JURISPRUDÊNCIA CIVIL E COMERCIAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RESPONSABILIDADE CIVIL - PATRÃO E PREPOSTO

- Provada a culpa do preposto, tem-se, sem mais provas, como assentada a responsabilidade do patrão.

- VOTO VENCIDO DO MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Não se pode admitir a responsabilidade do patrão por ato do preposto sem prova de haver concorrido com culpa própria para o evento danoso.

Karim João & Cia. e outro *versus* Ed. Figueira & Cia.

Rec. ext. n. 20.158 - Rel.: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 1ª Turma, por unanimidade de votos, conhecer do presente recurso extraordinário, em que são recorrentes Karim João & Cia. e outro e recorrido Ed. Figueira & Cia., e, por maioria de votos, negar-lhe provimento, pelas razões que se indicam nas notas taquigráficas.

Supremo Tribunal Federal, 12 de maio de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Perante o Dr. juiz de direito de São José do Calçado, Estado do Espírito Santo, a recorrida propôs contra a recorrente Karim João & Cia. uma ação de indenização pelos prejuízos causados pela colisão entre um autocaminhão dela, ré, e outro pertencente a ela, autora, colisão ocorrida por exclusiva culpa do motorista preposto da ré, que trafegava contra-a-mão.

Foi a ação julgada procedente, assegurado o direito regressivo da dita ré contra a Cia. Integridade de Seguros Marítimos e Terrestres, ora em liquidação e chamada ao processo como litisconsorte. Em grau de apelação, foi confirmada a decisão por maioria de votos, e, oferecidos embargos, foram êstes desprezados.

Dai o presente recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d* da casuística constitucional, alegando-se violação dos arts. 209, § 1°, do Cód. de Processo Civil e 1.523 do Cód. Civil, e dissídio jurisprudencial.

Foi o recurso arrazoado a fls. 200 e segs. e contra-razoado a fls. 208 e segs.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Se o acórdão recorrido entendeu provada a culpa do preposto da recorrida, em face dos elementos de convicção por esta produzidos, não há falar-se em infringência do art. 209, § 1°, do Cód. de Proc. Civil. Assiste, porém, inteira razão às recorrentes quando atribuem ao acórdão recorrido infringência do art. 1.523 do Código Civil.

Admitindo a concorrência de culpa da recorrente Karim João & Cia. preponente do motorista causador do desastre, por presunção *juris tantum* ou a título de responsabilidade objetiva, o acórdão violou abertamente o citado artigo do Código Civil, que adotou, na espécie, desenganadamente, a "teoria da culpa":

"Excetuadas as do art. 1.521, n. V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, *provando-se* que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte".

Não há pretender-se que tal dispositivo está atrasado de um século. Ainda que isso fôsse verdade, - o que formalmente contestamos, - não é possível que seja lido ao arrepio de seu texto iniludível.

E tão mais chocante, no caso, é a interpretação do art. 1.523 em contraste com o seu texto, quanto o evento lesivo teria resultado de um abuso por parte do preposto da recorrente, qual o de trafegar contra-a-mão pela estrada pública. Não mencionou, nem podia mencionar, o acórdão recorrido, dentro dos autos, o mais remoto indício da culpa *in eligendo* ou *in vigilando* por parte da firma preponente, limitando-se a dizer que, sua culpa se presume até prova em contrário. Todos os argumentos daqueles que se esforçam, construtivamente, para fazer o art. 1.523 dizer o contrário do que se contém, *ictu oculi*, no seu texto, são de artificialismo evidente, como os de que o preposto é, *longa manus* ou prolongamento da personalidade do preponente, absolutamente inconciliáveis com a letra e sentido, meridianamente claros, do art. 1.523. No fundo, todos êles apenas cuidam de disfarçar o critério, falsamente apregoado como *progressista*, da responsabilidade objetiva ou sem culpa. Esta, sim, é que, salvo casos excepcionais de proteção social dos fracos contra os *fortes*, representa um retôrno à fase primitiva do direito. Invoca-se, em defesa de tal critério, o teor da vida moderna.

Ora, se esta oferece *incommoda*, também proporciona múltiplos *commoda*, e a compensação, entre uns e outros deve ser precisamente a razão para que se repila êsse "resquício de barbaria", que é a responsabilidade objetiva. Como quer que seja, não há como querer iludir o artigo 1.523 do Cód. Civil brasileiro. *Ita lex scripta est*, e o juiz não pode entender que a lei está errada ou atrasada, para mudar-lhe o sentido. É certo que há dissídio jurisprudencial quanto à exegese do artigo 1.523, mas a sua solução não pode ser outra senão a de que êsse artigo consagra a *teoria da culpa*.

Conheço do recurso pelas letras *a* e *d*, e dou-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO MARIO GUIMARÃES (relator): Sr. presidente, peço vênia para discordar do Sr. ministro relator. Acho que não é necessária a prova de culpa, não pela aplicação da culpa objetiva, mas pelo princípio da representação. Nestas condições, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, conheço do recurso mas, *data venia* do eminente Sr. ministro relator e de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nego-lhe provimento.

Segundo a doutrina vencedora, sustentada por MAZEAUD, AGUIAR DIAS e outros; o pessoal da emprêsa se considera uma extensão dela.

A emprêsa, quando recorre aos serviços do preposto, prolonga sua atividade própria; a culpa do preposto é, com efeito, sua. O empregado foi apenas o elo através do qual se realizou o fato danoso, isto é, através do qual se manifestou a falha de organização de que resultou que o serviço prejudicasse a outrem.

Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, sempre entendi, na conformidade da jurisprudência do Tribunal, que o proprietário do veículo, em hipótese como a dos autos, responde pela culpa *in eligendo*.

Assim *data venia* do Sr. ministro relator, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (presidente): Dou provimento ao recurso, de acôrdo com os meus votos anteriores.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, unânimemente, negando-lhe provimento; contra os votos do Sr. ministro relator e do presidente.

COMENTÁRIO

Fortemente influenciado pelo Direito Penal, Porfia o eminente juiz NÉLSON HUNGRIA em combater o entendimento que a doutrina e a jurisprudência dominantes dão aos textos que cuidam da responsabilidade do preponente, no Cód. Civil brasileiro.

Deixando de lado a critica veemente aos pretensos retardatários, sob o fundamento, **data venia**, inadequado, na matéria, de que a responsabilidade civil objetiva é resquício de barbaria, e deixando-a de lado, porque não há necessidade de refutá-la, Para mostrar o equivoco do voto vencido, sustentamos que o insigne professor usa argumento que prova demais.

Senão, vejamos. S. Exª aponta, com inquietação, como defeito principal da chamada orientação progressista, o deixar sem função o artigo 1.523 do Cód. Civil, **verbis**:

"Excetuadas as do art. 1.521, na V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte°.

Ora, se, para ter como assentada a responsabilidade do patrão, é indispensável prova de culpa sua, própria, concorrente com a culpa do preposto, é, **data venia**, evidentíssimo que fica sem função, no que toca ao patrão, o art. 1.521 do mesmo Código, **sic**:

"São também responsáveis pela reparação civil... III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho, que lhes competir, ou por ocasião dêle".

Com efeito, se, pela regra elementar do artigo 1.518, cada qual responde pelos danos resultantes da sua culpa e se, como quer o magnífico voto vencido, não há responsabilidade do preponente sem culpa própria, o que dai resulta, deslumbrante como a luz solar, é a conclusão de que não há responsabilidade indireta no Código Civil brasileiro e, conseqüentemente, se deve ter como não-escrito o seu art. 1.521.

Não é possível fugir dessa conclusão. Se o art. 1.518 estabelece a responsabilidade, em todos os casos, com base na culpa do sujeito passivo da obrigação de indenizar, o patrão, aceita a tese do voto vencido, responderia pela sua culpa e não pela culpa do preposto. Mas o art. 1.521 estabelece, desenganadamente, que o patrão responde pelos atos culposos do empregado.

Dai sustentarmos que o argumento do eminente professor prova demais: pretendendo resguardar da contingência de letra morta o artigo 1.528, decreta irremissìvelmente tal sorte para o art. 1.521, no que toca à responsabilidade do patrão! Porque se o patrão só responde quando tenha procedido culposamente, responde pela sua culpa e não pela culpa de outrem. A menos que se queira sustentar que, para empenhar a responsabilidade civil, basta, em todos os casos, a culpa do sujeito passivo da obrigação de reparar, salvo no caso do patrão, em que há necessidade de conjugar duas culpas, a sua e a do preposto, em flagrante extensão das exigências dos arts. 159 e 1.518 do Cód. Civil.

Como acentuou, com a sua simplicidade, bem característica de bom juiz, o Sr. ministro MARIO GUIMARÃES, não há, na corrente combatida pelo Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, necessidade de recorrer a teoria objetiva, para aceitar a doutrina dominante. Basta-lhe a teoria subjetiva, da culpa provada, nem havendo nenhum artificialismo em considerar como do preponente o ato do preposto, por efeito da representação, como não há artificialismo em ter como do mandante o ato do mandatário, praticado no desempenho e por ocasião do mandato. Artificialismo existe, sim, em pretender suprimir a disposição principal, num sistema de lei, para resguardar a norma secundária, que só pode existir e vigorar em função daquela e em concordância com ela.

José de Aguiar Dias, juiz no Distrito Federal.

*

ELABORAÇÃO DAS LEIS - INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - SERVIDORES DE AUTARQUIAS

- O preceito constitucional que condiciona à iniciativa do presidente da República as leis que aumentem vencimentos não abrange os servidores das autarquias.

- Se o presidente da República deixou de vetar a lei, a falta de iniciativa fica suprida.

- Interpretação do art. 67, § 24, da Constituição.

Caixa Econômica Federal de Minas Gerais *versus* Abel Camargo e outros

Rec. ext. n. 20.700 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 20.700, trazidos a plenário para julgamento da matéria constitucional, acorda o Supremo Tribunal Federal, unânimemente, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade das leis ns. 403, de 24 de setembro de 1948, e 1.095, de 3 de maio de 1950, na conformidade das precedentes notas taquigráficas integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 22 de setembro de 1952. - *José Linhares*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Foi o seguinte o relatório que apresentei à egrégia 1ª Turma:

"O que se discute, no presente recurso extraordinário, é a mesma questão que se debate no recurso extraordinário número 19.193, isto é, a extensão da lei número 403, de 24 de setembro de 1948, às autarquias federais, conforme veio entender, interpretativamente, a lei número 1.095, de 3 de maio de 1950. A diferença é que, no presente recurso, a recorrente é a Caixa Econômica Federal

de Minas Gerais e recorridos os seus tesoureiros e ajudantes de tesoureiros, enquanto no recurso n. 19.193 a recorrente é a Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro e recorridos os respectivos tesoureiros e ajudantes de tesoureiros. No presente recurso, alega-se que o acórdão recorrido, do Tribunal Federal de Recursos, confirmatório de decisão da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública do Estado de Minas, concessiva de mandado de segurança aos recorridos, vulnerou os artigos 67, § 2°, e 141, § 24, da Constituição, pois tanto importa reconhecer validade às referidas leis ns. 403 e 1.095, esta interpretativa daquela, elaboradas em franco desacôrdo com o citado art. 67, § 2°, desde que ampliavam vencimentos além dos têrmos da mensagem ou ante projeto do Poder Executivo. Segundo tal mensagem ou anteprojeto, cuja publicação foi feita no "Diário do Congresso" de 12 de junho de 1948, o aumento de vencimentos sòmente abrangia os tesoureiros e ajudantes de tesoureiros do Serviço Público Federal, discriminadamente nos vários Ministérios. No entanto, a lei n. 403, no seu art. 2°, última parte, estendeu o benefício aos tesoureiros e ajudantes de tesoureiros dos "serviços autônomos", e a lei n. 1.095, a pretexto da interpretação da lei n. 403, declarou incluídas em tais "serviços autônomos" as autarquias federais. Nas suas razões, a recorrente procura demonstrar que os "serviços autônomos" exorbitavam da mensagem do Poder Executivo; mas, ainda que assim não se entendesse, não podiam compreender as autarquias. Uma coisa é "serviço autônomo", decorrente de mera descentralização burocrática, e outra coisa é autarquia decorrente de descentralização administrativa.

"Teria igualmente o acórdão recorrido desatendido ao pressuposto constitucional de liquidez e certeza do direito pleiteado pelos recorridos, eis que êstes não podem ser considerados funcionários de "serviço autônomo" e, além disso, não interpuseram os cabíveis recursos administrativos contra qualquer ato que lhes tivesse negado a equiparação que pretenderam perante a lei n. 1.095.

"Os recorridos contra-razoaram a fls. 188, e a fls. 201 oficiou o Dr. procurador geral da República, opinando pelo conhecimento do recurso, pois o acórdão recorrido teria violado o art. 67, § 2°, da Constituição, ao dar validade às leis números 403 e 1.095 e acrescentando que o presente caso nada mais é do que a reprodução do caso da representação número 164, embora se projete na esfera federal, tendo o Supremo Tribunal, ao julgar a dita representação, decidido da

inconstitucionalidade da lei que, em matéria de aumento de vencimentos, prescinda da iniciativa do Poder Executivo ou ultrapasse os têrmos do respectivo anteprojeto.

"É o relatório".

Meu voto foi o seguinte:

"Apresentando-se a questão de inconstitucionalidade de lei, proponho sejam os autos remetidos ao Tribunal Pleno, para resolvê-la. E como o recurso extraordinário n. 19.193, de que sou também relator, versa matéria perfeitamente idêntica, devem ser apensados os respectivos autos para serem objeto de um só julgamento".

Por votação unânime, foi deliberado remeter os autos ao Tribunal Pleno, para julgar a matéria constitucional suscitada.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): A questão que tem de ser resolvida precìpuamente é a de saber se o art. 67, § *2°, da Constituição, que condiciona à iniciativa do presidente da República as leis que aumentem os vencimentos correspondentes a empregos em "serviços existentes", abrange os empregos nas autarquias*. Tenho para mim que a resposta não pode deixar de ser negativa. As autarquias têm administração financeira própria, autônoma, e, portanto, nenhuma iniciativa pode ter o presidente da República quanto aos vencimentos de seus funcionários. No caso vertente, a mensagem ou proposta presidencial referia-se ao aumento de vencimentos dos tesoureiros e ajudantes de tesoureiros dos Ministérios da Fazenda, Viação e Obras Públicas, Justiça e Negócios Interiores, Trabalho, Indústria e Comércio, Marinha e Aeronáutica. O Congresso entendeu, primeiramente, de estender o aumento aos tesoureiros e ajudantes de tesoureiros dos "serviços autônomos", conforme se vê da lei n. 403, de 1948, e, a seguir, em lei interpretativa, a de n. 1.095, de 1950, declarou que entre os "serviços autônomos" se compreendiam as autarquias. Pode duvidar-se da constitucionalidade da extensão aos "serviços autônomos" e

negar-se que a êstes sejam equiparáveis as autarquias, pois aquelas são repartições que apenas se destacam da *repartição interna* dos Ministérios, realizando uma simples descentralização *burocrática* e sem personalidade jurídica própria, enquanto as autarquias representam uma descentralização *administrativa* e são autênticas pessoas jurídicas de direito público com patrimônio próprio e autonomia administrativa. *Em relação aos "serviços autônomos", seria imprescindível a iniciativa do Poder Executivo*, no que concerne ao assunto de vencimentos, embora houvesse a ponderar que a lei n. 403 não fêz mais do que admitir como *corolário necessário* a extensão do aumento aos tesoureiros e ajudantes de tesoureiros dos "serviços autônomos"; *mas para a extensão da medida a idênticos funcionários das autarquias, não estava o Congresso, de modo algum, adstrito d dita iniciativa*. E certo que, em face da lei institucional dos recorrentes, o aumento de vencimentos de seus funcionários cabe à deliberação de seus Conselhos Administrativos, mas semelhante lei é ordinária e a todo tempo pode ser alterada por outra lei ordinária.

Ocorre, por demais, o seguinte: *se o presidente da Republica deixou de vetar as leis em questão dentro no prazo constitucional, sancionou-as tàcitamente, aderindo*, portanto, *a posteriori*, ao critério de extensão, que ora é impugnado. *A ratificação tácita supriu a falta de iniciativa*. Profunda, por isso mesmo, é a diferença entre o presente caso e o da reclamação n. 164, do Estado de Santa Catarina, decidida recentemente por êste Supremo Tribunal Federal.* No último caso fôra desatendida a condição, que era Indiscutivelmente necessária, da iniciativa do chefe do Executivo e êste veio a opor, formalmente, o seu voto.

Isto pôsto, não reconheço a inconstitucionalidade das leis ns. 403, de 1948, e 1.095, de 1950.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, também concluo pela constitucionalidade da lei. Há, principalmente, um argumento, a meu ver, salientado pelo Sr. ministro relator, que me leva à convicção de que a iniciativa do presidente da República devia ser estranha ao aumento de vencimentos dos tesoureiros, e é o seguinte: a lei que, anteriormente, regia - e ainda rege em alguns particulares - a administração dás Caixas Econômicas, entregava a

fixação dos vencimentos dos, funcionários ao Conselho Administrativo. De sorte que, tendo sido esses vencimentos, por deliberação de uma lei, entregues ao Conselho Deliberativo, nada impedia que, por outra lei, como salientou o Sr. ministro relator, entendesse o Congresso que êsses vencimentos podiam ser alterados, equiparando-os aos tesoureiros que faziam parte da mensagem do Sr. presidente da República.

Não era, portanto, indispensável nem necessário que o Sr. presidente da República discriminasse na mensagem esses tesoureiros e ajudantes de tesoureiros, de vez que o próprio Congresso já tinha anteriormente, por iniciativa sua, entregue ao Conselho Administrativo das Caixas a fixação dos vencimentos.

Não estou integralmente de acôrdo com o voto do Sr. ministro relator, com relação à organização tipicamente autárquica das Caixas Econômicas, *data venia* de S. Exª, porque há um dispositivo especial relativamente a essas Caixas que torna o govêrno fiador dos depósitos ali feitos, o que não acontece com as instituições autárquicas.

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Mas, nem por isso desaparece a autonomia das Caixas Econômicas; elas não têm ligação com nenhuma repartição, não há recurso das decisões do seu, presidente para qualquer Ministério.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Estou integralmente de acôrdo com o Sr. ministro relator, porém, em relação à outra parte do seu voto. Não estou convencido de que se trate de uma instituição autárquica devido a esta restrição, mas em que seja um organismo autônomo, concordo com o Sr. ministro relator.

Nestas condições, também rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, parece-me que ao caso não pode ser aplicado o art. 67, § 2°, da Constituição, que é a base da presente argüição de inconstitucionalidade da lei. O artigo 67, § 2°, refere-se à iniciativa,

que é exigida pela Constituição, por parte do presidente da República, em relação às leis que aumentam os vencimentos dos empregos públicos.

Ora, no caso, não se trata de empregos públicos federais, no sentido estatutário e no sentido em que a expressão é usada pela Constituição. É verdade que os empregados das Caixas Econômicas Federais são considerados funcionários públicos, mas para certos fins, por exemplo, para efeitos penais, porque, ai, a equiparação está feita expressamente no Código Penal (parág. único do art. 327). Se a lei, para determinados fins, faz a equiparação, é porque reconhece a não-equivalência dos dois conceitos.

Acresce que, no caso, a dei não foi vetada pelo Poder Executivo. Daí parecer-me que, por duas razões, não pode ser aplicado, à espécie, o precedente de Santa Catarina, invocado pelo eminente Dr. procurador geral da República. É que, ali, em primeiro lugar, se tratava de "empregos públicos", no seu próprio sentido, pagos pelo Tesouro do Estado e não se trata, aqui, disto; em segundo lugar, ali houve o veto e aqui não, parecendo-me que, quando fôsse exigível a iniciativa, *a falta do veto teria suprido a falta de iniciativa*, porque importa numa sanção, embora tácita, mas numa verdadeira sanção, dado que a promulgação se torna forçosa, uma vez decorrido o decêndio em que o projeto poderia ser vetado (§§ 2° e 4° do art. 70 da Constituição). O § 2° diz expressamente que, decorrido o decêndio, o silêncio do presidente da República importará sanção. E o § 4° torna obrigatória a promulgação pelo presidente do Senado em 48 horas, se o presidente da República não a fizer neste prazo, ou pelo vice-presidente do Senado, se o seu presidente não a fizer em igual prazo.

BOMBARD, em notável monografia sôbre o veto, estuda muito bem a diferença que há entre o veto no sistema inglês e o veto no sistema americano, que é o nosso; no sistema inglês é uma prerrogativa, cujo não-uso se considera homenagem ao povo representado no Parlamento, enquanto que, no sistema americano, corresponde a um dever a ser cumprido sempre que se verifique uma das hipóteses em que a Constituição o recomenda (ser o projeto inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais). Deixando de vetar, o presidente da República tàcitamente sancionou a lei, nos termos do citado § 2° do art. 70 da Constituição, aprovou-a e, assim, já não se pode argüir a sua falta de iniciativa em relação àquilo que veio a aprovar.

Parece-me que essa concordância inequívoca, embora tàcita, supriria a iniciativa, se exigível; dar-se-ia a posteriori *o que, a rigor, se deveria ter dado a priori*.

Surgiria, entretanto, outra dúvida: não sé tratando de empregos públicos pròpriamente ditos, mas de funcionários das Caixas Econômicas Federais, poderia uma lei federal dispor sôbre os seus vencimentos? Se esta dispõe sob a organização das Caixas, como bem acentuou o Sr. ministro relator, penso que também pode disciplinar a remuneração dos respectivos empregados.

Se houve excesso, se, em certos casos, de Caixas deficitárias, em alguns Estados, se concedeu equiparação que importa em padrões desmesuradamente altos que elas não podem suportar, o que cabe é a correção da lei pelo poder competente - o Legislativo - dado que a Constituição só assegura a irredutibilidade de proventos dos magistrados.

Estou de acôrdo com o voto do eminente Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, a Caixa Econômica é uma autarquia, cujo regime está definido no dec. n. 24.427, de 19 de junho de 1934; é uma seção autônoma da administração pública federal. Assim, não me parece que a êste departamento autônomo se possa aplicar a norma estabelecida no art. 67, § 2°, da Constituição, onde se requer a iniciativa do presidente da República para o aumento de vencimentos em serviços públicos existentes. Quer a Constituição, sem dúvida, referir-se aos "serviços públicos federais centralizados", que constituem pròpriamente a administração pública e não aos *officia fisci*, isto é, os departamentos da administração pública descentralizados.

Mas, ainda que assim não fôsse, ainda que se entendesse que era mister a iniciativa do presidente da República, não me parece que o Congresso esteja prêso aos limites dessa iniciativa. É necessário que haja, provocação do Poder Executivo, que o Poder Executivo provoque o Legislativo, mas o Legislativo pode ampliar essa iniciativa, não está limitado aos têrmos em que o aumento foi proposto: *a iniciativa é do Executivo, mas a função pertence ao Legislativo e,*

provocado pelo Poder Executivo, pode aumentar os vencimentos, em quaisquer serviços; mantendo-se. originariamente, nos limites da iniciativa, pode ampliá-la, sem dúvida.

Mas, ainda que se entendesse necessária a iniciativa do Poder Executivo e ainda que se entendesse que a ela se devia adstringir o Poder Legislativo, na elaboração da lei, no caso, há uma circunstância que não pode ser posta em olvido: é que o Poder Executivo não vetou a lei e, assim, *desde que o Poder Executivo não exerceu o seu poder de veto, ratificou as leis ns. 403, de 24 de setembro de 1948, e 1.095, de 13 de maio de 1950*, que classificaram as Tesourarias das repartições subordinadas ao Ministério da Fazenda e as Tesourarias de todos os serviços autônomos. *A ratificação também pode ser tàcita*; *a ratificação não precisa ser expressa*. O Poder Executivo, deixando que as leis chegassem à plena eficácia - por não as haver vetado - mostrou que apoiava o ato do Poder Legislativo, mostrou que a ratificava.

Assim sendo, acompanho o voto do Sr. ministro relator, rejeitando a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, também rejeito a argüição de inconstitucionalidade, nos têrmos do voto do Sr. ministro relator.

VOTO

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

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, tenho por induvidoso ser inaplicável à espécie o art. 67, § 2°, da Constituição federal, por entender que a hipótese não abrange os casos das autarquias, cujos servidores só se equiparam a funcionários públicos em casos expressos em lei, entre os quais não está o dos autos.

Também concordo com os eminentes colegas em que *a aprovação, ainda que tácita, do Executivo, dispensaria a iniciativa discutida*.

É exato que, a meu ver, não pode o Congresso ampliar exageradamente a proposta do Executivo, sob pena de que a inovação importe dispensar a iniciativa, como provou, em brilhante voto, o eminente Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES. Mas, a hipótese dos autos dispensa a discussão dêsse tema. Será duvidoso, talvez, que posa o Congresso fixar os estipêndios versados. Mas esta dúvida também não leva a declarar inconstitucional a lei. Assim, rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, também repilo a argüição de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Rejeitada a argüição de inconstitucionalidade, os autos voltam à Turma julgadora para o julgamento do recurso, unânimemente.

Impedidos os Srs. ministros MÁRIO GUIMARÃES e ROCHA LAGOA.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

Notas:

* N. da R.: Publicado na "Rev. de Direito Administrativo", vol. 28, pág. 51: idem, à pág. 71, o acórdão do Tribunal Federal de Recursos, sobre o mesmo assunto.

COMENTÁRIO

O acórdão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 20.700, do Distrito Federal, constitui, sob ângulo mais restrito, um desenvolvimento do tema versado na representação n. 164, de Santa Catarina, em que, unanimemente, se firmou a exegese do art. 67, § 2°, da Constituição. Decidindo êsse último caso, conceituou o nosso mais alto órgão judiciário a regra de prioridade do Poder Executivo na iniciativa de projetos de aumento de vencimentos em cargos públicos e proclamou a limitação do direito de emenda dos membros do Congresso. Em comentário que, despretensiosamente, acostei a tão alta e erudita lição de Direito Constitucional, tive ensejo de manifestar-me de acôrdo com a hermenêutica esposada pelos eminentes ministros ("Rev. de Direito Administrativo", vol. 28, págs. 51-70).

