promissória emitida pelo primeiro e avalizada pelo segundo, em favor de Paulo Hutz.

É dívida particular, não tendo o credor se habilitado nas falências de Miguel Swirski & Cia. e Irmãos Swirski em cujas sociedades o emitente era sócio de responsabilidade ilimitada, e não se habilitando, igualmente, o devedor solidário Luís Rosenfield.

Assim, a presente questão gira em saber se o direito do credor ficou perdido, presumindo-se tenha-o renunciado por não se haver habilitado, não podendo, por isso, exercê-lo contra os sócios solidários das referidas firmas e principalmente em face de serem declaradas extintas as obrigações das firmas falidas, compreendendo-se as dos seus sócios solidários pelas suas dívidas particulares.

É de notar que, na petição em que se pedira a extinção dessas obrigações, os sócios solidários externaram que haviam sido cedidos todos os créditos habilitados ou não, sociais e particulares das falidas, tendo o juiz, entretanto, na sua decisão, só se pronunciado, expressamente, sôbre as obrigações das ditas firmas, silenciando quanto às obrigações particulares dos referidos sócios.

II. Não resta dúvida que, com a declaração das duas falências citadas, se produziu o vencimento de tôdas as dívidas das firmas referidas e as dos seus sócios solidários.

No tocante à dívida, em concreto, essa antecipação dizia respeito aos sócios solidários das firmas falidas e não aos co-obrigados *in bonis*.

E como, por efeito da falência, são arrecadados, igualmente, os bens particulares dos sócios solidários, todos os credores, inclusive os particulares, deverão se habilitar, e, se não o fizerem os co-devedores solventes podem se apresentar por tudo quanto houverem pago ou pelo que mais tarde deverão responder.

Processam-se, de tal arte, simultâneamente, a arrecadação dos bens sociais e dos particulares, levantando-se inventários especiais e separados. De modo que,

procedida à liquidação, os créditos particulares serão atendidos, a princípio, pelas sobras, se houver, e, no caso de saldo, mediante rateio com os créditos sociais (art. 128 da Lei de Falências). Em todo o caso, terá lugar o pagamento daqueles créditos.

Na hipótese vertente, ainda que fôssem arrecadados alguns bens particulares dos sócios, não se formou massa particular e nem se habilitaram os credores particulares e foram encerradas as falências na fase da sindicância. Mas se, realmente, tivesse processado regularmente a arrecadação, estimação e liquidação dos bens particulares e se nessa massa tivessem os credores particulares se habilitado, isto não importaria em ficarem perdidos os direitos dos credores retardatários ou dos ausentes. Perderiam sòmente o direito aos rateios distribuídos e lhes restaria o direito ao saldo, na proporção do que fôra conferido aos demais credores habilitados (arts. 134 e 133 da Lei de Falências). De modo que, encerradas as falências, o credor, apresentando seu titulo, desde que não prescrito, poderia impugnar o pedido de extinção das obrigações do devedor e recorrer da decisão, se não atendido, o que demonstra que, ainda nessa fase do processo, o credor retardatário poderia requerer o pagamento do seu crédito (vêde VALVERDE, comentários ao art. 136 da citada Lei de Falências).

III. Verifica-se ainda mais que o credor, apesar de ter feito protesto no processo falimentar para reaver o seu crédito do cessionário, não impugnou a pretensão do devedor no processo da extinção das obrigações e ficaria sujeito à solução que fôsse dada no respectivo processo, desde que não interpusesse em tempo o respectivo recurso.

Mas, a sentença constante da certidão de fls. 51 só julgou extintas as obrigações das firmas falidas de Irmãos Swirski e Miguel Swirski & Cia. Não foram incluídas, expressamente, as obrigações dos sócios solidários pelos seus créditos particulares, como seria de mister, e vê-se do pedido constante no acórdão do Tribunal de São Paulo, na "Revista dos Tribunais", vol. 187, pág. 837.

E admitindo-se que, por fôrça do art. 2º da Lei de Falências, possa o devedor requerer a extinção das suas obrigações particulares, estendendo-se a êle os direitos do art. 136 da mesma lei, inegàvelmente essa matéria deveria ficar

expressa na sentença respectiva. É certo que o sócio solidário, ainda que não declarado falido, responde subsidiariamente pelas obrigações sociais e daí o seu interêsse em pedir a extinção daquelas obrigações, e declaradas extintas por sentença as ditas obrigações reflete-se na solidariedade que a ela prendem os ditos sócios. No entanto, cogitando-se de dívidas particulares, torna-se necessário declaração expressa, não podendo compreender-se que a extinção das obrigações sociais traga em seu bôjo a extinção das dívidas particulares dos sócios solidários.

IV. Afinal, a interpretação que se deve dar à sentença que silenciou sôbre o pedido de extinção das obrigações particulares referidas é de que não as atendeu nesse particular, pois que a interpretação que se deve dar às sentenças é restritiva, como assinala PONTES DE MIRANDA; nos seus "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. 2º, pág. 326, a não ser que se tratasse de julgamento *citra petita*, mas a respeito do qual não se pediu declaração, ou houve, oportunamente, interposição de recurso.

Não havendo solidariedade entre as dívidas particulares dos sócios e as sociais, e, sim, ao contrário, solidariedade dos sócios pelas das firmas de que fazem parte, ainda sôbre êsse aspecto de direito substancial não haveria razão para dizer-se que a declaração da extinção das obrigações das firmas falidas compreenda as obrigações particulares dos sócios solidários.

Em última análise, a sentença, em referência, não julgou extintas as obrigações particulares do embargante motivo por que contra êle poderia ser intentada a presente ação.

Pôrto Alegre, 10 de janeiro de 1952. - *Samuel Silva*, presidente; *Maurílio Alves Daielo*, relator; *Nei Wiedemann; Lourenço Mário Prunes; Homero Martins Batista; Loureiro Lima; Décio Pelegrini; João Clímaco de Melo Filho.*

Fui presente. - *Ajadil de Lemos*.

*

DUPLICATA - PROTESTO

- Fazendo a duplicata parte de uma conta-corrente simples, cujas parcelas estão devidamente comprovadas, não é devido o seu valor integral e sim o saldo da referida conta.

- Aplicação do art. 433 do Cód. Comercial.

Mabi Industrial, Madeireira Ltda. *versus* Cine-Teatro Real Ltda.

Ap. nº 7.341 - Relator: DESEMBARGADOR MAURÍLIO DAIELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.341, de Caxias do Sul, em que é apelante Mabi Industrial, Madeireira Ltda. e apelado Cine-Teatro Real Ltda.:

Acordam, em 2ª Câmara Cível, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação, para, reformando a sentença recorrida condenar a ré a pagar à autora a importância de Cr$ 2.634,00, saldo correspondente dos contratos de compra e venda resultantes do demonstrativo da conta-corrente de fls., devidamente comprovada nas suas respectivas parcelas, e juros da mora.

Custas em proporção.

A autora vendera mercadorias à ré emitindo duplicatas e pediu fôsse essa condenada a pagar-lhe o valor de uma delas, a qual recusara a aceitar, tendo sido a mesma levada a protesto.

A ré alegou ter pago o valor dessas mercadorias, juntando vários recibos, inclusive um extrato de conta-corrente da vendedora.

E ajustado o recibo de fls. 23, datado de 25 de fevereiro de 1950, ao que consta da referida conta-corrente verifica-se que o valor da duplicata emitida a 17 do citado mês e ano, - título que deu lugar à presente execução -, nela já se fizera representar.

Mas não se trata de contrato de conta-corrente, com os seus característicos próprios, tais sejam, a novação e dilação, ou, segundo outros autores, a formação dum todo homogêneo e indivisível (vêde PAULO DE LACERDA, "Do Contrato de Conta-corrente", págs. 188-194; VITÓRIO SALANDRA, "Conti Correnti Bancari e Contratto di Conto Corrente", *in* "Rev. del Diritto Commerciale", vol. 31, 1ª parte, pág. 6), e sim de conta-corrente simples, consistindo em um gráfico representativo do resultado de compras e vendas e dos respectivos pagamentos. É a demonstração gráfica da execução de contratos diversos e o balanço-sempre pronto do estado de negócios entre duas partes, isto é, os fornecimentos de um e os pagamentos de outro. Não discriminara o que devia o freguês por essa ou aquela fatura, mas a quantia da diferença entre a soma das dívidas exigidas e a soma dos pagamentos, integrais ou por conta. De modo que essa diferença - ainda que se trate de contratos diferentes e independentes entre si, más não se cuidando de título líquido e certo e exigível por si mesmo -, é a que deverá ser atendida, desde que se faça prova das parcelas constantes da referida conta (art. 433 do Cód. Comercial).

Na espécie, não há divergência quanto aos fornecimentos, dissentindo as partes no tocante aos pagamentos, mas, através dos recibos apresentados e ajustados à conta-corrente simples, ressalta, indubitàvelmente, ser a ré devedora da diferença referida e não do valor da duplicata não aceita, cuja parcela, aliás, faz parte do extrato de conta-corrente e estaria incluída no recibo atrás aludido, fornecido pela autora, por saldo de conta até a data em que foi firmado.

É bem de ver que essa declaração de pagamento por saldo de conta-corrente, constante do recibo, não importa em afirmar que todos os pagamentos posteriores não se realizem para a solução das dívidas ainda não satisfeitas, de modo que tôdas as parcelas do *deve e haver* serão somadas para verificar se essas dívidas foram saldadas (LACERDA, ob. cit., pág. 19).

E, na espécie, à vista do que ficou comprovado, resta o saldo devedor acima apurado e demonstrado.

Pôrto Alegre, 26 de setembro de 1951. - *Erasto Correia*, presidente; *Maurílio Alves Daielo*, relator; *João Clímaco de Melo Filho*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MOVIMENTO MULTITUDINÁRIO

- É o Estado responsável pelo dano resultante de motim popular, se seus agentes, por omissão, não o evitaram.

- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR DARCI PINTO: Perdida a autonomia estadual, com o regime de 37, cabe à União, e não ao Estado federado, a responsabilidade pelas omissões das autoridades policiais locais.

Estado do Rio Grande do Sul *versus* Schramm & Cia.

Ap. nº 7.269 - Relator: DESEMBARGADOR LOUREIRO LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

A firma apelada promoveu a presente ação contra o Estado para haver a indenização dos danos que sofreu em seu estabelecimento comercial, ocasionados pelo motim popular contra os súditos do "eixo", em 1942, nesta Capital. O réu contestou, alegando ser a autora carecedora da ação por tratar-se de fôrça maior, pois nenhuma culpa teve no evento danoso. Instruído o processo, com debates orais, nestes sustentou o réu que, ainda no caso de haver responsabilidade de alguém pelo aludido fato, no caso, ela seria da União, por, achar-se o Estado, na época, sob o regime de intervenção federal. A causa foi julgada procedente, com a condenação do réu ao ressarcimento do dano verificado. Não recorreu o juiz de ofício, mas houve apelação voluntária do vencido, na qual pede a reforma do julgado e a improcedência da ação. A apelada pleiteia confirmação. O Sr. procurador do Estado levanta a preliminar de incompetência da Câmara, por ser responsável a União, e, de mérito, pede a reforma da sentença, por não estar provada a culpa do réu.

I. Improcede a preliminar de incompetência. A União não é parte no litígio; apenas o réu a quer envolver como a responsável pela indenização a que foi êle

condenado. Destarte, é manifesta a improcedência da aludida preliminar, pois a demanda tem como réu, exclusivamente, o Estado do Rio Grande do Sul.

II. Quanto ao mérito, a prova dos autos não deixa a menor dúvida de que o réu, por omissão de seus agentes, foi o exclusivo culpado pelo dano sofrido pela autora em sua propriedade e bens, como fundamentadamente demonstra a brilhante sentença apelada. As razões de recurso do réu de nenhum moda abalaram-na, pelo que deve a mesma ser confirmada.

Por êsses motivos, rejeitada a preliminar de incompetência, acordam, em 3ª Câmara Cível, negar provimento, por maioria, para confirmar a sentença apelada, cujos fundamentos adotam como parte integrante dêste julgado.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 21 de setembro de 1951. - *Loureiro Lima*, presidente e relator; *Décio Pelegrini; Darci Pinto*, vencido: Dava provimento ao apêlo do Estado, para reformar a sentença de primeira instância. O Rio Grande do Sul perdera a autonomia, pois fôra inaugurado o regime unitário, sendo o pais dominado por um govêrno de fato. Criara-se, indiscutivelmente, o Estado-policial; com supressão de tôdas as garantias e tôdas as liberdades, menos as daqueles que, por deformação moral, entoavam loas à ditadura e a aplaudiam incondicionalmente. O Poder Legislativo fôra simplesmente extinto e o Poder Judiciário sofria restrições vexatórias e inqualificáveis. Venerandos julgados do egrégio Supremo Tribunal Federal eram anulados, em nome do interêsse público, coisa de que nunca, se cuidou e só servia para justificar atitudes inomináveis. O povo perdera o direito comezinho em tôda democracia, de eleger seus dirigentes. Os que existiam, eram impostos pela vontade onipotente do chefe do govêrno central; eram delegados e prepostos dêle. E nada mais do que isso. Impossível, portanto, é que se responsabilize o Estado, vale dizer, o povo, por atos que não praticou e nem foram em seu nome praticados. Se houve omissão, se houve desídia, por esta não responde o Rio Grande, que estava tolhido na sua liberdade, e, por isso, não tinha govêrno seu. Quem o dirigia, não o fazia em nome de sua população - privada de escolher mandatários - e, sim, em nome do chefe do Estado totalitário, de quem era preposto de absoluta e integral confiança. E o preponente é sempre o responsável pelos atos lícitos ou ilícitos, omissivos ou comissivos, praticados pelo preposto.

O dec.-lei n° 1.202, invocado para fundamentar e demonstrar a responsabilidade do Estado, não tem a virtude de alterar ou modificar os têrmos do problema. A origem dêle é a mesma; provém da mesma fonte; é um dos tantos que formam a torrente. Não emanou dos representantes do povo e nem foi ditado em nome dêste.

No regime bárbaro e primitivo, no regime de tutela em que se encontrava a Nação, nada mais fácil e nada mais simples do que se atribuir a terceiros a responsabilidade que, sem dúvida alguma, devia caber aos conquistadores do poder.

Entendo, por isso, que cabe à União indenizar os prejuízos, assegurando-se-lhe o direito de regresso.

Foi presente ao julgamento o Sr. Dr. ÁLVARO DE MOURA E SILVA, 2º procurador do Estado.

SENTENÇA RECORRIDA

A firma Schramm & Cia., estabelecida nesta praça, propôs ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul, para obter indenização de prejuízos que alega ter tido, com as depredações praticadas por populares, em agôsto de 1942. Diz a requerente que as depredações se iniciaram na noite de 18 de agôsto de 1942, e, na manhã de 19 do mesmo mês, o seu estabelecimento, sito à rua dos Andradas nº 1.614 - com fábrica de doces e confeitaria - foi depredado, sem que as autoridades estaduais tomassem qualquer precaução, conforme era de seu dever, em face do exposto no art. 1° do dec. estadual número 7.601, de 5 de dezembro de 1938. Houve, assim, omissão culposa por parte do Estado, o que importa em sua responsabilidade pelo dano sofrido pela firma. Pede seja o Estado condenado a pagar a importância de Cr$ 18.930,30, correspondente ao valor das mercadorias inutilizadas, dos danos sofridos pelo prédio, instalações, móveis e utensílios, reais os lucros cessantes, tudo de acôrdo com a vistoria anexa à ação e efetuada com a audiência das partes interessadas. Pede mais a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, juros de mora, custas do processo, e tôdas as demais pronunciações legais. Contestou o Estado, dizendo não caber culpa alguma ao Estado do Rio Grande do Sul nos

acontecimentos de que resultaram depredações em vários edifícios desta cidade, pois não houve participação alguma de funcionários do Estado nessas danificações. Por outro lado, os fatos que deram origem a esta ação partiram de movimentos espontâneos da massa popular e colheram de surprêsa a autoridade pública, que se viu, momentâneamente, impotente para refrear os ímpetos das multidões enfurecidas, sendo de notar que, nesta capital, necessário foi o concurso da fôrça federal para o restabelecimento da ordem e garantia dos bens dos cidadãos ameaçados. Inexistindo qualquer participação de funcionário público, nessa qualidade, nos sucessos invocados, e comprovada a impotência do poder público estadual, para debelar a violenta explosão dos sentimentos populares, nenhuma culpa assiste ao Estado pelo dano sofrido pela autora. Diz, ainda, o Estado, que, na importância pedida na inicial, já estão incluídos os lucros cessantes, como se vê da perícia junta aos autos. Foram ouvidas duas testemunhas. O Estado juntou ao processo certidão do depoimento prestado por outra testemunha em processo semelhante a êste. Nos debates, as partes reafirmaram os argumentos expendidos, levantando o Estado uma questão nova: a da irresponsabilidade do Estado pelos danos sofridos pela autora, pois, se houver responsável, êste é a União Federal, uma vez que o Estado, na ocasião dos fatos, estava sob intervenção federal.

É o relatório.