A decisão ora apreciada envolve a interpretação do alcance do mesmo dispositivo, já agora com o propósito de tracejar-lhe as fronteiras em relação aos serviços públicos descentralizados. Não mais se cuida da capacidade emendativa do Congresso, em função de projeto de iniciativa exclusiva do presidente da República, mas de considerar desnecessária a participação do Executivo para a movimentação do processo legislativo.

É sabido que os constituintes de 1946 não primaram pela exatidão terminológica em matéria administrativa. Os vocábulos técnicos, já estratificados na doutrina e na lei-ordinária, assim como na uniformidade consagrada da jurisprudência, foram utilizados com despreocupada imprecisão. Dai a necessidade de se construir, pela exegese ampliativa, a generalização de determinados preceitos, segundo o verdadeiro sentido que lhes pertence, tanto na tradição, como no sistema constitucional.

À expressão "cargo público", repetidamente figurante no texto constitucional, tem sido atribuído pelo legislador ordinário, assim como pelos juízes e administradores, um senso lato, de modo a compreender tôdas as formas de prestação de serviço ao Estado, salvo quando, por sua natureza, sejam incompatíveis com tal generalidade.

Quando proíbe a Constituição aos deputados ou senadores, desde a posse, a ocupação de cargo público do qual possam ser demitidos **ad nutum** (artigo 48,

11, letra *b*), ou quando torna os **cargos públicos** acessíveis a todos os brasileiros (artigo 184), ou, ainda, veda a acumulação de quaisquer **cargos** (art. 185), é notório e pacifico o entendimento de que a alusão supera o sentido estatutário do têrmo e abrange tôda e qualquer forma de função pública, inclusive as existentes em autarquia.

Sob êsse aspecto, portanto, o art. 67, § 2°, comportaria, igualmente, interpretação ampla, quando se refere à criação de "empregos" em serviços existentes e ao aumento de vencimentos. A atribuição do presidente da República para iniciativa nessa esfera legislativa não se deve dissociar do artigo 65, n. IV, que inclui na competência do Congresso Nacional a de criar e extinguir cargos públicos e fixar-lhes os vencimentos.

Desde que se considere competente o Poder Legislativo para dispor sôbre cargos em autarquias federais (e a decisão do Supremo Tribunal Federal admitiu, tàcitamente, essa solução), não parece adequado entender diversamente, sôbre a mesma matéria, quanto à competência exclusiva do Poder Executivo para a iniciativa das leis a serem votadas pelo Congresso.

É certo que a Constituição foi indigente em suas referências às entidades autárquicas, no entanto tão numerosas à época de sua elaboração. Quando a elas se reportou, fê-lo equìvocamente, parecendo desconhecer-lhe até mesmo a natureza jurídica de pessoa de direito público. Em mais de um passe (art. 48, I, letra *a*; art. 48, I, letra *b*), alude a "pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica ou sociedade de economia mista", como se a primeira categoria não abrangesse a segunda e se limitasse aos órgãos da administração direta do Estado.

Não se pode questionar que as autarquias, dotadas de personalidade própria e de autonomia econômica e financeira, devem usufruir de flexibilidade na formação de seus quadros funcionais. A idéia de auto-suficiência relativa, que é ínsita à noção do ente autárquico, não se compadece com os freios legislativos aplicados aos órgãos diretos da administração pública.

O reconhecimento dessa verdade deve, porém, **data venia**, levar a outra conclusão que melhor se amolda àquele tipo de gestão descentralizada dos serviços públicos. Longe de se excluir a intervenção do Poder Executivo no

processo de criação de cargos em autarquias e da fixação dos respectivos vencimentos, melhor seria, ao contrário, definir-lhe a exclusividade de ação.

Nesse particular, o legislador ordinário traçou, em norma especial permanente, o critério apropriado. Dispõe o art. 33 da lei n. 488, de 15 de novembro de 1948:

"Os vencimentos dos dirigentes e dos empregados das autarquias federais serão fixados por ato do Poder Executivo".

Nesse sentido sempre se orientou o nosso direito positivo, com poucas exceções, entre as quais a lei n. 1.095, cuja constitucionalidade foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em exame. Os atos referentes ao pessoal das autarquias sempre se colocaram na esfera do Poder Executivo, cabendo, apenas, ao legislador a fixação de princípios gerais, como, por exemplo, a regra da igualdade de vencimentos entre cargos na administração direta da União e em suas autarquias (dec.-lei n. 5.527, de 28 de maio de 1946).

O defeito principal da lei no 1.095, de 1950, está em haver invadido a competência estabelecida em lei anterior que consagrara o princípio da fixação de vencimentos dos servidores de autarquias federais, mediante ato do poder Executivo.

A lei deve caber, com referência às autarquias; o papel definidor da política geral em matéria de administração do pessoal, de modo a conservar a sistemática da função pública **lato sensu**, deixando, porém, ao critério do Poder Executivo a composição dos quadros e a determinação dos padrões específicos de retribuição.

Desde que se conceda, porém, a premissa de que incumbe ao Poder Legislativo, no desempenho da atribuição constante do art. 65, n. IV, criar e extinguir cargos em autarquias, ou fixar-lhes os vencimentos, em lei especial, não vemos, **data venia**, como se possa, paralelamente, recusar a competência privativa do presidente da República para a iniciativa dessas leis, quando visem a uma das hipóteses previstas no art. 67, § 2°, ou seja, quando "criem empregos em serviços existentes", ou "aumentem vencimentos".

2. O aresto do Supremo Tribunal Federai considerou, ainda, outra circunstância relevante, como fundamento de voto da maioria dos eméritos julgadores. Complementando, também, nesse passo, a exegese constitucional configurada a propósito da representação no 164, aceitou a ausência de veto presidencial como forma retardatária de iniciativa.

Em trabalho anterior, ousei antecipar minha opinião a respeito do assunto, então pendente de manifestação do colendo tribunal, pronunciando-me pela forma seguinte:

"A sanção do presidente da República poderá fazer convalescer o projeto ampliado pelo Congresso além dos têrmos da proposta inicial? A aquiescência final do Poder Executivo sanará o vicio da elaboração da lei, suprindo a ausência de iniciativa? O argumento afirmativo mereceu o endôsso do ministro CUNHA VASCONCELOS, em seu voto no recurso de mandado de segurança n. 1.105 e foi sustentado por CARVALHO SANTOS e JOÃO DE OLIVEIRA FILHO. Haveria no caso, uma ratificação pelo presidente da República da matéria estranha à sua iniciativa, uma forma a posteriori do exercício da competência constitucional de propositura da lei.

O argumento, embora engenhoso, não parece, contudo, compatível com o elemento formal que distingue as várias fases do processo legislativo. A iniciativa e a sanção são etapas da elaboração da lei, correspondendo aos momentos inicial e final do seu nascimento. Mas, se o poder de iniciativa é amplo, dentro nos limites de seu exercício, a sanção representa a anuência do presidente da República com o projeto de lei, não podendo alterar-lhe a substância, ou a validade, em relação aos momentos anteriores.

O art. 70 da Constituição admite o veto presidencial quando o projeto de lei fôr, no todo ou em parte, inconstitucional, ou contrário aos interêsses nacionais. Verificado, assim, um vício na elaboração legislativa que o torne inconstitucional, não se inclui na competência do presidente da República a faculdade corregedora de **validar o inválido, de constitucionalizar o inconstitucional**".[1]

Diverso foi, porém, o pronunciamento de alguns dos eminentes ministros que honram o superior colégio judiciário. Reforçando o primeiro fundamento pelo

qual declaravam constitucionais as leis impugnadas, quatro dos ilustres juízes enfrentaram, diretamente, o problema.

Disse o relator no feito, ministro NÉLSON HUNGRIA:

"Se o presidente da República deixou de vetar as leis em questão, dentro no prazo constitucional, sancionou-as tàcitamente, aderindo, portanto, **a posteriori**, ao critério da extensão que ora é impugnado. **A ratificação tácita supriu a falta de iniciativa**".

Também o ministro LUÍS GALLOTTI renovou o raciocínio: "...quando fosse exigível a iniciativa, a falta de veto teria suprido a falta de iniciativa, porque importa numa sanção, embora tácita, mas numa verdadeira sanção.

"Parece-me que essa concordância inequívoca, embora tácita, supriria a iniciativa, se exigível; dar-se-ia **a posteriori**, o que, a rigor, se deveria ter dado **a priori**".

Não discreparam dêsse diapasão os votos dos ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e OROZIMBO NONATO. Para o primeiro dos ilustres mestres, "o Poder Executivo deixando que as leis chefiassem à plena eficiência - por não as haver vetado - mostrou que apoiava o ato do Poder Legislativo, mostrou que o ratificava".

Enquanto o segundo esclareceu:

"Também concordo com os eminentes colegas em que a aprovação, ainda que tácita, do Executivo, **dispensaria a iniciativa discutida**".

A unanimidade de vozes tão magnas, que aliam à altitude dos postos a eminência do saber, não me impedem, porém, de persistir em minha convicção primitiva. Embora reverente à autoridade dos opinantes, não me convenci de haver transitado em êrro quando me coloquei, no trecho acima transcrito, em divergência com a conceituação preferida pelos eméritos magistrados.

Não me parece que a sanção, tácita ou expressa, possa suprir a falta de iniciativa, isto é, que se entenda exercido **a posteriori** o requisito que a

Constituição exige seja manifestado **a priori**. Iniciativa e sanção não se confundem, nem no tempo, nem na essência, embora originários da mesma pessoa. São momentos autônomos e inconfundíveis do processo legislativo, que se sucedem, tendo de intermédio a intervenção congressional.

O projeto de lei que transitou sem a iniciativa obrigatória do presidente da República, nos casos de sua exclusiva competência, está viciado de inconstitucionalidade, visto que violou norma expressa e categórica do Estatuto Maior. A vontade, ou a omissão, do presidente da República, não pode, por intermédio do bálsamo da sanção, remediar o defeito de nascença. A inconstitucionalidade da lei, embora não declarada pelo presidente da República, no instante adequado, pode sempre ser proclamada pelo Poder Judiciário.

Ainda que fôsse aquela a intenção manifesta, e não sòmente presumida, do chefe do Poder Executivo, ela seria inoperante, porque intempestiva. "Os trâmites de elaboração das leis são **irreversíveis**", ensina, modelarmente, PONTES DE MIRANDA.[2] A época própria para a iniciativa presidencial é, òbviamente, no inicio da criação legislativa, e não em seu término.

O privilégio da iniciativa visa a resguardar o interêsse da administração, facultando estudos prévios sobre a conveniência e a repercussão da medida cogitada. Quando a Constituição confiou ao presidente da República o monopólio da propositura de determinados projetos de lei, a êle se endereçou como chefe do Poder Executivo, e, portanto, como dirigente supremo da administração federal.

Quando usa o poder constitucional de sanção ou de veto, o presidente da República investe-se, porém, em outras prerrogativas que são menos do chefe do Poder Executivo do que daquela figura especial que RAFAEL BIELSA caracterizou, em obra recente, como de "co-legislador".[3] É no plano político, e não no administrativo; que se coloca a faculdade de censurar as opções realizadas pelo

Congresso, dando-lhes ou não fôrça de executoriedade.

GAETANO AZZARITI, presidente honorário da Corte de Cassação italiana, reflete, com propriedade, essa dualidade de situações, quando assinale "**che la** sanzione **è um atto che il Capo dello Stato compie non come capo del potere esecutivo, ma come organo del potere legislativo**".[4]

Não há, portanto, confundira manifestação do presidente da República, como iniciador do projeto de lei e a sua interferência final, sancionando ou, vetando o resultado da tramitação legislativa. Se tal distinção se impõe quando a ação do Congresso alargou, impròpriamente, a proposta do Executivo, com maior cópia de razões terá de prevalecer, quando inexistiu qualquer proposição inicial, ou seja, quando faltou, de modo total, a iniciativa exigida na Constituição.

Com todo o respeito devido à expressiva decisão do Supremo Tribunal Federal, atrevo-me a perseverar no ponto de vista de que a sanção tácita ou expressa não tem fôrça, nem adequação, para suprir a iniciativa ausente ou excedida. O projeto de lei elaborado sem a observância de requisito inicial indispensável é inconstitucional e não mais se poderá purificar pela vontade inequívoca, ou pela inadvertência da autoridade sancionadora.

Caio Tácito, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro.

Notas:

1 Ver "Rev. de Direito Administrativo", volume 28, págs. 68-69.

2 PONTES DE MIRANDA, "Comentários Constituição de 1946", vol. II, pág. 122.

3 RAFAEL BIELSA, "Compendido de Derecho Público", 1952, vol. I, pág. 237.

4 GAETANO AZZARITI, "Problemi attuali di Diritto Costituzionali", 1951, pág. 11.

*

ELABORAÇÃO DAS LEIS - INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - EMENDAS DO PODER LEGISLATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE

- Sendo o projeto de lei de iniciativa exclusiva do presidente da República, não pode o Legislativo emendá-lo, porque a emenda é uma forma de iniciativa, ou um corolário dela.

Requerente: Procurador geral da República

Rep. n. 164 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, conhecer da representação formulada pelo Dr. procurador geral da República para o efeito de declarar, como declaram, na conformidade das notas taquigráficas que ficam incorporadas a êste acórdão, inconstitucional a lei n. 22, promulgada pelo Sr. presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e publicada no "Diário Oficial" daquele Estado a 8 de outubro de 1951.

Supremo Tribunal Federal, 16 de junho de 1952. - *José Linhares*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MARIO GUIMARÃES: O Dr. procurador geral da República, com fundamento no art. 8° da Constituição federal, encaminhou a êste Tribunal, fazendo-a sua, a representação que recebeu do Sr. governador do Estado de Santa Catarina e que resume nos seguintes têrmos:

"Em mensagem datada de 24 de julho do corrente ano, encaminhou o Poder Executivo à Assembléia Legislativa um "projeto de lei tendente a reajustar os vencimentos da magistratura estadual (não contemplada no último aumento

dado aos funcionários do Estado), apontando como meios para fazer face às despesas decorrentes do novo aumento, "calculado em Cr$ 3.000.000,00, a renda resultante da reforma da Lei do Sêlo.

"Acontece, porém, que foi apresentada, pela bancada pessedista, emenda substitutiva, que, extravasando a proposta inicial do Executivo, não só majorou o aumento solicitado para a magistratura, como estendeu o benefício a todos os servidores públicos do Estado, ativos e inativos, onerando, assim, o erário, em mais de Cr$ 60.000.000,00, anuais, sem atribuir recursos suficientes ao custeio dessa despesa, limitando-se a estatuir: "as despesas decorrentes desta lei correrão por conta da arrecadação do presente exercício", esquecida de que a receita orçamentária se destina, comprometida, a fazer face aos encargos normais da administração.

"Vindo o projeto de lei – calcado na emenda substitutiva, uma vez que a proposta do Executivo fôra rejeitada para sanção governamental, veteio-o por inconstitucional e contrário ao interêsse público (documento junto).

"Devolvido à Assembléia, esta, por 20 votos, que tantos eram os deputados presentes, inclusive o presidente, num total de 39 senhores deputados, rejeitou o veto, tendo o presidente da mesma Assembléia, baseado no disposto no art. 29 da Constituição estadual, promulgado o projeto em tela, o qual, assim, se converteu na lei n. 22, de 5 de outubro de 1951. Cumpre esclarecer, ainda, que: *a)* o aumento começou a vigorar desde 1° de julho;...

"Efetivamente, tendo sido objeto da mensagem presidencial tão-só um projeto de lei tendente a reajustar os vencimentos da magistratura estadual, apontando meios para fazer face às despesas decorrentes do novo aumento, escapava à competência da Assembléia Legislativa estender o benefício a todos os servidores públicos do Estado, ativos e inativos, notadamente sem atribuir recursos suficientes ao custeio da respectiva despesa.

Em assim tendo procedido a referida Assembléia Legislativa, invadiu a competência privativa do governador do Estado, nos têrmos do disposto no artigo 27, n. III, da Constituição estadual, *in verbis*:

"Art. 27. Compete exclusivamente ao governador a iniciativa dos projetos de lei sôbre:

.....

"III, a criação e extinção de cargos e funções estaduais e fixação e alteração dos, respectivos estipêndios".

"E, havendo a Assembléia Legislativa invadido as atribuições privativas do governador, desatendeu ao imperativo da Constituição federal; que assegura a observância, pelos Estados, da Independência e harmonia dos poderes, o que justifica a inclusa representação para o fim de ser declarada a inconstitucionalidade da lei estadual n. 22, de 5 de outubro do corrente ano.

"Não resta dúvida que a Assembléia Legislativa podia emendar o projeto que lhe enviara o governador, mas tão-só com respeito à magistratura, pois só desta êle cuidava.

Ademais, a aludida Assembléia deixou de observar o disposto no art. 38 da Constituição estadual, que estabelece que:

"Nenhum encargo onerará o Tesouro do Estado ou dos Municípios sem a atribuição de recursos suficientes para lhe custear as despesas",

"não havendo proporcionado os recursos suficientes para custear as despesas que teriam de decorrer do aumento de vencimentos objeto da citada lei n. 22, do corrente ano, até mesmo com respeito às dos magistrados, pois não atendeu à sugestão do Sr. governador para a reforma da Lei do Sêlo, que, segundo a mensagem já referida, proporcionaria recursos suficientes, pois traria aumento de renda.

E tendo deixado, dita Assembléia, de observar o citado art. 38 da Constituição do Estado, não pode subsistir a lei n. 22, de 1951, contendo tal vício, de vez que a Constituição federal, no art. 18, preceitua que:

"Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição",

"não se podendo, portanto; admitir que uma lei estadual subsista quando contraria disposição expressa da Constituição estadual ou federal" (v. fls. 2 dos autos).

Cabendo-me, como relator, processar o feito, solicitei informações da ilustre Assembléia, que as ministrou pela exposição de fls. 60-75:

"A emenda", diz essa informação, além da extensão aos demais servidores do Estado, visou adaptar o projeto governamental às exigências da Constituição catarinense, estabelecidas no art. 195:

"Sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, serão a êles reajustados os proventos da inatividade".

"Ao Legislativo catarinense não restava outra solução senão estender a iniciativa a todos os servidores públicos, de vez que, na proposição governamental, esquecera-se os inativos, os quais, pelo citado art. 195, seriam obrigatoriamente beneficiados, face ao destino do aumento, proposta com o salutar objetivo de melhorar os baixíssimos padrões de vencimentos dos magistrados.

"Ocorre ainda que a legislação vigente, lei estadual n. 249, de 12 de janeiro de 1949, Estatuto dos Funcionários Estaduais, art. 199, § 4°, prevê:

"O provento da inatividade não poderá ser superior ao vencimento ou remuneração da - atividade, nem inferior a um terço".

"Determinando, pois, a Constituição que os vencimentos dos inativos sejam obrigatòriamente reajustados sempre que o forem os da atividade e constituindo os inativos uma classe única, porquanto os cargos públicos são declarados vagos, entre outras razões, pela aposentadoria, de vetar-se não era o projeto governamental, sem que emendado no sentido de estender aos inativos os benefícios constantes da mensagem do Executivo.

Isto sem falar-se na iniciativa ampla e direta aberta à Assembléia pela proposição governamental que contemplava:

"*a)* os magistrados;

"*b)* os membros do Ministério Público;

"*c)* um servidor não pertencente a qualquer das duas citadas classes" (v. fls. 62 dos autos).

Procura, em seguida, a informação da Assembléia mostrar que o projeto do govêrno era inconveniente, porque oneroso ao Estado (fls. 63); que nos últimos seis anos foi a magistratura contemplada (fls. 64); que o governador não apontara o aumento da Lei do Sêlo como meio para meio para enfrentar as despesas (fls. 65); que a arrecadação do Estado apresenta, um excesso de Cr$ 100.000.000,00, capazes de acudir ao aumento que a Assembléia determinou; que não era possível distinguir uma classe de servidores do Estado de outras; que, aceitando a sugestão do Executivo, a Assembléia nada mais tem feito do que colaborar com S. Exª o Sr. governador (fls. 72).

Havendo o Sr. governador requerido autorização para intervir, como assistente, não tive dúvida em atendê-lo, dado o seu manifesto interêsse na decisão do pleito. Foram apresentadas, pelo seu advogado, as razões de fls. 423-437. A Assembléia, por sua vez, contestou-as (fls. 441-461). Pronunciou-se o Dr. procurador geral a fls. 163, pela, seguinte forma: (*lê*).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MARIO GUIMARÃES (relator): I. Após prescrever, como regra, que a União não intervirá nos Estados, a Constituição federal aponta, no art. 7°, os casos excepcionais que comportam essa medida, um dos quais é o de assegurar a observância do princípio da independência e harmonia dos poderes, número VII, alínea *b*. E o art. 8°, parágrafo único, dispõe que:

"No caso do n. VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo procurador geral da República ao exame dó Supremo Tribunal Federal, e se êste á declarar, será decretada a intervenção".

A representação do Sr. procurador geral tem, pois, *in princípio*, visível enquadramento em dispositivos da Constituição federal.

II. Atribui-se á lei, n. 22, do Estado de Santa Catarina, haver ferido o princípio de autonomia dos poderes, porque: 1°, pelo art. 27, da Constituição daquele Estado (v. fls. 86), competia exclusivamente ao governador a iniciativa de projetos de lei sôbre criação e extinção de cargos e funções estaduais e fixação dos respectivos estipêndios; 2°, a Assembléia Legislativa, entretanto, ao tomar conhecimento da mensagem que elevava vencimento dos juízes, promotores e do procurador geral do Estado, estendeu êsse aumento a todos os funcionários ativos e inativos, exorbitando de sua alçada; 3°, a Assembléia, com essa medida, elevou as despesas do Estado em cêrca de Cr$ 60.000.000,00, desatendendo ao art. 38 da mesma Constituição, que recomenda:

"Nenhum encargo onerará o Tesouro do Estado, sem atribuição de recursos para lhe custear as despesas".

Além dessas duas argüições, que constam da petição do Dr. procurador geral, alega o assistente que o seu veto foi rejeitado sem o *quorum* legal da maioria absoluta, que seria, em 39 votantes, de 21, e não de 20, como se deu.

III. Examinemos a primeira questão: ter a Assembléia, com a emenda ampliativa, invadido os limites de ação do governador, a quem cabia a iniciativa de propor a majoração de vencimentos dos funcionários públicos.

O poder de emendar é corolário do poder de iniciativa. A emenda, diz CARRÉ DE MALBERG, não é senão "*una nueva iniciativa, que se injerta sobre una iniciativa anterior*" ("Teoria General del Estado", trad. espanhola, pág. 354).

Outros autores, com palavras diversas, secundam êste conceito: "*L'amendamento é una forma de iniciativa*" (MICELI, "Diritto Costituzionale", pág. 791). E EUGÊNE PIERRE: "*Le droit d'amendement est le corollaire du droit général d'initiative*. *L'amendement se distingue de la proposition en ce*

qu'il n'a pas comme celle-ci, le pouvoir de faire naitre une question nouvelle" ("Droit Politique Electoral et Parlementaire", n. 696).

Se a emenda é "uma forma de iniciativa", um "corolário" da iniciativa, "o próprio direito de iniciativa", já se vê que onde falta a competência para a iniciativa, falta competência para emendar. E se acaso a reconhecermos, há de ser em limites que não desvirtuem o poder privativo. E o que diz positivamente LAFERRIÈRE:

"*Etant un droit d'initiative, le droit d'amendement, en principe, existe dans la même mesure. Que a l'initiative à le droit d'amendement. Logiquement, qui n'a pas les droit d'initiative n'a pas non plus le droit d'amendement*" ("Manuel de. Droit Constitutionnel", pág. 1.003).

A Assembléia do Estado de Santa Catarina, emendando a proposta governamental, o fêz em têrmos amplíssimos: onde se majoravam vencimentos para três classes de servidores apenas, juízes, promotores e procurador geral, ela os elevou para o funcionalismo todo. Não lhe era lícito fazê-lo. Excedeu-se. Podia a Assembléia aprovar ou rejeitar o projeto. Afirma-se que era gravoso ao Estado - repelisse-o. Podia consertá-lo quanto à forma. Podia mesmo estendê-lo se essa extensão fôsse conseqüência fatal, iniludível, de dispositivos constitucionais. Por exemplo: se o projeto não consignasse aumento para os promotores, que, estão, neste particular, ligados à sorte dos juízes. Mas torná-lo. compreensivo de todos os servidores, ativos e inativos, sob pretexto de que todos êles, pela depreciação da moeda, necessitavam dêsse amparo, foi um atentado à prerrogativa de outro poder.

A mensagem governamental não invocara sequer elevação do custo de vida, como justificativa do projeto, mas a "flagrante disparidade entre os vencimentos da magistratura catarinense e os das demais unidades da Federação" (fls. 19).

Nem a emenda da Assembléia se ateve aos inativos de iguais classes, juízes, promotores e procuradores, o que seria, talvez, defensável, mas ampliou os favores aos ativos e inativos de tôdas as classes e carreiras.

Sustenta, todavia, a ilustre Assembléia que, tendo o governo tomado a iniciativa de propor alteração de vencimentos, não estava mais a Assembléia adstrita aos têrmos do projeto governamental, podendo alterá-lo, modificá-lo, ou ampliá-lo. "O privilégio da competência exclusiva constitucionalmente atribuída ao governador diz respeito tão-sòmente à iniciativa do projeto, o que significa que, na ausência dessa iniciativa, a Assembléia não poderá cogitar da matéria ou procurar regulá-la em projeto originado de seu próprio seio. Tomada, porém, a iniciativa pelo governador, restauram-se em tôda a sua plenitude quanto à matéria em questão, as funções legislativas da Assembléia, cujo exercício a Constituição limitou tão-sòmente e de modo exclusivo ao seu têrmo inicial".