A prova reunida no processo convence de que o estabelecimento da autora foi um dos depredados pelo movimento popular de agôsto de 1942. As duas testemunhas ouvidas viram a prática das danificações, e o resultado delas foi constatado na vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, à qual o Estado não opôs objeções, concordando com o seu resultado. E dever elementar do Estado manter os funcionários necessários à manutenção, da ordem, segurança e tranqüilidade pública, competindo-lhe assegurar tôdas as garantias individuais. Ora, como se vê dos autos, o Estado não tomou a menor precaução para evitar as depredações, pelo menos em relação a alguns prédios, pois, segundo refere a testemunha ouvida nesta audiência, a casa Uhr & Cia. foi poupada, devido, exclusivamente, à presença de um soldado da Brigada Militar. Êsse fato e o outro de terem cessado as depredações logo que começou o policiamento por fôrças do Exército, revela que nem era difícil proteger os prédios danificados. Houve, assim, manifesta culpa do Estado, pois as depredações foram possíveis devido à sua inércia, quando êle tinha o dever de agir e podia fazê-lo. Não

procede a argüição do representante do Estado de caber a responsabilidade à União, por estar aquêle sob intervenção federal. É o próprio dispositivo do dec. nº 1.202, invocado pelo representante do Estado, que mostra ser dêste a responsabilidade. A obrigação do policiamento cabe ao Estado-membro e o chefe do seu Executivo, ainda que nomeado pelo govêrno federal, tinha o dever, por si ou seus funcionários, de fazer efetivo o policiamento, e êste dever lhe competia como detentor do Poder Executivo estadual. Nessas condições, a responsabilidade pelo ressarcimento de dano compete ao Estado-membro. Não é outro o ensinamento de PONTES DE MIRANDA. Estando provado o dano, e, também, a culpa do Estado, julgo a ação procedente, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul a pagar à autora a importância de Cr$ 18.930,30, juros de mora, custas do processo e honorários de advogado, que arbitro em 20% sôbre a quantia acima mencionada. A seguir, foi a sentença publicada. - *Baltasar G. Barbosa*.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

SUBLOCAÇÃO - RETOMADA

- O sublocador pode retomar, para uso próprio, o prédio sublocado e, se reside em prédio alheio, exercendo o direito de retomada pela primeira vez, não está sujeito a provar a necessidade.

Sady Bellini **versus** Alberto C. Pinheiro

Ap. nº 7.232 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO BATISTA - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 4 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.187)

*

COMODATO - DONATIVOS AO COMODANTE

- Não desnaturam o comodato, transformando-o em locação, os donativos feitos pelo comodatário ao dono comodante, instituição de caridade.

Rio grandense Futebol Clube **versus** Asilo e Orfanato Lucas de Araújo

Ap. nº 7.235 - Relator: DESEMBARGADOR DÉCIO PELEGRINI - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.188)

*

PROVA DOCUMENTAL - QUESTÃO DE FATO

- É irregular a produção, com as razões de apelação, de documento datado de antes da propositura da ação e, ainda mais, quando suscita questão de fato, insuscetível de apreciação na instância superior, salvo se provado motivo de fôrça maior.

Mary Nogueira Ledo **versus** Rogério Pinto Barreto

Ap. nº 7.262 - Relator: DESEMBARGADOR LOURENÇO PRUNES - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 25 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Civ. 8.189)

*

SANEADOR - TRÂNSITO EM JULGADO

- Embora a sentença apelada tenha reexaminado as questões decididas no despacho saneador transitado em julgado, para confirmá-lo, está impedido o conhecimento das mesmas argüições.

Ângelo Biasi e sua mulher **versus** Orlando Antonini Primo e sua mulher

Ap. nº 7.277 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO BATISTA - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 27 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.190)

*

PROMISSÓRIA - FALTA DE CAUSA - ENDOSSATÁRIO - MÁ-FÉ

- Admitida a má-fé do endossatário exeqüente, é dado ao executado opor defesa cabível contra o endossador, mas a falta de causa das promissórias só pode ser acolhida se rescindido o negócio a que se prendiam os títulos.

Alfredo Matte **versus** Plínio Sefton de Azevedo

Ap. nº 7.306 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO BATISTA - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de Rio Grande do Sul, em 2 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.191)

*

DESPEJO - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL

- É válida a notificação extrajudicial, para a ação de despejo, feita antes da entrada em vigor da Lei do Inquilinato de 1950.

Exportadora Ultramar de Produtos Animais Ltda. **versus** Beira-Rio Armazenagens, Sociedade Anônima

Ap. nº 7.336 - Relator: DESEMBARGADOR LOURENÇO PRUNES - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 9 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.192)

*

DESPEJO - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA

- A demora em intentar a ação de despejo, desde que justificada, se persistentes os motivos que demonstram a necessidade da retomada, não desnaturam a notificação prévia.

Hugo Cárdia Alves **versus** Homero Salazar

Ap. nº 7.396 - Relator: DESEMBARGADOR ALVES DAIELO - Ac. unânime da 2ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 26 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.193)

*

LIDE TEMERÁRIA - EMULAÇÃO

- Verifica-se o espírito de emulação quando o emulador, sabendo que o resultado do pleito lhe será adverso, age apenas porque visa o prejuízo do outro a quem demanda.

Breno Martins Futuro **versus** Vítor Rodrigues Branco

Ap. nº 7.426 - Relator: DESEMBARGADOR LOURENÇO PRUNES - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, em 2 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.194)

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

FALÊNCIA - RECURSO - PRAZO – AÇÃO EXECUTIVA - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

- O prazo de recurso da sentença que denega a falência só começa a correr da intimação.

- Não é possível cumular ação executiva com pedido de falência, pois os pedidos não obedecem à mesma forma.

- Não justifica ação executiva uma simples conta fundada em contrato que consubstancie obrigação de fazer, mesmo tendo as partes convencionado a via executiva para a cobrança.

José Carreteiro *versus* Joaquim Ferreira da Silva

Ag. nº 3.296 - Relator: DESEMBARGADOR SOUTO MAYOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.296, da comarca de Niterói, agravante José Carreteiro, agravado Joaquim Ferreira da Silva:

José Carreteiro, comerciante, estabelecido nesta cidade, alegou ter contratado com Joaquim Ferreira da Silva, proprietário da Oficina Naval, situada à rua João de Deus Freitas nº 62, também na Capital, a retirada de uma traineira, que se achava em terra, sôbre cavaletes, e seu lançamento ao mar, tendo sido os serviços contratados pela quantia de Cr$ 29.560,00, pagável até o dia 10 de janeiro de 1951.

Não cumprida a obrigação, requereu, com fundamento no art. 298, nº XII, do Código de Proc. Civil, combinado com o art. 2º, inciso I, da Lei de Falências, a citação do devedor para, dentro de 24 horas, pagar ou depositar aquela quantia, acrescida das cominações legais, decretando-se-lhe a falência no caso de não cumprimento.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 4 a 7.

Citado, veio o devedor com a defesa de fls. 13, em a qual sustenta, em síntese, e preliminarmente, a nulidade do processo, por ter o autor pretendido cumular o pedido de falência com a ação executiva, esquecendo-se ainda do protesto do título ajuizado.

No mérito, aduz a falsidade do título, pelo que o original era de ser exibido.

Replicou o autor a fls. 20, trazendo aos autos os documentos de fls. 24 e 25.

Foi concedido ao embargante o prazo legal para comprovação do seu articulado, vindo êle com as razões de fls. 27, 31 e 33.

No dia designado, não compareceu o embargante.

A fls. 40, tecendo diversas considerações, o MM. Dr. juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, denegando a falência.

Inconformado, agravou o autor, com as razões de fls. 42 a 48, acompanhadas do documento de fls. 49.

Contraminutou o agravado (fls. 52-55) e falou a Curadoria Geral a fls. 57, opinando pela reforma da decisão recorrida.

Nesta instância, com o douto parecer de fls. 65 a 69, manifestou-se o preclaro desembargador procurador geral do Estado pelo acolhimento da preliminar relativa à intempestividade do recurso e, no mérito, pela confirmação da sentença.

Ex positis, e tudo visto e bem examinado:

Preliminarmente: Não merece acolhida a preliminar do agravado.

É certo que a regra do art. 204 da Lei de Falências está em que são peremptórios e contínuos, correndo em cartório, os prazos da mesma lei.

A regra, porém, comporta exceções; e, por isso, ela mesma, a lei, estabelece: "salvo disposição em contrário".

O dispositivo há de ser interpretado segundo o espírito que o inspira.

Contínuo é o prazo que corre em cartório e não se interrompe pela superveniência de férias ou de dias feriados, *peremptório* é aquêle *"cujo decurso faz extinguir o direito a praticar o ato respectivo, salvo caso de justo impedimento"* (VALVERDE, "Comentários à Lei de Falências", ed. "REVISTA FORENSE", 1949, vol. III, nº 1.169, pág. 84).

Daí não se segue, porém, que tais prazos comecem a correr do despacho ou sentença, independentemente de intimação. É que o art. 207 da lei falimentar prescreve que o processo dos agravos, na falência, é o comum. O prazo há de correr, pois, salvo disposição em contrário, da ciência ou intimação da decisão.

É, aliás, o que adverte ALMEIDA LEITE ("Lei das Falências", vol. III, pág. 111), com apoio em jurisprudência ("Rev. Jurídica", vol. 11, pág. 169; "Rev. dos Tribunais", vol. 13, pág. 113; "Rev. de Direito Comercial", vol. 7, pág. 184).

Assim também tem julgado o egrégio Supremo Tribunal Federal ("Rev. do Supremo Tribunal", vol. 31, pág. 137).

Na espécie, ademais, o agravante cumulou o pedido de falência com a ação executiva, que o juiz também indeferiu. Não havia, pois, pròpriamente, um processo de falência, requerida, aliás, em alternativa, para o caso de não atender o devedor à execução pleiteada.

Ora, a sentença, proferida a 21 de julho, teve a sua conclusão publicada no "Diário da Justiça" de 28 (fls. 41 v.); o agravo foi manifestado a 2 de agôsto (fls. 42), cinco dias depois, *ergo*, no prazo legal.

Por isso, é de ser conhecido.

De meritis: O recurso, entretanto, não merece provimento.

Primeiro, porque não é possível cumular a ação executiva com a falência, eis que, segundo ponderou muito bem o MM. Dr. juiz *a quo*, os pedidos não obedecem à mesma forma processual.

Segundo, porque, para a decretação da falência com base no art. 2° inciso I, da lei falimentar, fôra de mister se tivesse provado, o que não se fêz, que o devedor, executado, não pagou, não depositou a quantia reclamada ou não nomeou bens à penhora.

No caso, o agravante veio, depois da inicial, com o documento de fls. 23. Êste, porém, prova que há contra o devedor um executivo em curso, ainda sem sentença definitiva, àquela época.

É de aceitar-se o argumento do agravado, de que a lição de JOÃO MENDES, a que se arrima a decisão recorrida, já não tem mais razão de ser, pois que a lei nova não a sufraga, como esclarece VALVERDE (ob. cit., vol. I, págs. 38-39).

Mas, em verdade, na espécie, o agravante não trouxe aos autos um título executivo. O documento de fls. 24 representa a obrigação de um pagamento por um serviço que seria executado e que, a rigor, não se sabe, nos autos, se, realmente, foi levado a efeito.

Quando, porém, valesse como título executivo, a verdade incontroversa é que êle não foi protestado, o que impediria a falência com base no art. 1° (vêde art. 11) da Lei de Falências.

O título com que o agravante instruiu o pedido (fls. 5) é uma conta, conseqüente ao contrato, à promessa de fazer, consubstanciada no documento de fls. 4 (em original a fls. 24).

Essa conta, todavia, não legitimaria a ação executiva.

Nem vale como título de obrigação líquida, legitimadora da falência, por não ter sido verificada judicialmente, na forma do 1º do art. 1º mencionado.

O agravante poderá cobrar essa conta em ação ordinária, não, porém, em ação executiva, ou por via da falência.

Nada importa que, no documento de fôlhas 24, tivessem as partes convencionado a via executiva para cobrança da execução. Ponderou bem a sentença recorrida que, na sistemática de nossas leis, "êsse poder, assim tão amplo, ainda lhes não foi deferido" (fôlhas 41).

Por êstes fundamentos, e atendendo ao que mais dos autos consta:

Acorda, unânimemente, a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça em conhecer do agravo interposto, mas para negar-lhe provimento,, confirmando, assim, a sentença agravada.

Custas pelo agravante, como de lei.

Niterói, 15 de janeiro de 1952. - *Diniz do Vale*, presidente, com voto; *G. A. Souto Mayor*, relator; *César Salamonde*.

Tribunal de Justiça do Paraná

AGRAVO DE PETIÇÃO - ACIDENTE DO TRABALHO - INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE - ÊRRO DE CÁLCULO

- A incapacidade total e permanente é a invalidez incurável para o trabalho ou serviço, isto é, para qualquer um além do que realizava a vítima como ocupação habitual.

- Não se compreende que uma lei de finalidade social tão elevada, qual seja a de proteção ao trabalhador e aos membros de sua família, seja interpretada restritamente, quando a jurisprudência dos países cultos vem atuando no sentido de ampliar, quanto possível, a ação da lei.

- Em matéria de acidentes do trabalho, não há julgamento "extra petita", por ser vedado às partes realizar acôrdos ou fazer proposições contrárias à lei.

- A enumeração dos casos de incapacidade total e permanente não é taxativa, mas exemplificativa. Assim, é ao perito que cabe dizer quais os estados mórbidos que produzem invalidez.

Leonardo Kellner *versus* Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes

Ag. nº 4.439 - Relator: DESEMBARGADOR ANTÔNIO DOS SANTOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 4.439, de Campo Largo, em que é agravante Sul América, Terrestres, Marítimos e Acidentes e agravado Leonardo Kellner:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo, para confirmar a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos e mais os do parecer do Exmo. Sr. desembargador procurador geral do Estado.

Curitiba, 18 de abril de 1952. - *Isaías Beviláqua*, presidente *ad hoc*, com voto; *Antônio Leopoldo dos Santos*, relator; *Antônio Gomes Júnior; Munhoz de Melo; Guarita Cartaxo*, vencido: A decisão recorrida inovou a espécie, em têrmos que ferem frontalmente a lei que a rege. Neste terreno; as soluções pretorianas são descabidas, por mais louváveis que sejam os seus propósitos. Porque armam o juiz de um arbítrio que atenta contra a lei, contra as suas regras, contra a sistemática, que lhe é própria. A *aequitas*, que inspirou e enriqueceu as reformas do *jus honorarium*; contra a aridez e a secura do *jus strictum*, pode sugerir ao magistrado soluções que melhor consultem os fins da Justiça. Mas não autoriza ela que o juiz descumpra a lei, viole a norma do direito positivo ou modifique o preceito legal, sob o pressuposto de aplicar uma melhor justiça.

Só quando autorizado a decidir por eqüidade, consente-sé ao juiz substituir-se ao legislador e aplicar a norma mais conveniente ao fato (Cód. de Proc. Civil, art. 114).

É por isso que "os tribunais têm decidido que não se justifica a aplicação da eqüidade, quando há texto certo de lei, cujo "sentido não seja duvidoso, estabelecendo, ao contrário, soluções positivas" (PEDRO BATISTA MARTINS, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. I, nº 292).

No caso, foi deferido o pedido de revisão do acôrdo concluído no respectivo processo de acidente, mas o foi com violência ao artigo 72 do dec.-lei nº 7.036, já que a incapacidade do acidentado não era de molde a admitir qualquer alteração, já que não se verificara nenhum êrro de cálculo na determinação da mesma incapacidade (letras *a* e *b*).

Na verdade, em conseqüência do acidente, sofreu o acidentado perda do membro superior acima do cotovelo, braço principal (direito), por amputação, e, de sua vez, não se apontou nenhum êrro de cálculo, no acôrdo efetivado, com base na incapacidade parcial e permanente já verificada.

O que fêz a decisão agravada foi dar nova conceituação jurídica à lesão sofrida pelo acidentado, para lhe aumentar a indenização, passando a considera-la total e permanente, ainda que nenhuma modificação houvesse sofrido, desde então.

Mas isso também se fêz com violação da lei, pois é esta que dá o conceito da incapacidade, se parcial e permanente (art. 18), se total e permanente (art. 17), não podendo a perda do braço principal (direito) ser classificada como incapacidade total e permanente, pois, afora outras hipóteses, só dá lugar a essa incapacidade "a perda anatômica ou a impotência funcional, em suas partes essenciais, *de mais de um membro*, conceituando-se como partes essenciais a mão e o pé" (letra *a*).

Assim, o critério que classifica a natureza da incapacidade é exclusivamente legal, e não fica, por isso mesmo, na dependência da apreciação do perito, a quem a sistemática legal não autoriza outra coisa senão a "verificação" da incapacidade (arts. 83 e 88) e não a sua classificação.

No caso, não cabia revisão, e as conclusões da perícia de fls. 20 não se acomodam com a Lei de Acidentes. Dela se infere afinal que a perda do braço principal significa incapacidade total e permanente, mas a lei repele essa

conceituação, e contra a lei não prevalecem os bons propósitos, nem do perito, nem do juiz. - *Costa Barros; Segismundo Gradowski; Aprígio Cordeiro; Ferreira da Costa*, vencido, e de acôrdo com a declaração de voto do eminente desembargador ERNANI GUARITA CARTAXO.

Ciente. - *Edgar Távora*.

SENTENÇA AGRAVADA

Vistos, etc.:

O Dr. curador de acidentes desta comarca, patrocinando os direitos do acidentado Leonardo Kellner, propôs contra a Companhia de Seguros Sul América. Terrestres, Marítimos e Acidentes, com sucursal na capital do Estado, a presente ação especial de revisão de indenização por acidente de trabalho; alegando, em síntese: que o acidentado Leonardo Kellner percebia, o salário mensal de Cr$ 1.200,00, como faz certo a sua carteira profissional nº 58.758; que houve êrro fundamental de cálculo na determinação da incapacidade e no salário que serviu de base ao acôrdo; que a incapacidade do acidentado é total e permanente, como bem esclarece o laudo de perícia médica de fls. 19.

Em audiência especialmente convocada, as partes não chegaram a acôrdo, pelo que foi proposta a ação, que, a seguir, foi contestada. Na mesma audiência, as partes apresentaram, verbalmente, suas alegações finais.

Isto pôsto:

A companhia seguradora foi citada para todos os têrmos da ação, e não contestou o acidente, apenas achou que a revisão era improcedente porque o têrmo de acôrdo tinha sido elaborado nos precisos têrmos da lei, não havendo, portanto, êrro de cálculo.

Em seguida, o Dr. curador de acidentes, em suas alegações verbais, insistia na revisão, por estar fartamente provado nos autos o pedido da inicial.

"A incapacidade para o trabalho significa a cessação ou diminuição do poder laborativo do empregado ou operário.

"Tal se verifica não sòmente quando a lesão afeta os membros ou órgãos que servem diretamente ao trabalho especial pôsto a seu cargo, como também quando, por motivo do acidente, torna-se debilitado o estado de suas fôrças ou da saúde ou sofre a integridade de órgão essencial.

"Em outros têrmos, há incapacidade quando os transtornos corporais, orgânicos ou funcionais sofridos pela vítima do acidente o inabilitam, total ou parcialmente, a reassumir o exercício do trabalho durante algum tempo ou para sempre" (BENTO DE FARIA, *in* "Dos Acidentes do Trabalho e Doenças Profissionais", pág. 229).

O caso dos autos, segundo a perícia médica de fls. 19, é de incapacidade total e permanente, e as respostas dadas ao 6º e 7° quesitos, que transcrevemos abaixo, são claras e precisas, e resolvem de uma vez por tôdas a situação do acidentado:

"*6° quesito* - Depois de curado, resultará incapacidade para exercer a sua profissão e qual o grau e a duração dessa incapacidade?

"*Resposta* - Sim, resultou incapacidade total e permanente para exercer a sua profissão, estando, igualmente, impossibilitado de exercer qualquer trabalho manual;

"*7º quesito* - Ocorrendo incapacidade parcial e permanente, poderá continuar a exercer com segurança a mesma profissão, ou poderá adaptar-se a uma outra, mesmo se utilizando de aparelho adequado (no caso, braço mecânico) e qual a eficiência dêste?

"*Resposta* - Não, mesmo que venha a usar um aparelho (braço mecânico), pois a eficiência dêste é muito limitada" (laudo de perícia médica de fls. 19).

As alegações da companhia seguradora, constantes do têrmo de audiência (fls. 28), não procedem, diante dos casos julgados em a comarca de Tibagi, em nossa jurisdição, e, mesmo, em face da jurisprudência pacífica dos tribunais.

Tendo em vista o laudo de perícia médica de fls. 19, procedido nos têrmos do artigo 88 da citada Lei de Acidentes, a revisão pleiteada pelo Dr. curador de acidentes é de todo procedente, porque:

1º) está dentro do prazo estipulado pelo art. 73 da Lei de Acidentes (dois anos);

2º) houve êrro fundamental de cálculo na determinação da incapacidade que serviu de base ao acôrdo.

"A incapacidade total e permanente é a invalidez incurável para o trabalho ou serviço, isto é, para qualquer um além do que realizava a vitima como ocupação habitual" (DEMMEUR, "Risque Profissionnel", ns. 122 e segs.).

"Êsse impedimento para todo o trabalho deve ser entendido como respeitante a trabalho que possa proporcionar meios suficientes para a própria subsistência, nas condições anteriores" (SACHET, *in* "Accidents du Travail et Maladies Professionnelles", I, nº 526).

O cálculo de fls. 17 está perfeitamente de acôrdo com a Lei de Acidentes, tendo em vista a perícia médica procedida na pessoa do acidentado por dois abalizados profissionais.

O ilustre advogado da companhia seguradora diz que a incapacidade do acidentado é parcial e permanente, porém tal alegação não tem fomento de justiça, diante da perícia médica de fls. 19.

A incapacidade parcial e permanente significa a redução, por tôda a vida, da capacidade de trabalho (dec.-lei n° 7.036, citado, art. 18).

"Perde o acidentado, portanto, parte da aptidão para o trabalho, sem que, entretanto, fique impossibilitado de, com a diminuição da sua capacidade, realizar o mesmo ou qualquer outro serviço" (DEMMEUR, "Risque Profissionnel", nº 1.229).

No caso dos autos, o acidentado está impossibilitado de exercer qualquer trabalho manual, mesmo que venha usar aparelho mecânico (laudo de perícia médica, fls. 19).

O acidentado era pedreiro, eletricista e construtor em geral. Nunca foi gerente de fábrica, como afirmou o ilustre advogado da companhia seguradora.

Com a perda total do braço direito (B. P.), o acidentado, não sendo canhoteiro, isto é, não tendo agilidade na mão esquerda (M. S.), até hoje não pôde se acostumar a usa-la, portanto, sem eficiência no trabalho, tanto é que, não tendo quaisquer ocupações, vive, única e exclusivamente, com Cr$ 711,00 do beneficio mensal concedido pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (fls. 20).

Para exercer um cargo de *gerente*, ou semelhantes, trabalhos que não fôssem manuais, teria que exibir qualidades mentais e intelectuais que jamais poderíamos exigir do acidentado, desde que sempre foi um operário braçal (pedreiro, eletricista e construtor em geral).

Entre executar e dirigir, não há têrmo de semelhança.

Como diz BENTO DE FARIA, "a aplicação da lei não pode ficar ao saber dessas protelações e dessas possibilidades".

O ponto de vista fere não apenas o espírito da lei, mas também o singelo raciocínio, que se pode enunciar: *"Quanto maior infortúnio, maior deve ser a indenização"*.

No caso em espécie, de conformidade com a jurisprudência firmada pelos nossos tribunais: "A indenização, tanto para incapacidade permanente, como a morte, será calculada tomando-se por base a remuneração diária da vítima (art. 44 da lei n° 599-A) multiplicada por 1.200 diárias (art. 40, combinado com o art. 21, inciso I, ambos do dec.-lei nº 7.036)".

SACHET, *in* "Accidents du Travail et Maladies Professionnelles"; JORGE GANA, "Derecho del Trabajo"; ANTOKOLETZ, "Curso de Legislación del Trabajo"; ARTUR BAS, "La Previsión Social Argentina"; ESTASEN, "Los Acidentes del Trabajo"; LA LOGGIA, "La Nuova Legislazione Infortunistica"; PAULA ANDRADE, "Acidentes do Trabalho"; CÉSAR DA SILVEIRA e GAMA E SILVA, "Acidentes do Trabalho e Moléstias Profissionais";

FLAMÍNIO FAVERO, "Medicina Legal"; HELVÉCIO LOPES, "Acidentes do Trabalho"; AFRÂNIO PEIXOTO, "Acidentes do Trabalho"; ANDRADE BEZERRA, "Acidentes do Trabalho"; LEONÍDIO RIBEIRO, "Acidentes do Trabalho"; ARAÚJO CASTRO, "Acidentes do Trabalho"; BENTO DE FARIA, "Dos Acidentes do Trabalho e Doenças Profissionais", e muitos outros autores doutrinam, e não podiam dizer o contrário, porque a Lei de Acidentes assim preceitua, em seus arts. 83, 84, 85 e 88, que a verificação da incapacidade, para efeito desta lei, deve ser feita por perito nomeado pelo juiz, perícia esta realizada na sede da comarca. E, dessa forma, procedeu êste Juízo, e o laudo pericial de fls. 19 constatou "que resultou no acidentado incapacidade total e permanente para exercer sua profissão, estando igualmente impossibilitado de exercer qualquer trabalho manual".

"O cálculo da indenização por acidente do trabalho deve fazer-se conformemente à lei, e não ao seu regulamento, que indevidamente a modificou. O conflito entre a lei e o regulamento resolveu-se pela prevalência daquela" ("REVISTA FORENSE", vol. 115, pág. 498; "Paraná Judiciário", mês de junho de 1949, págs. 391-392).

"A indenização devida aos beneficiários da vitima do acidente do trabalho deverá ser calculada entre o máximo de quatro anos e o mínimo de dois anos da diária do acidentado, e não com a dedução de 70 centésimos" ("REVISTA FORENSE", vol. 116, pág. 197).

Dessa forma, não procedem as alegações do ilustre advogado da companhia seguradora.

É, portanto, justo que se assegure ao acidentado o restante da indenização pleiteada e garantida por lei social.

"Não se compreende que uma lei de finalidade social tão elevada, qual seja a de proteção ao trabalhador e aos membros de sua família, seja interpretada restritamente, quando a jurisprudência, dos países cultos vem atuando no sentido de ampliar, quanto possível, a ação da lei" (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, agravo de petição nº 3.770, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 177, pág. 571).

Pelo exposto, e em face da exuberante prova colhida nos autos e princípios legais aplicáveis à espécie, reputo como provados todos os requisitos próprios da revisão, e, conseqüentemente, julgo procedente a ação especial de revisão de indenização de acidente do trabalho, para o efeito de *condenar*, como condeno, a companhia de seguros "Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes" ao pagamento, ao acidentado Leonardo Kellner; do restante da indenização de Cr$ 48.000,00, que perfazem a importância de Cr$ 27.740,00, em vista de já ter sido paga ao acidentado a quantia de Cr$ 20.260,00. Condeno ainda aos juros de mora, a partir de 21 de maio de 1949, data, em que foi homologado pelo ex-juiz de direito desta comarca, o acôrdo de fls. 8 (têrmo de audiência, de fls. 11) e as custas, nos precisos têrmos da inicial. Nos têrmos do art. 84 da Lei de Acidentes, fixo os honorários dos peritos em Cr$ 300,00 cada um.

Custas na forma da lei.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Campo Largo, 31 de outubro de 1950. - *Henrique Nogueira Dorfmund*, juiz de direito.

SUSTENTAÇÃO

Egrégio Tribunal de Justiça:

As razões de agravo não trouxeram argumentos capazes de convencer êste Juízo do desacêrto da decisão recorrida, a qual, ainda uma vez, meditada e comparada com o dito recurso, pareceu justa e de acôrdo com o espírito das leis vigentes e jurisprudência mais recente do egrégio Tribunal *ad quem*.

Se não bastasse a própria letra da lei, tão clara e expressiva, a inteligência dada ao referido texto pelos citados juristas não deixa a menor dúvida quanto ao acêrto do nosso ponto de vista.

"Trata-se doe uma lei de caráter social que os tribunais devem aplicar com largueza e sem reserva, dando-lhe uma interpretação mais justa e humana.

"Êsse critério não cria método de interpretação extravagante, desde que, sem alterar os dispositivos legais ou permitir decisões contra a letra clara e expressa dos seus textos, apenas humaniza tanto quanto possível, nos casos omissos ou duvidosos, a aplicação de uma lei ditada justamente para evitar o desamparo dos fracos na desgraça que os atingir" (V. CARNELUTTI, *in* BENTO DE FARIA, "Dos Acidentes do Trabalho e Doenças Profissionais", págs. 22-23).

Pelos fundamentos da sentença agravada, que reputo jurídicos, mantenho a decisão dêste Juízo, porque a mesma está alicerçada na lei e na jurisprudência.

Preparados, subam os autos à superior instância, no prazo da lei, cientes as partes.

Campo Largo, 14 de novembro de 1950. - *Henrique Nogueira Dorfmund*, juiz de direito.

PARECER

Egrégias Câmaras Reunidas:

Opinamos pela, manutenção da sentença agravada.

O Dr. curador de acidentes, ao propor a ação de revisão do cálculo, com base no art. 72, letra *b*, do dec.-lei federal nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, fê-lo tendo em vista as conclusões do laudo de fls. 19, em que figuram a seguinte pergunta e resposta:

"*Pergunta* – 6º - Depois de curado, resultará incapacidade para exercer a sua profissão e qual o grau e a duração dessa incapacidade?

"*Resposta* - ao 6° - Sim, resultou incapacidade total e permanente para exercer a sua profissão, estando igualmente impossibilitado de exercer qualquer trabalho manual".

Basta, pois, a afirmativa de peritos competentes de que a incapacidade *é total e permanente*, para se verificar que o cálculo, feito sôbre uma incapacidade apenas parcial e permanente, estava realmente errado, merecendo revisão.

Acontece, porém, que a apelante ataca dois pontos da respeitável sentença, cujo exame será necessário fazer agora:

a) alega-se que a sentença se desviou das alegações feitas pelo Dr. curador na audiência de instrução e julgamento, dando-se a entender que ela julgou *extra petita*;

b) que o caso de incapacidade total e permanente, reconhecido na sentença, não está enumerado na Lei de Acidentes, onde apenas há referência à perda de mais de um membro (art. 17, letra *a*).

A primeira objeção não procede, eis que o juiz, em matéria de acidentes, pode afastar-se do alegado, para aplicar a lei em sua plenitude, segundo se vê do julgado seguinte, transcrito da "Rev. dos Tribunais", volume 179, pág. 896, e datado de 10 de março de 1949 (Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo):

"Em matéria de acidentes do trabalho, não há julgamento *extra petita*, por ser vedado às partes realizar acôrdos ou fazer proposições contrárias à lei".

A segunda, tem sua solução na opinião dos grandes mestres da Medicina Legal e especialmente da Infortunística, entre os quais FLAMÍNIO FÁVERO, que, à pág. 37, vol. 2º, 3ª ed., de sua obra "Medicina Legal", premiada pela Faculdade de Medicina e pelo Instituto de Criminologia, de São Paulo, ensina:

"Esta enumeração (refere-se à enumeração dos casos de incapacidade total e permanente) não é taxativa, mas exemplificativa. Assim, em suma, é ao perito que cabe dizer quais sejam os estados mórbidos que produzem invalidez".

Superadas as dúvidas que poderiam pairar sôbre o assunto, há a considerar ainda o que os autos revelam sôbre a entrega da importância da indenização ao instituto de previdência, suspensa essa entrega pelo respeitável despacho de fls. 11.

Não há mais razões para controvérsia a respeito dêsse assunto, após o advento da lei nº 559-A, de 26 de dezembro de 1948, publicada e vigente a partir de 5

de janeiro de 1949, sôbre a qual já contamos com judiciosos estudos de especialistas.

O Dr. ISNARD DOS SANTOS, juiz de acidentes na capital paulista, proferiu uma palestra que vem publicada à pág. 538 do volume 179 da "Rev. dos Tribunais", daquele Estado, em que conclui que, se o acidente se verificou depois de 5 de janeiro de 1949, o acidentado recebe no ato a importância de Cr$ 5.000,00, entregando-se o restante ao instituto de previdência, que ficará obrigado ao acrescimento na aposentadoria.

Poder-se-ia, pois, fazer, no caso dos autos e em vista da prova concernente à data do acidente a fls. 7 (31 de janeiro de 1949), e pagamento ao acidentado da importância de Cr$ 5.000,00, ordenando que, em execução de sentença, fôsse o instituto de previdência notificado para promover e pagar o acrescimento, sob as penas da lei, recebendo para êsse fim a diferença.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Curitiba, 26 de fevereiro de 1951. - *Manuel Linhares de Lacerda*, procurador geral do Estado.

Tribunal de Justiça de Goiás

INCAPAZ - MENOR - CURADOR "IN LITEM" - MINISTÉRIO PÚBLICO

- Não existe nenhuma razão para nomear curador à lide desde que se verifique que os incapazes têm, no inventário, quem legalmente os represente. No entanto, essa nomeação será obrigatória quando surgir colisão de interêsse entre o representante e o representado. A intervenção do órgão do Ministério Público em tais processos, haja ou não curador à lide, é obrigatória.

Agravado: Cândido de Azevedo Novais

Ag. n° 397- Relator: DESEMBARGADOR BENTO DE LOIOLA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 397, da comarca de Suçuapara, em que figuram, como agravante e agravado, respectivamente, os doutores curador geral de órfãos e Cândido de Azevedo Novais, êste curador à lide no inventário dos bens deixados pelo finado Jerônimo Bento de Oliveira:

Acordam os juízes da egrégia 2ª Câmara, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para reformar, como reformam, o despacho agravado, pelos seguintes fundamentos: requerido, pela viúva inventariante, o inventário dos bens deixados por aquêle finado, o Dr. juiz *a quo*, verificando que entre os herdeiros existia uma menor, nomeou o Dr. Cândido de Azevedo Novais seu curador. O Dr. representante do Ministério Público, não se conformando com êsse ato, agravou para superior instância, alegando que o Dr. juiz *a quo* vem, sistemàticamente, nomeando curador à lide em todos os processos de inventários, nos quais existem interêsses de menores, situando a missão do promotor de justiça ao simples papel de fiscal da lei, quando e certo que, de conformidade com a lei estadual número 76, de 22 de dezembro de 1947, incumbe aos promotores, além de suas funções nos processos criminais, desempenhar as de curador à lide, curador geral de órfãos e ausentes, menores, interditos, etc. Assim sendo, diz o agravante, o representante judicial de incapazes, naquela comarca, é, indubitàvelmente, o promotor de justiça, a quem deve ser delegada sua representação, nos têrmos do art. 80, § 1°, do Cód. de Proc. Civil.

Contraminutado o agravo, foram os autos conclusos ao Dr. juiz *a quo*, o qual, sustentando o seu despacho, afirmou que, dando cumprimento ao que dispõe taxativamente o art. 478 do Cód. de Proc. Civil, tem, sistemàticamente, nomeado curador à lide aos menores e pessoas a êles equiparadas, em todos os inventários em que os mesmos concorram como interessados e, ainda, mandada citar, para o feito, o representante do Ministério Público. Acentuou mais o ilustre prolator do despacho agravado que assim tem procedido por existirem opiniões divergentes relativamente à interpretação dêsse artigo, entendendo uns que, funcionando o Ministério Público, que acumula as funções de curador de órfãos, dispensável será a nomeação de curador à lide, e sustentando outros, a

necessidade imperiosa da nomeação de curador à lide. Os que se filiam a êste ponto de vista sustentam, além disso, a impossibilidade de o promotor de justiça acumular essas funções, que muitos julgam antagônicas. Examinando a espécie, verifica-se que a razão, no caso *sub judice*, está com o agravante, mas, em tese, ela não está nem com êle nem com o douto prolator do despacho agravado. O nosso Cód. de Proc. Civil, em seu art. 478, dispõe que, feitas as declarações da lei e junta aos autos cópia do testamento, se houver, *o juiz nomeará curador aos menores e às pessoas a êles equiparadas*, e ordenará a citação dos herdeiros e representantes legais e, nos casos em que devam intervir, do representante da Fazenda Publica e do órgão do Ministério Público, para dizerem sôbre aquelas declarações no prazo de 5 dias e para os demais têrmos do inventário e partilha.