A prevalecer esta exegese, não poderia nunca o Executivo propor aumento de vencimentos de qualquer funcionário, ainda que ocupante de modesto lugar na escala burocrática, porque, com essa só medida, daria ensanchas ao Legislativo para, a seu talante, tocar nos vencimentos gerais dos funcionários, e uma despesa de alguns cruzeiros se iria converter num excesso de muitos milhões.

Apela-se para os precedentes da França, da Itália e dos Estados Unidos. Nesses países, argumenta-se, embora se mantivesse igualdade entre a Câmara e o Senado, relativamente à iniciativa e elaboração das leis, estipulava-se prioridade para a Câmara em matéria de leis financeiras. O Senado podia, entretanto, livremente as emendar, deixando o privilégio da Câmara restrito a simples iniciativa. Examinemos o valor de tais precedentes. A Constituição francesa de 1875, de fato, determinava que as leis sôbre finanças deveriam ter iniciativa nas Câmaras, sendo, em seguida, submetidas à consideração do Senado. Sôbre a atitude dêste havia três correntes de opinião: para uns, sòmente podia o Senado aceitá-las ou repeli-las, não lhe sendo permitido emendá-las; para outros, vedado era apenas introduzir novos créditos, mas tolerava-se que diminuísse despesas; outros sustentavam a faculdade ampla de emendas, reduzindo a iniciativa à prioridade na discussão. Admitamos, *ad argumentandum*, tenha prevalecido esta corrente. Que razões a justificavam?

O histórico da lei o estabelece. A prática de terem início na Câmara os projetos de leis financeiros é de origem inglêsa (v. ESMEIN, "Droit Constitutionnel", volume 2°, pág. 471, *in fine*). Na Inglaterra, a Câmara dos Comuns é eletiva. A dos Lords, aristocrática.

Achou-se que as leis que agravam os impostos ou aumentam as despesas do Estado, interessando particularmente ao povo, pelos seus representantes, ou deputados, é que deveriam ser promovidas. A Câmara dos Comuns compete, por isso, a iniciativa dessas leis, que não podem jamais ser emendadas pela Câmara dos Lords. A França acolheu o instituto, mas nesse país as duas Câmaras eram eletivas, e por isso o Senado não se conformou nunca com o privilégio outorgado à outra Câmara. E com razão: o motivo que o justificava na Inglaterra não existia, na França. Veja-se ESMEIN: "*Elles ont purement admis ta priorité, en matiére de lois de finances, au profit de la Chambre des deputés. La pratique anglaise repose, non seulement sur cette idée que toutes les lois de finances diffèrent profondement, dans leur nature, des lois ordinaires, mais encore sur cette autre idée que le pouvoir de consentir les subsides, qu'elles contienent, n'appartiente qu'à la Chambre populaire; et cette dernière thèse n'a pu se faire recevoir et se maintenir que grâce à la composition aristocratique et héréditaire de la Chambre des Lords. Celle-ci ne peut se faire accepter comme le véritable représentant des contribuables. Mais là ou les deux Assemblées sont électives, et surtout lorsqu'elles ont l'une et l'autre à la base suffrage, universel, il n'y a plus aucune raison pour établir entre elles aucune différence fondamentale, relativement au vote des lois de finances pas plus que pour l'exercice du pouvoir législatif ordinaire*" ("Eléments de Droit Constitutionnel", vol. 2°, pág. 473).

Igualmente nos Estados Unidos, onde o direito de apresentar emendas é defendido, nos mesmos têrmos, por STORY, "Commentaires", § 896. E também da Itália, veja-se MOHRHOFF, "Diritto e Procedura Parlamentar", pág. 324.

Tais razões de ordem política que influíram na atitude do Senado, em diversos países, para o efeito de lhe ser reconhecida a liberdade irrestrita de emendar, nada tem que ver com a limitação imposta aos parlamentares de tomar iniciativa de despesas, limitação que foi determinada por motivos muito diferentes. Lá, tudo é, de fato, questão de prioridade, porque as duas Câmaras, em doutrina, poderiam ter as mesmas atribuições. Aqui não. Não é prioridade que se disputa. É a vigilância de uma prerrogativa de que dependem as boas finanças da nação.

O preceito surgiu também na Inglaterra - e êste é o único ponto de semelhança com o caso precedente, consagrado no regulamento da Câmara dos Comuns, para, explicou ANSON, defender o contribuinte contra a benevolência acidental de uma Câmara trabalhada pela eloqüência de algum *private member*. A Constituição australiana e a canadense adotaram o preceito, exigindo, para leis dessa natureza, proposta do governador.

Comentando, diz ESMEIN: "*Le mal auquel ces règles tendent à remedier s'est fait sentir chez nous avec une intensité particulière, car* il semble que ce soit, un mal endémique des démocraties. L'initiative des députés, inspirée d'ailleurs le plus souvent par des idées géndreuses, et se faisant jour surtout par des amendements au budget des dépenses, est surement une des causes principales de l'augmentation progressive de nos dépenses pubiques" (ob. cit., vol. 2, pág.480).

Com tal pressuposto, foram na França publicadas várias leis tendentes a reprimir a liberdade da Assembléia, neste particular, despertando gerais aplausos.

"*Il est indispensable*", diz DUGUIT, "*que le droit d'initiative apartiense au gouvernement. C'est lui qui est l'organe dirigeant par excellence dans l'Etat; c'est lui qui connait surtout les besoins du pays, les difficultés auxquelles il faut parer; c'est donc lui qui, mieux que personne, peut savoir quels projets doivent être soumis au parlement*" ("Traité de Droit Constitutionnel", vol. 4°, § 26).

Na Itália, PERGOLESI: "*In effecti la iniziativa governativa è di gran lunga prevalente, anche nelle altre materie, in confronto a quella di alui organi, perchè il Governo há la maggiore possibilità di avvertire i bisogni della Nazione e di conoscere, quali siano i mezzi piú adeguati al soddisfacimento di essi, ed inoltre rientra nel suo compito di attuazione del proprio inabirizzo o programma politico di preparare disegni legislativi*" ("Diritto Costituzionale", § 53).

Entre nós, VEIGA FILHO, escrevendo em pleno regime da liberal Constituição de 1891, assim se exprimia, no seu "Manual da Ciência das Finanças": "À prerrogativa do Poder Legislativo de examinar, discutir, aprovar ou recusar quaisquer projetos, relativos à despesa pública, têm sido lembradas as seguintes

limitações: *a)* direito privativo do Poder Executivo para propor tôda e qualquer despesa; *b)* proibição ao Parlamento de aumentar a despesa proposta por aquêle poder. A espantosa e continua progressão dos orçamentos públicos e a conseqüente agravação de impostos sugeriram as medidas indicadas, como meio eficaz, na frase de JULES ROCHE, de se deter ou pôr para defiro ao furor da onda crescente da despesa pública" (§ 22). E mais adiante: "São incontestáveis.os grandes benefícios que adviriam ao nosso país da adoção da prática inglêsa de competir ao Poder Executivo a iniciativa da despesa pública. Implantado êsse benéfico regime, não mais se presenciará o fato das coligações de diversos grupos parlamentares, para fazerem triunfar, pelo esfôrço combinado, projetos de despesa que de outro modo não seriam convertidos em lei".

Acorde com êsses princípios, a Constituição federal de 1934, no art. 41, § 2°, reservava ao presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que aumentassem vencimentos de funcionários ou criassem empregos em serviços já organizados, artigo que foi reproduzido, com ligeira transposição de palavras, pelo § 2° do art. 67 da Constituição vigente, fonte, evidentemente, do art. 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que ora estamos aplicando.

Os comentadores da nossa Constituição não têm feito especial referência a esse parágrafo, salvo TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, que lhe dá relativo elastério, ainda assim bem menor do que o defendido, para o art. 27 da Constituição estadual, pela Assembléia de Santa Catarina. Parece-me, no entanto, que qualquer interpretação extensiva, em prol do Legislativo, viria desviar a finalidade da lei, que é, repitamos, habilitar o Executivo a ter mão no orçamento, impedindo se despenhe o Estado no resvaladouro dos gastos.

Vem ao justo aquêle ensinamento de BLACK, segundo o qual se duas interpretações se defrontam, se há de dar preferência à que realiza melhor o fim da lei: "*Every statute is to be construed with reference to its intended scope and the purpose of the legislature in enacting it and where the language used is ambiguous, or admits of more than one meaning it is to be taken in such a sense as will conform to the scope of the act and carry out the purpose of the statute*" ("On Interpretation of Laws", n. 33).

IV. O acolhimento à primeira argüição quase torna sem interêsse discutir a segunda - não haver sido consignada verba especial para a despesa decorrente do substitutivo. Todavia, não será demasiado acrescentar que também esta increpação procede. Não bastava dizer a lei, como o fêz, que a despesa correria "por conta da arrecadação do presente exercício". Tôdas as despesas correm por conta da arrecadação. Cumpria fôssem abertas verbas especiais, máxime estando em meio à execução o orçamento. A lei entraria em vigor, desde logo, outubro de 1951. O orçamento fôra aprovado no ano precedente. Logo, a lei votada, também neste passo, não obedeceu à regra estipulada na Constituição do Estado:

V. E, finalmente, discutamos a terceira tese, que diz respeito à inconstitucionalidade da lei, por vicio formal - não ter havido maioria absoluta na sua aprovação. Em 39 votantes, maioria absoluta seria de 21, e não de 20, pretende o Sr. governador.

Neste ponto, não lhe assiste razão. Por vêzes, em leis, em regimentos ou em livros de doutrina, se define maioria absoluta como a representada pela metade e mais um. É definição imperfeita. Não satisfaz se o número é ímpar. Melhor nos parece esta outra: maioria absoluta é a representada pelo número imediatamente superior à metade. É o conceito de DUGUIT: "*Si le nombre des votants est un nombre pair, la majorité absolue est la moitié plus un de ce nombre*. *Si les votants sont en nombre impair*, *la majorité absolue est la majorité absolue du nombre pair immédiatement au-dessous*: *la majorité absolue de 1.001 est 501; et 501 est aussi la majorité absolue de 1.000*" ("Traité de Droit Constitutionnel", vol. 4°, pág. 91).

É o de GIUSEPPE MESSINA, em artigo "Maggioranza", no "Dizionario di Diritto Privato de SCIALOJA".

É o que predomina nas apurações eleitorais americanas ("Diccionary of Social and Political Sciences", cap. "Suffragies". É também o de CARLOS MAXIMILIANO, apoiado na autoridade de RACIOPPI e BRUNELLI. E é o critério mais justo. O outro, o da metade mais um, nos números ímpares, faz prevalecer a vontade da minoria sôbre a maioria, como ocorreria, no caso em debate, se houvesse predominado a votação dos 19 deputados, que apoiaram o veto, contra a dos 20, que o rejeitaram.

Em conclusão: tendo por fundada as duas primeiras argüições, pôsto haja repelido a última, entendo que a lei n. 22, do Estado de Santa Catarina, violou o princípio da independência e harmonia dos poderes, prescrito no art. 7°, n. VII, letra *b*, da Constituição federal, e, por isso, defiro a representação do Sr. Dr. procurador geral da República.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, desde que a Constituição de Santa Catarina atribuiu ao governador, em seu art. 27, a iniciativa para aumento e fixação dos estipêndios do funcionalismo público, não podia a Assembléia do Estado ampliar suas atribuições em detrimento daquele, sem atentar contra o princípio da harmonia dos poderes.

Aliás, tal iniciativa é inegàvelmente indispensável ao contrôle da administração, para que ela possa atender ao interêsse público e se exerça em proveito geral.

Penetrando na estruturação dos poderes políticos, disciplinou a Constituição o exercício da autoridade de cada um, evitando desbordamentos perniciosos às finanças públicas.

A vingar o precedente, seriam os projetos similares apenas um pretexto para que a Assembléia se investisse de uma prerrogativa que a Constituição não lhe atribui, e, mais que isso, fazendo tábua rasa de um dispositivo expresso em matéria de competência.

A previsão da receita e despesa cabe ao Poder Executivo, que mais que qualquer outro tem sob os olhos todos os elementos de observação indispensáveis. A arrecadação e a despesa se desenvolvem sob suas vistas.

Assim, se a proposta do govêrno, mandando aumentar os vencimentos dos magistrados, fazia correr à conta do *superavit* êsse aumento, é que a previsão governamental isso autorizava. Daí a incluir no mesmo fundo financeiro aumento para todos os funcionários a distância é imensa.

Ficou o Poder Executivo sem elementos para atender à despesa que lhe foi imposta na emenda oferecida ao projeto pela Assembléia.

Com êste ligeiro adminículo ao brilhante voto do eminente ministro relator, estou de pleno acôrdo com S. Exª e declaro inconstitucional a lei.

VOTO

O SR. MINISTRO ABNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, apesar do voto brilhante e jurídico do eminente ministro relator, configurando o caso em todos os seus aspectos, quero destacar apenas o § 2° do art. 67 da Constituição, ponto saliente da razão de ser da representação.

A Constituição, seguindo, aliás, o exemplo da de 1934, limitou a liberdade do Poder Legislativo no sentido da iniciativa das medidas tendentes ao aumento de despesas. O pais já estava acostumado aos grandes *deficits* orçamentários, acarretando graves prejuízos aos interêsses nacionais, perturbando a política econômica do país, que vivia, constantemente, a recorrer a empréstimos externos, visando normalizar suas finanças internas.

O legislador de 1946 entendeu que essa providência era salutar aos nossos princípios e o constituinte, que é o legislador supremo, limitou a liberdade do Legislativo de poder decidir a respeito. Atribuiu ao Executivo o contrôle das finanças públicas, a fim de que melhor pudesse administrar, tendo em vista os interesses nacionais e a realização da felicidade do nosso povo.

Essa limitação não corresponde senão a um dos elos da interdependência dos poderes. Assim, com essa restrição constitucional, o Poder Executivo faz sua proposta e o Legislativo tem que a analisar exclusivamente como ela é formulada, sem poder ampliá-la de modo a tornar as despesas excessivas, comprometendo o orçamento, exorbitando dos mandamentos constitucionais relativos à harmonia dos poderes.

Não há dúvida que o aumento proposto para a magistratura não pode ser pôsto no mesmo equilíbrio com o aumento de todos os funcionários civis. A proposta limitou-se aos membros de um dos poderes constitucionais, com despesa limitada, e para ela o Executivo, segundo ouvi do eminente ministro relator,

apresentou a fonte arrecadadora. Entretanto, disse da tribuna o eminente jurisconsulto Dr. FRANCISCO CAMPOS que havia *superavit*. Mas essa circunstância não autoriza a medida do Legislativo. Se *superavit* existe, podia estar êle destinado a outras providências de interêsse geral, que viessem atender ao ponto de vista da administração pública e não para justificar o excesso do Legislativo.

Incontestàvelmente, como bem salientou o eminente ministro MÁRIO GUIMARÃES, o Legislativo se excedeu e assim violou o art. 27, dando lugar à legitimidade da representação.

Com estas ligeiras considerações, estou de perfeito acôrdo com o eminente ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, três são as razões invocadas na presente representação contra a lei estadual em debate. Vou começar pela última, que é a de que não teria ocorrido maioria absoluta para a rejeição do veto do governador. Não tenho dúvida alguma que a maioria absoluta de 39 é 20. Tratando-se de votantes em número ímpar, a maioria absoluta é a mesma do número par imediatamente inferior. Já neste sentido tenho aqui votado. Também rejeito a increpação de que a lei não indicou a fonte da receita ou a fonte de recursos para fazer face ao aumento de despesa. Indicou, sim. Disse que o aumento db despesa devia ser coberto pela receita arrecadada, que o fôra em muito mais do que o previsto no orçamento. E, o que é mais: indicou como fonte de recursos a mesma que havia indicado o próprio chefe do Executivo estadual, isto é, o *superavit* da receita, a ser utilizado mediante créditos suplementares.

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Permita V. Exª um esclarecimento: não é bem êste o ponto, porque a proposta do Executivo propunha um aumento da Lei do Sêlo para fazer face à despesa.

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Mas na mensagem não se dizia isto. Só mais tarde é que o chefe do Executivo estadual declarou que pretendia cobrir essa despesa com a revisão da Lei do Sêlo. Na proposta, porém, falava

em cobertura da despesa mediante créditos suplementares, sôbre a receita arrecadada. Portanto, a indicada fonte da receita era a mesma.

Agora, Sr. presidente, resta a questão central, nuclear, de que cogita a representação. Entendo que o art. 27 da Constituição catarinense, que reproduz, se não na forma, pelo menos no fundo, dispositivo da Constituição federal, exerce uma função frenadora ao predomínio ou arbítrio do poder legiferante. Não exige, apenas, como muito bem acentuou no seu brilhante voto o eminente Sr. ministro relator, simples *prioridade* da proposta do Poder Executivo, idêntica à primazia que, no regime bicameral, cabe a uma das casas do Congresso no tocante a certos projetos, Não: aqui se exige uma iniciativa condicionante e particularizada, referente não só à apresentação da proposta como ao seu conteúdo.

Entre outros assuntos a que devem ser atinentes os projetos cuja iniciativa cabe ao Poder Executivo, figura o de aumento de vencimentos. Estaria, sem dúvida, inteiramente burlado o preceito constitucional se se permitisse ao Poder Legislativo um maior aumento do que o proposto pelo Executivo. Estaria totalmente iludida a finalidade do preceito, qual a de evitar que o Legislativo, não conhecendo, realmente, como conhece o Executivo, as fôrças do erário, as probabilidades da receita, ou as possibilidades de granjeio do numerário, pudesse estabelecer um tal aumento de despesa que colocasse o tesouro em pânico, na impossibilidade prática de poder arrostar com êsse acréscimo de passivo. Pode a Câmara, pode a *legis latis* emendar a proposta ou anteprojeto do Executivo, mas dentro da sua própria lógica, como um corolário necessário dos próprios critérios adotados pela proposta, e, notadamente, dentro do provável algarismo máximo indicado pelo Poder Executivo relativamente às fontes de cobertura.

Nada disso ocorreu no caso vertente. A extensão ao funcionalismo público em geral do aumento proposto para os magistrados e membros do Ministério Público não era um corolário necessário da proposta governamental. Várias são as condições que reclamam um tratamento diferente entre os membros da magistratura e do Ministério Público e os funcionários em geral. Sem querer tocar em outros pontos, bastaria que se destacasse o seguinte: os magistrados e membros do Ministério Público estão obrigados à constante aquisição, por conta própria, de livros que os aparelhem para o exato exercício de suas

funções, que os coloquem ao nível da evolução jurídica, e isso importa despesas de grande vulto, e mesmo, algumas vezes, arrasadoras. Basta, êsse fato para que se não possa exigir uma igualdade de tratamento entre os juízes e promotores e os funcionários públicos em geral. Tal igualdade redundaria numa iníqua desigualdade.

Por outro lado, admitir que o Legislativo faça acréscimos ao aumento proposto pelo Executivo, é evidentemente atribuir àquele a iniciativa que a Constituição proíbe. Quanto a êsse acréscimo, evidentemente interfere a iniciativa do Legislativo, que o preceito constitucional proíbe. Como precisamente acentuou, no seu erudito e notável voto, o Sr. ministro relator, não há "direito de emenda" onde não há "direito de iniciativa". A entender-se de outro modo, estaria rompido o freio impôsto pelo dispositivo da lei fundamental.

Conhece-se a razão dêsse dispositivo, que a Constituição de Santa Catarina copiou da Constituição federal; é evitar o jubileu de indulgências a que, por vezes, no passado, se entregava o Poder Legislativo, sem cuidar das possibilidades do Tesouro, sem indagar das condições financeiras, ainda quando desfavoráveis, em que se achasse o Estado. E, então, se cuidou de criar êsse entrave, êsse contrapeso à autonomia do Legislativo. O Executivo, que conhece de perto quais as possibilidades do Tesouro e as necessidades reais da administração; que conhece o que se pode dar, em face da situação do erário ou dos algarismos possíveis de arrecadação da receita, da capacidade de tal ou qual impôsto ou de tal ou qual verba; o Executivo, que, para usarmos uma linguagem pitoresca, *sabe onde dói o calo*, e o que se pode fazer, no limite da realidade, para remediar o mal, foi erigido, neste particular, em controlador do Legislativo. Ora, essa finalidade, êsse objetivo do preceito constitucional, que não pode deixar de ser interpretado dentro da sua função teleológica, estaria inquestionàvelmente cancelada, se fosse permitido ao Poder Legislativo entregar-se, de novo, aos excessos de liberalidade com sacrifício do erário. De nada teria valido o empecilho criado pela Constituição, que atendeu a uma lição, a uma longa e alarmante lição da experiência. Não é a primeira vez que me manifesto contra o subterfúgio com que se tem enganado o preceito constitucional em questão. Já de outra feita, quando foi de uma criação de Varas na Justiça local, tendo a proposta do Poder Executivo limitado o número dessas Varas a 6ª Câmara dos Deputados, com apoio do Senado, emendou o projeto, aumentando para 9 o número dessas Varas. Como membro, que era

então, do Tribunal de Justiça local, tive ensejo de, em sessão plenária, declarar a minha estranheza quanto ao que eu reputava um indisfarçável desrespeito à Constituição.

Assim, estou sendo fiel a mim mesmo, neste momento, ao reconhecer, positivamente, a inconstitucionalidade da lei catarinense n. 22, porque, desatendendo a um preceito de ordem constitucional sobre interdependência de poderes, quebrou a harmonia entre êstes, traduzindo uma incursão do Legislativo na órbita do Executivo.

Por essa razão, e tão-sòmente por essa razão, estou de acôrdo com a conclusão do eminente Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, o eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA salientou que três são os fundamentos da presente alegação de inconstitucionalidade. Como S. Exª, também começarei a examinar a espécie pelo último e o faço porque considero êsse terceiro fundamento prejudicial dos demais.

Trata-se de vício formal na elaboração da lei. Acolhido êste fundamento, os outros estão prejudicados. Ora, eu, *data venia* dos que se manifestaram em sentido, contrário, acolho êste terceiro fundamento, porque neste sentido tem sido o meu pronunciamento, não só no Supremo Tribunal

Federal, como no Tribunal Superior Eleitoral, a que tive a honra de pertencer. Reconheço que a quase unanimidade dos doutrinadores proclama que a maioria absoluta de um parlamento ou de um colégio judiciário é alcançada desde que se verifique o pronunciamento de mais de metade dos integrantes, em se tratando de número ímpar de votantes. Mas, apesar de ter visto inúmeros autores sustentando esta doutrina, eu não me convenci da sua justeza. No sentido contrário, isto é, no sentido do ponto de vista que eu adoto, poderei invocar, apenas, três precedentes: é o do Regimento Interno do antigo Senado francês; o do antigo Regimento do Senado brasileiro, comentado pelo ilustre jurista que foi o conselheiro AFONSO PENA; e é o entendimento seguido na Câmara dos Representantes dos Estados Unidos. Nessas três corporações

exigia-se e exige-se, para que se caracterize a maioria absoluta, metade mais um, ainda que seja impar o número de integrantes a deliberar. Disse que não me convenci daquele outro entendimento, ou da sua justeza, porque formulo um argumento que, a meu ver, destrói qualquer outra objeção; e é o seguinte: que é um voto nos parlamentos ou nos tribunais? Trata-se, evidentemente, de um pronunciamento decorrente do entendimento e da vontade de um integrante dessas corporações. Não pode haver voto sem que haja uma pessoa que manifeste o seu pensamento. Não havendo uma unidade, não há voto. Ora, aplicando êste entendimento, esta doutrina, ao caso corrente, verifica-se que, na Assembléia Legislativa de Santa Catarina, tomaram parte na votação 39 representantes. Qual seria a maioria absoluta? Sustenta-se - e eminentes juízes já votaram acolhendo esta orientação - que a maioria absoluta de 39 é 20 e não 21. Mas, esquecem-se de que estão igualando a maioria absoluta à simples maioria. Qual seria a simples maioria de 39? Seria 20. Qual é, então, a maioria absoluta? Não pode ser 20, porque se igualaria à simples maioria.

O SR. MINISTRO MARIO GUIMARÃES (relator): A maioria de 39 podia não ser 19, nem 20, se houvesse três candidatos.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Trata-se de votação de uma lei, não de escolha de candidatos para um cargo. Em 39 deputados, 20 foram num sentido, 19, noutro. Neste caso, igualar-se-iam a maioria absoluta e a maioria simules. Não o posso compreender porque, evidentemente a metade de 39 seria 19,5. Ora, como já se disse no memorial aqui distribuído, não se pode dividir um deputado ao meio; logo, tem-se de computar mais uma unidade, mesmo porque - ai é a razão determinante - não se consegue mais um voto sem mais uma unidade, pois que, não havendo mais uma unidade, isto é, mais uma pessoa que dê o seu pronunciamento sôbre determinada questão, não há um voto além da metade dos integrantes. E indispensável a presença de metade mais um, ainda - que seja impar o número de votantes, não bastando o pronunciamento de mais de metade. Este é o entendimento que tenho sempre adotado e a que me mantenho fiel.