E, no § 2° do mesmo artigo, determina que o representante legal do incapaz ou ausente será ouvido em todos os têrmos do processo sob pena de nulidade.

JOSÉ DAVI FILHO, comentando êsse dispositivo, escreve: "Trata-se, evidentemente, de curador à lide, com funções paralelas, pôsto que dessemelhantes às do Ministério Público, representado pelo curador geral de órfãos. Como a nomeação do curador à lide é determinada embora tenham aquêles incapazes representantes legais, parece-nos que o Código quis, com essa medida, prevenir a possibilidade de colisão de interêsse entre representante e representado. CARVALHO SANTOS, em comentário a êsse artigo, justifica essa nomeação, por quanto, - escreve êle, - no processo de inventário presumem-se em conflito os interêsses dos representantes com os dos incapazes. *Data venia*, entendemos, entretanto, que ainda aqui devera prevalecer a regra contida no art. 80, que regulou a representação em juízo dos absolutamente incapazes e da assistência aos que o forem apenas relativamente, regra essa de conformidade com a qual só se nomeará curador ao incapaz, nas comarcas onde houver representante judicial especialmente encarregado dessas funções, quando não tiver quem legalmente o representante "ou se colidirem os interêsses de um e do outro". "A colisão de interêsses, - di-lo PEDRO BATISTA MARTINS, anotando o art. 80, - é uma questão de fato que o juiz apreciará em cada caso concreto". "Aliás, CUNHA GONÇALVES escreve serem excepcionalíssimos os conflitos de direito e interêsses entre o pai e os filhos ("Tratado", vol. 11, página 386). Se a colisão aparece, é de evidência a necessidade da nomeação do curador à lide, a quem se confia a defesa dos

interêsses do incapaz. Prescreveu-a, por isso, o Cód. Civil em seu art. 387, do qual foi fonte a disposição contida no art. 224, 3ª alínea, do Cód. Civil italiano".

JORGE AMERICANO, comentando o referido art. 478, escreveu: "Quanto à nomeação de curador aos menores e outros incapazes, trata-se de curadoria à lide, independentemente da representação legal ordinária, de modo que, apresentando-se posteriormente o representante legal, cessarão as funções do curador à lide".

"Logo, - diz o eminente JOSÉ DAVI FILHO, - segundo êsse autorizado comentador, razão não haverá para que se nomeie curador à lide se o juiz verificar desde logo que os incapazes têm, no inventário, quem legalmente os represente. Está entendido que a nomeação se imporá quando surgir colisão de interêsse entre o representante e o representado".

Os juízes que integram esta Câmara estão de pleno acôrdo com a opinião de JOSÉ DAVI FILHO, aliás adotada, também, por JORGE AMERICANO e outros insignes mestres, segundo a qual só se nomeará curador à lide se o juiz verificar, desde logo, que os incapazes não têm, no inventário, quem legalmente os represente, ou quando constatar que os seus interêsses colidem com os do seu representante. Mas, haja ou não a nomeação de curador à lide, existindo incapazes interessados no feito, a intervenção do órgão do Ministério Público é obrigatória, *ex vi* do que dispõe o § 2°, art. 80, do Cód. de Proc. Civil. É que, como muito bem acentua HEROTIDES DA SILVA LIMA, ao comentar o art. 80 do Cód. de Proc. Civil, o representante do Ministério Publico, com atribuições gerais, não é representante de ausentes e incapazes, porque, pelo § 2º, terá intervenção obrigatória na causa. Fala êle sòmente no início e no fim da ação, como fiscal da regularidade dos atos processuais, podendo opinar a favor do incapaz ou contra. O curador à lide é que acompanha a causa e requer a favor do representado, pedindo diligências e gozando dos favores que as leis outorgam aos órfãos, menores, interditos e ausentes. O curador à lide não faz parte do Ministério Público, porque é um advogado nomeado pelo juiz, entre os profissionais do auditório; mas, no exercício de função, equipara-se aos membros daquele Ministério, exercendo, temporàriamente, uma função criada por leis do Estado e que foi retirada, desanexada, por motivos importantes, pois o legislador entendeu que a nomeação de pessoa estranha melhor consultava o

interêsse da defesa dos incapazes. Na segunda instância, a nomeação do curador à lide é feita pelo relator do feito, e em seguida é ouvido o procurador geral, o que mostra que ali também o curador à lide é pessoa estranha ao Ministério Público, achando-se também separadas as funções (art. 122 do Regimento Interno). Estou plenamente convencido de que, atualmente, os curadores à lide são tirados da classe dos advogados; não são mais os curadores gerais, pois vem prevalecendo a idéia de retirar o encargo dêsses funcionários na primeira e segunda instâncias, porque a experiência demonstra que os interêsses de menores e interditos eram mais bem defendidos pelos curadores especiais da antiga legislação, como se disse na discussão do Código de São Paulo. Os membros do Ministério Público, pelo § 2º do art. 80, têm intervenção e obrigatória nas causas em que forem interessados incapazes (absoluta ou relativamente); quer dizer, oficiam com o seu parecer no início e no fim da causa, são ouvidos, mas não funcionam em tôda a causa como se fôssem advogados. As duas funções são incompatíveis, porque, se o funcionário do Ministério Público tem intervenção obrigatória nos autos, deve exercer primeiramente o encargo que a lei lhe atribuiu, que entregou às funções do emprêgo; e devendo fiscalizar como promotor ou curador os atos da causa, claro é que não se poderia fiscalizar a si mesmo, se êle próprio tivesse servido como advogado. Além disso, se fôsse intenção do Código que os curadores gerais servissem de curador à lide, não mandaria o legislador que o juiz nomeasse êste curador; teria apenas determinado que funcionasse o curador geral, ou teria silenciado, para que prevalecessem as disposições das leis de organização judiciária.

Em suma, o agente do Ministério Público não é representante dos incapazes (pois não poderia fiscalizar a si próprio), mas, apenas, um fiscal da ação dos representantes, e da regularidade processual, podendo assim opinar, esclarecer o juiz e sugerir providências e cautelas que serão aceitas ou não pelas partes e pelo juiz. Opina êle como um funcionário de Estado, especialmente encarregado de uma vigilância permanente em benefício das pessoas, bens e direitos dos incapazes.

Goiânia, 13 de dezembro de 1949. - *Elaídio de Amorim*, presidente; *Inácio Bento de Loiola*, relator, *Clóvis Esselin; José Campos*.

Tribunal de Justiça do Espírito Santo

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PREPONENTE - CULPA DE PREPOSTO

- Provada a culpa do preposto, responde o preponente civilmente pelos danos causados.

- Aplicação do art. 1.523 do Código Civil.

Alfredo Álvares da Silva *versus* Alcides Vilas Boas

Ap. nº 3.729 - Relator: DESEMBARGADOR DANTON BASTOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível de nº 3.729, da comarca da Capital, apelante, Alfredo Álvares da Silva, apelado, Alcides Vilas Boas:

A 2ª Turma do Tribunal de Justiça confirma a sentença apelada.

Esta examinou bem a prova dos autos, da qual se pode concluir pela culpa do preposto do apelante.

E aplicou com acêrto a lei, de vez que vencedora no Supremo Tribunal e na maioria dos tribunais da República, inclusive o dêste Estado, a jurisprudência por ela esposada, dando como provada a culpa do preponente uma vez provada a culpa do preposto.

Certo, encontram-se ainda decisões em sentido contrário de tribunais estaduais.

O apelante cita uma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dizendo-a "nova em fôlha", por ser datada de 23 de abril de 1948.

Poderia, entretanto, citar decisão ainda mais recente que poderia chamar "novíssima", pois de 21 de junho de 1949, da 1ª Turma do Tribunal de São Paulo ("Rev. dos Tribunais", vol. 181, pág. 666).

Mas no sentido da sentença apelada há copiosa jurisprudência.

Para só citar decisões novas, assim consideradas pelo apelante, isto é, posteriores a abril de 1948, além da invocada pela sentença apelada, do Supremo Tribunal, há a de setembro de 1948, do mesmo Tribunal, "Arquivo Judiciário", vol. 89, pág. 205; a do Tribunal de São Paulo, de setembro de 1948, "Rev. dos Tribunais", vol. 177, pág. 233; e outras de 1949, de São Paulo e do Distrito Federal, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 180, págs. 312 e 652, e vol. 182, pág. 240, de São Paulo, e "Arq. Judiciário", vol. 102, pág. 257, do Distrito Federal, tôdas esposando a tese da sentença apelada.

No acórdão do Supremo Tribunal, de setembro de 1948, acima citado, unânime, lê-se que "a jurisprudência vai-se firmando num sentido que já não admite dúvida", tanto nas duas Turmas como no Tribunal Pleno.

A questão foi magistralmente tratada no voto vencedor do insigne ministro FILADELFO AZEVEDO, no acórdão de 24 de maio de 1945 ("Rev. dos Tribunais", vol. 177, página 408), voto adotado pelos não menos insignes ministros CASTRO NUNES e ANÍBAL FREIRE, defendendo a mesma tese da sentença apelada, como se vê da ementa da veneranda decisão:

"Salvo ocorrência de culpa da vítima, o patrão responde civilmente pelos danos causados pelo preposto, especialmente no uso de coisas perigosas, como veículo de velocidade".

Nesse voto, dizia o eminente mestre que fôrça é convir que a solução hoje dominante é justa, jurídica e conveniente".

E "não se trata de imitação de práticas exóticas, mas de submissão universal à inelutável mudança de condições sociais, que invadiu tôdas as legislações e tem sido até exagerada em alguma parte, como nos Estados Unidos, onde a simples queda da neve, depositada em passeios e não removida imediatamente, justifica, por exemplo, o pedido de reparação contra o ocupante do prédio

adjacente; logo, não do totalitarismo, mas da democracia, viriam exemplos mais perigosos, ao ver dos recorrentes".

"...Não há, portanto, caridade jurídica nesta prática, mas simples obediência à bem compreendida conciliação dos interêsses sociais, máxime quando se afasta a responsabilidade no caso de culpa exclusiva da vítima, ou se a restringe, quando da concorrência de culpas ou, até, se exige a prova da culpa do serviçal, segundo a resenha dos julgados recentes, acima indagados".

No mesmo sentido a doutrina, como se poderá ver em AGUIAR DIAS, em seu valioso tratado sôbre responsabilidade civil.

Assim, enquanto se chega à doutrina objetiva da responsabilidade sem culpa, já prescrita para os casos de acidentes do trabalho, a jurisprudência tem de se nortear no sentido de uma interpretação humana e justa do Cód. Civil, já velho para o nosso tempo, e chocando-se com as realidades sociais.

Aliás êste processo de adaptação da lei é a mais nobre e legítima função da jurisprudência, nobremente cumprida sempre pelos juízes brasileiros.

Custas pelo apelante.

Vitória, 1º de março de 1950. - *Gilson Mendonça*, presidente; *Danton Bastos*, designado para escrever o acórdão; *Ernesto Guimarães*, relator, vencido:

Dei provimento à apelação para reformar a sentença.

Entendi que a prova da responsabilidade da apelante e de seu preposto resultou contraditória, insuscetível, portanto, de coonestar uma condenação.

A falha não passou despercebida do eminente Dr. procurador geral, que a apontou no seu lúcido parecer.

Provado. Provadíssimo que houve culpa da vítima e dos responsáveis por uma vigilância e guarda.

Improcedente, pois, qualquer pedido de indenização.

Sem embargos do meu reverente acatamento, o venerando acórdão não atendeu às exigências determinadas pela verdade processual em paralelo com a definição da lei, no exato conceito, de ato ilícito.

O art. 159 do Cód. Civil contém:

"Aquêle que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553".

Mestre CLÓVIS BEVILÁQUA doutrina, em seu comentário:

"A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se êsse dever se funda em um contrato a culpa é *contratual*, se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual, ou aquiliana".

Ora, pela inquirição das testemunhas arroladas e apresentadas, nem houve culpa contratual nem houve culpa aquiliana.

O que houve foi culpa exclusiva da vítima.

O veículo estava em condições de perfeito funcionamento, rodando em marcha regular.

O motorista, prudente, exerceu tôdas as cautelas para evitar o acidente, cumprindo as normas previstas no Cód. de Trânsito.

A subitânea imprudência da menor vítima é que ocasionou o desastre.

Assim informaram até os agentes da autoridade pública, inclusive o guarda de ponto.

Como então culpar o motorista?

Vale repetir, aqui, a lição provecta do preclaro Prof. ADAUTO FERNANDES, no seu "O Contrato no Direito Brasileiro":

"A sistemática civil brasileira seguiu a sistemática do Cód. Civil alemão. Os atos ilícitos compreendem os delitos e os quase-delitos. Os primeiros se subdividem em delitos penais - e delitos civis. Estes se distinguem nitidamente cios quase-delitos, tal como o dolo se distinguem claramente da culpa.

"Os atos ilícitos, portanto, acarretam a responsabilidade direta, ou por fato próprio, e também a indireta, ou por fato de outrem. São, dentro dêste conceito característico do ato ilícito no âmbito da doutrina civil brasileira, a injúria; o dano e a culpa.

"A injúria é o elemento objetivo e a culpa elemento subjetivo.

"A injúria é representada pela violação do direito, ou pelo abuso do direito; o dano é representado pelo prejuízo econômico ou moral, e a culpa pela intenção de prejudicar, ou pela negligência, imprudência ou imperícia".

Incisiva, também. a conceituação de JOSÉ DE AGUIAR DIAS:

"Ato ilícito é o fato violador de dever preexistente, que o agente podia ou devia observar.

"Seu *substractum* é a culpa. Esta o qualifica.

"A noção está assentada nos arts. 159 e 160 do Cód. Civil" (*in* "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 5, pág. 16).

Vê-se claro que, sendo a culpa o *substractum* do ato ilícito, se inexiste aquela, consectário inevitável, não há falar neste, por desconformado.

Para atender-se à inspiração, embora louvável, de princípios de ordem sentimental, jamais se poderá contrapor ao realismo o elastério de teses que,

por mais respeitáveis que sejam, não podem anular o verdadeiro sentido da lei escrita.

Impõe-se, então, a consagrada fórmula de CHRISTIANUS THOMASIUS (*De aequitate cerebrina*), referida por DARCI BESSONE, em seu magnífico opúsculo "Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos", sustentando que nos contratos não se deve atender a considerações de humanidade, mas sòmente a de justiça.

Nesse sentido tem-se orientado a jurisprudência nacional admitindo a concorrência de culpa, com ressarcimento de prejuízos patrimoniais, estendendo-se, na discussão aberta sôbre dano moral, às considerações do *pretium dolorem*, para indenização integral, colcheteada nos postulados das modernas teorias da solidariedade social.

Tudo, porém, quando esteja provada e comprovada a culpa.

Sem culpa, nenhuma indenização.

Oportuno relancear o ementário do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 11-5-1948, por acórdão unânime da 7ª Câmara:

"Provado que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, *ex vi* do que dispõe o art. 17, alínea 8ª, da referida lei (lei nº 2.681, de 1912), indenização não lhe cabe" (*in* "Arq. Judiciário", vol. 88, fascículo 6, pág. 453).

O magno Pretório excelso já proclamou o seu entendimento definitivo, desta maneira:

"A culpa do transportador é sempre presumida e a culpa do viajante só *quando exclusiva pode ser levada em conta*" (*in* "REVISTA FORENSE"; vol. 116, fasc. 538, página 452, ac. do Supremo Tribunal Federal de 24 de junho de 1947).

Melhor ainda, se a culpa é de atribuir-se, exclusivamente, ao pedestre, desavisado, negligente, imprudente, causador único da ocorrência desastrosa,

não se poderá culpar o motorista nem responsabilizar-se a emprêsa transportadora.

Demais não será supérfluo invocar MONIZ BARRETO DE ARAGÃO em "Delitos de Automóveis", decidindo:

"Quando o fato tem por causa a hesitação, a precipitação ou os movimentos desvairados da vítima, cumpre averiguar se foi ou não o condutor quem os provocou.

"Sobeja, com abundância, a preleção opulenta do insigne desembargador VIEIRA FERREIRA.

"Os acidentes de automóvel, quer se trate de responsabilidade contratual quer de responsabilidade extracontratual, podem produzir danos patrimoniais e danos pessoais e os prejuízos podem constar de danos emergentes ou de lucros cessantes".

Uns e outros devem ser provados pelo interessado e a maior ou menor dificuldade da prova não autoriza a distinção tentada pelos velhos civilistas em dano comum e dano próprio, aquêle de prova fácil, êste de prova mais difícil, pelas circunstâncias especiais da ocorrência.

Entre o acidente de automóvel e o dano, para a responsabilidade por êste, é necessário que ocorra uma relação da causa ou condição, de modo que sem o acidente não se produziria o dano, assim como entre o acidente e a culpa do responsável, de modo que sem ela não se daria o acidente.

Ao lado do venerando acórdão, brilhante mas não predominante, *data venia*, devemos pôr em relêvo o art. 17 da citada lei número 2.681, de 7 de dezembro de 1912, nesta redação, inequívoca:

"As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederam aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1. Caso fortuito ou fôrça maior;

2. Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada".

Cabe, então, o brado clássico: *Legem habemus*.