Acolhido êste fundamento, os outros dois estão prejudicados. A lei se revestiu de um vício formal, porquanto o número de votantes que repeliram o voto não foi suficiente para que se verificasse o pronunciamento daquela corporação política. Acolho, assim, a conclusão do eminente Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, a matéria, por assim dizer, está esgotada. Falaram da tribuna o ilustre representante do govêrno do Estado de Santa Catarina e, em seguida, o eminente jurista Dr. FRANCISCO CAMPOS, secundado pelo Sr. Dr. procurador geral da República. No seu voto minucioso, pormenorizado, esclarecido, em que se condensa a doutrina mais moderna sôbre o assunto, o eminente Sr. ministro relator esgotou, a meu ver, totalmente, a questão. Apenas, cabe-me dizer ao Tribunal que, alguns anos atrás, debateu o Tribunal Superior Eleitoral o tema ora trazido à apreciação da Côrte Suprema, de sorte que tenho meu ponto de vista já empenhado sôbre a matéria. Discutiu-se lá acêrca da proposta feita por V. Exª, Sr. presidente, que então honrava a presidência daquele Tribunal. Tendo havido mensagem ao Congresso solicitando providências para criação do quadro dos funcionários e da Secretaria do Tribunal, essa proposta indicava o número de 50 funcionários para compor o quadro respectivo. Ocorreu, entretanto, que o Parlamento, ao invés de aprovar a mensagem com o número de funcionários indicados, ou de restringir êsse número, que fêz? Ampliou-o, criando, em vez de 50 cargos, 62. Nessa ocasião ficamos vencidos eu e o Sr. ministro SA FILHO, porque sustentamos e até apelamos para o espírito de justiça dos eminentes colegas no sentido de não aprovar a lei em sua totalidade, enviando-se mensagem ao Parlamento propondo a extinção dos 12 cargos criados a mais, pois entendíamos que tinha havido exorbitância de atribuições. Sustentamos, nessa ocasião, que o Parlamento age em tais casos como órgão aferidor, como órgão que prevê os meios sem os quais não poderia funcionar a Secretaria do Tribunal. Era indispensável a sua colaboração. O Parlamento podia diminuir os padrões de letra dos funcionários, podia reduzir algum cargo proposto, não pódio, porém, a meu ver, *data venia*, aumentar o número de funcionários que deveriam compor a Secretaria do Tribunal. Infelizmente, a nossa modesta opinião não pôde prevalecer, não granjeou o aplauso dos nossos nobres colegas. Assim, hoje, para mim, juiz que sou muito aferrado aos. meus princípios, é de verdadeira satisfação ouvir, neste caso, levantar-se uma voz que vem em meu apoio, partindo de um dos mais ilustres Srs. ministros, a do Sr. ministro relator. S. Exª, no seu voto magistral, demonstrou que, no momento atual, a composição dos Parlamentos exige, visa ao bem público, visa à ordem legal, visa ao futuro da Nação e para que não se permitam, como no passado

regime, aquelas célebres caudas orçamentárias. Houve no voto do eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA uma ressonância dêsse fenômeno, quando S. Exª aludiu aos excessos, ao liberalismo com que se oneravam os cofres públicos através de leis: verdadeiramente abusivas. Todos os anos, por ocasião da votação da lei orçamentária, a Nação volvia os seus olhos para o Parlamento, atônita, porque sabia que, certamente, era chegado o momento em que se distribuíam os favores a granel; então, criavam-se cargos, aumentavam-se vencimentos, etc. Estou certo de que o nosso legislador constituinte bem se inspirou, impondo na Constituição vigente o preceito, de seu art. 67, § 2°, que contém realmente um freio, um corretivo, às demasias com que o Parlamento muitas vêzes distribuía favores.

Sr. presidente, estamos revivendo o regime democrático, regime que é de ordem, quê é de representação, que é de responsabilidade, não de abusos. Dai porque cada vez mais o espírito público se acentua riu desejo de que os poderes constituídos se atenham cada qual em seu lugar, funcionando especificamente, sem que uma extravase de suas atribuições para invadir o poder de outra. Evidentemente, quando um dos poderes se desloca da sua função específica e se arroga a que não tem, dá-se o desequilíbrio entre êles; verifica-se o fenômeno da desarmonia, para dissipa-la, há de haver um órgão de contrôle. Que, órgão será êste? Qual senão a Côrte Suprema, o Supremo Tribunal Federal? E êle o é. A Constituição determina o órgão competente, através de provocação pela Procuradoria Geral da República, para, mediante representação, pedir a declaração de inconstitucionalidade da lei ordinária, do ato legislativo, da lei inconstitucional do Estado, para restabelecer o equilíbrio entre os poderes, a harmonia que deve reinar entre êles.

Assim, Sr. presidente, não tenho a menor dúvida em acompanhar o voto do eminente Sr. ministro relator, voto brilhante, exaustivo, declarando inconstitucional a lei impugnada pela representação apresentada a êste Supremo Tribunal pelo ilustre Sr. Dr. procurador geral da República.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, a questão. está bem esclarecida. Inclino-me para o voto magistral do eminente ministro relator. Sem dúvida que a iniciativa das leis pertence, em regra, ao Legislativo.

É uma prerrogativa sua, e lhe incumbe a disposição dos meios de que carece o Estado, seja estabelecendo as fontes de receita, seja consentindo nas despesas necessárias.

Já isso sustentei na representação n. 131, em caso da Constituição de Alagoas, apreciada em janeiro de 1950, neste Tribunal, e acrescentei que "a iniciativa conferida a outros poderes, no que se refere a certas leis, é uma restrição à soberania do Legislativo, restrição que contraria a tradição liberal.

"Mas o Executivo é o poder que arrecada os impostos e conhece melhor do que o Parlamento as possibilidades do Tesouro, por isso explica-se que seja deixado a êle a provocação das leis de que resulte a criação de novas despesas.

Tal é, portanto, a razão de ser dêsse deslocamento de atribuição que pertence em princípio aos Parlamentos, e que, transferidos nas hipóteses mencionadas para o. Executivo, deve ser entendida como exceção, isto é, em têrmos restritos".

A iniciativa do Executivo é Indispensável para promover a deliberação legislativa no sentido do aumento; nesse plano é que se situa a articulação entre os dois poderes, evitando-se a quebra do princípio da independência e harmonia entre os dois poderes. O princípio dos poderes separados, independentes e harmônicos, acentuei no voto aludido, "efetiva-se mediante os freios e contrapesos, que são os meios de que cogita a Constituição para lhes assegurar o funcionamento nas respectivas órbitas. Um dêles é o *veto*, com o correspectivo direito conferido à Assembléia de o repelir, mantendo sua deliberação; outro a iniciativa governamental nas hipóteses referidas, como um freio à soberania do legislador, no interêsse do equilíbrio orçamentário; outro a declaração de inconstitucionalidade das leis, mediante a qual o Judiciário controla a ação legislativa no interêsse da Constituição; além de outros".

Mantendo êsse entendimento, esclareço que não se pode impedir que o Congresso emende um projeto do Executivo, desde que não esteja acima do que foi proposto e atendida a mesma classe de funcionários. A iniciativa do govêrno, restrita a uma classe, a uma categoria de funcionários, não pode, realmente, ser estendida a todos os funcionários.

Estou com TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, quando esclarece:

"É preciso, entretanto, que os aumentos se verifiquem dentro das mesmas carreiras ou dos mesmos serviços, que podem ser, por esta forma, ajustados por iniciativa do presidente da República".

Com essas explicações, acompanho o ministro relator, acolhendo a representação.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, as questões ligadas ao famoso princípio da independência dos poderes e da sua harmonia sempre teve aspectos delicados, nos quais se exercita a atividade dos políticos; tudo isso porque o próprio princípio tem qualquer coisa de não-estrito, mas de flexível, de variável, de acôrdo com os tempos e os lugares. As conseqüências políticas levam a que o princípio não seja de linhas rígidas; nem pode ser. Assim, qualquer lei que deseja conceituá-lo em contornos nítidos se sujeitaria a criticas e daria maior margem a um poder, encurtando a expansão de outro. Neste aspecto, foi, realmente, fascinante a argumentação do eminente FRANCISCO CAMPOS. Mas, no caso, a questão tem feição técnica inarredável. Houve lei estadual que, tomando de iniciativa do Poder Executivo, a aumentou, ampliando quadros. Essa atitude envolveu exercício de atividade própria de outro poder. O eminente Sr. ministro relator acantonou o problema neste particular e lhe deu lúcida e cabal solução. Demonstrou S. Exª, em seu voto memorável, que a emenda realmente lançou o disco além da marca.

Acompanho o voto de S. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: É prerrogativa particularizada do Executivo a iniciativa de leis sôbre a criação de cargos e fixação ou aumento de vencimentos do funcionalismo, inclusive magistratura e Ministério Público, de que trata a espécie. Seria, portanto, abusivo viesse o Legislativo, espontâneamente, ampliar ou restringir a proposta governamental.

E, ademais disso, houve criação de vultosa, despesa, sem atribuição dos recursos correspondentes.

Afigura-se-me que, além de desatendidos os arts. 27 e 38 da Constituição de Santa Catarina, violado ficou, pela lei estadual n. 22, de 5 de outubro de 1951, o princípio de independência e harmonia dos poderes, estabelecido na Carta Maior (art. 36):

Assim, acompanhando o brilhante voto do eminente ministro relator, defiro a representação do Dr. procurador geral da República.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: foi conhecida a representação, para ser declarada inconstitucional a lei catarinense, unânimemente.

Impedido o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

Deixaram de comparecer, por se achar em gôzo de licença, o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES e, por estar afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, o Sr. ministro EDGAR COSTA, sendo substituídos, respectivamente, pelos Srs. ministros ABNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

*

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - RESCISÃO

- A concessão de serviço público não pode ser paragonada a contrato de direito privado.

- A parte econômica do contrato não elimina o poder de regulamentar por parte do Estado.

- Compreende-se na atividade da administração pública fiscalizar a atividade do concessionário e, se exigirem os interêsses coletivos, decretar a caducidade da concessão.

Impetrante: Fausto de Oliveira

Rec. de mand. de seg. n. 1.138 - Rel.: MIN. OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n. 1.138, de Sergipe, recorrente Fausto de Oliveira, recorrido prefeito municipal de Aracaju:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório de fls. e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, pagas as custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 24 de maio de 1950. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Orozimbo Nonato*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Proferiu o ilustre Tribunal de Sergipe o acórdão de fls. 125, que se transcreve com os votos declarados:

"Os atos do prefeito da Capital, quando indiscutivelmente, contrários ao direito de outrem, podem ser remediados pelo instituto. do mandado de segurança.

A concessão do remédio constitucional do mandado de segurança supõe direito líquido e certo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos civis, n. 2, desta Capital, processo em que é embargante Fausto de Oliveira e embargada a Prefeitura Municipal de Aracaju, adotado como parte integrante do feito o relatório de fls. 122 a fls. 123:

Acordam, em Tribunal Pleno, preliminarmente, por voto de desempate, tomar conhecimento do conteúdo, nesses, embargos, e, no mérito, por maioria de votos, rejeitar os embargos que, com a epígrafe de infringentes e de nulidade,

não se acompanham de elementos capazes de abalar as conclusões do acórdão de fls. 105 a fls. 111.

Nenhuma disposição expressa de lei foi violada por êsse venerando acórdão, porque ambas as partes discutiram a espécie com documentos compridos, crendo-se, cada qual com melhor direito.

A Constituição federal de 18 de setembro de 1946, inscreveu, entre os direitos e garantias individuais, no § 24 do art. 141, o remédio do mandado de segurança.

Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

É êste o mandamento constitucional, interpretado sempre com os princípios da ciência do direito pelos tribunais do pais. A concessão, porém, dêsse remédio constitucional depende de liquidez e certeza do direito que não puder ser amparado por sentença de *habeas corpus*.

"O acórdão embargado estabeleceu, como conclusão, que o direito pleiteado pelo embargante não transparece, nos autos, líquido e certo."

"PONTES DE MIRANDA, que é uma autoridade invocada sempre com acatamento, nas discussões sôbre a matéria, assim escreve, no comentário à citada disposição constitucional:

"Líquidos são os direitos quando a sua existência é atestada sem incerteza ou sem dúvidas, quando o paciente mostra que a sua posição legal é evidente, sem precisar, para mostrar, de diligências e delongas probatórias".

Ainda acrescenta o mesmo brilhante tratadista:

"Direito liquido e certo é aquêle que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso".

"Os embargos opostos não apresentaram, outros argumentos que pudessem afastar a convicção anterior dos julgadores, em sua maioria.

"Por conseqüência, os embargos, ante a jurisprudência que é farta a êsse respeito, são rejeitados.

"E, como no acórdão n. 103, de 14 de agôsto de 1947, que julgou o pedido do mandado de segurança, as razões e fundamentos da decisão atual serão expostas por cada juiz, na respectiva declaração de voto.

"Aracaju, 6 de abril de 1949. – *João Bosco de Andrade Lima*, presidente, com voto: Vencido. Concedia o mandado de segurança, de acôrdo com o voto proferido, na apelação, pelo Exmo. Sr. desembargador HUNALD CARDOSO. O poder público quando contrata com particulares aos mesmos se nivela. Constituindo-se parte contratante, não pode, a seu talante, rescindir o contrato, liberando-se de obrigações assumidas. Do contrario, nada mais inseguro, nada menos eqüidoso, nada mais unilateral do que contratar com um poder público sem nenhum freio ao seu arbítrio que não o do próprio discricionarismo.

"Não padece nenhuma dúvida que, no caso *sub judice*, só o Poder Judiciário seria competente para decretar a rescisão contra a qual se pretendeu segurar o embargante. A rescisão decretada, *ex propria autoritate*, por um dos contraentes, representa um verdadeiro abuso de poder que, só por si, daria ensejo à concessão do mandado de segurança.

Se, porventura, houvesse inadimplemento de qualquer das obrigações a que, pela fôrça do contrato, estivesse jungido o embargante, êsse fato não poderia ser apreciado em processo, de rito tão sumário como o presente, mas ainda pelo Poder Judiciário, na ação competente; Otávio Tales de Almeida, relator, vencido na preliminar com o seguinte voto: A concessão de serviço público é ato da administração, em que são atribuídos direitos, em favor de pessoa física ou jurídica.

"É um contrato do qual derivam direitos e obrigações para as partes, concedente e concessionária.

Não importa ao julgador indagar se o contrato é unilateral, de direito público, privado ou misto. Questão doutrinária.

"Para todos os escritores, seja qual fôr a escola, é sempre um contrato, que emana de ato administrativo, firmando o acôrdo de vontades do concedente e do concessionário.

Quando o Estado contrata, despe-se das suas prerrogativas e estipula como pessoa privada. Ora, sendo um contrato, os direitos do concessionário se incorporam ao seu patrimônio, não dando motivo á medida requerida porque, por meio dela, não se resolvem questões de direito, reguladas por contrato.

Neste ponto, é claro CARLOS MAXIMILIANO:

"Não se usa (o mandado de segurança) em defesa de vantagens ora prerrogativas constantes de contrato, pois ampara sòmente os direitos pessoais; os patrimoniais dispõem de *remédio próprio*" ("Comentários à Constituição", vol. III, pág. 147).

"E, com êle, outros autores.

"Cita aquêle publicista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, neste sentido.

"Nestas condições, julgo procedente a preliminar suscitada de ser o mandado de segurança meio inidôneo no caso sujeito, na expressão dos Srs. ministros do Supremo Tribunal Federal; *Dantas Martins*, vencido, por ter havido empate na votação, com prevalência, da decisão embargada, na preliminar suscitada pelo relator, de não se conhecer da medida requerida, por ser meio inidôneo ou inábil para o fim objetivado, conforme se lê na resenha do julgamento publicado no "Diário da Justiça" de 12 de abril de 1949, que assim diz: "Rejeitou-se, por desempate, a preliminar da inidoneidade do mandado de segurança. No mérito: rejeitavam-se os embargos, por maioria de votos".

"O meu voto vencido, a que aludi, vai dactilografado e rubricado à margem, em seis laudas, a seguir:

"A *concessão de serviço público* se extrema ou diferencia da *autorização* e da *admissão*, atos administrativos, com os quais à primeira vista apresenta afinidades". "Na *concessão* há um *direito* preexistente, do indivíduo ao qual ela beneficia. Há "*concessão* sempre que, por um ato de administração, se criam direitos em favor de pessoas físicas ou jurídicas". Convém acentuar, não é ato discricionário. Nasce do ato administrativo e da vontade do cessionário que se funde à do concedente. "Dela derivam, ao mesmo tempo, direitos e obrigações para os particulares". A nós não interessa encararmos o instituto da concessão em direito administrativo, como emanando da elas sedas teorias *unilateral, contratual ou da mista*, por ser ponto controvertido no campo doutrinário, pois cada uma dessas teorias ainda se subdivide em subclasses.

"O que nos importa, a nós, julgadores, é o ponto que temos em mira, que da concessão decorrem direitos e obrigações, cabentes ao particular, ao qual ela se refere, e, também, à administração". Dela deriva "a incumbência de um serviço público a uma pessoa de direito privado, que, em seu nome, a exerça" uma "sub-rogação no exercício de um serviço público". É acôrdo de vontades, vontades equivalentes que se vinculam. Daí o contrato, de definição difícil, de individuação contraditória na doutrina. Mas para todos os escritores sempre um contrato, seja *unilateral, de direito público, ou privado, ou misto*. O contrato na concessão emana do ato administrativo, deriva das leis e dos regulamentos, dando lugar ou firmando o acôrdo das vontades do concedente e do concessionário que se ajustam a respeito das relações jurídicas recíprocas, pouco importa que as competentes cláusulas tenham sido formuladas por uma das partes, ou por ambas". Contratando, o Estado despe-se das suas prerrogativas, para estipular como pessoa privada, subordinando-se às obrigações pactuadas ou assumidas. O Estado torna-se igual ao indivíduo, no dizer dê JELLINEK, nivelando-se a êle: Nada impede que êle assuma obrigações contratuais.

"Deixa de executar por si próprio, de forma direta, o serviço público, para confiá-lo a pessoa, física ou jurídica, de direito privado, que apresente provadas condições de idoneidade, e aceite o encargo". Na concessão pode-se atender às duas variedades: concessão de obra pública e concessão de serviço público. A figura é sempre a mesma. A diferença de denominação não modifica, em sua essência, a concessão que é sempre de serviço público, pois não altera a forma do instituto. "Aceitando-a, diz MÁRIO MASAGÃO (a quem vimos repetindo),

fica o concessionário obrigado a gerir o serviço, por período, que quase sempre é longo, já em razão da estabilidade que, com vantagens gerais, deve ser imprimida ao mesmo serviço, já porque êste exige, em regra, empate de vultosos capitais, dificilmente movíveis, para uma aplicação efêmera": É, porém, imprescindível que o tempo da concessão tenha têrmo final ajustado. E acrescenta a seguir: "Gerindo o serviço, o concessionário não age em nome da administração, como acontece com o funcionário público. Age, pelo contrário, em seu próprio nome" ("Natureza Jurídica da Concessão do Serviço Público", ver ns. 13, 14, 15, 18, 28, 28, 29, 31 e 123).

"Expostas estas noções sôbre concessão de serviço público, em que ficou claro e acentuado a sua natureza contratual, da qual emanam deveres e responsabilidades para o concedente e o concessionário, como também direito e garantias, entremos noutra apreciação. Na concessão, as partes - administração e concessionário - estão vinculadas pelas obrigações estipuladas e assumidas.

"Os direitos do concessionário se incorporam ao seu patrimônio.

Em face dêstes princípios, passemos a verificar se há motivo para a interposição da segurança pedida pelo requerente. Não temos dúvida em que não tem cabida, por ser meio inábil, a medida de segurança que se requer. O direito do impetrante não pode ser amparado pelo mandado de segurança. Por meio dêle não se resolvem questões de direito reguladas por contrato. Por assim ser é que CASTRO NUNES ensina: "A essas relações jurídicas é alheio o mandado de segurança, impróprio para resolver situações contratuais, assegurar pagamento de dívidas e, de um modo geral, dirimir questões de direito privado.

Nesta conformidade está a jurisprudência da Côrte Suprema e das Côrtes locais".

"O que se resolve pelo mandado de segurança é relação de direito público, definida, por *dever legal* da autoridade e pelo direito *correlato* de se lhe exigir o cumprimento dêsse dever" ("Mandado de Segurança", pág. 85). CARLOS MAXIMILIANO também doutrina: "Não se usa em defesa de vantagens ou prerrogativas constantes de contrato, pois ampara sòmente os direitos *pessoais*; os *patrimoniais* dispõem do remédio próprio" ("Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. III, pág. 147).

"Isto porque o mandado de segurança - são palavras de CASTRO NUNES, - supõe *um direito violado por ato de autoridade pública*. É, portanto, meio de defesa do direito contra o ato do Estado como poder público. O Estado, quando contrata, adquire ou aliena bens, defende a sua ou contesta a posse de outrem, comercia, toma ou dá imóveis em locação, etc., age como pessoa privada, e esta se nivela, sujeita-se aos remédios do direito comum, como parte passiva ou ativa (*in* ob. e loc. cits.).

Noutra parte esclarece: "O mandado de segurança dá ao titular do direito à prestação *in natura*. É um procedimento *ad ipsem rem*, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado no seu exercício e não pela forma indireta da equivalência econômica, princípio pelo qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação, *scilicet* violação da lei. O ato violador é removido como obstáculo para que se restabeleça a situação jurídica preexistente e não apenas anulado com os efeitos reparatórios conhecidos (ob. cit., página 55). Na segurança pedida não se exige a prestação de ato *funcional*, pela autoridade, no mecanismo do serviço público, mas a obrigação contratual. O mandado de segurança é "restrito à legalidade do ato"; não admite outras indagações próprias das ações. "A execução do serviço concedido é feita por conta e risco do concessionário" (ob. cit., página 301).

"E assim deve ser, porque o mandado de segurança não é senão a defesa avançada de um direito, um momento processual destacado da ação própria para acatar o ato administrativo, quando verificadas certas condições de liquidez e certeza" (ob. cit., pág. 222). Estas condições não podem ser apreciadas na espécie, porque o Município agiu, no caso, como pessoa privada, defendendo o seu suposto direito. A relação que procurou defender não era mais de direito público, pois que já havia caído no campo contratual do direito exclusivamente privado.

"A segurança pedida não pode garantir o impetrante, porque a sua situação jurídica de direito privado, pessoal ou real, não pode estar envolta com aquela outra de direito público subjetivo de exigir da autoridade que pratique ou deixe de praticar certo ato funcional" (ob. cit., pág. 223).

"Pela diversidade de julgados, por não caber o mandado de segurança para amparar certos direitos, já houve quem dissesse: "Há uma grande orientação no tocante aos direitos que podem ser amparados pelo mandado de segurança".

"Tenhamos mãos, pois, aos pedidos.

"A jurisprudência não dissente do que acabamos de afirmar. Repetem-no CASTRO NUNES e CARLOS MAXIMILIANO, nos lugares apontados.

"Vejamos alguns dos julgados referidos: acórdão do Supremo Tribunal, de 8 de abril de 1935, *in* "Arq. Judiciário", vol. 41, pág. 185, em que o notável ministro COSTA MANSO acentuou no seu brilhante voto:

"Ora, êsse é que, absolutamente, não podia ser o intuito da Constituição, por que seria suprimir tôdas as ações contenciosas e fazer do mandado de segurança, ao menos nos casos em que se presume a liquidez de direito, uma ação sumariíssima; mais do que isso: um julgamento de plano sôbre tôdas as questões"

"No acórdão de 1° de julho de 1935, *in* "Arq. Judiciário", vol. 39, pág. 344, já havia dito: "Para mim, o mandado de segurança é puna ação civil sumariíssima, apta, ùnicamente, para a solução de questões em que o poder público *seja parte* interessada. Se, êle intervém, como juiz ou árbitro, para decidir controvérsias entre particulares (é a hipótese em apreciação), o caso deve ser resolvido mediante ação entre êstes, ação que jamais pode ser a de mandado de segurança, em que o réu é sempre aquêle poder".

"No mesmo sentido acentuou o ministro BENTO DE FARTA, como relator do acórdão do S.T.F., de 8 de abril de 1935 (*in* "Arq. Judiciário", vol. 34, pág. 397, fim): "Conseqüentemente, o mandado em aprêço, instituído para segurança e defesa de direito de outra natureza, na ordem jurídica social, política ou administrativa, não pode subsistir como remédio universal, às ações próprias e existentes para obrigar a execução de contratos ou realizar cobrança de dívida, como sejam as prestações de juros porventura devidas".- Existem muitas outras decisões no mesmo sentido.

"No mérito. Votei conhecendo dos embargos para confirmar o acórdão, que manteve a sentença de primeira instância, indeferindo o pedido, porque, como ficou evidente do meu voto sôbre a preliminar, que de certa forma envolve o mérito, por fôrça da matéria, não é certo e incontestável o direito do segurando, por ser questão de direito a ser resolvida, após discussão e prova, por ação própria; *J. Rodrigues Nou; Enoch Santiago*; *Otávio de Sousa Leite*, com o seguinte voto:

"Para proteger direito líquido é certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder", é o que "diz a Constituição federal (art. 141, § 24).

"Frisa, portanto, a Constituição que o direito deve ser liquido e certo e que seja violado por ilegalidade ou abuso de poder.

A contrario sensu, não sendo líquido e certo o direito, e não havendo ilegalidade ou abuso de poder, não cabe o remédio constitucional. Todo direito líquido e certo deve promanar sempre de um ato jurídico perfeito, para que não possa haver dúvida e controvérsia, proporcionando ao prejudicado um direito adquirido. O direito existe ou não existe; no caso afirmativo, se ficar provado de pleno, é liquido e certo; se, no entanto, depender de provas e discussões, é, então, ilíquido e incerto. Ora, o direito, que se aprecia, nasceu de um contrato com cláusulas resolutivas, e, de tal modo, não poderia produzir um direito líquido e certo, gerando, apenas, um direito discutível, por ser preciso saber-se se foram ou não cumpridas as cláusulas contratuais, ficando assim de pé a dúvida, e, quando essa aparece, não há certeza. Os autos contêm documentos que indicam o não cumprimento de certas cláusulas contratuais. As faltas do concessionário, que é o requerente embargante, foram apontadas, e discutir-se se tais faltas foram justas e provenientes de circunstâncias alheias à sua vontade, transporta o caso do mandado de segurança, por se tratar de fato complexo e duvidoso, para o domínio das ações comuns, em cujos trâmites possa ser discutida e apreciada a prova, e, se assim acontece, ilíquida e incerta é a relação de direito pleiteada pelo embargante.