E por êsses cabedais, a reforma da sentença impunha-se, obrigatòriamente reformada, como eu a reformei; *Rômulo Finamore*.

Presente. - *Ari França*, subprocurador.

*

COMPETÊNCIA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Não firma a competência do juiz a simples inquirição de testemunhas para decisão sôbre restituição liminar de posse, porquanto não se trata de medida preparatória, nem de início de instrução em audiência.

Suscitante: Juiz de direito de Aracruz

Conf. de jurisd. nº 1.291 - Rel.: DESEMB. DANTON BASTOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de conflito negativo de jurisdição, de número 1.291, sendo suscitante o Dr. juiz de direito de Aracruz e suscitado o Dr. juiz de direito de Anchieta:

O Tribunal de Justiça, em sessão plena, julga improcedente o conflito e, assim, competente o Dr. juiz suscitante, o de Aracruz.

Êste se julgou incompetente por haver o Dr. juiz suscitado inquirido as testemunhas arroladas pelo autor para concessão de mandado de restituição liminar de posse, e, dêste modo, firmado a sua competência, na forma do art. 120 do Cód. de Proc. Civil.

Mas não se trata de início de instrução em audiência.

O dispositivo citado não tem aplicação ao caso, como bem demonstrou o Dr. procurador geral do Estado, no seu parecer de fls.

Decisão do Tribunal de São Paulo assentou que "a restituição de posse concedida *initio litis* não é uma medida preparatória, mas parte integrante do pedido de reintegração. Pode ser concedida por juiz que não presidiu à inquirição de testemunhas na justificação prévia" ("Rev. dos Tribunais", vol. 173, pág. 140).

Sem custas.

Vitória, 2 de março de 1950. - *Gilson Mendonça*, presidente; *Danton Bastos*, relator; *José Vicente; Rômulo Finamore; João Manuel; Ernesto da Silva Guimarães*.

Presente, - *Vicente Caetano*, procurador geral.

Tribunal de Justiça da Bahia

REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS - PODER DO JUIZ

- A revisão dos contratos pelo juiz substituiu-se à doutrina, do absolutismo contratual.

Miguel Alves Dias e outros *versus* Dr. Hildebrando Cordeiro de Almeida

Embs. nº 2.531 - Rel:. DESEMBARGADOR ADALÍCIO NOGUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos cíveis nº 2.531, desta Capital, em que figura como embargante o espólio de D. Filonila Alves Dias,

representado pelo seu marido, Miguel Alves Dias, e outros, e como embargado o bacharel Hildebrando Cordeiro de Almeida:

Decidem os desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em sessão do Tribunal Pleno e por maioria de votos, receber os presentes embargos para, reformando, *data venia*, o venerando acórdão embargado, restaurar a sentença de primeira instância, que recusou ao embargado direito à parte variável dos seus honorários, na ação de desquite que propôs, ou sejam, 5% sôbre os bens que viessem a constituir a meação da falecida D. Filonila Alves Dias.

Já não se questiona nestes embargos acêrca do direito do embargado a honorários pela propositura da presente ação, porque, embora lhos reconhecesse a sentença do primeiro grau, recusou-lhes o acórdão embargado, por unanimidade.

O que está, exclusivamente, em debate, é a cláusula que estipulou a parte percentual dos honorários acima aludida.

O caso é que o autor, ora embargado, pelos contratos de fls. 12-13, estipulou, como advogado da falecida D. Filonila Alves Dias, honorários para requerer a interdição do seu marido, Cel. Miguel Alves Dias, e, em seguida, para propor contra o mesmo uma ação de desquite. Para a remuneração dos serviços profissionais, no processo de interdição, contratou-se o pagamento de Cr$ 50.000,00, se fôsse a mesma decretada e nomeada fôsse a autora curadora do seu marido, porque, não ocorrendo qualquer dessas duas hipóteses, tais honorários montariam, apenas, a Cr$ 20.000,00.

No que tange à ação de desquite, os honorários ajustados foram de Cr$ 50.000,00 (parte fixa) e mais uma percentagem de 5% calculada sôbre o valor dos bens que, na partilha dos do casal, viessem a integrar a meação da desquitanda, percentagem a que só não teria direito o primeiro contratante se fôsse "julgada improcedente, em *última instância*, a ação de desquite". E pactuou-se, afinal, que o primeiro contratante (o autor, ora embargado) ter direito, quer à parte fixa, quer à parte variável, em caso de desquite amigável, reconciliação dos cônjuges ou morte de qualquer dêles antes da decisão final da causa.

Denegada foi a interdição requerida e da sentença respectiva não houve recurso, porque a autora, com a carta de fls. 11, retirou a mandato que conferira ao embargado.

Quanto à ação de desquite, processou-se a mesma regularmente até o ponto em que foi proferido o despacho saneador, quando, enfêrma D. Filonila, se suspendeu o curso do feito, havendo ela falecido nesse interim.

Contudo, pretende o embargado a totalidade dos honorários contratados.

Já não é objeto de discussão nestes embargos a parte fixa dos honorários devidos pela propositura das ações aludidas, ou seja, a importância de Cr$ 100.000,00, reconhecida pela sentença do primeiro grau, com base no arbitramento a que se procedeu e com a qual se conformou o próprio embargante, no recurso de apelação, havendo-a mantido, como não podia deixar de fazer, o venerando acórdão embargado. O que está em causa, como já se disse, é a parte variável ou percentual dos aludidos honorários.

Já não constitui segrêdo para ninguém que a ordem jurídica contratual não mais assenta nos antigos alicerces em que a edificava a estrutura clássica.

O dirigismo contratual, o poder de revisão conferindo ao juiz a possibilidade da sua intervenção na trama contratual, estão na ordem do dia. Cada vez mais se contrai o princípio da autonomia da vontade, sob a pressão dos limites impostos pela ordem pública e pelos bons costumes. JOSSERAND, que põe em relêvo o fenômeno, crisma-o com a denominação de "publicização do contrato".

Ensina RAUL MORETTI que, "apesar da aparente firmeza dêsse princípio (o da liberdade nas convenções), que se repete em muitas decisões, a jurisprudência francesa se tem orientado decididamente no sentido de reconhecer ao juiz poderes suficientemente amplos, em matéria de interpretação de contratos, o que permite estabelecer verdadeiras regras de direito, princípios gerais de superlegalidade. A teoria da relatividade dos direitos, do enriquecimento injusto, da imprevisão, da causa, como utilidade social da obrigação, a criação das obrigações como inerentes à natureza de certos contratos, as condições subentendidas nos mesmos, etc., são exemplos dêsse fenômeno que JOSSERAND chamou dirigismo jurisprudencial e, que,

afirmando o respeito à vontade dos contratantes, se liberta da tirania das palavras e assegura o triunfo dos princípios constitucionais do comércio jurídico" ("REVISTA FORENSE", vol. 98, pág. 553).

A respeito, exprime-se JAIME LANDIM: "O absolutismo contratual já é uma reminiscência sem sentido prático. Contrato e justiça deixaram de ser sinônimos" ("REVISTA FORENSE", vol. 129, pág. 358).

A revisão dos contratos pelo juiz, no direito inglês e no alemão, é matéria passada em julgado.

M. GUTTERIDGE, professor na Universidade de Cambridge, e M. VOLKMAR, doutor em Direito e diretor do Ministério da Justiça, em Berlim, em artigos que foram publicados em a nossa "REVISTA FORENSE", põem em relêvo o fato.

O primeiro invoca, entre outras, a teoria do abuso de influência para invalidar, sob o influxo da eqüidade, certas cláusulas que estabelecem prestações desiguais.

E o segundo escreve: "Quando num contrato sinalagmático uma das partes obtém da outra a promessa de vantagens desproporcionadas em relação à sua própria obrigação, a nulidade se impõe, mesmo quando não tenha existido exploração consciente da desgraça alheia. Para que haja nulidade, basta que o contratante tenha podido ver, prestando alguma atenção, que a outra parte não celebrou um contrato tão desvantajoso para ela senão sob a pressão dos acontecimentos" ("REVISTA FORENSE", volume 86, págs. 60-71).

Em trabalho muito recente, publicado na "REVISTA FORENSE" de janeiro do ano corrente, o professor SAN TIAGO DANTAS, apreciando a "evolução contemporânea do direito contratual", salienta os traços da sua fisionomia atual e chega, mesmo, a dizer: "O princípio da autonomia da vontade, expresso na liberdade contratual e na liberdade de contratar, não foi, porém, jamais entendido e afirmado como princípio absoluto, a salvo de contrastes e limitações. Assim como nunca se concebeu o direito de propriedade como senhoria absoluta e ilimitada, afirmando-se, pelo contrário, limitações legais de ordem pública e privada aos direitos do proprietário, assim, nunca se afirmou o

princípio da autonomia da vontade com faculdade de contratar tudo que aprouvesse às partes, sem limites e censuras de ordem jurídica e moral" ("REVISTA FORENSE", vol. 139, pág. 6).

É em face dêsse poder incontestável reconhecido ao juiz que se há de examinar e interpretar o contrato de fls. 12, uma de cujas cláusulas reza o seguinte:

"Além da importância fixa acima estipulada de Cr$ 50.000,00, pagará a segunda contratante ao primeiro, logo em seguida à partilha dos bens do casal, a percentagem de 5% calculada sôbre o valor dos bens que, na mencionada partilha, integrarem a meação da segunda contratante, percentagem a que só não terá direito o primeiro contratante se fôr julgada improcedente, em última instância, a ação de desquite. Assegurado "ficará", assim, ao primeiro contratante *o direito ao recebimento dos seus honorários* relativos à parte fixa e à percentagem estabelecidos nesta cláusula, em caso de desquite amigável, reconciliação dos cônjuges *ou morte de qualquer dêles antes da decisão final da causa*..." (fls. 12 do 1º volume).

O que se vê, sem sombra de dúvida, é que o último período dessa cláusula é um corpo estranho no conjunto do contrato. Exprime uma contradição flagrante com o que dispõe o primeiro período. Segundo o que se afirma, peremptòriamente, neste, o embargado só teria direito à percentagem em questão se fosse julgada procedente a ação de desquite em última instância. Mas D. Filonila faleceu quando apenas se havia proferido, naquela ação, o despacho saneador. Impossível, juridicamente, era pactuar-se o que se pactuou no último período daquela cláusula, porque qualquer dos fatos aí apontados, inclusive a morte de um dos cônjuges, que é o que se verificou, não teria a virtude de suprir a existência da condição única, expressamente imposta para o recebimento integral dos honorários: *a procedência da ação de desquite em última instância*.

Postos em paralelo, pois, os dois períodos daquela cláusula, vê-se que êles se contradizem, se repelem, se destroem. O último é a negação do primeiro e não pode ter validade jurídica, porque fere profundamente a essência do contrato de locação de serviços, segundo o qual só se remuneram integralmente os que foram integralmente prestados.

Nem era lícito a D. Filonila assumir, em tais têrmos, semelhante obrigação, porque a ação de desquite era, apenas, do seu interêsse pessoal. Que ela remunerasse os honorários advocatícios com os bens da meação que, afinal, viessem a caber-lhe, nada importava. Mas, uma vez falecida, onde a meação objetivava?

Os bens respectivos passaram a constituir patrimônio dos herdeiros entre os quais se contam menores. Como seria admissível onerar, com sérios encargos, bens futuros, que, já então, não seriam seus?

Até aí não pode chegar a fôrça da autonomia da vontade.

O pleito, que não se ultimou e cujo resultado era incerto e desconhecido, não envolvia interêsses patrimoniais do espólio, mas tão-só os pessoais dos contendores. Não é, pois, jurídico, nem legal, gravar, desmesuradamente, a fazenda dos sucessores, alheios a tais interêsses, só por um respeito supersticioso ao princípio da autonomia da vontade e de que o contrato é lei entre as partes.

Selem-se as folhas acrescidas.

Salvador, 30 de maio de 1952. - *A. L. Vieira Lima*, presidente; *Adalício Nogueira*, relator designado; *Artur Berenguer*, relator vencido: Desprezei os embargos, para confirmar o acórdão embargado, pagas as custas pelos embargantes, pelos seguintes fundamentos: Foi estabelecido no contrato de folhas 12: "Além da importância fixa acima estipulada, de Cr$ 50.000,00, pagará a segunda contratante ao primeiro, logo em seguida à partilha dos bens do casal, a percentagem de 5% calculada sôbre o valor dos bens que, na mencionada partilha, integrarem a meação da segunda contratante, percentagem a que só não terá direito o primeiro contratante se for julgada improcedente, em *última instância*, a ação de desquite. Assegurado ficará, assim, ao primeiro contratante o direito ao recebimento de seus honorários, relativos à *parte fixa* e à percentagem, estabelecidos nesta cláusula, em caso de desquite amigável, reconciliação dos cônjuges. ou morte de qualquer dêles antes da decisão final da causa, bem assim se a segunda contratante retirar o mandato ao primeiro antes do julgamento final da ação, ou se, de qualquer forma, embaraçar o andamento, inclusive do inventário e partilha dos bens do casal".

Antes da decisão final da causa, faleceu a locatária. Houve portanto, um *motivo de fôrça maior* para que o advogado, primeiro contratante, deixasse de cumprir, até o fim, a obrigação assumida no contrato.

Pelos prejuízos, porém, resultantes de tal motivo de fôrça maior, responsabilizou-se a locatária, *expressamente*, na citada cláusula contratual. E, assim, não responde o locador por tais prejuízos, de acôrdo com o art. 1.058 do Cód. Civil.

Esclarece CARVALHO SANTOS: "Admitindo a validade de uma cláusula dessa natureza, o Código reconhece apenas que o contrato vale como lei entre as partes, devendo prevalecer a vontade manifestada pelos interessados, desde que não contraria interêsse de ordem pública".

É, também, o parecer do eminente ministro EDUARDO ESPÍNOLA, que, com a autoridade incontestável de um dos maiores civilistas brasileiros, responde ao 4º quesito da consulta, que lhe foi dirigida, às fls. 142 a 144: "A mulher obrigou-se ao pagamento integral dos honorários contratados, no caso em que viesse a falecer antes de ultimados os serviços do advogado. Os seus herdeiros e sucessores devem cumprir essa obrigação, porque êsse acontecimento (a morte) foi expressamente previsto e não constitui em si um elemento de exploração ou abuso".

Observa LACERDA DE ALMEIDA, em seu livro "Obrigações", à pág. 313: "As obrigações contidas no contrato passam, ativa e passivamente, aos herdeiros e sucessores universais". E mais adiante, à pág. 403: Falecendo o credor ou o devedor, passam os respectivos direitos e obrigações para seus herdeiros ou universais sucessores.

"A morte do sujeito ativo ou passivo da obrigação não tem, pois, efeito de extingui-la, salvo quando assim está determinado por vontade expressa ou tácita das partes, ou resulta da própria, natureza da obrigação".

PAULO MERÊA, também citado pelo acórdão embargado, em nota do art. 1.572 do Cód. Civil brasileiro, assim se expressa: "Que não são apenas os elementos ativos do patrimônio, mas também as obrigações, que se transmitem,

declaram-no dum modo explícito, entre outros, os arts. 928 e 1.528, em que apenas se abre exceção para as obrigações personalíssimas e para as que a lei excluiu da sucessão".

O voto vencedor no julgamento dêstes embargos, como se vê pelo acórdão de fôlhas 480 e seguintes, fundou-se em doutrina *alienígena*, vindiça, citando juristas da França, da Inglaterra e da Alemanha, para sustentar que estão na ordem do dia "o dirigismo contratual, o poder de revisão conferido ao juiz, a possibilidade de sua intervenção na trama contratual". E afirma o ilustrado relator designado, na fundamentação do acórdão dêstes embargos: "A revisão dos contratos pelo juiz, no direito inglês e *no direito alemão, é matéria passada* em julgado".

A verdade, porém, é que essa doutrina, *no Brasil*, ainda não passou em julgado. O direito brasileiro, de acôrdo com os maiores civilistas pátrios e com a jurisprudência dos nossos tribunais, é o que ressalta das prescrições do nosso *Cód. Civil, que reconhece valer o contrato como lei entre as partes, devendo prevalecer a vontade manifestada pelos interessados, desde que não contraria interêsses de ordem pública*.

A revisão dos contratos pelo juiz poderá estar *na ordem do dia*, para a discussão entre os juristas, a fim de ser modificado o direito brasileiro, pela reforma do Cód. Civil ou pela jurisprudência vitoriosa dos nossos tribunais.

E como isso ainda não aconteceu, votei de acordo com os civilistas do Brasil e com o direito brasileiro.

Eis por que, como relator sorteado, fui vencido, mas não convencido; *Oscar Dantas; Sálvio Martins*, vencido: Desprezei os embargos, pelos mesmos fundamentos que aduzi, como relator do acórdão embargado; *Francisco Pondé Sobrinho; Euvaldo Luz*: Recebi em parte os embargos, por julgar que a Intervenção do juiz, nas convenções ou contratos entre partes, só se justifica para fixar a justa interpretação de seus têrmos e fixação de quantias, mas nunca para anular aquilo que entre os contratantes se tornou lei e não constitui ofensa ao Direito ou a Moral.

Julguei que a taxa percentual de 5% fixada como remuneração de serviços prestados pelo embargado, não emprestou ao contrato a feição de contrato leonino.

De outra parte, era concluída a situação econômica financeira da locatária, que por sua morte transferiria herança vultosa a seus herdeiros.

O juiz só julga por eqüidade, quando para tanto autorizado por lei, tal como está, por exemplo, na demanda - lei de luvas - ou seja o dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934; *Cleóbulo Gomes; E. J. de Sousa Carneiro*, vencido, na conformidade do voto proferido pelo Exmo. Sr. desembargador ARTUR BERENGUER; *Perilo Benjamim; Martins de Almeida; Antônio Bensabath; Clóvis Leone.*

Fui presente. - *Rubem Nogueira*.