"De um lado, figura o interêsse privado do contratado, Fausto de Oliveira; do outro, o interêsse público da contratante, a Prefeitura de Aracaju.

"No atual estado do direito moderno, a preponderância do interêsse coletivo é um fato; haja vista o direito dado ao Estado pela Constituição (art. 146), da intervenção do domínio econômico, tendo por base o interêsse público; bem assim o condicionamento da propriedade ao bem-estar social (art. 147). O outro aspecto a discutir é a ilegalidade ou abuso de poder da autoridade, de que trata o dispositivo constitucional.

"Consta do processo que o prefeito municipal, baseado em lei especial, decretou a rescisão do contrato de fornecimento de carne verde, que mantinha com o embargante, lei que, sancionada, teve sua publicação no "Diário Oficial". Se o prefeito se baseou em uma lei, não pode ser considerado ilegal o seu ato, e conseqüentemente desaparece o abuso de poder, isso porque, rescindindo o contrato, a autoridade executiva cumpriu uma lei emanada do Legislativo Municipal, colaborando ambos os poderes para uma solução que visou ao bem público. Por sua vez, a resolução legislativa da Câmara Municipal encontra apoio no art. 151 da Constituição federal, assim expresso:

"A lei disporá sôbre o regime das emprêsas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais".

"TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, em artigo publicado no "Direito", vol. 50, página 30, diz: "O concessionário nunca se emancipa da tutela do Estado, porque este mantém a sua responsabilidade perante o público, sendo fiador da regularidade do serviço, do preço razoável de suas tarifas, da modicidade dos lucros da emprêsa"; e mais além (pág. 32): "O interêsse público, condições econômicas e exigências políticas variáveis definem os limites da intervenção do Estado".

"Por esta razão rejeitei os embargos para confirmar a decisão da Câmara Civil, uma vez que, não sendo líquido e certo o direito pleiteado, e não havendo ilegalidade ou abuso de poder, não caberia a concessão do mandado requerido.

"Fui presente. - *Gonçalo Rollemberg Leite*".

Daí, o presente recurso ordinário, manifestado na conformidade do art. 101, III, *a*, da Constituição federal. Razoaram as partes (*ler*).

E, por derradeiro, disse o Exmo. Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS, DD. procurador geral da República:

"Somos pelo não provimento do recurso, pelos fundamentos da contestação de fls. 36-55 e das razões de fls. 147-150, da douta Procuradoria da Fazenda Municipal de Aracaju, do parecer de fls. 91-97, do ilustre Dr. procurador geral do Estado de Sergipe, e do venerando acórdão recorrido (fls. 125-127), notadamente dos votos dos ilustrados desembargadores DANTAS MARTINS (fls. 129-135) e OTÁVIO DE SOUSA LEITE (fls. 135-137).

"Distrito Federal, 3 de abril de 1950. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Tornou-se Fausto de Oliveira concessionário do serviço de abastecimento de carne verde em Aracaju. Mas o prefeito, afinal, rescindiu a concessão, sob fundamento de infração de cláusulas pelo concessionário, que procurou, no mandado de segurança, amparo para os seus alegados direitos.

O ilustre Tribunal sergipano decidiu que o ato manifestamente ilegal do prefeito pode ser fulminado no *writ*, de que se trata. Mas negou, na hipótese, a segurança, por se não tratar de direito líquido e certo. E, em alguns dos votos proferidos, ficou assinalado tratar-se, ao cabo de contas, de defesa de direito patrimonial, de relação jurídica insuscetível de ser amparada pelo mandado de segurança.

Não me parece desnublada de dúvidas a doutrina realçada naqueles votos. Nego, porém, provimento ao recurso, por não ser líquido e certo o alegado direito do impetrante.

Nem merece reformada a decisão para firmar o princípio de não ser dado ao prefeito, ainda que esforçado em lei municipal, rescindir a concessão ao seu nuto e alvedrio, sem a intervenção do Poder Judiciário.

O argumento se fundamentaria em que não pode qualquer das partes contratantes rescindir a convenção.

E quando contrata, como no caso da concessão de serviço público, a administração se nivela ao particular, e como êste se grilha ao cumprimento pontual do pacto.

Essa purificação do Estado ao particular, quando contrata, é, deveras, princípio que os D.D. enunciam sem embargos.

Fale, por todos, o claríssimo ORLANDO:

"*Lo Stato, pei suci fini patrimoniali abbisogna, come un privato qualsiasi, di comprare, di vendere, di locare, ecc. Una prima osservaziòne che qui si presente è che, qualunque sia il fine mediato qui quel contratto serve, esso non dovrebbe esercitare una influenza sostanziale tulla natura, intieramente privata, del contralto stesso.*

Lo Stato, per sopperire ai suoi bisogne economici, si serve senta dubbio del suo diritto d'imperio sui cittadini e la forma piú elevata è il diritto d'imposta in un senso larghissimo, Ma costituita una volta l'amministrazione finanziaria dello Stato, se essa vuol venire in rapporto con privati, il diritto vuole che ció avvenga con perfeita parità di trattamento; ond'è che son e da proseriversi, como ricordi di tempi in cai la libertà cavile nen era garentita, quelle violenze per sui il principe come rappresentante dello profittava di tale qualitá per fassi la parte del leone quando con un privato contrattava" ("Principii di Diritto Amministrativo", n. 646, página 437, 5ª edição).

Mas, se o conceito traduz verdade, era linha de princípio, sua aplicação ao caso dos autos, para anular a rescisão, depararia obstáculos insubordináveis.

É que a concessão de serviço público não pode ser paragonada a contrato de direito privado.

É sabido que sôbre sua verdadeira natureza, *doctores certant*. Mas, em sua grande maioria, sufragam êles ou a tese de que se trata de ato de poder público ou contrato de direito público.

MÁRIO MASAGÃO ("Natureza Jurídica da Concessão do Serviço Público", página 101) afirma que a natureza jurídica da concessão do serviço público é "a de contrato de direito público, oneroso, sinalagmático e realizado *intuitu personae*".

"Jamais, - escreve o douto monografista (liv. cit., págs. 83-85), - as normas de direito privado poderão regular a organização e o funcionamento do serviço público, e muito menos o exercício dos poderes que aquêle funcionamento exige, e que se delegam freqüentemente ao concessionário, como os de desapropriação, fiscalização, percepção de tributo e até de polícia especial, dentro no âmbito do serviço concedido", princípio que o autor considera elementaríssimo, "sôbre coisas por si próprias evidentes".

Não votam em sentido diferente FILADELFO AZEVEDO, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, TITO PRATES DA FONSECA, BIELSA, GASTORI, JÈZE, FIEINER, JELLINEK, KELSEN, e já não era outra a lição de SAVIGNY.

Nem podia ser, uma vez que o serviço público, por ser em sua execução concedido a um particular, não perde a natureza de serviço público.

A interferência nessa execução, por parte do Estado, se torna indispensável.

A parte econômica do contrato não elimina o poder de regulamentar por parte do Estado.

Se é certo que não faltam D.D, do porte, entre os alienígenas, de BERTHELEMY e FREUND, e PERRIQUET; entre os nacionais, de CARVALHO DE MENDONÇA, MENDES PIMENTEL, VIVEIROS DE CASTRO e outros, que a consideram contrato de direito privado, outros nela vêem os traços de ato unilateral (CIMO VITTA, ZANOBINI, BATLESE, SEILER, ALCIDES CRUZ), e outros contratos de direito público (MÁRIO

MASAGÃO, UGO FORTI, GASTORI, JÈZE, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI).

É exato que não pode a administração desfazer o a que chama JOÃO MARIA TELO DE MAGALHÃES COLAÇO a "estabilidade" da concessão, alterando-a de seu nuto e alvedrio.

Mas, indesconhecível é a possibilidade de modificação nas condições relativas ao funcionamento do serviço (vêde GASCON Y MARIN, "Der. Adm.", t. I, págs. 374-375; FLEINER, "D. Adm.", págs. 280-281), o que inclui a faculdade, por via administrativa de decretação da caducidade da concessão (vêde VELASCO, "Dar. Adm.", 2, página 354), ato, aliás, sujeito à revisão do Judiciário para os fins de indenização.

Escreveu MAGALHÃES COLAÇO:

"Êrro fôra, evidentemente, crer-se que o Estado, pelo fato de conferir a concessão, se tenha abandonado nas mãos de concessionários, não apenas renunciando aos seus direitos, mas esquivando-se aos seus deveres" ("Concessão de Serviços Públicos", pág. 92).

Compreende-se, pois, na atividade da administração pública, fiscalizar a atividade do concessionário e, se o exigirem os interêsses coletivos, decretar a caducidade da concessão.

Apenas, razão é sa sujeite a administração pública, ainda aqui, à ordem jurídica, por amor do "denominado *princípio de legalidade*, aceito universalmente", como conseqüência do sistema de legislação escrita é da própria natureza da função administrativa (vêde SEABRA FAGUNDES, "O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", págs. 74-75).

Dai, o dever de indenizar, em certos casos de decretação de caducidade. Mas, no tocante à disciplina das concessões e ressalvada a indenização, em certos casos, é verdadeiro o asserto de OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO:

"A entidade política pode chamar a si qualquer serviço executado por terceiro, no curso da concessão, atendendo razões de interêsse administrativo, quando temos a figura jurídica da encampação, ou por ocasião da extinção do contrato... ou, ainda, por haver infração das suas cláusulas, o que acarreta a sua caducidade" ("A Identidade da Empresa dos Serviços Públicos", páginas 31-32).

Nestes têrmos, desmerece provimento a recurso e nesse sentido é o meu voto.

ADITAMENTO DE VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Sr. presidente, o ilustre advogado, da tribuna, pediu a atenção do Tribunal para a intempestividade do recurso, alegando que se apresentou no décimo-primeiro dia, após a ciência do acórdão. Confesso aos eminentes colegas que, vencido, em outros feitos, na preliminar relativa ao prazo, não atendi a essa circunstância.

Examinando, agora, os autos no aspecto discutido, vejo que o recurso se apresentou em 20 de julho de 1949; o acórdão foi publicado em 16 de julho. Estava, pois, dentro no prazo legal o recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, vencido na preliminar, estou de acôrdo com o eminente Sr. ministro relator, negando provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, contra o voto do Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, e lhe negaram provimento, unânimemente.

Ausentando-se, com motivo justificado, não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro JOSÉ LINHARES.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro GOULART DE OLIVEIRA, por se achar em gôzo de licença, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

PRESCRIÇÃO - ATO ADMINISTRATIVO - REGISTRO DE PUBLICAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL

- A prescrição do direito à reparação de prejuízos decorrentes da negativa de registro a uma publicação começa a correr do ato em que se verificou essa negativa e não do ato em que, porventura, venha a ser posteriormente concedido o registro.

Raimundo da Silva Pôrto *versus* União Federal

Ag. n. 15.305 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n. 15.305, do Distrito Federal, agravante Raimundo da Silva Pôrto, agravada Fazenda Nacional:

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, 2 de maio de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O ilustre juiz de São Paulo, Dr. CANTIDIANO GARCIA DE ALMEIDA, proferiu a sentença transcrita a fls., *verbis*:

"Dou pela prescrição argüida pela Fazenda Nacional.

"O ato administrativo de que se queixa o agravante, a negativa do registro da revista "Comércio e Finanças", é de 16 de agôsto de 1940. Consumado, pois, o ato liberatório de cinco anos, a beneficiou a Fazenda (dec. n. 20.910, de 6.1.1932, art. 1°), de molde a colocar-se aquêle longe de qualquer exame da parte do Judiciário.

"É verdade que em 20 de maio de 1945 foi registrada a revista. Mas, não nasceu aí, com o reconhecimento administrativo da publicação, o *direito* ao reparo, se cabível. Nasceu, sim, com a decisão anterior, em sentido oposto, que independia, para integrar-se, de futuras ocorrências. Sequer aceitável a distinção ensaiada, a respeito do *último momento* de atos reiterados ou sucessivos (cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, "Trat. Prat. de Derecho Civil", Havana, 1945, t. VII, n. 1.356). Além de nau pacífica a doutrina (cf. VON TUHR, "Derecho Civil", trad. arg., 1948, vol. III, t. 2, pág. 203), desencontraria aplicação aqui, *aperfeiçoando-se o ato prejudicial com a única negativa comprovada*. Não se retraíram seus efeitos até ser revisto pela própria administração. Exteriorizaram-se no instante em que publicado, ensejando-se, desde logo, o lançamento da ação reparatória competente ("Arq. Judiciário", vol. 82, página 229, e vol. 83, pág. 107; "Rev. dos Tribunais", vol. 162, pág. 589, e vol. 170, pág. 378, e "Rev. de Dir. Administrativo", vol. 7, pág. 119). "*Cuandu los efectos prejudiciales del acto se producen en momentos sucesivos, puede ser dudoso si deban concebirse como proceso unitario, del cual con el comienzo del daño nace una pretensión de reparación que compreende todas las demás consecuencias y ya comienza* o *prescribir, o si de todo sucesivo empeoramiento del estado patrimonial naça una nueva pretensión y comiesce una nueva prescrición. Por razones praticas, debe preferirse la primeru solución, siempre que los efectos prejudiciales que se producen más tarde puedan concebirse como natural desarrollo del primer daño*..." (v. TUHR, "Derecho Civil", trad. arg., 1948, vol. III, t. 2, pág. 203). Aliás, assim não

acontecesse, persistindo sempre a repartição na atitude primitiva, nunca despontaria ao prejudicado o direito à ação. Resta esclarecer, o reclamo administrativo posterior, se é que intentado, não traria fôrças para interromper a prescrição (Cód. Civil. art. 172). Nem o registro, atendido a 20 de maio de 1945, com virtude semelhante, não se apresentando como um reconhecimento inequívoco do direito do agravante, já em 16 de agôsto de 1940 (Cód. Civil, art. 172, n, V). E que se cuida de *atos discricionários*, livre o Executivo para decidir de sua conveniência e oportunidade, em determinadas circunstâncias (cf. CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", 1943, págs. 810-614). Se a concessão considerada conveniente, ou oportuna, no derradeiro ensejo, nem por isso reconhecido o fôsse anteriormente. Sòmente conseguiria suspender seu curso ("Arq. Judiciário", vol. 83, "pág. 323) se cogitasse de direito liquido (dec. n. 20.910, de 6.1.32, art. 4°) às claras; do assunto não se trata, na hipótese, vindo o deferimento, como, antes, a negativa, conforme se viu, do poder discricionário do govêrno, empregado no apreciar a conveniência ou oportunidade da - medida (cf. SEABRA FAGUNDES, "O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", 1941, n. 37, págs. 58-60)..."

Subiu a causa ao ilustre Tribunal Federal de Recursos, que confirmou a sentença transcrita.

O relator, o Exmo. Sr. ministro MOURÃO RUSSEL, deu a sentença de que se trata e disse:

"Sr. presidente, a sentença de primeira instância merece ser confirmada por seus próprios fundamentos. O douto "juiz *a quo* desenvolveu, com o seu brilhantismo de sempre, a matéria, demonstrando, de modo cabal, que o ato de que se pretende caiba indenização é de 16 de agôsto de 1940, enquanto que, tendo sido proposta a ação em 1950, o ato novo que permitiu o novo registro da revista nenhuma importância tem quanto à questão de prescrição. O ato novo não veio interromper a prescrição e não tem relação com o que se pretende, que é a indenização em razão do ato praticado em 1940. De modo que, Sr. presidente, tendo em vista a bem fundamentada sentença, eu a confirmo, negando, assim, provimento ao agravo".

A confirmação da sentença transcrita provocou pedido de recurso extraordinário, com invocação das letras *a* e *d* do art. 101, n. III, da

Constituição federal. Citou o ora agravante o art. 177, § 10, alínea VI, do Cód. Civil, o dec. n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, art. 1°, e o art. 172, alínea V, do Cód. Civil.

E alegou ocorrer dissídio entre o venerando aresto recorrido e o dêste Supremo Tribunal Federal, tirado a lume na "Rev. dos Tribunais", vol. 36, pág. 813, agravo n. 12.272: "Tratando-se de ato culposo, cujos efeitos só mais tarde se verificaram, o prazo de prescrição começa a correr da data em que surgirem suas conseqüências".

Mas, o Exmo. Sr. ministro presidente MACEDO LUDOLF não admitiu o recurso, *verbis*:

"Deixo de admitir o recurso extraordinário interposto.

"A decisão em aprêço versou apenas sôbre a matéria de fato, chegando-se no mesmo, através disso, à conclusão de que defluíra o prazo de prescrição qüinquenal intimada em favor da Fazenda acionada. Nenhuma tese ficou esposada em contrário à norma legal, nem ocorreu, tampouco, discordância de julgado".

Daí, o presente agravo, que veio com as razões de fls. (*ler*).

O eminente procurador geral Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS se manifestou no sentido do desprovimento do agravo, "pelos fundamentos do respeitável despacho agravado e do parecer de fls. 15, do ilustre Dr. subprocurador geral da República".

O parecer do Exmo. Sr. Dr. ALCEU BARBEDO tem o seguinte conteúdo:

"I. O MM. despacho agravado merece confirmação por seus próprios fundamentos desde que simples matéria de fato e de interpretação determinou a prolação do v. acórdão, de que se pretendeu recorrer extraordinàriamente.

"II. A todo modo, é evidente o acêrto da interpretação vitoriosa na MM. sentença de primeira instância e no venerando acórdão da egrégia 1ª Turma.

"O prazo prescricional devia mesmo ser contado a partir do fechamento da revista do agravante e hão da data em que o registro foi novamente concedido.

"A lesão do invocado direito decorreu, evidentemente, da primeira circunstância, tanto que foi contra esta que a ação investiu. O restabelecimento do registro, longe de ferir direito do agravante. veio, precisamente, em seu benefício, não podendo, dessarte constituir marco para a contagem do prazo prescricional.

"A lógica é uma só. *Hic et ubique*.

III. Dirá, ainda, a douta Procuradoria Geral da República.

"Distrito Federal, 19 de janeiro de 1952. - *Alceu Barbedo*, subprocurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Razão é se exclua a possibilidade, no caso, do exercício frutuoso do recurso extraordinário, por concorrência, da hipótese da letra *d* do art. 101, número III, da Constituição federal.

Em verdade, não se demonstrou ocorrência de dissídio de jurisprudência em volta de interpretação de lei federal.

O lance transcrito no pedido de recurso e na minuta do agravo é o seguinte:

"Tratando-se de ato culposo cujos efeitos só mais tarde se verificaram, o prazo de prescrição começa a correr da data em que surgiram as suas conseqüências".

Êste só passo do aresto dado como exemplar do dissídio não argúi a ocorrência de interpretação diversa da lei, não constando, sequer, nos autos, qualquer indicação de identidade ou semelhança da hipótese dos autos com a resolvida naquele julgado.

O próprio sentido complexo da decisão nem sempre é possível ser inferida de um só de seus relanços.

Resta verificar a procedência da invocação da letra *a*.

Ao propósito da invocação da letra *a*, citam-se textos ligados ao princípio da *actio nata*, que GUILLOUARD expõe nestes têrmos, que traduzem verdadeiro *ius receptum*:

"En matière de prescription liberatoire, le temps requis pour prescrire commence à courir, ery principe, du jour de la naissance de l'obligation. De ce jour le créancier a un droit qu'il peut faire valoir en justice: l'action qui lui appartient nait en même temps que l'obligation du débiteur, et s'il ne met pas en mouvement cette action, il commet uns negligence dont la prolongatfon amenera la perte de son droit par prescription" ("Traité de la Prescription", vol. I, n. 71, pág. 72).

No caso, disse o MM. juiz na sentença confirmada pelo v. aresto de fls., o direito ao reparo nascera com a negativa do registro, ato que independia, para se integrar, de futuras ocorrências.

Guardou, assim, a decisão inteira fieldade àquele princípio e ainda que, em sua aplicação, se deixasse emalhar em equivoco - o que se admite por amor do debate - não teria, à evidência, vulnerado texto expresso de lei.

Alega-se, porém, que o registro foi, afinal, concedido, o que seria poderoso a interromper a prescrição, de conformidade com o art. 172, alínea V, do Cód. Civil, *verbis*:

"A prescrição interrompe-se:

Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor".

No caso, o reconhecimento interruptivo estaria na concessão posterior do registro. Trata-se de ato discricionário, argumentou o juiz, e o reconhecimento

de sua conveniência ou oportunidade, em certo ensejo, não envolve o reconhecimento de que conveniente ou oportuno também o fôsse anteriormente.

Foi, assim, a índole mesma do ato que levou o juiz a não lhe dar Cunho de *reconhecimento*, poderoso a interromper a prescrição.

A hipótese seria de reconhecimento tácito, cuja identificação constitui, em regra, simples *quaestio facti*.

GUILLOUARD: "*La question de sanoir si un acte renferme une reconnaissance expresse du débiteur ou du détenteur, ou si un faiú émané de lui implique une reconnaissance tacite, est parfoits três dilicate: mais son examen, dans les deux cus, appartient souverainement au juge du fait, puisq'il s'agit d'une appreciation d'actes ou de faits pour lesquels la Cour de Cassation, juge du droit, n'a aucune mission*" (liv. cit., vol. cit., n. 251, págs. 235-236).

BAUDRY e TISSTER: "*Il riconoscimento tacito può, in generale, risultare da fatti o atti cie implicano la confessione dell'esistenza del diritto soggetto alla prescrizione, I giudici, a questo proposito, hanno un potrere sobrano di apprezzamente*" ("Della Prescrizione", ed. Vallardi, n. 530, pág. 392).

Nego provimento.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros EDGAR COSTA e HAHNEMANN GUIMARÃES, por se acharem em gôzo de licença, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros AFRÂNIO COSTA e ABNER DE VASCONCELOS.

*

AÇÃO RESCISÓRIA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Antes de decidir as questões resolvidas nas decisões rescindendas da instância inferior, deve o Supremo Tribunal apreciar a sua própria decisão, proferida em recurso extraordinário.

Joaquim Lira Saraiva e outro *versus* Inácio Meira Tejo e sua mulher

Aç. resc. n. 319 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de ação rescisória n. 319, do Ceará, em que são autores Joaquim Lira Saraiva e outro e réus Inácio Meira Tejo e sua mulher:

Acordam os ministros, do Supremo, Tribunal Federal, por maioria de votos, julgar improcedente a ação, de conformidade com as notas taquigráficas nos autos.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal 25 de abril de 1952. - *José Linhares*, presidente; *Antônio Carlos Lafayette de Andrada*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Inácio Meira Tejo e sua mulher haviam ajuizado uma ação divisória contra Joaquim Lira Saraiva e Francisco Nobre Girão. Corria a demanda, quando os autores ajuizaram um interdito proibitório contra os réus, alegando haverem destruído um travessão de mato, incendiando as cêrcas que o assinalavam. Na contestação do interdito requereram os réus absolvição de instância, a pretexto de ser ilícito e imoral o interêsse dos autores; de não haver o procurador indicado o lugar onde seria encontrado para receber as intimações (fls. 9 v.). Decretou o juiz, no saneador, a absolvição de instância, por faltar aos autores domínio e posse das terras; reexaminando a justificação produzida, declarou precipitado e desarrazoado o

deferimento da inicial; que se tratava de um desfôrço legitimo dos réus contra os autores; deixou de analisar o interêsse moral ou lícito dos autores (fôlhas 13 v.). Em suma, julgou a causa no saneador, dando por fundamento o artigo 201, n. I, do Cód. de Proc. Civil.

Em agravo, sendo relator o Sr. desembargador ABNER DE VASCONCELOS, foi dado provimento ao agravo para julgar procedente a ação, com cominação pedida, até que, pelos meios legais, venham os agravantes a perder a posse no lugar da turbação *(ler ns. 16 v. e 17)*.

Foi manifestado recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101. n. III, da Constituição, porque o acórdão não só reformara a sentença, como, independentemente da instrução da causa, julgou-a, logo, procedente, quando, no parág. único do art. 380 do Cód, de Proc. Civil, estabelece que, se o réu contestar, conforme acontece no caso, *a ação seguirá o curso ordinário*.

"*c)* Desta sorte, a indicada decisão dêsse colendo Tribunal foi definitiva, ou possui fôrça de definitiva, tendo sido proferida em última instância, pois dela nenhum recurso ordinário cabe, ao mesmo tempo que violou, na sua literalidade, os arts. 1.028 e 1.029 do Cód. Civil e o. art. 201, n. I, e o parág. único do artigo 380, todos do Cód. de Proc. Civil.

"O recurso, que tomou o n. 10.626, não foi conhecido na 1ª Turma, à unanimidade, estando assim declarados os votos dos eminentes ministros BARROS BARRETO, relator, e ANÍBAL FREIRE (*ler fls. 20*).

"Perante o Tribunal do Ceará foi então ajuizada a presente rescisória fundada no art. 798, n. I, letra *c*, do Código de Proc. Civil, dando por violado o art. 380, parág. único, do mesmo Código: se o réu contestar, a ação seguirá o curso ordinário".

E dizem, então:

"Limitando-se a decisão agravada simplesmente à absolvição da instância, a decisão rescindida tinha, apenas, que confirma-la ou reforma-la. E, nesta segunda hipótese, mandar que o interdito, como havia sido contestado, seguisse

o curso ordinário, em obediência ao parág. único do art. 380 do Cód. de Proc. Civil.

"Ao invés, porém, a decisão rescindenda, independentemente do curso ordinário, sem instrução da causa e sem decisão de primeira instância sôbre o seu mérito, julgou-a definitivamente, em última instância, ofendendo, assim, de frente e de cheio, a literal disposição do parág. único do art. 380 do Cód. de Proc. Civil.

"Tanto mais que, desobedecido, como foi, o curso ordinário determinado, não havia como a decisão rescindenda pudesse ser proferida.

"Realmente, porque, sem observância do curso ordinário, não houve audiência de instrução e julgamento. Sem esta audiência, não houve instrução, nem sentença.