Tribunal de Justiça do Ceará

BEM DE FAMÍLIA - LEGITIMIDADE DE CAUSA - RECURSO

- O prédio instituído como bem de família não poderá ser de valor superior a Cr$ 100.000,00.

- Nas instituições de bem de família, os instituidores do benefício, na qualidade de pais, são os representantes legais dos menores ao mesmo tempo em que o Ministério Público atua como mero fiscal da lei.

Agravante: O Ministério Público

Ag. n° 2.181 - Relator: DESEMBARGADOR BOANERGES DO AMARAL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de instrumento nº 2.181, de Icó, em que são agravante e agravado, respectivamente, o Ministério Público e o Dr. juiz de direito:

Originara-se o presente agravo de instrumento do fato de haver o atual adjunto do promotor de justiça da comarca de Icó agravado de petição de uma sentença do Dr. juiz de direito, proferida numa ação de redução de instituição de bem de família, requerida por André Fernandes Bastos e sua mulher, quando se não achava êle, ainda, investido no cargo, razão por que foi indeferida a sua petição, apresentada, aliás, 30 dias depois de prolatada a sentença.

É que, na verdade, o Dr. juiz *a quo* deferira o pedido de redução do bem de família numa ação em que funcionou um promotor de justiça *ad hoc* que concordara com tudo.

E o fêz, aliás, com fundamento no artigo 19 do dec.-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1935, assim concebido:

"O prédio instituído como bem de família não poderá ser de valor superior a cem mil cruzeiros".

Acontece, porém, que o atual adjunto de promotor, quando interpôs o recurso de agravo, dizendo que o fazia em nome dos menores, filho do casal, ainda não tinha, sequer, sido nomeado.

Não era êle, portanto, parte na causa.

E o não era, em verdade, ainda que, àquela época, se achasse no exercício pleno do cargo de adjunto de promotor de justiça.

Na ação de redução de instituição de bem de família não funciona como parte o representante do Ministério Público.

Funciona êle no feito, apenas, como fiscal da lei.

Falece-lhe, assim, competência para recorrer.

Para poder recorrer não basta que o Ministério Público tenha funcionado ou intervindo na causa.

É de mister que a lei lhe haja outorgado todo o direito de recorrer.

Nos têrmos do art. 814 do Cód. nacional de Processo,

"O direito de recorrer da sentença competirá a quem fôr parte na causa, ou, quando expresso em lei, ao órgão do Ministério Público. Se o recurso fôr interposto pelo órgão do Ministério Público ou pelo juiz *ex officio*, os autos subirão independentemente de preparo".

É óbvio que ao Ministério Público só é dado recorrer quando a lei expressamente o permite.

E para interpor recurso se faz preciso, ainda, que o recorrente tenha interêsse econômico ou moral.

Nas instituições de bem de família, os instituidores do beneficio, na qualidade de pais, são os representantes legais dos menores, ao mesmo tempo em que o Ministério Público atua como mero fiscal da lei.

Aliás, sôbre a competência do órgão do Ministério Público para recorrer sòmente nas causas em que fôr parte, ou nos casos em que lho facultar a lei, iterativa é a jurisprudência dos Tribunais do pais.

As Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, ocupando-se do assunto, no acórdão de 11 de agôsto de 1944, da lavra do Des. ADMAR BARRETO, assim decidiram:

"Não há qualquer norma legal, no Código de Proc. Civil e nas leis de estado que, nos têrmos do art. 814 daquele Código, atribua ao órgão do Ministério Público a faculdade de recorrer em qualquer causa em que intervenha de qualquer modo, razão por que sòmente poderá fazê-lo no cível, se funcionar na ação como parte principal. Nesse mesmo sentido decidiu o Tribunal de Apelação de Minas Gerais em acórdão de 4 de novembro de 1943, na "REVISTA FORENSE", vol. 97, pág. 676" ("Justiça", vol. 25, pág. 723; "Rev. dos Tribunais", vol. 160, pág. 802).

Não julgou de outro modo o Tribunal de Apelação de Sergipe no aresto de 8 de setembro de 1944, relatado pelo Des. HUNALD CARDOSO:

"Nos processos em que oficia, como mero fiscal da aplicação da lei, cessa a função do Ministério Público com a prolação da respectiva sentença final. O direito de apelar, segundo a nossa processualística, compete, exclusivamente, àqueles a quem a sentença diretamente prejudicada" ("Direito", vol. 32, págs. 447 e 506).

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, à sua vez, tratando da matéria, no acórdão de 25 de maio de 1948, redigido pelo Des. LEME DA SILVA, assim se manifestou:

"Ao órgão do Ministério Público, com obrigação de opinar, não deu a lei a necessária competência para recorrer. Nos processos falimentares tal orientação mais se preconiza, pôsto que a ação do Ministério Público é limitada, pois que não exerce atividade tutelar sôbre os credores, que podem transigir ou renunciar seus direitos" ("Rev. dos Tribunais", vol. 175, pág. 310, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. X, edição de 1950, pág. 805, nº 14.317).

E a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, num acórdão mais recente, datado de 16 de maio de 1949, do qual foi relator o Des. AUTRAN DOURADO, afinando pelo mesmo ritmo, emitiu, entre outros, os seguintes conceitos:

"Não se nega, que possa recorrer, quando a iniciativa do exercício da ação lhe compete, como no caso da interdição do louco furioso, nas contas dos tutores ou curadores, e nas ações especiais em que por lei lhe é dada tal faculdade. Mas, nos casos de interêsses de menores incapazes, absoluta ou relativamente ditos nos arts. 5º e 6º do Cód. Civil (e é quanto a êste que se deve entender o § 2° do art. 80 do Cód. de Processo Civil), apenas opina com vista nos autos, vale dizer, deve ser ouvido quando fôr pedido pela parte, ou ordenado pelo juiz de ofício; porém, quando se trata de defender o direito dos incapazes referidos, sòmente os seus representantes legais, tais como: pais, tutores, ou curadores (art. 80 citado), partes diretas, podem propor as ações de seus interêsses, e defendê-los nas que forjem réus ou litisconsortes, usando dos recursos legais,

quando contra êles forem as decisões. Ao promotor, que os não representa em juízo, é que não é dado fazer" ("REVISTA FORENSE", vol. CXXVI, 1949, págs. 505 e 506).

Por êsses motivos:

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em Câmara Civil, pelos membros componentes de sua Turma julgadora, por votação unânime, não conhecer do recurso, por ser o recorrente parte ilegítima.

Custas *ex lege*.

Fortaleza, 7 de maio de 1951. - *Pires de Carvalho*, presidente; *Boanerges do Amaral*, relator; *Daniel Lopes; Leite de Albuquerque*.

Fui presente. - *Osvaldo de Aguiar*.

*

APELAÇÃO - EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES

- A lei só admite embargos de nulidade e infringentes do julgado "quando não fôr unânime a decisão proferida", não só "em grau de apelação", mas ainda "em ação rescisória" e "em mandado de segurança".

Agravante: Antônio Caminha Muniz

Ag. nº 64 - Relator: DESEMBARGADOR BOANERGES FACÓ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de mesa ao despacho que rejeitou embargos de nulidade e infringentes do julgado, apresentados por Antônio Caminha Muniz à decisão unânime em rescisória:

O art. 1° do dec.-lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1946 (lei JOSÉ LINHARES), que deu a redação atual ao art. 833 do Cód. de Proc. Civil da República, não

admite embargos dessa natureza em três hipóteses: quando fôr unânime a decisão do Tribunal Pleno nos recursos de apelação, nas ações rescisórias e nos mandados de segurança.

O caso dos autos está previsto numa dessas hipóteses figuradas no dec.-lei número 8.570.

O embargante, ora agravante, cita grande número de acórdãos dos Tribunais do Brasil, mas não cita um só que lhe aproveite, pela unanimidade, após a vigência do decreto-lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1946. A jurisprudência recente do próprio Supremo Tribunal Federal lhe é adversa, como se constata, de modo claro e positivo, dos acórdãos de 10 de novembro de 1947 e de 15 de outubro de 1949, da autoria dos notáveis juristas e eminentes juízes ANÍBAL FREIRE e HAHNEMANN GUIMARÃES (*apud* ALEXANDRE DE PAULA, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. X, pág. 849).

As modificações trazidas ao art. 833 do Cód. de Proc. Civil da República pelos decretos-leis ns. 2.253, de 30 de maio de 1940, e 4.565 de 11 de agôsto de 1942, cederam a qualquer argumento, em face do art. 1º da lei JOSÉ LINHARES.

Isto pôsto:

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade de votos, tomar conhecimento do recurso interposto no agravo de mesa para, negando-lhe provimento, confirmar o despacho agravado.

Custas *ex lege*.

Fortaleza, 18 de abril de 1951. - *Pires de Carvalho*, presidente; *Boanerges Facó*, relator, sem voto; *Olívio Câmara; Daniel Lopes; Leite de Albuquerque; Avelar Rocha; Virgílio Firmeza; Arnaud Baltar*.

*

SOCIEDADE COMERCIAL - FÔRO

- Tendo a sociedade industrial ou comercial - pessoa jurídica de direito privado - diversos centros de atividade, em lugares diferentes, cada um será considerado domicílio para os atos nêle praticados.

- O fôro de eleição, ou do contrato, não inibe o credor de preferir o fôro de domicílio do devedor.

Brasil Oiticica S. A. *versus* Raimundo Euclides Rosa

Ag. nº 2.233 - Relator: DESEMBARGADOR LEITE DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento, procedentes da comarca de Sobral, sendo agravante Brasil Oiticica S. A. e agravado Raimundo Euclides Rosa, vulgo "Raimundo Zacarias", etc.:

Dêles se verifica que na ação ordinária intentada no fôro de Sobral pelo agravado contra a agravante, para a restituição em espécie ou o seu equivalente em dinheiro, de certa quantidade de sementes de oiticica, que lhe havia entregue por ordem de terceiro e cujo recebimento recusava-se a confessar, foi oposta por esta uma exceção de incompetência de juízo, sob o fundamento de ter fôro especial na cidade do Rio de Janeiro, onde constituiu domicílio de eleição, como está expresso no art. 3º dos seus Estatutos.

Nos artigos apresentados indica a excipiente o fôro da Capital Federal como o competente para o ajuizamento da ação, para onde pede a remessa dos autos, a não ser que o juiz entendesse dever prevalecer o fôro do contrato firmado com aquêle terceiro, caso em que a ação devia ter andamento nesta Capital.

Processada regularmente a exceção, foi julgada improcedente, vindo daí o presente agravo de instrumento, interposto em tempo hábil e forma regular, com fundamento no art. 842, nº II, do Cód. de Proc. Civil.

Isto pôsto:

Acordam os juízes da Turma julgadora da Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, tomar conhecimento do recurso e negar-lhe provimento, confirmando, assim, a decisão agravada, por seus jurídicos fundamentos.

A agravante é uma sociedade anônima, constituída para fins agrícolas, comerciais e industriais, com sede no Rio de Janeiro e agências ou filiais em diversas cidades do setentrião brasileiro, inclusive a de Sobral, onde está sendo demandada por ato praticado por um de seus agentes ou mandatários.

O fôro jurídico da sociedade está indicado nos Estatutos respectivos como sendo o da sua sede, razão por que não se quer conformar com o ajuizamento do feito no local onde se praticou o ato considerado lesivo pela parte que se diz prejudicada, preferindo declinar da competência para Fortaleza, fôro convencionado no contrato celebrado com um terceiro, com ligações remotas com o autor exceto, ora agravado, caso não seja reconhecido o fôro de eleição acima aludido.

A regra legal, estabelecida no art. 134 do Cód. de Proc. Civil, é de que o réu será demandado no fôro de seu domicílio, sendo êste definido e regulado pela lei civil, quer quanto às pessoas naturais, quer no que diz respeito às pessoas jurídicas de direto público e de direito privado (arts. 34 e 42 do Cód. Civil).

Relativamente a estas, objeto da presente decisão, deu-lhes a lei a faculdade de elegerem domicílio especial nos seus estatutos ou atos constitutivos, mas considerou também domicílio qualquer dos estabelecimentos que porventura a pessoa jurídica de direito privado mantivesse em lugares diferentes, para os atos nêle praticados (artigo 85, nº IV, e § 3° do Cód. Civil).

Daí a divergência de opiniões, entre os doutrinadores, sôbre a prevalência do fôro no caso de pluralidade de domicílios, - o de eleição ou o legal, - encarregando-se a jurisprudência, outrora também vacilante, de esclarecer a controvérsia, manifestando-se pela preferência da demanda no fôro das sucursais ou agências, em relação aos atos nelas praticados, quando a sociedade industrial ou comercial mantém diversos centros de atividade ("Rev. de Direito", vol. 104, página 247, e vol. 108, pág. 522; "REVISTA FORENSE", vols. 84, pág. 142. 102, pág. 481, e 128, pág. 399; "Brasil-Acórdãos", vol. III, página 267).

O fôro de eleição, ou de contrato, não obriga a terceiros, nem inibe o credor de preferir o fôro do domicílio do devedor, já dizia JOÃO MONTEIRO, à pág. 180 do volume 1º do seu "Curso de Processo Civil", princípio adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("Rev. de Direito", vol. 67, pág. 303).

De tudo se conclui que a exceção oposta foi bem apreciada e resolvida no juízo *a quo*, cuja decisão ora se confirma, condenando a agravante nas custas.

Fortaleza, 31 de maio de 1951. - *Pires de Carvalho*, presidente; *Leite de Albuquerque*, relator; *Péricles Ribeiro; Boanerges do Amaral*.

Tribunal de Justiça de Alagoas

AÇÃO POPULAR - REQUISITOS

- Para a procedência da ação popular de que trata o art. 141, § 38, da Constituição, é preciso que se trate de ato contrário à lei e que dêle tenha decorrido lesão ao patrimônio da União, do Estado ou do Município.

Valdemar da Silva Pontes e outros *versus* Câmara Municipal de Vereadores de São José da Laje

Ap. nº 3.273 - Relator: DESEMBARGADOR MEROVEU MENDONÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.273, de São José da Laje, em que são apelantes Valdemar da Silva Pontes e outros e apelada a Câmara Municipal de Vereadores de São José da Laje:

1. Os apelantes, vereadores do Município de São José da Laje, propuseram ação para ser declarada a nulidade das resoluções votadas pela Câmara apelada na sessão de 28 de novembro de 1950, por haver nela funcionado o vereador Pedro Viana de Morais, sem deixar o exercício do cargo de coletor, e o

vereador João Batista de Araújo, ilegalmente convocado como suplente, pois a convocação devia recair no suplente Severino Ramos Caldas, por ser mais votado que aquêle. Alegaram também que as resoluções votadas foram prejudiciais ao patrimônio do Município, aprovando, além do mais, contas do prefeito então em exercício.

A ação foi julgada improcedente, dando lugar à presente apelação.

Arrazoando a apelação, os apelantes ainda alegaram que, entre as resoluções aprovadas na referida sessão, figurou a votação do crédito de Cr$ 25.000,00 para abono de Natal dos funcionários municipais, abono exagerado.

Já marcado dia para julgamento, neste Tribunal, os apelantes juntaram uma certidão de um relatório extraído de um inquérito administrativo feito por uma comissão nomeada para apurar a responsabilidade de um desfalque de Cr$ 170.902,40, verificado nos cofres da Municipalidade, em que teria sido conivente o prefeito de então.

2. A Constituição, no art. 141, § 38, permite a qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade do ato lesivo ao patrimônio da União, do Estado ou do Município. Mas, para que esta ação seja procedente, é preciso que se trate de um ato contrário à lei ou à Constituição e que dêle decorra lesão ao patrimônio de qualquer daquelas pessoas jurídicas de direito público.

Na espécie, não ficou devidamente provado que o vereador Pedro Viana de Morais estivesse em exercício do cargo de coletor no dia 28 de novembro de 1950, pois a certidão fornecida pela Delegacia Fiscal consta que êle, em 29 do mesmo mês e ano, ou seja, no dia seguinte ao da sessão referida, comunicara à Delegacia Fiscal haver nessa data reassumido o exercício do cargo de coletor em virtude de ter-se afastado da função de vereador, o que pressupõe não ter, na véspera, funcionado na coletoria.

Acresce que, mesmo que não houvesse se afastado da coletoria, isto poderia ter conseqüência importante, não porém a de anular o seu voto de vereador.

3. Também não está devidamente provado que a convocação do suplente João Batista de Araújo, em lugar do suplente Severino Ramos Caldas, fôsse ilegal,

pois o Regimento Interno da referida Câmara autoriza o seu presidente convocar suplentes na ausência do vereador, e o que teria a preferência comunicara à Câmara, em 15 de julho do citado ano, da cidade de Olinda, Estado de Pernambuco, que não podia comparecer por motivo de moléstia, tendo remetido atestado médico neste sentido. E, não consta que, após essa data, houvesse comparecido ou se prontificado a comparecer à Câmara, apesar do delegado de polícia haver posteriormente informado que êle se achava no Município no mês de novembro.

4. Mesmo que tivesse ocorrido as argüidas irregularidades, ainda não procedia a ação por falta de prova plena da lesão ao patrimônio do Município.

O documento que se opôs à aprovação das contas certidão do relatório de uma comissão nomeada pelo novo prefeito para apuração de um desfalque que teria ocorrido na administração anterior, por si só não bastava para comprovar o alcance e conseqüentemente o prejuízo do Município, pois foi junto aos autos tardiamente, quando já estava marcado dia para o julgamento neste Tribunal, de modo que a parte adversa não pôde dar contraprova.

5. Quanto à votação do abono de Natal para os funcionários, fato alegado também tardiamente, pelo que consta da ata da sessão assinada pelos próprios apelantes, mesmo não se considerando os votos ora argüidos de nulos; ela foi feita com número legal.