"Sem sentença e sem apelação dela, não podia haver julgamento de segunda e última instância.

"A propósito, vejam-se os arts. 296, 270, 271 e 820 do Cód. de Proc. Civil".

Não contestada a causa e julgada, devidamente instruída, foi a plenário declinando o Tribunal de sua competência pela do Supremo Tribunal Federal, em razão da manifestação dêste no recurso extraordinário.

Subiram os autos e é o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): No mérito, dou pela procedência da ação.

Não interessa ao julgamento a coexistência de uma ação divisória, em face do art. 421 do Cód. de Proc. Civil, que determina não impedir tal ação ou a demarcatória o recurso, por ação direta, aos interditos possessórios. O de que se cogita, na espécie, é de haver sido proferida uma decisão final, em interdito

proibitório, no despacho saneador, quando o art. 380, parág. único, dispõe expressamente que, contestada a causa, *seguirá o curso ordinário*.

O juiz de primeira instância, embora dizendo apoiar-se no art. 201, n. I, absolvera os réus da instância, não pela falta de instrução adequada de causa, que era possessória, mas porque o deferimento da inicial, calcado em uma justificação, fôra erradamente proferido, etc. Trancou sumàriamente o curso da ação, julgando-a sem aguardar provas.

O Tribunal do Estado, por outro lado, reformou a decisão, declarando sem efeito a absolvição dê instância, mas, dando a ação por procedente, dispensando-se de mais provas e debates a serem produzidos no curso ordinário que a causa devia tomar. conforme o art. 380, parág. único, e, principalmente, da audiência de Instrução e julgamento, que foi abolida.

Foi assim proferido um julgamento de plano com supressão da primeira instância.

Cresce de vulto a importância desta rescisória por se tratar de ação possessória em que o curso ordinário da causa permitirá apurar não só a posse como, principalmente, a ameaça de turbação ou esbulho por parte do réu ou o justo receio de que qualquer dêsses fatos venha a ocorrer. Foi, assim, a meu ver, proferida a decisão contra literal disposição do artigo 380, parág. único.

Julgo, assim, procedente a ação rescisória para, retificando o julgado do Tribunal do Ceará, mandar que o interdito proibitório seja processado pelo rito ordinário e afinal julgado conforme a prova e o direito aplicável.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Inácio Meira Tejo e sua mulher requereram mandado proibitório em ação de fôrça nova iminente. Obtiveram o mandado *initio litis*.

O juiz municipal, apreciando a ação, decidiu, atendendo ao pedido dos réus, decretar a absolvição de instância "justificadamente requerida pelos réus com fundamento no art. 201, n. I, do Cód. de Proc. Civil" (fls. 13 v.), e acrescentou:

"Revoga, portanto, o mandado proibitório concedido *initio litis*, por reconhecer a inexistência da posse, alegada pelos autores, e de outros requisitos de ação, declarando sem efeito a pena nêle cominada" (fls 14).

O Tribunal do Ceará deu provimento ao agravo, reformou a decisão e julgou procedente a ação intentada (fls. 17).

Este Supremo Tribunal, por sua 1ª Turma, não conheceu do recurso extraordinário, acentuando o ministro ANÍBAL FREIRE que "o douto acórdão recorrido não infringia os dispositivos citados. Deu ao caso solução jurídica, não contrária à lei e condizente com as provas produzidas no litígio" (fls. 20 v.).

Nesta rescisória pretende-se ter ocorrido decisão contra literal disposição de lei. No caso, o art. 380, parág. único, do Cód. de Proc. Civil, porque não se mandou prosseguir o interdito no curso ordinário: a decisão do Tribunal do Ceará resolveu a causa, sem que houvesse discussão sôbre o mérito.

Tenho entendido sempre que antes de se examinar as decisões rescindendas de instância inferior, o Supremo deve apreciar a Sua própria decisão. Se esta houver incorrido na censura do art. 798 da lei processual, então será o caso de deliberar sôbre aqueles julgados.

O Supremo, não conhecendo do recurso interposto com apoio na letra *a* do art. 101, Inciso III, da Constituição terá decidido contra literal disposição de lei?

A meu ver não decidiu contra, literal disposição de lei. Nenhum dos preceitos invocados, pelos então recorrentes, sofrera contestação do acórdão cearense. Não afirmaram êsses juízes em contrário dos aludidos preceitos. Apreciaram provas e, de acôrdo com elas e com a interpretação da lei, proferiram a decisão.

Por isso, declarou o ministro ANÍBAL FREIRE, referindo-se ao acórdão do Tribunal do Ceará: "considerou provado o domínio na ação divisória e julgou satisfeita a exigência legal, dês que o interdito proibitório pode ser considerado como um processo paralelo à referida ação" (fls. 20 v.). E o ministro BARROS BARRETO. relator do recurso extraordinário:.. "segundo consta do aresto

reformatório da decisão agravada, no caso só se cogitaria da posse, que se demonstrou pertencer aos requerentes do interdito proibitório, e, contendo a ação os requisitos do art. 377 do Cód. de Processo, foi a mesma dada por procedente" (fls. 20).

Mas, argumenta-se com a supressão do rito ordinário porque o juiz municipal teria enfrentado, apenas, a preliminar da absolvição da instância. Isso, porém, não foi o que considerou o acórdão cearense, que tomou a decisão pela improcedência da ação. Tais entendimentos sôbre fatos, exame de circunstâncias que cercaram a causa, não constitui decisão proferida contra literal disposição de lei.

Julgo improcedente a ação.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, peço vênia ao Sr. ministro relator para acompanhar o voto do Sr. ministro revisor, desde que o Tribunal apreciou questão de fato e não houve infração à lei.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro revisor, acompanho o voto do Sr. ministro relator, julgando procedente a ação.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Sr. presidente, com a devida vênia do Sr. ministro relator, acompanho o Sr. ministro revisor.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, o eminente Sr. ministro relator explicou, que a questão ficou trancada em seu inicio. O juiz, no despacho saneador, interceptou todo o processo da ação; impediu que as partes contestassem o litígio e versassem as provas e os fatos. Sendo assim, a lei foi

ofendida e o Supremo Tribunal Federal, entendendo que não, encampou a ofensa.

Nestes têrmos, *data venia* do eminente Sr. ministro revisor, acompanho o voto do eminente Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, julgo improcedente a ação, com a devida vênia do eminente ministro relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: julgaram improcedente, contra os votos dos Srs. ministros relator, OROZIMBO NONATO e LUÍS GALLOTTI.

Impedido o Sr. ministro ABNER DE VASCONCELOS.

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros ROCHA LAGOA e NÉLSON HUNGRIA, por motivo justificado, o Exmo.

Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar em gôzo de férias, e o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar em gôzo de licença, sendo os dois últimos substituídos pelos Exmos. Srs. ministros ABNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA, respectivamente.

*

EXECUTIVO FISCAL - RECURSO "EX OFFICIO"

- O recurso "ex officio" é obrigatório em tôda e qualquer causa contra a Fazenda, nos executivos fiscais, sem influência do valor da causa.

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* Feliciano da Costa

Rec. ext. n. 19.502 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados é discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 19.502, de São Paulo, recorrente Fazenda do Estado de São Paulo, recorrido Feliciano da Costa:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 29 de abril de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: A fls. 33 dos autos encontra-se o seguinte acórdão do ilustre Tribunal de São Paulo:

"Não tomaram conhecimento.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso n. 50.326, de Bauru, sendo recorrente o Juízo, *ex officio*, e recorrido Feliciano da Costa:

"Acordam, em 5ª Câmara, adotado o relatório da sentença de primeira instância, não tomar conhecimento do recurso.

"Custas pela autora.

"Assim decidem porque, tratando-se de ação executiva fiscal, de valor inferior a Cr$ 2.000,00, não cabe recurso de oficio, porquanto não se agitou qualquer questão constitucional (dec.-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, art. 74, parág. único).

"São Paulo, 11 de agôsto de 1950. - *Mário Masagão*, presidente e relator".

Não se conformou a Fazenda do Estado e manifestou recurso extraordinário pela petição de fls. 34, *verbis*:

"A Fazenda do Estado de São Paulo, pelo seu representante abaixo-assinado, nós autos do recurso *ex officio* número 50.326, de Bauru, no executivo fiscal movido contra Feliciano da Costa, vem interpor, com fundamento no art. 101, III, a, da Constituição federal, recurso extraordinário do venerando acórdão publicado no "Diário da Justiça" de 22 de agôsto corrente.

"O acórdão recorrido entendeu que, na forma do art. 74 e seu parágrafo do dec.-lei n. 960, de 1938, em se tratando de executivo fiscal de valor inferior a Cr$ 2.000,00, só deveria haver recurso *ex officio* se ocorresse questão constitucional, coisa não cogitada nos autos. A respeitável decisão recorrida aplicou mal a lei federal, uma vez que o recurso *ex officio* é obrigatório para tôda e qualquer decisão, em executivo fiscal, contrária à Fazenda, na forma do art. 53 do dec.-lei n. 960, de 1938, que é o dispositivo aplicável à espécie. O que vimos de afirmar é a opinião consagrada nos venerandos acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal publicados na "REVISTA FORENSE", vol. 99, págs. 398 e "399, e no "Arq. Judiciário", vol. 73, página 321.

"Interposto corretamente que está, o recurso, aguardamos vista dos autos para mais compridas alegações.

"P. deferimento.

"São Paulo, 31 de agôsto de 1950. - *Dario Ribeiro Filho*, advogado do Estado".

Arrazoou a Fazenda, correndo *in albis* o prazo de contra-razões. Por derradeiro, falou o eminente procurador geral, Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

"O recurso extraordinário manifestado a fls. 34 com fundamento na letra *a* do preceito constitucional merece ser conhecido e provido.

"O venerando acórdão recorrido de fls. 33, não conhecendo do recurso *ex officio* da douta decisão de primeira instância, que julgou improcedente o

executivo fiscal ajuizado, infringiu o disposto no art. 53 do dec.-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, muito embora a ação tenha sido de valor inferior a Cr$ 2.000,00 e nela tenha sido agitada questão constitucional.

"O disposto no art. 53 do referido decreto-lei n. 960, como princípio geral, não se infirma pelo parág. único do artigo 74 do mesmo diploma legal.

"Outrossim, e embora não mencione expressamente a recorrente o fundamento da letra *d*, o recurso merece ser conhecido também em face do dissídio jurisprudencial apontado (fls. 42), que inegàvelmente existe.

"Distrito Federal, 4 de abril de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Decidiu o ilustre Tribunal de São Paulo que, nas causas fiscais de valor inferior a Cr$ 2.000,00, e em que se não verse questão constitucional, descabe recurso *ex officio*.

Funda-se a decisão no dec.-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, art. 74, *verbis*:

"Nas causas para cobrança de dívida ativa de valor inferior a..... Cr$ 2.000,00, só haverá recurso ordinário se a Fazenda fôr vencida no todo ou em parte.

Parág. único. O juiz recorrerá de ofício se a decisão envolve matéria constitucional".

Discordo, *data venia*, da interpretação do douto Tribunal paulista. O recurso *ex officio* do parág. único do art. 74 citado se dá ainda que seja vencedora a Fazenda e desde que se haja controvertido quanto à matéria, constitucional.

E recurso instituído, aqui, não em defesa da Fazenda, mas pela natureza da controvérsia suscitada. Por outro lado, o que o art. 74 exclui é o recurso

ordinário do particular vencido, que na hipótese prescrita apenas poderá usar, se fôr o caso, do apêlo extremo previsto no art. 101, n. III, da Constituição.

Não abre o art. 37 exceção, que, se ocorresse, teria de ser formulada em têrmos mais expressivos, mais enérgicos, inequívocos, ao art. 53 do mesmo dec.-lei n. 960, que determina, em consonância com o art. 822, n. III, do Cód. de Processo Civil, recorra o juiz de seu ofício das decisões proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

Trata-se de princípio generalíssimo. avassalador, não importando a pouquidade do impôsto cobrado o que nem sempre exclui interêsses de alta relevância.

Meu voto é para que se conheça do recurso e se lhe dê provimento, guardando fieldade ao que já decidiu êste Supremo Tribunal Federal em casos citados pela recorrente. O princípio geral de que cabe recurso *ex officio* nas causas de interêsse da Fazenda já é tradicional em nosso Direito e o decreto citado não abriu exceção a êsse princípio, apenas previu a hipótese de um recurso *ex officio*, ainda que vencedora a Fazenda, sem que isto importe em excluir o recurso *ex officio*, quando vencida a Fazenda e não houver controvérsia em matéria constitucional. E certo que a lei fala em "recurso ordinário", e o recurso *ex officio* não é extraordinário, porque está na mesma chave do ordinário, a que corresponde agravo, apelação, etc.

É verdade que, antes de concluir pela ocorrência de antinomia, deve o intérprete verificar a possibilidade de se tratar de exceção à regra geral. Esta é a opinião, de STOLFI e é a verdadeira, mas, no caso dos autos, não haveria a exceção, por que esta se refere a outro ponto - matéria constitucional.

Assim, fiel à orientação anteriormente adotada, dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso pela letra *a*, mas no mérito nego-lhe provimento, *data venia* do voto de V. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, estou de inteiro acôrdo com V. Exª: conheço do recurso e lhe dou provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, que foi provido por unanimidade de votos.

Deixaram de comparecer, por motivo justificado, o Ermo. Sr. ministro ABNER DE VASCONCELOS, substituto do Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que se acha em gozo de férias, e o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar em gôzo de licença, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

FRAUDE CONTRA CREDORES - "CONSILIUM FRAUDIS" - SEGUNDO ADQUIRENTE

- Não é anulável a aquisição de imóvel de quem o adquirira do devedor, de boa-fé, não estando adstrito a indagar da insolvência do primitivo proprietário, ao tempo da anterior alienação.

Banco do Brasil S. A. *versus* Antônio Gouveia de Carvalho

Rec. ext. n. 19.715 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 19.715, em que é recorrente o Banco do Brasil S. A. e recorrido Antônio Gouveia de Carvalho:

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

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 26 de Junho de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: O ilustre juiz de direito da comarca de Ituiutaba, Estado de Minas, Dr. EROTIDES DINIS, exarou, nestes autos, a seguinte sentença (fls. 46-50):

"Vistos, etc.:

"O Banco do Brasil S. A. propôs contra Antônio Gouveia de Carvalho, solteiro, Ubirajara Assunção Gouveia e sua mulher e Manuel Venâncio Ferreira e sua mulher, todos brasileiros, fazendeiros residentes nesta cidade, a presente ação pauliana, alegando, em suma:

"*a)* que, em virtude de um contrato de abertura de crédito, mediante garantia pignoratícia é credor de Antônio Gouveia de Carvalho pela importância de Cr$ 1.549.815,90, inclusive juros contados até 4 de agôsto de 1950 e multa contratual de 10%;

"*b)* que, por haverem sido denegados ao devedor os benefícios da lei n. 209, de 2 de janeiro de 1948 (moratória), o autor ajuizou uma ação da excussão de penhor pecuário contra o mencionado "devedor, mas êste não pagou a quantia devida, nem depositou os bens apenhados;

"*c)* que o devedor se tornou insolvente, em razão do desvio integral do rebanho e da alienação do imóvel contratual, correspondente a 25 alqueires, ao seu sobrinho, Ubirajara Assunção Gouveia;

"*d)* que a alienação referida foi realizada sem prévia autorização do Banco, completando-se, com ela, a insolvência do devedor, já notòriamente sabida e conhecida nesta cidade, principalmente do comprador, seu sobrinho, assistido por um irmão do devedor, cuja inspiração também se deu;

e) que, pouco depois da compra, Ubirajara Assunção Gouveia transferiu dito imóvel a Manuel Venâncio Ferreira, terceiro adquirente, de má-fé;

"A inicial foi instruída com os documentos de fls. 5 a 10. Citados, os réus apresentaram as contestações de fls. 16 e 23, acompanhadas dos documentos de fls. 17 a 21.

"As fls. 28-30 o autor respondeu aos contestantes, proferindo-se, a seguir, o despacho saneador (fls. 31).

"Realizada a audiência de julgamento (fls. 39), deixaram de comparecer à mesma dois réus, para a prestação de depoimento pessoal, apesar de regularmente intimados (fls. 36). Só compareceu Manuel Venâncio Ferreira (fls. 37).

"Nenhuma prova testemunhal ofereceram as partes.

"Tudo assim examinando,

"A presente ação foi intentada com, fundamento nos arts. 107 e 109 do Código Civil. Necessário seria, pois, ficasse demonstrada a existência de elementos pacificamente essenciais, ou sejam: o crédito anterior ao ato que se pretende revogar; a eventualidade danosa; "e o *consilium fraudis*.

"No caso em exame, está patente que Antônio Gouveia de Carvalho firmou com o Banco do Brasil, em 9 de abril de 1945, um contrato de empréstimo sob garantia pignoratícia, no valor de..... Cr$ 950.000,00, débito que se eleve, hoje, a Cr$ 1.549.815,90 (fls. 4), conforme sentença, transitada em julgado, nos autos de uma excussão de penhor.

"Em 19 de agôsto de 1946, o devedor alienou a Ubirajara Assunção Gouveia 25 alqueires de terras, sitas na Fazenda dos Baús, distrito desta cidade, pelo preço de Cr$ 30.000,00 (fls. 9).

"Pretende o autor que a insolvência do devedor, caracterizada com o desvio integral do rebanho apenhado (sentença de fls. 8), foi completada com a alienação referida e que o *consilium fraudis* resulta da notória ruína econômico-financeira do vendedor.

"Efetivamente, o autor era credor de Antônio Gouveia de Carvalho quando as terras foram alienadas.

Mas. "necessário se torna, como fundamento da ação pauliana, provar a insolvência do devedor contemporânea à alienação. notória ou de que tivesse o adquirente conhecimento real ou presumido" ("REVISTA FORENSE", volume 112, pág. 430).

"Nos autos não há essa prova. O comprador Ubirajara Assunção Gouveia adquiriu as terras em 19 de agôsto de 1946, pouco mais de um ano após a concessão do empréstimo pecuário a Antônio Gouveia de Carvalho. Não se fêz nenhuma prova; de que êle tivesse conhecimento da insolvência do vendedor, ou de que fôsse notória a insolvência., ou de que tivesse êle conhecimento real ou presumido dela. Posteriormente à data da alienação, fizeram-se menções adicionais ao contrato pecuário (autos em apenso) e o Banco do Brasil não providenciou no sentido de acautelar seus interêsses. Não fêz o menor protesto judicial contra a venda e não ingressou em juízo, com a ação competente, como lhe cumpria. Antônio Gouveia de Carvalho procurou valer-se, então, dos favores da lei n. 209, de 2 de janeiro de 1948, e só então é que o autor acordou, ante a denegação dos beneficias moratórios.

"Do exposto se conclui que, se, até então, ao Banco, interessado direto, credor de elevada soma, passou desapercebida a insolvência do devedor, muito menos deveria essa insolvência ser conhecida do comprador Ubirajara.

"A insolvência, pois, não era notória e nem razão havia para ser conhecida do comprador, país ela se diz notória "sempre que fôr conhecida pelas pessoas que têm relações com o devedor ou mesmo por pessoas estranhas, contanto que

êsse conhecimento seja todo espontâneo" (CARVALHO SANTOS, "Código Civil interpretado", vol. 2°, pág. 427).

"Ademais, o ato que se pretende revogar não foi de molde a determinar a insolvência do devedor, ou de completá-la. As terras vendidas foram de valor diminuto - Cr$ 30.000 00, - em confronto com o crédito que o devedor merecia do autor, que lhe emprestou nada menos doe Cr$ 950.000,00.

"Não é crível que uma venda do valor de Cr$ 30.000,00 fôsse levar o vendedor à insolvência. Nem se pode dizer que essa alienação completou a insolvência do réu. E, se o débito era, como é, tão elevado, a não realização da venda dos bens, no valor de Cr$ 30.000,00, não impediria a insolvência do vendedor.

"A má-fé do terceiro adquirente, Manuel Venâncio Ferreira, não foi provada e não se pode presumir.

"Manuel comprou as terras de Ubirajara em dezembro de 1947. Fê-lo de boa-fé, pois, há a presunção de boa-fé da parte de quem adquire bens de pessoa solvente, uma vez que lhe baste verificar a autenticidade dos títulos e a legitimidade da posse por tempo hábil para a prescrição. Não lhe interessam as "circunstâncias em que se deram as aquisições anteriores; são *res inter alios acta*, uma vez que a coisa é havida pelo subadquirente a pessoa solvente" (JORGE AMERICANO, "Da ação pauliana", pág. 83).

"Ora, Manuel comprou a Ubirajara. E êste era solvente. Nada se disse contra sua situação econômica.

"Como se vê do depoimento de fls., Manuel "exercia a atividade na lavoura, trabalhando de enxada, em companhia de sua mulher" (fls. 37 v.); "que, quando comprou ditas terras a Ubirajara, teve de recorrer a tôdas as suas economias e para completar o pagamento ainda teve que contrair empréstimo" (fôlhas 37 v.).

"O autor diz-se *fraudado* com a venda das terras, no valor de Cr$ 30.000,00, por quem lhe deve um milhão e meio de cruzeiros. E o réu Manuel apresenta-se como *sacrificado* porque despendeu mais do que possuía para a compra das terras.

"Não se provou a culpa de Manuel na pretensa fraude, logo, não é justo que se revogue o ato, prejudicando-o, se essa revogação em quase nada melhora a posição do autor.

"Ensina ROBERTO DE RUGGIERO, "Instituições de Direito Civil", vol. 3, pág. 140, que "se, pelo contrário, a aquisição custou um sacrifício ao terceiro, a sua posição é idêntica à do credor: lutam ambos para evitar um dano, e quando, assim, o terceiro não-seja culpado de fraude, não há razão para lhe preferir o credor. Conservará a aquisição, pois que *in pari causa* se favorece aquêle que possui e só o seu concurso na fraude tornará mais forte a posição do credor, autorizando-o a pedir a revogação".

"Não é caso de aplicar-se a pena de confesso aos réus Ubirajara e Antônio, porque a confissão ficta é presunção *juris tantum*, podendo, pois, ser destruída por prova contrária. A *presunção relativa*, atribuída à confissão ficta, "é suscetível de ser elidida", se a êles (fatos) *não se opuserem as demais provas* (LOPES DA COSTA, "Código Processual Civil Brasileiro", vol. II, § 382, pág. 403); "Rev. dos Tribunais", vol. 181, pág. 433).

"Vimos que a insolvência do vendedor Antônio não era conhecida do comprador Ubirajara, pois o próprio Banco a ignorava, tanto que continuou em relações bancárias com Antônio, através de menções adicionais, etc., e só mais tarde, quando se indeferiu o favor da lei n. 209 ao devedor é que o Banco ingressou em juízo.

"Nenhuma prova, em contrário, documental ou testemunhal, foi oferecida. Lobo, não se pode presumir verdadeiros os fatos alegados contra Ubirajara e Antônio, pois para isso seria necessária coerência com as demais provas dos autos. E essa coerência inexiste.

"Assim não reputo provado o *consilium fraudis*, elemento moral indispensável à configuração do ato lesivo ("REVISTA FORENSE", vol. 117, pág. 183). E não entendo provado que o adquirente e ainda, o subadquirente, tivessem ciência, real ou presumida, da insolvência do devedor.

"Isto pôsto,

"Julgo improcedente a ação intentada e condeno o autor ao pagamento das custas.

"Publique-se e intime-se.

"Vai dactilografada e rubricada.

"Ituiutaba, 30 de abril de 1951. - Erotides Dinis".

Confirmada a sentença, em grau de apelação pelo v. acórdão de fls. 67 e verso, contra êste aresto opôs, então, o Banco do Brasil S. A. o apêlo especifico; fundado na alínea *a* do preceito constitucional adequado, por se haver decidido com ofensa frontal à letra expressa dos artigos 106, 107, 109 e 883 e 1.676, do Código Civil e do art. 27 da lei n. 492.

Alega o recorrente; em sua defesa, a fls. 72-76 (*lê*)

"Pelo contrato de abertura de crédito sob *garantia pignoratícia* (lei n. 492, de 30 de agôsto de 1939), Antônio Gouveia de Carvalho tornara-se devedor do ora recorrente, Banco do Brasil S. A., por sua Agência de Ituiutaba, como se vê do instrumento de fls. 9, do apenso, datado de 9 de abril de 1945 e *devidamente registrado*;

"2) Posteriormente, com o advento da lei n. 209, de 2 de janeiro de 1948, o mutuário dela procurou beneficiar-se, no que entretanto, não logrou êxito, tendo-lhe, por sentença de 2 de julho de 1949, transitada em julgado, sido negado os favores pleiteados, por ter sido constatado o desvio total da garantia pignoratícia e a inexistência de outros bens (doc. de fls. 22 dos autos em apenso);

3) Em virtude dêsse fato, o Banco do Brasil S. A., em *17 de agôsto de 1949*, ajuizou contra o devedor a competente "ação de excussão do penhor (fls. 2 do apenso), obtendo sentença favorável, dada a ausência do depósito dos bens empenhados, pagamento, etc., e sentença essa que condenou o excutido a pagar ao seu credor, a importância de... Cr$ 1.549.815,90, inclusive juros e multa contratual (docs. de fls. 8 e fls. 32 do apenso);

4) Verificando-se a inexistência dos bens dados em garantia do contrato de penhor, quis o credor, usando do direito estabelecido no art. 27 da citada lei número 492, tentar a execução sôbre outros bens do devedor, principalmente sôbre o imóvel vinculado ao contrato, quando teve conhecimento de que o mesmo havia sido alienado pelo devedor, a um seu sobrinho, Ubirajara Assunção Gouveia, em data de 19 de agôsto de 1946 (docs. de fls. 9), o qual, por sua vez, em 10 de dezembro de 1947, vendeu o mesmo imóvel a Manuel VENÂNCIO Ferreira (doc. de fls. 10). elidindo, desta, maneira, a ação de credor pignoratício, ora, recorrente;

5) Proposta pelo Banco do Brasil S.A. a competente ação para anular as malsinadas alienações, porque evidentemente fraudulentas, em 4 de agôsto de 1950, houve por bem o MM. juiz da comarca de Ituiutaba, pela sentença de fls. 46-50, julgá-la improcedente, sob a alegação de não se ter caracterizado a fraude pela não configuração do *consilium fraudis*, como se vê da mencionada sentença;

"6) Interposto o recurso ordinário de apelação, negou-lhe provimento a egrégia 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, com os sintéticos fundamentos do v. acórdão recorrido de fls. 67, em que acenas se reportou aos da sentença apelada.

"Daí a interposição e

"II. O cabimento do presente recurso extraordinário.

"7) Realmente, a v. decisão recorrida comporta, sem dúvida, o apêlo ao remédio extraordinário, com base na letra *a*, n. III, do art. 101 da Constituição e isso, porque:

"8) Encampando os fundamentos da sentença de primeira instância, o venerando acórdão não só deslocou a questão, descaracterizando a fraude havida nas alienações feitas, ferindo frontalmente os arts. 106, 107 e 109 do Código Civil, dada a evidência do *consilium* "*fraudis*, - pois está claro que o devedor vendeu o imóvel a um seu sobrinho residente na mesma cidade e que, por isso, conhecia tôda a sua situação, principalmente em face do seu contrato de penhor e da moratória por êle invocada, com o desvio *total* dos bens

empenhados, como, também, porque o sobrinho, imediatamente, tratou de passar adiante o imóvel recém-adquirido do tio, - como igualmente fêz *tabula rasa* do que *expressamente* preceitua o art. 883 do Código Civil:

"Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, pode o credor exigir-lhe que o desfaça, sob pena de se desfazer, à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos":

"9) Ora, do contrato de penhor, a cujas cláusulas ou obrigações se obrigara o devedor, consta a seguinte:

"Cláusula X. O creditado fica *obrigado*, ainda, pela assinatura do contrato:

".....

"c) a *não gravar* ou *alienar*, na *vigência* do contrato, *a propriedade mencionada na alínea "a" da presente condição*, nem os bens dados em penhor e os adquiridos com o produto do crédito aberto, *sem prévia autorização* do Banco por escrito, *sob pena de nenhuma validade do ato"*; e o imóvel descrito na alínea *a*, a "propriedade da situação dos bens apenhados", como consta da cláusula VII do contrato de penhor, cujo original está às fls. 9, do apenso, constava de - "Os bens descritos se encontram nas propriedades agrícolas "Baús", sita na antiga fazenda dos "Baús", lugar denominado "Córrego do Açude", e fazenda "Rincharia", sita, também na antiga fazenda dos "Baús"; - a primeira "Baús", de *propriedade do creditado*, *conforme escritura pública de compra e venda de 12 de julho de 1943*, *transcrita, sob n. 8.427, no Cartório do oficial Antônio Martins, do Registro Imobiliário dessa comarca*"... o mesmo, portanto, vendido rolo devedor, Antônio Gouveia de Carvalho, ao seu sobrinho, Ubirajara Assunção Gouveia, como evidencia o doc. de fls. 9, da certidão da escritura;

"10) É flagrante, por conseguinte, a *fraude* específica praticada pelo devedor pignoratício, caso não se queira admitir a existência iniludível do *consilium fraudis*, pois a fraude específica, no caso *sub judice*, nasceria, necessàriamente, não só da proibição contratual expressa; (cláusula X), o que ficou demonstrado, como, também, do que categòricamente estabelece o art. 883 do Cód. Civil,

quando apresenta a sanção imediata para o devedor que *pratica um ato cuja abstenção se obrigara*;

"11) Aliás, CAMILO NOGUEIRA DA GAMA, em sua notável obra "Penhor Rural", estudando detidamente o assunto, às págs: 86-91, invoca a aplicação ao caso do art. 1.676, entendendo que a cláusula X do contrato de penhor funciona com a mesma amplitude da cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia que grave as doações ou testamentos, cuja inobservância conduz, sem dúvida, à anulação do ato praticado em seu desrespeito e além disso, demonstra o mesmo tratadista, que o ate fraudulento, resultante da proibição não atendida, mais ainda se patenteia, com relação aos terceiros adquirentes quando se atentar para os efeitos da inscrição do penhor, valendo, assim, *erga omnes*, a cláusula em questão e induzindo a fraude pelo seu rompimento;

12) Acresce, mais, que ao devedor pignoratício cabe a presunção legal de saber que o seu contrato de penhor está regido pela lei n. 492 e esta, no seu artigo 27, dá ao credor o direito de prosseguir na ação, penhorando bens do devedor, estranhos à própria garantia pignoratícia, para haver o saldo do débito "resultante da ação direta. e, por isso, o "devedor, que, sabendo ter desviado totalmente bens apenhados, se apressa, ainda, a alienar o próprio imóvel vinculado ao contrato de penhor, como no caso dos autos, evidentemente, mais não fêz do que fraudar, de modo indubitável, o direito do credor, fugindo ao alcance de sua ação;

"13) Nestas condições, o v. acórdão recorrido, entendendo, com a sentença apelada, que no caso dos autos não houve fraude por parte do devedor pignoratício, seja a resultante do *consilium fraudis* ostensivamente demonstrado, seja a decorrente do rompimento da obrigação assumida pelo devedor, a fraude especifica, portanto, necessàriamente violou a letra expressa dos artigos 106, 107, 109, 883 e 1.676 do Cód. Civil e art. 27 da lei n. 492, como deve ter ficado perfeitamente demonstrado, devendo, desta maneira, ser reformado por êsse egrégio Supremo Tribunal Federal".

O recorrido deixou de oferecer defesa.

Opina a ilustrada Procuradoria Geral (fls. 84) pelo provimento do recurso, pois o recorrente, Banco do Brasil S. A., em suas razões de fls. 72-76, demonstrou o

cabimento do presente recurso, manifestado a fls. 69, com fundamento na letra *a* do art. 101, n. III, da Constituição federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Sentença por certidão nos autos em apenso, a fls. 22, denegara os favores dia lei n. 209, de 1948, pleiteados pelo devedor pecuarista Antônio Gouveia de Carvalho, ora recorrido, por ter sido comprovado o desvio total da garantia pignoratícia e a inexistência de outros bens, sendo êle devedor mediante contrato de abertura de crédito, sob aquela garantia, ao Banco do Brasil S. A., ora recorrente.

Aquela decisão transitou em julgado.

Em conseqüência, ajuizou o credor, a seguir (fls. 2 do apenso), a ação de excussão do penhor, julgada esta procedente pela sentença exarada a fls. 32 do apenso, dada a ausência do depósito dos bens empenhados, falta de pagamento, etc., condenado, assim, o excutido a pagar ao seu credor a importância de..... Cr$ 1.549.815,90, inclusive juros e multa contratual.

Inexistentes os bens dados em garantia do contrato, o credor, usando do direito estabelecido no art. 27 da lei n. 492, tentou a execução sôbre outros bens do devedor, principalmente sôbre o imóvel vinculado ao contrato, verificando, porém, que o mesmo havia sido alienado pelo devedor, a um seu sobrinho, Ubirajara Assunção Gouveia, em data de 19 de agôsto de 1946 (fls. 9), o qual, por sua vez, em 10 de dezembro de 1947, vendeu o mesmo imóvel a Manuel Venâncio Teixeira (fls. 10), elidindo, desta maneira, a ação do credor pignoratício, ora recorrente.

Não obstante a ocorrência dêsses fatos, deu a sentença de primeira instância por improcedente a ação revocatória, proposta pelo credor, com o objetivo de anular as alienações, eivadas de fraude, ficando dita sentença confirmada pelo acórdão recorrido.

A hipótese reveste os característicos de ofensa à letra da lei, verificados os têrmos da cláusula contratual a cujas obrigações se submetera o devedor, entre elas, pela letra *c* (cláusula X) - a não *gravar ou alienar*, na vigência do contrato, *a propriedade* mencionada na alínea *a* da presente condição nem os bens dados em penhor e os adquiridos com o produto do crédito aberto, sem *prévia autorização* do Banco, por escrito, *sob pena de nenhuma validade do ato*.

Daí decorre a vulneração ao texto do art. 883 do Cód. Civil, tanto mais evidente quando a referida alínea a incluía entre os bens descritos, com tôdas as letras, o imóvel vendido pelo devedor (vide documentos de fls. 9).

Quando, com farta messe de boa vontade, não se queira dar por apurado, no caso, o *consilium fraudis*, inegável, à superfície dos fatos, antes expostos, resulta à fraude especifica, seja em face da proibição contratual, já assinalada, seja pela conseqüência do ato que lhe contraveio, praticado pelo devedor, não obstante a abstenção a que se obrigara (cláusula X).

A insolvência do devedor era notória, incidindo, assim, a transgressão do contrato nas cominações expressas do Código Civil, arts. 106, 107, 109 e 883.

Pelo exposto, tendo por demonstrada a adequação do presente recurso na letra *a*, conheço do mesmo e lhe dou provimento para, cassando o acórdão recorrido e com êle a sentença de primeira instância, julgar, como julgo, procedente a ação, pagas pelos réus as custas e honorários de advogado, na base de 20% sôbre o principal apurado.

VISTA

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento, por pedido de vista do Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, após votar o Sr. ministro relator pelo conhecimento e provimento do recurso.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro LUIS GALLOTTI.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O atual proprietário do imóvel em questão não o adquiriu do devedor do Banco do Brasil, mas de outra pessoa, que, por sua vez, o adquiriu do dito devedor. Ainda, porém, que admissível a averiguação de má-fé por parte do segundo adquirente ou atual proprietário, dada a sua argüida ciência ou a notoriedade da insolvência do devedor do Banco, já ao tempo da anterior alienação, o certo é que o acórdão recorrido, confirmando a sentença de primeira instância, entendeu não provada essa ciência ou notoriedade.

Por outro lado, o acórdão recorrido não cuidou da cláusula contratual de não alienação do imóvel de que se trata e onde se achavam os animais apenhados. Não foi isso objeto de discussão na causa, e só agora, no arrazoado do presente recurso, é que foi aventada a questão. Mesmo, porém, admitido que o tema ainda fôsse oportuno, é bem de ver que a referida cláusula, embora registrado o contrato, não poderia valer contra o atual proprietário, que, como já ficou esclarecido, não adquiriu o imóvel do devedor recorrente, mas de terceiro, que o adquirira daquele; a não ser que tivesse agido de má-fé ou em conluio fraudulento com o devedor e primeiro adquirente, o que o acórdão recorrido declara não provado.

Assim, não conheço do recurso, *data venia* do eminente Sr. ministro relator.

VISTA

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, a pedido de vista do Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES, após os votos do Sr. ministro relator, conhecendo e dando provimento, e do Sr. ministro NILSON HUNGRIA, que não conhecia do recurso.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Eu admito, sem sombra de dúvida, a má-fé com que teria procedido Antônio Gouveia de Carvalho, devedor do Banco do Brasil, quando alienou a seu sobrinho, Ubirajara Assunção Gouveia, um imóvel no valor de Cr$ 30.000,00, estando êle, vendedor, em débito para com o Banco do Brasil de cêrca de um milhão de cruzeiros, para cuja garantia apenhara seus bens; eu admito ainda, por presunção, que também Ubirajara Gouveia estivesse de má-fé, comparsa que foi na sonegação dos bens. Não tenho, porém, razão nenhuma para dar como provada, por parte do terceiro adquirente Manuel Venâncio Ferreira a ciência do estado de insolvência do primitivo vendedor. Negligente foi o Banco que, logo após a primeira alienação, devera, por um protesto, ter alertado o público.

Nessas condições, não se havendo completado o *consilium fraudis* indispensável á procedência, da pauliana, não tenho por ferida a lei com a decisão recorrida e não conheço do recurso.

VOTO - PRELIMINAR

O SR.. MINISTRO BARROS BARRETO (presidente): Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: contra o voto do Sr. ministro relator, deixou-se de conhecer do recurso.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

*

LOCAÇÃO - TERRENO SEM CONSTRUÇÃO - LEI DO INQUILINATO

- A Lei do Inquilinato não pode ser invocada em caso de locação de terreno sem construção, como o em que se levanta edificação transitória para diversões públicas.

Emílio Lourenço Dias *versus* Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda.

Rec. ext. n. 18.358 (embs.) - Rel.: MIN. RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário n. 18.358, do Distrito Federal, embargante Emílio Lourenço Dias, embargada Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro:

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

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 22 de setembro de 1952. - *José Linhares*, presidente; *Álvaro Ribeiro da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Contra o v. acórdão de fls. 162, proferido pela egrégia 2ª Turma, opôs Emílio Lourenço Dias embargos de nulidade, deduzidos a fls. 163 e impugnados, pela embargada, a fls. 112 e segs.

A hipótese, através dos votos proferidos, é a seguinte (*fls. 155 e segs., lê*):

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Desprezo os embargos. *Data venia*, a interpretação da lei federal, pelo v. acórdão embargado, atende, sob um prisma, à finalidade social a que tende, em seus objetivos, a legislação de emergência atinente à locação de Imóveis; veio, como é patente, solucionar; tanto quanto é possível, a crise de habitações, a carência de *prédios para residência*, sob contrato de locação, a êstes dando, a partir de certa época, tratamento mitigado, especial. O dec.-lei n. 9.669, de 1946, como os diplomas de igual índole que o antecederam, regulam sòmente a locação de prédios urbanos e rurais, não se aplicando, conseqüentemente, a *terreno sem construção*.

Seria de todo contrário ao fim social da Lei do Inquilinato torná-la extensiva, na omissão do texto, à locação de terrenos em que não haja construção, pois, pela permanência quase indefinida dessa locação, se dificultaria a construção de prédio ou prédios, em condições de atenuar a crise de habitação, que nos assoberba. Os terrenos ficariam bloqueados, em detrimento econômico do proprietário, prejudicando-se, igualmente, a coletividade.

VOTO

O SR. MINISTRO ABNER DE VASCONCELOS: A tese que se discute nos autos e constitui objeto dos embargos, é do maior interêsse jurídico em assuntos de locação.

O terreno urbano baldio, locado para a instalação de um estabelecimento de diversões, de natureza tipicamente comercial, é ou não regulado pela Lei do Inquilinato?

O acórdão embargado, do qual foi relator o eminente ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, que reformou o aresto final da segunda instância local, diz que não. Em sentido contrário manifestou-se o "eminente ministro OROZIMBO NONATO, ao negar provimento ao recurso extraordinário.

Inclino-me para a doutrina do voto vencido, que me parece estar com o melhor direito. O destino do terreno é que representa o verdadeiro objeto da locação.

Erigido em edifício, mesmo de caráter transitório, para fins de espetáculos públicos o gênero de negócio é que Imprime significação jurídica à locação. Pedir o terreno é despejar do prédio o locatário. Não há fugir dêsse dilema.

Recebo os embargos, *data venia* do eminente ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, recebo os embargos, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, na conformidade de meu voto anterior.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos; contra os votos dos Srs. ministros revisor e OROZIMBO NONATO.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

Impedido o Sr. ministro LUIS GALLOTTI.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

DIVISÃO - COISA JULGADA

- Julgada improcedente a ação de divisão, por falta de requisitos legais, a decisão respectiva não constitui coisa julgada a impedir a propositura de outra ação, em que sejam satisfeitos aquêles requisitos.

José Antônio Maria da Cunha Lima Filho *versus* João de Ávila Lins e outros

Rec. Ext. n. 11.750 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 11.750, sendo recorrente José Antônio Maria da Cunha Lima Filho e recorridos João de Ávila Lins e outros:

Acordam, em 2ª Turma e por maioria de votos, os ministros do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso, dando-lhe provimento unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas antecedentes, integrado neste o relatório de fôlhas 203.

Supremo Tribunal Federal, 8 de agôsto de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Rocha Lagoa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Perante o antigo Tribunal de Apelação da Paraíba foi exposta pelo relator a espécie dos autos, nestes têrmos:

"José Antônio Maria da Cunha Lima Filho, dizendo-se condômino do imóvel rural denominado "Covão", situado no município de Areia, propôs ação de divisão dessa propriedade contra os demais condôminos, na forma exposta na petição inicial de fls. 2.

"Citados, os condôminos João de Ávila Lins e sua mulher opuseram exceção de coisa julgada, articulada a fls. 104. "Processada a exceção, foi afinal julgada improcedente, tendo os excipientes interposto da respectiva sentença agravo no auto do processo.

"Contestaram a ação a fls. 63.

"No despacho saneador, mandou o juiz que se procedesse a uma vistoria no "imóvel objeto da ação, o que foi cumprido, realizando-se, depois, a audiência

de instrução e julgamento, na qual foram tomados os depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes e o pessoal do autor.

"Finalmente, o juiz proferiu sentença julgando a ação procedente e determinando se procedesse à divisão da propriedade.

"Dessa decisão apelaram os contestantes referidos, sendo a apelação recebida em ambos os efeitos. Depois de processado, subiu o recurso a êste Tribunal, onde me foi distribuído.

"Com êste relatório, sejam os autos conclusos ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

"João Pessoa, 12 de novembro de 1946. - *Flodoardo de Oliveira*".

Aquela Côrte de Justiça, dando provimento ao agravo no auto do processo, julgou procedente a exceção de coisa julgada e conseqüentemente extinta a ação, prejudicada a apelação.

Vieram os autores com o apêlo incomum, esteados no art. 101, inciso III, letra *a*, na Constituição, tendo argüido violação do art. 629 do Cód. Civil, porquanto, no conceito dêles, recorrentes, o acórdão proferido no primeiro processo divisório do imóvel em aprêço não lhe apreciou o mérito, limitando-se ao aspecto meramente formal, por isso que não haviam sido satisfeitos os requisitos estatuídos na lei processual para a propositura da ação de divisão.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Preceitua o art. 629 do Código Civil, argüido de vulnerado, que a todo tempo será licito ao condômino exigir a divisão da coisa comum.

Negando aos recorrentes o exercício de tal direito, ofendeu o acórdão recorrido, em sua letra, êsse dispositivo legal.

Não colhe o argumento de existência de *res judicata*, porquanto se mostra da certidão de fls. 106 que a primeira ação de divisão, intentada pelos recorrentes, fôra julgada improcedente, por falta.de seus requisitos legais, porque os limites do imóvel dividendo não haviam sido bem individuados na inicial, e porque não fôra esclarecida a causa, da comunhão. Apreciou destarte o aresto apenas o aspecto formal do processado, isto é, declarou que a ação não satisfizera às condições estabelecidas no art. 441 do Cód. de Processo Civil.

Na sábia lição de JOÃO MONTEIRO, a segunda demanda é idêntica à primeira, e deve por esta ser repelida, quando por ela se pede a mesma relação jurídica resolvida na primeira, quaisquer que sejam as modificações ou condições materiais do corpo, quantidade ou direito que, se pede (*idem corpus*, *eadem quantitas idem jus*), pelo mesmo fundamento legal do direito com que se pede (*eadem causa petendi*) ("Programa do Curso de Processo Civil", vol. 3°, § 244).

É necessário, pois, para a caracterização da *res judicata* a identidade da relação de direito *resolvida*.

Ora, na espécie dos autos, o primeiro julgado do Tribunal da Paraíba não negou ao autor. ora recorrente, o direito de promover a divisão do imóvel em condomínio, tendo decidido apenas que o pedido estava mal formalizado. Não foi, destarte, apreciado o fato jurídico que constitui o fundamento de direito do mesmo autor, ora recorrente. Lícito era-lhe, pois, renovar o pleito, como fêz.

Por êstes motivos, conheço do recurso e lhe dou provimento para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente a exceção de coisa julgada.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento, de acôrdo com o eminente Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, não conheceria, do recurso. O Tribunal de

Justiça da Paraíba se limitou a acolher a exceção de coisa julgada, não havendo, assim, ensejo para que se pudesse ferir a disposição do art. 629 do Cód. Civil, onde se assegura ao condômino a ação divisória. O recorrente não afirma que se haja desrespeitado, o preceito legal relativo à coisa julgada. Não se citou, no caso, a disposição do art. 287, e do art. 289 do Código de Proc. Civil, particularmente, referente à eficácia material da coisa julgada. O que se disse foi que o acórdão teria infringido o art. 629 do Cód. Civil. Era primeiro necessário verificar se o acórdão havia desrespeitado o preceito legal que enuncia a fôrça material da coisa julgada, e isso não se deu; não se encarou êsse aspecto. O próprio recorrente não negou que houvesse o acórdão Impugnado respeitado o preceito legal quanto à eficácia da coisa julgada. Não conheceria do recurso, ao qual, entretanto, se vencido, dou provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento. Dando pela coisa julgada, o acórdão deu mal porque não ocorreu coisa julgada.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Não conheço do recurso. A meu ver, se ocorreu êrro na identificação dos extremos da *res iudicata*, o debate se acenderia nó plano doutrinário. No mérito, todavia, vencido, dou provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do recurso, contra os votos dos ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e presidente, e lhe deram provimento, unânimemente.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - APOSENTADORIA - DISPONIBILIDADE

- Não pode ser invocada, para regular aposentadoria, norma estabelecida para regular disponibilidade.

Impetrante: Dr. João Rodrigues do Lago

Mand. de seg. n. 1.830 - Rel.: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n. 1.830, em que é impetrante o Dr. João Rodrigues do Lago:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, unânimemente, denegar a segurança, na conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 19 de dezembro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O impetrante era desembargador do Tribunal de Sena Madureira e com a extinção dêste, em janeiro de, 1947, foi pôsto em disponibilidade, com dois terços dos vencimentos, até que fôsse aproveitado na Justiça federal ou do Distrito Federal, ou aposentado. A lei n. 4.911, de 21 de janeiro de 1925, incluiu-o na Justiça do Distrito Federal, e a lei n. 5.671, de 1929, declarou que o impetrante continuaria "com os dois terços de vencimentos como ordenado, devendo o calculo ser feito de acôrdo com a tabela que vigorar para os desembargadores do Distrito Federal e leis aplicáveis aos "mesmos". A de 13 de fevereiro de 1933, veio o impetrante a ser aposentado, constando do título declaratório que êle perceberia 44:644$400

anuais, sendo 40:000$000 de ordenado e 4:644$400 de gratificação adicional sôbre o tempo excedente de 25 anos.

A 5 de agôsto de 1935, obteve o acréscimo de 20% sôbre o ordenado dos desembargadores do Distrito Federal, isto é, 5:440$ anuais, correspondentes a 20 anos de serviço, completados a 12 de maio de 1927.

Como o Tesouro resolvesse pagar-lhe as gratificações sòmente até a data da lei n. 5.427, de 9 de janeiro de 1928, que incorporava as gratificações dos ditos desembargadores aos seus vencimentos, o impetrante propôs contra a União uma ação sumária especial e logrou êxito, entendendo a primeira instância e êste Supremo Tribunal que a referida lei sòmente abolira as gratificações na parte em que, somados os vencimentos, os elevassem a mais de 60:000$, o que não ocorria no caso do impetrante.

Ulteriormente, aumentados os vencimentos dos desembargadores do Distrito Federal, entendeu o impetrante que seus vencimentos de aposentadoria deviam acompanhar sempre êsses aumentos, e em tal sentido dirigiu petição ao Sr. presidente da República. Foi mandado ouvir o DAS.P., que, depois de historiar a legislação sôbre o caso, assim opinou:

"Em face dessas disposições legais, do acórdão do Supremo Tribunal Federal e do parecer do consultor geral da República, a situação do requerente ficou, afinal, esclarecida. Com a expedição da lei n. 499, de 28 de novembro de 1948, que fixou os vencimentos da magistratura da União, voltou o Dr. João Rodrigues do Lago a pleitear o reajustamento de seus proventos, conforme está esclarecido no início dêste parecer. Na data em que entrou em vigor a lei número 499, de 1948, já se encontrava o requerente aposentado. Haviam, portanto, cessado os efeitos da legislação especial que regulava sua situação como disponível. De fato, a lei n. 3.232, de 1917, combinada com a lei n. 5.671, de 1929, relaciona as vantagens a que teria direito o requerente, na condição de disponível, às que fôssem atribuídas aos desembargadores do Distrito Federal, *até que fôsse aproveitado ou aposentada*. Aproveitado, integrar-se-ia o requerente no regime normal de retribuição dos desembargadores; aposentado, sua situação passaria a ser regulada pela legislação geral aplicável aos magistrados aposentados. Assim, as leis especiais que beneficiaram o requerente asseguram-lhe na disponibilidade, situação

equivalente à de que gozavam os magistrados em atividade. Previram, no entanto, de forma expressa, que essa norma especial deixaria de existir logo que cessada a inatividade temporária do requerente, em virtude do seu aproveitamento ou aposentadoria. Por conseguinte, o benefício da lei n. 499 que alcança o requerente é o do art. 18, a partir, *ex vi* do art. 22, da data da publicação do referido diploma legal:

"Art. 18. Os magistrados aposentados, que atualmente percebem as vantagens da inatividade pelos cofres da União, terão; sem prejuízo dos proventos em cujo gôzo se acham. dois terços dos aumentos ora concedidos aos da mesma categoria em atividade".

Foi êste parecer aprovado pelo Sr. presidente da República em data de 12 de julho último, e daí o presente mandado de segurança, em que o impetrante insiste na liquidez e certeza do direito que pleiteia, isto é, de que lhe sejam pagos os vencimentos aumentados que percebem os desembargadores efetivos do Distrito Federal. Invoca direito adquirido e coisa julgada. Inacessíveis ao art. 18 da lei número 499, de 1948, a que se arrima o parecer do D.A.S.P.

Interpelado, o Sr. presidente da República enviou as informações a fls. 44, em que são reproduzidos os têrmos do parecer do D.A.S.P.