Depois, não ficou provado que êste fato foi lesivo ao patrimônio do Município, pois não se sabe, pelos autos, se êle se chocava com a sua situação financeira.

Acresce ainda que três dos próprios vereadores apelantes, que ora argúem êste ato como lesivo ao patrimônio do Município, o aprovaram e o único que fêz restrição declarou que o fazia apenas porque não se ofereceu "uma lista com os nomes dos funcionários".

6. Se houve efetivamente o desfalque, a apuração das contas pela Câmara Municipal não impede o exercício de ação penal contra os responsáveis.

7. Em face do exposto, acorda a Turma julgadora negar provimento à apelação, para o fim de julgar a ação improcedente.

Custas na forma da lei.

Maceió, 26 de outubro de 1951. - *Augusto Galvão*, presidente; *Meroveu Mendonça*, relator; *Baltar Filho*; vencido: O caso versado nos autos é de anulação das deliberações tomadas pela Câmara Municipal de São José da Laje, na sessão realizada a 28 de novembro de 1950, constante da ata a fls. 18, entre as quais figura a aprovação das contas do prefeito então em exercício.

O art: 95, inciso 3°, da Constituição do Estado de Alagoas dispõe que: "durante o mandato o vereador não poderá exercer qualquer outra função pública, salvo os casos previstos nesta e na Constituição federal para os membros do Legislativo".

A certidão fornecida pelo delegado fiscal do Tesouro Nacional neste Estado (fls. 29) demonstra que o vereador Pedro Viana de Morais reassumiu o exercício das funções de coletor federal do Município de São José da Laje a 1º de março de 1950, não constando da mesma certidão que "ele tivesse deixado de exercer o cargo de coletor no ano de 1950. Como se vê da ata a fls. 181, o referido vereador e coletor federal em exercício compareceu à sessão da Câmara Municipal de São José da Laje, realizada a 28 de novembro de 1950, e tomou parte na votação das deliberações cuja anulação ora se pleiteia.

Compareceu igualmente à mencionada sessão o suplente de vereador João Batista de Araújo, da legenda P.S.D., eleito por 48 votos, em lugar do suplente Severino Ramos Caldas, suplente da mesma legenda, eleito por 81 votos (fls. 9 e 10), contrariando-se assim o disposto no art. 89, § 3º, letra *i*, do dec.-lei nº 7.586, de 3 de setembro de 1945, e a resolução do Tribunal Superior Eleitoral de 5 de setembro de 1947.

Cumpria ao presidente da Câmara Municipal convocar os suplentes "na ordem da votação que tiveram recebido", conforme determina a citada resolução do Tribunal Superior Eleitoral e de acôrdo com o art. 5º, letra *t*, do Regimento Interno da mesma Câmara (fls. 40 v.). E o suplente que devia ser convocado encontrava-se naquele Município na época da convocação (fls. 11).

Consta da certidão a fls. 93-97, documento público ao qual não é lícito recusar fé, ter sido apurado em processo administrativo um desfalque na, Prefeitura Municipal de São José da Laje, o qual atingiu a importância de Cr$ 170.902,40, e: "de conformidade com as provas dos autos, encontram-se como responsáveis diretos pelo referido alcance da importância de Cr$ 170.902,40 o tesoureiro Sebastião de Araújo Pimentel e, à falta de provas em contrário à alusão que lhe é feita, o Sr. ex-prefeito Ramiro Costa Pereira torna-se co-réu no crime, uma vez que concorreu, direta ou indiretamente, para a consumação do fato criminoso".

O art. 141, § 38, da Constituição federal dispõe que:

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a decretação de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das de economia mista".

Nos autos foi feita a prova das nulidades que invalidam as deliberações em causa, evidentemente lesivas do patrimônio da Prefeitura de São José da Laje.

Pelas razões expostas, dou provimento à apelação, para o fim de julgar nulas de pleno direito as deliberações da Câmara Municipal de São José da Laje, conforme o pedido na inicial; *Barreto Cardoso*.

*

CAMBIAL - TERCEIRO - CAMINHÃO

- O terceiro não obrigado que paga o título cambial tem ação executiva contra o emitente, para exigir a importância da obrigação.

- Caminhão não constitui instrumento indispensável ao exercício da profissão de motorista, que pode continuar a trabalhar com veículo alheio.

Paulino Pereira Neto *versus* Manuel Barreto

Ap. nº 3.208 - Relator: DESEMBARGADOR MEROVEU MENDONÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.208, da Capital, em que são apelantes Paulino Pereira Neto e Manuel Barreto e apelados os mesmos:

1. O primeiro apelante propôs contra o segundo uma ação executiva para cobrar a importância de Cr$ 8.000,00 constante de quatro promissórias emitidas por êste e provenientes da venda de um caminhão feita por José de Almeida Gomes.

Expedido o mandado executivo e feita a penhora de um caminhão, o executado ofereceu contestação alegando que o exeqüente não tem qualidade legítima para exigir o pagamento dos títulos, e ainda, que a penhora não podia recair no caminhão, visto como êle é motorista, vive ùnicamente com os rendimentos dêste veículo e o Cód. de Proc. Civil, no art. 942, nº IX, considera impenhoráveis as máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

O juiz julgou o exeqüente parte ilegítima para acionar. Apelou o exeqüente, e também o executado, êste porque o juiz não condenou o exeqüente a lhe pagar os honorários de advogado.

O exeqüente alegou que a apelação do executado foi interposta fora do prazo.

2. A sentença foi proferida na audiência de 19 de junho e a apelação do executado foi interposta no dia 28 do mesmo mês. Está, portanto, dentro do prazo.

3. Tem ação cambial: "Quem quer que, sem ser obrigado cambiàriamente, tenha pago o título a um credor cambiário legimado ou a outro qualquer detentor legítimo de crédito; qualquer detentor do título que possa provar plenamente, por quaisquer meios, a sua propriedade" (MAGARINOS TORRES, "Nota Promissória", ns. 341 e 366; STRADELLI, "Rev. de Direito", vol. 50, página 16).

"Se a letra contiver a quitação passada pelo legítimo possuidor, o detentor está autorizado a receber o pagamento" (CARVALHO DE MENDONÇA, "Direito Comercial", vol. 5, parte 2, nº 809).

"O endôsso sôbre a forma de recibo não o desnatura" (VALDEMAR FERREIRA, "Rev. dos Tribunais", vol. 78, pág. 240).

4. Na espécie, José Gomes de Almeida, credor originário, passou procuração a Zacarias Vieira para êste cobrar judicialmente do executado a importância das promissórias: emitidas por êste. Zacarias declarou no verso dos títulos que recebeu as respectivas importâncias de um terceiro, exeqüente. Êste, tendo pago a dívida e recebido os títulos de quem os possuía legitimamente, pois era procurador do credor originário, adquiriu qualidade para exigir do devedor o seu pagamento. E, se, por hipótese, fôsse o exeqüente parte ilegítima, a irregularidade estaria sanada com a procuração que afinal (fls. 57) lhe deu o credor originário para cobrar a dívida e em que ratificava todos os atos feitos pelo exeqüente.

5. O caminhão não se pode considerar instrumento indispensável à profissão dos motoristas, pois êstes podem, como é freqüente, trabalhar com instrumento de terceiros:

"O automóvel não se compreende entre aquêles objetos que, por serem necessários à profissão, não podem ser penhorados, não devendo, portanto, ser considerado como máquina necessária ao exercício da profissão de *chauffeur*, que, como geralmente sucede, pode locar os seus serviços a terceiros" (ac. unânime da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 11 de abril de 1944, "REVISTA FORENSE", volume 99, pág. 721).

6. Em face do exposto, acorda a Turma julgadora dar provimento à apelação do exeqüente e, conseqüentemente, negar provimento à o executado.

Custas pelo executado.

Maceió, 2 de maio de 1951. - *Augusto Galvão*, presidente; *Meroveu Mendonça*, relator; *Artur Jucá; Barreto Cardoso*.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE PASSO FUNDO, ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DIRETA CONTRA O SEGURADOR - ATROPELAMENTO

- A vítima do dano não tem ação direta contra o segurador, que é parte ilegítima passiva na ação de reparação.

- Presume-se a responsabilidade da pessoa jurídica pela simples ocorrência do fato danoso, cabendo-lhe a prova em contrário.

Geni Fagundes da Silva *versus* Elpídio Modesti e outra

SENTENÇA

Vistos êstes autos, etc.:

O Dr. 2º promotor de justiça, na representação de Geni Fagundes da Silva, intentou, como lhe incumbe o art. 68 do Cód. Penal, a presente ação ordinária com o fim de alcançar declarada a condenação de Elpídio Modesti e Emprêsas Reunidas da Serra de Transportes Ltda., pelo ressarcimento do dano que lhe foi causado no atropelamento de que foi vítima, em 9 de outubro de 1947, na faixa do Município de São Leopoldo, quando ali um ônibus das Emprêsas Reunidas trafegava com excessiva velocidade, dirigida, por Elpídio Modesti, que foi por tal fato condenado pelo egrégio Tribunal de Justiça como incurso na sanção do art. 129, § 6°, do Cód. Penal.

A inicial também incluiu como ré a Sul América Terrestres, Marítimos de Acidentes, Companhia de Seguros, porque, segundo diz, a emprêsa mantinha seguro em tal companhia.

Foram feitas tôdas as citações, e nenhum dos réus ofereceu contestação, salvante a Sul América, que contestou o pedido, argüindo a falta de *legitimatio*

ad causam para responder aos têrmos do pedido de indenização que a autora reclama, acrescentando que só pode a ação ser dirigida contra o autor do crime e contra o responsável civil, que nunca poderá ser a companhia seguradora. Apenas firmara esta um contrato de seguro com a transportadora, ao qual era a vitima alheia, não estando vinculada ao pactuado, não lhe sendo conferido qualquer direito para, contra êsse terceiro pactuante, endereçar sua postulação. Faltava-lhe assim direito de agir porque exatamente não era a seguradora a pessoa de quem tinha a obter qualquer reparação. Nisso exatamente consiste a ilegitimidade *ad causam* em sua feição passiva.

Tal alegação é evidentemente procedente, como aliás já reconheceu o despacho saneador, deixando claro que a companhia seguradora não era co-ré pois não havia responsabilidade solidária, entrevendo, entretanto, sua qualidade de assistente, porque a decisão da presente ação viria influir nas relações entre a ré e a companhia de seguros.

Não há tal, nem se pode considerar obrigatória a intervenção da companhia seguradora. Ainda que assistente litisconsorcial, sua intervenção seria simplesmente facultativa. Ainda cumpre seja ressaltado que a emprêsa transportadora não fêz seguro contra acidentes de trânsito, mas simplesmente de responsabilidade, para se cobrir dos riscos de indenizações que viesse ser obrigada a pagar.

Res inter alios, o seguro de responsabilidade firmado nada diz respeito à vítima do acidente. Essa só poderá haver a indenização que pretende do autor do crime ou de responsável civil. Se êste se assegurou, cobrindo o risco de tal responsabilidade em um contrato com terceiro, é assunto que absolutamente não atinge a vítima. Seu direito é de haver a indenização dos que estão obrigados a presta-la, e não de terceiros que tenham concluído um pacto com o responsável, ao qual é a vítima inteiramente estranha.

Aceitando assim a preliminar argüida pela companhia seguradora, julgo a autora carecedora de ação contra a mesma, por faltar nesta *legitimatio ad causam*, em sua feição passiva, para responder pelo dano causado por Elpídio Modesti, condutor do ônibus da Emprêsas Reunidas da Serra de Transportes Ltda. Assim já tem decidido o egrégio Tribunal de Justiça (*in* "Justiça", vol. 24, pág. 202).

O fato está descrito no conspícuo pronunciamento do egrégio Tribunal (certidão de fls. 5): o réu Elpídio Modesti imprimia excessiva velocidade ao ônibus que dirigia, ao cruzar um outro veículo estacionado, do qual descia a ora autora que foi colhida, recebendo graves lesões. Agiu assim com manifesta imprudência, pelo que foi lavrada sua condenação por êsse delito culposo.

Está, pois, caracterizado tìpicamente o ato ilícito e pela reparação de suas conseqüências é seu autor diretamente responsável, como decorrência muito clara da própria responsabilidade penal já reconhecida em definitivo pronunciamento da suprema instância.

Sôbre a responsabilidade civil do autor do crime, nenhuma dúvida se pode lobrigar. É clara decorrência de elementar postulado de responsabilidade civil.

Resta agora examinar a posição da Emprêsas Reunidas, cuja convocação também é incluída pela postulante inicial.

Êsse o ponto mais relevante em questões dessa natureza: a responsabilidade do preponente pelos atos danosos de seus prepostos.

O amplo debate que as doutrinas díspares têm dividido os mestres trouxe aos julgados tendências e sentido vacilantes. Já poucos os pontos que se têm como assentados pela consagração jurisprudencial; palpável, a evolução que se vem palmilhando, sem que já não mais se possa proclamar a tranqüilidade de uma conclusão definitiva.

Apegados à doutrina tradicionalista, ainda de todo não nos libertamos do conceito clássico de culpa, como pressuposto de responsabilidade, ainda não ousamos ampliar a responsabilidade para compreender a reparação do dano, nem generalizar a solução reclamada pela eqüidade e justiça.

Mas inobscurecível, que a vida moderna não mais admite, com a complexidade de seus problemas de tráfego, velocidade e riscos, a estreiteza secular "daqueles conceitos da civilização artesanal, da vagarosa biga e dos motores de fôrça animal da *lex Aquilia*".

E nessa agitada fase de transição, entre um preceito retrógrado que, quebrando a harmonia do conjunto, foi enxertado no Código Civil, com cujo espírito não bem se aduna, e a martelante necessidade de uma justiça mais social, mais humana é mais justa, por todos sentida, aprimora-se a elaboração febril do espírito aguçado de exegetas e juristas, extraindo com coragem, de princípios e normas, a solução de justiça e eqüidade, no esfôrço fecundo de purgar a mora do direito para com a vida, da lei com os fatos sociais. E pontilhado dêsse esfôrço se afirma novo estágio em cada degrau da escalada na progressão admirável que se desenvolve...

Partindo da lei nº 2.681 (7 de dezembro de 1912), definidora da responsabilidade das estradas de ferro, o primeiro decreto que consagrou neste assunto os postulados da nova doutrina, abriu-se à jurisprudência êsse trabalho cuja energia ainda não se estancou e cuja compreensão cada vez mais se amplia e aprofunda. Êste diploma legal definiu a presumida culpa da emprêsa para responsabiliza-la pelos desastres aos passageiros, tendo como implícita a cláusula de segurança nos transportes ferroviários. A responsabilidade da emprêsa só se ilide pela prova de fôrça maior, caso fortuito ou culpa do viajante (art. 17 da lei nº 2.681).

Por fôrça de compreensão foi estendida sua aplicação e para as raias de sua disciplina passaram, por solução pretoriana, tôdas as emprêsas de transporte urbano, bondes, tranvias, ônibus, e ùltimamente até as barcas e elevadores.

É tranqüila a jurisprudência que tem placitado essa conclusão (vide "Brasil-Acórdãos", vol. 3°, nº 7.038; "Arq. Judiciário", vol. 71, pág. 54 (em que se proclama torrencial a jurisprudência nesse sentido); "Jurisprudência do Tribunal de Apelação" do Distrito Federal, vol. 3º, pág. 16; vol. 4°, págs. 56 e 95; vol. 5º, pág. 73; vol. 6°, pág. 43; vol. 8º, págs. 37 e 49; e vol. 20, página 7; "Arq. Judiciário", vol. 57, pág. 311; vol. 73, pág. 56; vol. 74, pág. 63; e vol. 75, pág. 55; "REVISTA FORENSE", vol. 91, página 125; vol. 92, pág. 475; vol. 115, página 503, e vol. 116, pág. 17; "Justiça", vol. 28, pág. 373).

Além dos passageiros, ainda se enquadra, por idêntica razão, a responsabilidade para com os empregados da emprêsa transportadora, como é bem claro.

Recentemente se proclamou a mesma responsabilidade da emprêsa para com terceiros, os transeuntes atingidos por atos danosos de seus prepostos, estendendo a presunção até a culpa aquiliana.

Mais de um julgado isso enuncia:

"A lei faz presumir sempre a culpa das emprêsas de transportes pelos acidentes oriundos dos atos de seus empregados ou prepostos, quer se trate de culpa contratual com relação a seus passageiros, ou de culpa extracontratual ou aquiliana, quanto aos transeuntes" ("Justiça", vol. 19, página 466).

Em outro caso, em que a vítima do acidente foi um terceiro, um transeunte, assim proclamou, em face da imprudência do condutor da emprêsa de ônibus, que "inobservava as cautelas, notadamente aquelas reclamadas em segurança da vida dos terceiros, sempre em risco ao meio do tráfego público, por motivo, sobretudo, da incúria de certos motoristas, a qual acarreta a responsabilidade das emprêsas de que êles são prepostos e a que como tais se acham de tal ordem vinculados no mister que praticam que tornam sempre presumida a culpa daqueles, pelos fatos lesivos a outrem, resultantes do mau desempenho do ofício que êles exercem e da tarefa que executam no exercício dêsse ofício e no interêsse de tais emprêsas, seus preponentes" (acórdão das Câmaras Cíveis Reunidas de 26-12-941, *in* "Justiça", vol. 20, página 213).

"A lei nº 2.681 faz sempre presumir a culpa da emprêsa pelas ocorrências nocivas provenientes de atos de seus empregados ou prepostos, quer seja contratual a culpa, em relação aos seus passageiros, ou mesmo extracontratual ou aquiliana, quanto aos transeuntes" (acórdão de 28-4-43, *in* "Justiça", vol. 22, pág. 213).

Se por consagrada já se tivesse tranqüila essa conclusão, de se ver presumida a culpa da emprêsa nos atos danosos dos seus prepostos, para com terceiros, estaria aqui julgada a ação.

Entretanto, inobstante os conspícuos pronunciamentos acima citados, autoridades de monta concluem diferentemente.

Acentua PONTES DE MIRANDA que os danos causados a terceiros, isto é, aos que não são passageiros, nem proprietários marginais e nem empregados, têm sua reparação regulada pelo Cód. Civil. E JOSÉ DE AGUIAR DIAS, que tão proficientemente versou essa matéria em sua brilhante obra "Da Responsabilidade Civil", ajuntou à observação de PONTES DE MIRANDA que "nada há de mais certo" (ob. cit., vol. II, pág. 20).

Bem clara e ponderável é, pois, a reserva que ainda se faz a essa conclusão, de responsabilizar diretamente a emprêsa de transporte pelos atos danosos aos transeuntes, a extensão da responsabilidade objetiva ao caso de culpa aquiliana. Assim é tal elemento alinhado, como estágio da progressão, sòmente para arrimo da solução, que não pode repousar, embora a manifestação egrégia daqueles julgados, exclusivamente em tal base.

Cumpre evocados os preceitos do Código Civil, de conformidade com a remissão dos mestres citados.

As disposições codificadas são evidentemente contraditórias. Após afirmar a responsabilidade do patrão, amo ou comitente, como solidária pelo ato de preposto ou empregado, praticado no exercício do trabalho (art. 1.521, inciso III), acrescentou depois, por uma desfigurante emenda do Senado, que só há essa responsabilidade quando de sua parte concorram por culpa ou negligência para o evento danoso (art. 1.523). Se já o anterior artigo definira e estabelecera a responsabilidade solidária do patrão, amo ou comitente, não se compreende que em outro preceito venha acrescentar que tal responsabilidade só se pode fundar em culpa ou negligência de sua parte. Então a responsabilidade nunca é do preponente ou do patrão, e sim do culpado, seja ou não patrão, que para o ato lesivo concorreu com culpa ou negligência. Não haveria razão para o art. 1.521, que criou a responsabilidade solidária na indenização, quando já decorria da culpa de ambos, do preposto como autor de ato ilícito, e do preponente, seu cúmplice, porque, concorreu para o evento danoso com culpa própria. Se não fôsse patrão nem amo, também estaria responsabilizado solidàriamente, por ter concorrido com culpa para a produção do dano. A conciliação dêsses têrmos legais, seja qual fôr o esfôrço de sutileza ou de sagacidade de espírito, não é passável; nunca se poderão harmonizar tais normas. E a interpretação deve atender muito mais ao espírito da lei, "aos fins

sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", do que restringir-se às determinações secundárias de sua forma, reconhecidamente claudicante.

Não cabe aqui, em que se perpassa o sentido dos julgados, alinhar e repetirem-se argumentos já batidos até suas íntimas reservas por mestres insignes. Filiei-me sempre à corrente que adota essa interpretação do Cód. Civil, exalçada pelo brilho invulgar de juristas de renome.

E é nesse sentido que se vem inclinando a jurisprudência, de envolver nas conseqüências dos atos danosos dos prepostos a responsabilidade do preponente. Foi essa orientação consagrada já em pronunciamentos diversos do excelso Pretório. Aí se têm proclamado em arestos reiterados, que já hoje firmam jurisprudência, essa conclusão.

São dêsses julgados as seguintes afirmativas:

"Provado o ato danoso, sem que haja ocorrido fôrça maior ou sem que tenha sido provocado pela vítima, está *re ipsa* provada a culpa do preponente, do patrão, da emprêsa" ("REVISTA FORENSE", volume 120, pág. 410).

"A concorrência da culpa teria assim de provir automàticamente da culpa do preposto" ("Rev. dos Tribunais", vol. 156, página 387).

"Há culpa presumida da parte do preponente, quando ocorre culpa do preposto" ("Rev. dos Tribunais", vol. 151, pág. 352).

"A jurisprudência hesitou em presumir êsse concurso (de culpado preponente), mas prevaleceu afinal a doutrina que entende resultar até "prova contrária a culpa das pessoas que respondem pelos atos alheios" ("REVISTA FORENSE", vol. 115, pág. 421).

E por final, para encerramento, bem é que se evoquem as manifestações incisivas ali proferidas pelo eminente ministro FILADELFO AZEVEDO, por cuja perda ainda estão enlutadas as letras jurídicas.

São do saudoso ministro, como relator de um dos últimos arestos de sua lavra naquele colégio judiciário, as seguintes palavras: "A jurisprudência do

Supremo Tribunal e da maioria das Côrtes estaduais, sôbre a responsabilidade indireta dos patrões por atos de seus prepostos, obriga a corrigir, em bem da uniforme aplicação da lei federal, a orientação do Tribunal estadual, que, embora com argumentos respeitáveis, entende necessária a prova da incidência direta da culpa do preponente para o resultado danoso" (rec. extraordinário nº 8.013, *in* "Arquivo Judiciário", vol. 72; pág. 187).

Em anterior aresto, ainda êsse ministro dissera que, "de todo o modo, a solução da responsabilidade por atos de serviçais, preconizada e corrente no mundo civilizado, se impõe, ainda que sob vários rótulos, e tem de ser estendida até o caso do particular, ainda que não possua, *v. g.*, veículo para desenvolver atividade lucrativa" (acórdão no rec. extraordinário nº 9.435, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 177, pág. 408).

Êsse extenso e brilhante voto do insigne, mestre FILADELFO AZEVEDO ainda enumera a situação do problema na doutrina de todo o mundo e na jurisprudência de todo o país, proclamando já então a tranqüilidade da solução uniforme, da qual apenas se afastavam dois tribunais estaduais, que tacha de recalcitrantes ("Rev. dos Tribunais", volume 177, págs. 408 e 410).

Tem, assim, o Pretório excelso como firmada sua jurisprudência, para orientar e nesse sentido uniformizar a aplicação da Lei Federal.

No egrégio Tribunal de Justiça dêste Estado, no seio do qual tantas vêzes se tem debatido essa matéria, diversos já são os pronunciamentos com essa orientação. Além dos já citados; ainda outros mais modernos reafirmam essa conclusão, pela presunção da culpa do preponente ("Justiça", vol. 20, pág. 58, e vol. 31, pág. 223).

Verdade é que outros se têm filiado a doutrina clássica, de não dispensar a provar da culpa do preponente para caracterização de sua responsabilidade.

O último pronunciamento de que tenho notícia, das egrégias Câmaras Cíveis Reunidas, que abordou êsse assunto, concluiu ainda pela exigência da culpa concorrente do preponente, mas já foi decidido pela escassa maioria de um voto, e, entre os cinco votos vencedores, já dois não mais integram o egrégio Tribunal, os eminentes desembargadores SÍLVIO DUNCAN e ADMAR

BARRETO, e de seus sucessores é conhecida a opinião do desembargador DAIELO em sentido oposto; pois foi o relator do último aresto citada (*in* "Justiça", vol. 31, pág. 223).

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade da emprêsa pelo ato danoso de seu preposto tem a seu favor a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, da maioria das Côrtes estaduais, como testemunha FILADELFO, inclusive do egrégio Tribunal de Justiça dêste Estado, como se vê dos pronunciamentos que foram largamente evocados.

Só por isso já estaria suficientemente fundada com o melhor apoio a condenação da emprêsa-ré, como responsável pelo desastre causado pela imprudência de Elpídio Modesti.

Mas ainda há mais, que é de importância decisiva, é que o condutor Elpídio Modesti não era simplesmente preposto, empregado da Emprêsas Reunidas da Serra de Transportes Ltda. Em verdade, era sócio cotista, como ainda o é.

A prova nesse sentido é convincente e inobscurecível.

Além da própria revelia da emprêsa, que pelo seu silêncio aceitou e confessou a postulação contra ela dirigida, envolvida como foi nos têrmos da inicial sua expressa responsabilidade, outros elementos encerram os autos em confôrto dessa conclusão.

A certidão de fls. 48 extraída do Registro de Imóveis, onde está inscrita a firma social, indica entre os sócios o nome de Elpídio Modesti, referindo-se ao contrato social arquivado na Junta Comercial e cujo conteúdo não foi possível conseguir. Comprova tal documento essa qualidade de sócio de Elpídio Modesti, o imprudente condutor do ônibus nº 18-12-15, causador do desastre.

E nem serve para infirmar tal evidência a circunstância de que tal contrato só foi registrado em 12 de janeiro de 1948 e do que consta falsamente na declaração da firma de que tenha começado a funcionar em 2 de janeiro daquele ano (1948). Essa declaração, embora lançada em documento de tal importância, é falsa. E o próprio diretor-gerente da emprêsa que diz, prestando declarações ante o Dr. promotor de justiça, que, "em meados de 1947, a

Emprêsas Reunidas da Serra de Transportes Ltda. adquiriram de Biassuz & Cia., Emprêsa Iraí, um "ônibus que fazia o trajeto para Pôrto Alegre com todos os direitos" (fls. 22). Assim, desde meados de 1947 já existia a Emprêsas Reunidas, da Serra de Transportes Ltda., que comprava ônibus e linhas, e em 13 de outubro de 1947, quatro dias após o acidente, declarava-se transferida à Emprêsas Reunidas da Serra de Transportes Ltda. a apólice de seguro mantido por Biassuz & Cia., na Sul América, como se vê do memorial anexado à apólice de fls. 23. Isso comprova o que diz o gerente da ré, que desde meados de 1947 existia essa emprêsa que adquiria ônibus de outra firma, operando-se em seguida o trespasse do contrato de seguro com o endôsso da respectiva apólice.

E foi êste carro que apanhou Geni, dirigido por Elpídio, que tinha a placa número 18-12-15, que foi incluído na compreensão do seguro, como declara o citado memorando de 13 de outubro de 1497, anexado à apólice nº 108.489 (fls. 23).

Assim, o contrato escrito e depois arquivado na Junta Comercial só veio formalizar e legalizar uma situação que desde há muito se estabelecera. A personalidade jurídica não é, no entanto, conferida pelo registro da sociedade, arquivamento do contrato ou inscrição na firma, mas adquirida desde que reunidos os elementos de sua constituição, o que no caso já havia desde meados de 1947. Já desde então integrava Elpídio a sociedade, como um de seus sócios, cotista, como a inscrição da firma veio logo após demonstrar.

Não há, pois, como se o possa considerar um simples preposto.

Parte integrante da sociedade, sócio da firma, bem é de ver que a responsabilidade da emprêsa, da qual era e ainda é sócio, se define em têrmos bem mais amplos.

Vale em tal ponto, com sua clareza admirável, a lição do insigne COSTA MANSO:

"As pessoas físicas ao serviço das pessoas jurídicas formam, realmente, duas categorias inconfundíveis. De um lado figuram aquelas que o ilustre escritor denomina os instrumentos jurídicos de sua atividade. De outro lado os

instrumentos materiais ou técnicos. Os instrumentos jurídicos são os órgãos representativos do ser abstrato: diretores, administradores, gerentes, e também outros indivíduos, que sem se acharem investidos de poderes gerais, praticam certos atos de representação, como os caixeiros de balcão, os caixeiros-viajantes, os chefes de estação ferroviária.

"A representação constitucional, geral ou direta das pessoas coletivas constitui um elemento absolutamente necessário para a existência dessas pessoas. E por meio dessa representação que se organiza a sua vontade, condição necessária para que se possam promover os interêsses coletivos para que se constituíram. Nas pessoas coletivas não pode estabelecer-se, portanto, a distinção entre o representante e o representado, como na representação ordinária, considerando-se como individualidades diversas em relação a terceiros. A representação constitucional da pessoa-coletiva não pode destacar-se dela, acha-se, para assim dizer, fundida nessa pessoa. Na qualidade de representante não pode, porém, constituir uma entidade autônoma; é como um órgão da pessoa coletiva, no sentido de que é por êle que a consciência e a vontade da pessoa coletiva se revela ou manifesta".

Omissis...

"Os agentes da primeira categoria, tendo poderes de representação, total ou limitada, obrigam a pessoa jurídica, sempre que, no exercício de suas funções, executarem atos jurídicos. Por isso mesmo obrigam-se, no serviço, a praticarem atos lícitos. Quando êles agem, o ato é da pessoa jurídica, ato próprio, visto como procedem na qualidade de representantes" (voto do ministro COSTA MANSO, *in* VIEIRA FERREIRA, "Da Responsabilidade Civil em Acidentes de Automóvel", págs. 148 a 151).

Aplicada essa lição ao exame do caso em aprêço, bem se demonstra a direta responsabilidade da emprêsa pelo dano causado por um de seus sócios, que dirigia o ônibus de passageiro na viagem desta cidade a Pôrto Alegre, exatamente a finalidade para cuja exploração se constituíra a emprêsa. Na pessoa de seu sócio conduzindo desastradamente o veículo da emprêsa era esta que ali estava legitimamente representada, e, portanto, cabe-lhe òbviamente a responsabilidade direta pela indenização reparadora da dano em tais circunstâncias causado em Geni Fernandes da Silva.

Seja, pois, qual fôr o ângulo de que se visualize a questão, a responsabilidade da emprêsa é evidente. Ou porque aplicável ao caso de culpa aquiliana a presunção de culpa criada pela lei nº 2.681, como julgou o Tribunal de Justiça dêste Estado; ou porque decorrente *re ipsa* da culpa do preposto, como reiteradamente vem decidindo o excelso Supremo Tribunal, a maioria dos tribunais, inclusive o dêste Estado, ou ainda caso se recalcitre na interpretação do Código Civil, que AGUIAR DIAS denominava de retrógrada, ainda assim, evidente é a direta responsabilidade da emprêsa, por ser o ato danoso de um seu sócio, no exercício de sua precípua finalidade, e não de um preposto.

A procedência da ação se impõe assim, categòricamente, por qualquer um e por todos êsses aspectos em que foi analisada.

Em tais têrmos, julgo procedente a ação para condenar, como de fato condenado tenho, Elpídio Modesti e Emprêsas Reunidas da Serra de Transportes Ltda. a pagarem a Geni Fernandes da Silva a indenização a que tem direito pelo desastre de que foi vítima, compreendendo tal indenização as despesas do tratamento da vítima e lucros cessantes até o fim da convalescença, além da importância que lhe assegure uma pensão correspondente à diminuição de 20% que sofreu na valorização de seu trabalho, tudo como se determinar em liquidação. A importância assim totalizada se fará o acréscimo de 20%, em que arbitro os honorários advocatícios a que ficam também condenados.

E assim julgando, condeno ambos, Elpídio Modesti e Emprêsas Reunidas da Serra de Transportes Ltda., ao pagamento das custas processuais.

Registre-se e cumpra-se.

Passo Fundo, 29 de maio de 1951. - *César Dias Filho*, juiz de direito da 2ª Vara.

Nota:

COMENTÁRIO

Registremos, com alegria, o carinho dedicado ao tema pelo ilustre juiz prolator da sentença. Vê-se que se trata de um estudioso, o que é bastante para recomendá-lo como expoente da magistratura rio-grandense.

Lamentamos discordar da primeira proposição da sentença. A ação direta da vítima contra o segurador, embora não muito usada entre nós, encontra plena sanção na doutrina, na jurisprudência e até na lei.

Em nosso estudo sôbre a responsabilidade civil, generosamente qualificado pelo douto prolator da sentença em exame, mostramos que a ação direta tem rigorosa justificação técnica e doutrinária, não sendo procedente a objeção fundada no princípio **res inter alios neque nocet neque prodest** ("Da Responsabilidade Civil", vol. 2º, pág. 462). Aos argumentos aí expendidos, reforçados com a opinião de ABELARDO BARRETO DO ROSÁRIO e ISAAC HALPERIN, êste em monografia sôbre o assunto. (Buenos Aires, 1944), acrescentamos nem ser possível negar a ação direta no direito brasileiro, sob pena de estabelecer flagrante desigualdade, pois, pelo art. 108 do Cód. Brasileiro do Ar, ela é expressamente reconhecida no que tange ao transporte aéreo:

"Quem tiver direito à reparação do dano exerce, nos limites da ação que lhe competir, direito próprio sôbre a garantia prestada pelo responsável".

Não havendo razão especial para tratamento desigual, porque, no que respeita à necessidade da reparação do dano e às exigências sociais de que o prejudicado seja satisfeito na sua pretensão, não há diferença entre a responsabilidade por prejuízos causados pelo transporte aéreo ou pelas aeronaves a terceiros na superfície e as demais espécies em que me concretize um direito a indenização por ato ilícito, é forçosa a conclusão de que a ação direta se acha consagrada em nosso direito.

Cabe, a propósito, relembrar, ao contrário do que sustenta a sentença, que a opção quanto à intervenção cabe ao autor da ação de reparação e não ao segurador, ou ao réu. Há pouco tempo, tivemos ocasião de decidir que, não chamado pelo autor da ação de indenização, não podia o pedido do réu, para que o segurador viesse integrar a contestação, ser atendido. Não sabemos por

que o ilustre jurista Dr. AMÉRICO LUZIO DE OLIVEIRA, em artigo publicado na "Revista do Instituto de Resseguros do Brasil", valeu-se dessa nossa decisão para afirmar que éramos contrário à ação direta. A asserção, se verdadeira, importaria grave contradição entre as opiniões defendidas naquele livro e a nossa atuação de juiz, sem que qualquer ressalva houvesse explicado a mudança de ponto de vista. O certo é que mudança nenhuma houve, mas, apenas, a afirmação de que a opção para chamamento do segurador cabe ao prejudicado e não ao réu ou àquele.

Nosso acôrdo com a sentença, no mais, é completo e só lhe cabem louvores pela firmeza e erudição com que atacou o preconceito da teoria subjetiva.

José de Aguiar Dias, juiz no Distrito Federal.