No declarado impedimento do Dr. procurador geral da República, oficiou o Dr. subprocurador geral, que assim se pronunciou (ler a fls. 50).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Não há razão alguma para o rigor com que o impetrante critica o, parecer do D.A.S.P., aprovado pelo Sr. presidente da República. É um parecer incensurável. Já não mais pode valer ao Impetrante o art. 3° da lei n. 5.671, de 1929, que regulou sua situação como desembargador *em disponibilidade*, determinando que o cálculo dos dois terços de vencimentos devia ser feito de acôrdo com a tabela que vigorar para os desembargadores do Distrito Federal. Não pode o impetrante invocar, para regular sua *aposentadoria*, uma norma estabelecida para a sua anterior

disponibilidade. A lei que o declarou *em disponibilidade*, isto é, a de número 3.232, de 5 de janeiro de 1917, expressamente declarou que os dois terços de vencimentos eram atribuídos ao impetrante enquanto não fôsse aproveitado na Justiça federal ou na local do Distrito Federal, ou aposentado: Uma vez aposentado, é claro que os dois terços a cuja percepção tinha direito o impetrante já não mais podiam acompanhar os ulteriores aumentos de vencimentos dos desembargadores do Distrito Federal. Se a lei n. 499, de 1948, não tivesse, no seu artigo 18, contemplado por eqüidade, os magistrados aposentados, dispondo que receberiam dois terços dos aumentos então concedidos aos da mesma categoria em atividade, o impetrante teria de fiar na mesma situação anterior. Tão-somente ao beneficio dêsse art. 18 tem direito o impetrante. A aprovação do parecer do D.A.S.P. não violou direito adquirido do impetrante, nem tampouco infringiu coisa julgada, pois o acórdão do Supremo Tribunal Federal somente decidiu sôbre gratificações que lhe tinham sido negadas a partir de 9 de janeiro de 1928 - gratificações que lhe não foram tiradas pelo ato impugnado.

Nego a segurança.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta, da ata, a decisão foi a seguinte: pediu vista o Sr. ministro LUIS GALLOTTI depois dos votos dos Srs. ministros relator, AFRÂNIO COSTA, MÁRIO GUIMARÃES e ROCHA LAGOA que negavam a segurança.

Impedido o Sr. ministro JOSÉ LINHARES.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro OROZIMBO NONATO.

Deixou de comparecer, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIS GALLOTTI: Após detido exame dos autos e do julgado que o impetrante invoca, cheguei à mesma conclusão do eminente Sr. ministro relator.

Aquêle julgado reconheceu ao impetrante direito a gratificações adicionais, que lhe não foram negadas pelo ato ora impugnado, mas não decidiu, de nenhum modo, que o impetrante, depois de aposentado, teria direito, como se em disponibilidade ainda estivesse, a serem seus vencimentos calculados com base nos posteriores aumentos concedidos aos desembargadores do Distrito Federal. Nem lei alguma lhe reconheceu tal direito. O que a lei n. 499. de 1948, lhe concedeu, como juiz aposentado, foi um aumento correspondente a dois terços do concedido aos juízes da mesma categoria em atividade. E êsse aumento não lhe foi negado.

Assim, indefiro o pedido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram a segurança em decisão tomada por unanimidade de votos.

Impedido o Sr. ministro JOSÉ LINHARES, presidindo ao julgamento o Sr. ministro OROZIMBO NONATO, vice-presidente.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

EMBARGOS A EXECUÇÃO - SOLIDARIEDADE – LITISCONSÓRCIO

COISA JULGADA

- Não pode embargar a execução quem nela não é parte, não tendo sofrido penhora em seus bens.

- A execução contra um só dos devedores não vulnera a coisa julgada relativa à solidariedade ou ao litisconsórcio.

Nicolau Marino *versus* Paulo Barreto de Sá Pinto

Ag. n. 15.368 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo n. 15.366, de São Paulo, agravante Nicolau Maxino, agravado Paulo Barreto de Sá Pinto:

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, 29 de abril de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Proferiu o douto Tribunal de São Paulo o acórdão transcrito a fls. 42, *verbis*:

"Não tomaram conhecimento do agravo no auto do processo e deram provimento à apelação unânimemente.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 57.553, desta Capital, em que é apelante Paulo Barreto de Sá Pinto e apelado Nicolau Marino:

"Acordam, em sessão da 2ª Câmara "Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotados como integrantes dêste os relatórios de fls. 1.011, 1.032 e 1.073, em não tomar conhecimento do agravo no auto do

processo, tomado por têrmo a fls. 1.053, e em dar provimento ao recurso de apelação, para reformar a decisão apelada, como abaixo se declara, pagas as custas pelo apelado. Não se conhece do agravo no auto do processo, tendo em vista a orientação desta Câmara, segundo a qual deve o agravo ser interposto sempre perante o juiz, verbalmente em audiência, ou por petição a êle apresentada para despacho. Não pode o recurso ser interposto perante o escrivão, em cartório.

"Por fôrça do acórdão de fls. 1.026 v., ficou assentado que os embargos não teriam sido opostos fora de prazo e, conseguintemente, deveria o juiz apreciá-los. Reconheceu-se que o embargante não teria sido citado para a execução. Daí não se poderia concluir razoàvelmente, que os embargos seriam procedentes, com base no art. 1.010, inciso 1°, do Cód. de Processo, que alude aos motivos suspensivos do curso da execução, dentre os quais a alta, ou nulidade da citação inicial, se a ação houver corrido à revelia do embargante.

"No caso examinado, o embargante foi citado para a causa, não sendo, por isso, de se aplicar o preceito do citado artigo 1.010. Inciso 1°, do Cód. de Processo. No sistema dêste Código, em relação a nulidades, especificadamente quanto às citações, não pode o juiz pronunciar qualquer nulidade sòmente porque se verificou a inobservância de formalidade legal (cf. PEDRO BATISTA MARTINS, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. II, art. 165, pág. 164).

"No caso examinado, chegou o juiz àquela conclusão por entender que o embargante era solidàriamente responsável pela sentença. Mas, nem pelo fato dessa solidariedade pode o devedor embargar a penhora sob a alegação de que não foi citado para a execução. Indubitável o direito do credor, com base no art. 904 do Cód. Civil, de demandar, de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; nem por isso fica inibido de acionar os outros - art. 910.

"Não se alegou qualquer vício da execução. Os bens dos executados - espólio de César Corain e outro... foram êsses embargos rejeitados por sentença que transitou em julgado (fls. 695).

"Em conseqüência, dá-se provimento à apelação para o efeito de se reformar a sentença recorrida e rejeitar os embargos, mantendo a arrematação realizada, e determinar que se prossiga regularmente na execução, pagas as custas pelo apelado.

"São Paulo, 5 de fevereiro de 1952. - *Percival de Oliveira*, presidente, com voto; *Frederico Roberto*, relator; *A. de Oliveira Lima*".

Irresignado a essa solução, opôs-lhe Nicolau Marino recurso extraordinário nos têrmos de fls. 44:

"Ermo. Sr. Dr. desembargador presidente do egrégio Tribunal.

"Diz Nicolau Marino, nos autos da apelação n. 57.553, em que é apelado e apelante Paulo Barreto de Sá Pinto, que, não se conformando com o respeitável acórdão, é esta para respeitosamente interpor do mesmo o presente recurso extraordinário, para o egrégio Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição federal, como passa a expor:

"1°) Proposta a ação contra o recorrente, conjuntamente demandado com os demais devedores litisconsortes, foram todos citados, inclusive o mesmo recorrente, afinal condenados a pagar solidariàmente a *dívida comum*.

"2°) Requerida a execução da sentença contra o recorrente e demais réus, conjuntamente (fls. 3 e 265), foram todos citados, com *exceção do recorrente*, conforme certidão do oficial de justiça, a fls. 272 e 280.

"3°) Feita, a arrematação, ingressou o recorrente nos autos, com embargos à arrematação, alegando a nulidade da arrematação e do processo, *por falta da sua citação no comêço da execução*, *ex vi* do art. 165 do Cód. de Proc. Civil e Comercial Brasileiro.

"4°) Rejeitados tais embargos, por considerá-los de terceiros, fora do prazo o recorrente interpôs da decisão agravo de petição, por haver a respeitável sentença, deixado de entrar no mérito. E a egrégia 2ª Câmara julgou procedente o agravo e mandou que o MM. prolator da sentença decidisse sôbre o mérito (acórdão de fls. 1.026).

"5°) Baixados os autos, o digno prolator da sentença reconheceu efetivamente não se tratar de embargos de terceiro, porém de execução, *anulando*, em conseqüência, a arrematação, por falta da referida citação, no comêço da execução, em face do disposto no artigo 165 do Cód: de Processo.

"6°) Da sentença foi prelo credor exeqüente interposta apelação, que foi julgada, procedente pela egrégia 2ª Câmara sob o fundamento de ser dispensável tal citação em face da letra dos arts. 904 e 910 do Cód. Civil, nos seguintes têrmos: "Indubitável o direito do credor, com base no art. 904 do Cód. Civil, de demandar um, ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a *dívida comum*; nem por isso fica inibido de acionar os outros, art. 910".

"a) Como se vê a respeitável decisão recorrida decidiu contra o texto do art. 904. pois a letra dêsse dispositivo nada tem que ver com o caso em debate. Se o credor na ação já demandou todos os devedores conjuntamente, inclusive o recorrente, não se há mais nada que falar em o art. 904 do Cód. Civil. Indubitável que ó direito do credor demandar já foi exercido em tôda a sua plenitude contra todos, inclusive contra o recorrente. O mesmo quanto à execução.

"b) Relativamente ao art. 910 do Cód. Civil, o fundamento do v. acórdão "recorrido é igualmente contrário à letra dêsse dispositivo, eis que o recorrente foi acionado e executado. A ação não foi proposta contra "*um dos devedores*", como dispõe o artigo, mas contra o recorrente e todos os demais solidários. A letra não pode ser interpretada, como abrangendo a espécie dos autos.

"7°) A reviravolta, que surgiu entre ambos os venerandos acórdãos de fls., resulta do êrro da 1ª edição oficial do Cód. Civil, a qual no art. 910, está assim redigida: "Art. 910. A ação proposta (particípio passado) contra um dos devedores solidários, pelo credor, não o inibe de acionar os outros". Tal absurdo foi corrigido pela lei n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, da seguinte maneira: Art. 910. O credor, contra um dos devedores propondo solidários, não fica inibido de acionar os outros". Pode o credor propor a ação contra um devedor, *para exigir e receber* parcialmente (art. 904) e acionar os outros pelo restante. O credor, propondo (particípio presente, *ato de propor*), não fica, nesse momento, inibido de *acionar* os outros. O credor tem direito de *exigir* e

receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 904), mas, *propondo* (ao propor) a ação contra um dos devedores solidários, não fica, entretanto, inibido de *acionar* os outros, com *exigir e receber* o resto. Pode também acionar os outros solidàriamente pelo Testo, em *outra ação*, conforme o inciso do art. 904 citado, assim concebido: "No primeiro caso (parcial), continuam os demais devedores obrigados solidàriamente pelo resto". Aquêles devedores solidários, contra os quais o credor não tem em vista exigir e receber, não são os acionados, sem, contudo, perderem o caráter de litisconsortes necessários ou indispensáveis (artigo 88 do Cód. de Processo). *Actio nihil aliud est quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur*. *Os demandados ou acionados*, segundo os arts. 904 e 910, são aquêles dos quais o credor quer exigir e receber. Os demais devedores solidários contra os quais não pretende o credor *exigir nem receber*, são *litisconsortes* necessários, que, entretanto, têm que figurar na ação e serem citados por fôrça da comunhão de interêsse, *ex vi* do art. 88 e inciso do Cód. de Processo.

"8°) A própria ação, proposta conjuntamente contra todos, tolerando o litisconsórcio necessário, reconheceu a comunhão de interêsses, implicando a necessidade de citação de todos, sôbre o *mesmo objeto* (perdas e danos), o *mesmo fim* (exigir e receber), o *mesmo título*, ou *causa petendi* (sentença criminal). "Se os efeitos da decretação da nulidade atingem a todos os contraentes, torna-se evidente que todos êles, sem exceção de um só, deveriam ser citados" (acórdão, na "Rev. dos Tribunais", vol. 84, pág. 444). Todos tinham comunhão de interêsses em pagar ou dar bens à penhora e oferecer defesa de executado, remir os bens cujos efeitos a todos afetariam. Demais, a *sentença* de fls. 695, mencionada pelo v. acórdão recorrido, proferida em embargos à arrematação opostos pelo espólio Corain, constitui *coisa julgada contra o ora recorrente*, como se êste tivesse sido *revel*, o que constitui grande iniqüidade. GUSMÃO (vol. 1°, cap. 20) assim escreve sôbre o litisconsórcio necessário: "É necessário, quando determinado por expressa disposição da lei, ou pela própria natureza da relação controvertida. A característica do litisconsórcio *necessário* consiste em que, não podendo ser dada senão uma só solução ao litígio relativamente a todos os litisconsortes, êstes se reputam como constituindo uma parte única, e os efeitos do procedimento de um se estendem a todos os outros, sendo que os que tenham deixado correr a causa à sua revelia

sejam representados pelos que acompanhavam o movimento ou marcha do processo até final".

"9°) Tendo o recorrente sido condenado como litisconsorte necessário, na ação, e qualificado e alinhado como executado, na execução, sem ter, entretanto, sido citado, nos têrmos do artigo 185 do Cód. de Processo, evidentemente o v. acórdão que reformou a sentença (fls. 1.032) para rejeitar os embargos, manter a arrematação e mandar prosseguir na execução, decidiu contra a letra do art. 165 do Cód. de Processo, assim como contra a letra dos artigos 1.010 e 88 e inciso dêsse mesmo Código e arts. 904 e 910 do Cód. Civil.

"Nestes têrmos, quer o recorrente interpor o presente recurso extraordinário do v. acórdão de fls. para o egrégio Supremo Tribunal Federal, a fim de ser mantida a respeitável sentença de primeira instância.

"Do deferimento E. R. M. (sôbre os selos):

"São Paulo, 23 de fevereiro de 1952. - Pp. *Odorico Nilo Menin*".

O pedido deu, porém, com êste despacho do Exmo. Sr. desembargador presidente MEIRELES DOS SANTOS:

"Limitou-se o acórdão de fls. a aplicar simplesmente dispositivos legais à espécie. O recorrente não é, pròpriamente, parte na execução que ora se processa, embora, na qualidade de devedor solidário, tivesse sido citado para a causa e condenado, não lhe tendo sido, porém, penhorados bens próprios, sim de outros.

"Assim, não vejo em que haja o acórdão infringido qualquer dispositivo de lei. Denego o recurso".

Dai o presente agravo, em que se insiste no asserto de haver o v. acórdão vulnerado os arts. 165 e 88 do Cód. de Proc. Civil e 904 e 910 do Cód. Civil. Veio o recurso lastreado das razões de fls. e fls.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Embora citado para a causa, em que foi vencido, não é o agravante parte na execução em que não se lhe penhoraram quaisquer bens.

Não lhe cabia, logo, direito a embargar. Foi o que julgou o v. acórdão de fls. e, com êsse teor de decidir, não vulnerou, ao que tenho, os dispositivos legais citados pelo agravante - o art. 88, que dispõe quanto à admissibilidade do litisconsórcio quando ocorre comunhão de interêsses conexão de causas ou afinidades de questões por um ponto comum, de fato ou de direito; o art. 165 do mesmo Código, que estabelece ser necessária, sob pena de nulidade, a citação no comêço da causa ou da execução.

Deixou intangido o primeiro, porque não negou a admissão do litisconsórcio nos casos, que êle menciona. Também o segundo ficou invulnerado, porque citado foi, o que, na execução, sofreu a penhora e, pois, podia opor embargos.

Faz-se mister não lançar ao olvido que se trata de litigantes condenados solidàriamente, têrmos em que podia o exeqüente fazer recair a execução em um só dos vencidos.

Essa faculdade de eleger o devedor em cujos bens incidisse a penhora é decorrência inafastável de preceito que, entretanto, também foi indicado como malferido pelo aresto, o art. 904 do Código Civil, *verbis*:

"O credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, à dívida comum".

Nos casos de solidariedade, deixa de prevalecer o princípio *concursus partes fiunt* e a regra enunciada por HEINECIO: "*obligatio inter plures ipso iure divisa est*".

O vínculo da solidariedade é, exatamente, que permitia a penhora em bens de um só devedor para solução da dívida de todos.

Quanto ao art. 910, igualmente do Cód. Civil, dispõe êle que "a ação proposta contra um dos devedores solidários pelo credor não inibe de acionar os outros".

Mas não obriga a acionar a todos e nem o constrange a dirigir contra todos a execução da sentença, uma vez que reconhecida foi a ocorrência de solidariedade passiva.

Estas sós considerações bastam, a meu ver, para distanciar o caso da zona de influência do recurso extraordinário.

Não podia o litisconsórcio estabelecido pela sentença impedir a faculdade de escolha do *reus credendi*.

E nem a execução contra um só dos devedores vulnerava a *res iudicata*, uma vez que a condenação incidiu em devedores unidos pelo vínculo da *solidariedade* e êste elimina o *concursos partes fiunt*.

Por outro lado, se devia o agravante, parte na ação, ser citado inicialmente para a execução, nos têrmos do art. 165 do Cód. de Proc. Civil, o que não ocorreu, perdeu de momento a falta, uma vez que a penhora recaiu apenas, como era possível, em bens de outro co-devedor solidário.

Na versão da agravante, a ilustre Justiça paulista atribuiu interpretação inexata aos preceitos citados. Ainda que assim fôsse, incabível o apêlo extremo, uma vez que a apontada inexatidão deixaria de assumir as dimensões de êrro apalpável e onipotente.

Inexiste contradição entre os preceitos que estabelecem o litisconsórcio necessário e as prerrogativas que os artigos 904 e 910 do Cód. Civil outorgam ao credor, no caso de solidariedade passiva.

Mas, se existe, não podiam ser havidos por secundários e acessórios os preceitos da lei civil que dizem para o essencial da configuração da solidariedade entre os devedores.

Inaplicável, pois, seria, na hipótese, a lição de FERRARA ao propósito da excepcional e *vitanda interpretatio abrogans:*.

"*Se...l'incompatibilità sussiste fra una disposizione principale ed una disposizione secondaria ed acessoria, allora la contradizione tra le due ponta l'inefficacia di quest'ultima lasciando forma la disposizione fondamentale*" ("Trat.", vol. I, pág. 222).

No caso inexiste antinomia e, se esta ocorresse, as normas do Cód. Civil citado não podiam ser consideradas adiáforas e segundeiras em face dos preceitos com que abrisse contradição.

O caso não comportava recurso extraordinário, têrmos em que o v. despacho que o denegou merece confirmado.

Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, dou provimento ao agravo, para mandar subir o recurso extraordinário, a fim de ser melhor examinado.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, nego provimento ao agravo, de acôrdo com o voto de V. Exª.

DECISÃO

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

Ausente ao relatório, deixou de votar o Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, substituto do Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, que se acha em gôzo de licença.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro ABNER DE VASCONCELOS. substituto do rumo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que se acha em gôzo de férias.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS - FISCAL DE ROTAS - TRANSPORTE GRATUITO

- A emprêsa de navegação aérea de pessoas responde civilmente pela morte, no curso do transporte, de pessoa designada como fiscal de rotas. Não há, no caso, transporte gratuito.

British Overseas American Airways Ltd. *versus* Luís Studart

Rec. ext. n. 18.511 - Relator: MINISTRO SAMPAIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário n. 18.511, do Distrito Federal, em que é recorrente a British Overseas American Airways Ltd. e recorrido Luís Studart:

Acordam, em 1ª Turma, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em não tomar conhecimento do recurso, por votação unânime. tudo nos têrmos é pela forma do relatório e votos taquigrafados precedentes, que dêste ficam fazendo parte integrante.

Supremo Tribunal Federal, 31 de maio de 1951. - *Barros Barreto*, presidente, *Sampaio Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA Por ordem superior, Roberto Mauro Studart, oficial da Aeronáutica. embarcou, como fiscal que era das rotas aéreas, no avião prefixo G. Anex Star Ventura, pertencente à British South American Airways Ltd. Na viagem. o avião incendiou-se causando a morte de várias

pessoas, inclusive do citado oficial. Desesperançado de uma composição amigável, Luis Studart, pai da vitima, propôs contra a British South American Airways Ltd. uma, ação para cobrar da mesma a indenização de Cr$ 100.000,00, relativa ao seguro que estava obrigada a fazer, na conformidade no art. 115 do Cód. do Ar.

A ré contestou o pedido, negando sua responsabilidade, não só porque o oficial estava a serviço do Ministério da Aeronáutica, não sendo seu passageiro, como porque a ela se aplicava a Convenção de Varsóvia e não o Cód. do Ar.

O juiz *a quo* julgou a ação procedente, sob o fundamento de que, quer se aplicasse ao caso o Cód. do Ar. quer a Convenção de Varsóvia, a ré devia indenizar o autor pela morte do filho.

Inconformada, a ré apelou e o Tribunal de Justiça confirmou a decisão, unânimemente, pelo acórdão que se vê de fls. 55-57, que passo a ler: (*ler*).

Daí, o presente recurso extraordinário, interposto pela ré, apelante, com fundamento no art. 101, III, *a*, da Constituição federal em que se alega haverem sido infringidos os arts. 2°, 68, parágrafo único, 115, 83 e parág. único, do Código do Ar e 1.057 do Cód. Civil. O recurso foi admitido, tendo falado o recorrido (*fls*.).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA (relator): O tenente da Aeronáutica. Roberto Mauro Studart, embarcou, como fiscal das rotas aéreas, por ordem do Ministério da Aeronáutica, no avião prefixo G. Anex Star Ventura, de propriedade da British South American Airways Ltd. No meio da viagem, o avião incendiou-se, caindo ao solo, morrendo várias pessoas, inclusive o tenente Roberto. O pai da vitima propôs, contra a proprietária do avião, ação de indenização, com fundamento no art. 115 do Código do Ar.

A ré contestou, negando sua responsabilidade, não só porque o oficial falecido estava a serviço do govêrno, não sendo seu passageiro, como porque a ela,

companhia internacional de navegação aérea, não se aplicava o Cód. do Ar e sim a Convenção de Varsóvia, de que o Brasil era um dos signatários.

O juiz de primeira instância julgou a ação procedente, sob o fundamento de que, quer se aplicasse à espécie o Cód. do Ar Brasileiro, quer a Convenção de Varsóvia, não havia como negar a obrigação da ré, de indenizar o autor pelo dano de morte sofrido pelo filho dêste, pois, na conformidade daquele, o transportador responde por qualquer dano causado ao viajante a bordo da aeronave em vôo ou nas operações de embarque e desembarque, desde que decorram de defeito na aeronave ou de culpa da tripulação (artigo 83), e na consonância desta, cuja aplicação aceitava, o transportador era responsável pelo dano ocasionado por morte, ferimento ou qualquer outra lesão corpórea sofrida pelo viajante, desde que o acidente causador do dano ocorresse a bordo da, aeronave, ou no curso de qualquer operação de embarque ou desembarque (art. 17).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça manteve, unânimemente, a decisão de primeira instância.

Objeta-se, no presente recurso extraordinário, manifestado contra o acórdão confirmatório do Tribunal de Justiça, que o mesmo violou os arts. 2°, 68, parágrafo único, 83, parág. único, e 115 do Código do Ar, como assim o art. 1.057 do Código Civil. O art. 2° do Cód. do Ar dispõe que o direito aéreo será regulado pelas convenções e tratados a que o Brasil tenha aderido ou notificado e pelo mesmo Código, e o art. 168, parág. único, prescreve que o transporte internacional, na ausência de convenção ou tratado, será também regulado pelos princípios estabelecidos no Código. Ora, a decisão recorrida não infringiu tais preceitos, porque não decidiu contra êles ou à margem dêles. Ao contrário, confirmando a decisão de primeira instância, que adotou, em tese, a aplicação da Convenção de Varsóvia, cujo art. 17 aplicou à espécie, acentuou que, quer se aplicasse o art. 83 do Cód. do Ar, quer a Convenção de Varsóvia, art. 17, a inclusão a chegar seria a mesma, - a da obrigação da transportadora de indenizar o dano sofrido pela vítima, sua transportada, pois que, se os motivos causadores do acidente se ampliam ou se restringem em cada país, para a efeito da obrigação de indenizar, nenhum isenta em geral a emprêsa de transportes aéreos, regra de que não se afastou a dita Convenção.

Sé bem que o acórdão recorrido entendesse ser escusável a invocação e aplicação da Convenção de Varsóvia, face ao art. 6° do Cód. do Ar, nem por isso deixou de aplicá-la, ou melhor, de atendê-la nos seus mandamentos. Por outro lado, nenhuma ofensa foi feita ao art. 83, parág. único, do Cód. do Ar. O acórdão recorrido, diante da prova, entendeu não se tratar de transporte pròpriamente gratuito ou a título gracioso mas de transporte mediante requisição do govêrno. Matéria de fato essa, como também a relativa ao reconhecimento de culpa por parte da transportadora, em que o Tribunal de Justiça é soberano, refugindo, assim do âmbito do recurso extraordinário, o mesmo acontecendo quanto à alegada violação do art. 115 do Cód. do Ar e 1.057 do Cód. Civil. Basta a leitura da ementa do acórdão recorrido para chegar à assertiva.

A vista do exposto, não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento, por votação unânime.

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

Compareceu o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA, convocado na forma regimental.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL – JUROS COMPOSTOS

- São devidos juros compostos nas indenizações por ato ilícito, ainda que não se verifique crime.

Alarico de Mendonça *versus* Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Limitada

Rec. ext. n. 21.152 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 21.152, do Distrito Federal, em que é recorrente Alarico de Mendonça e recorrida a Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Limitada:

Acordam os ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, conhecer do primeiro recurso, para lhe negar provimento, por maioria de votos, e não conhecer do segundo recurso, também por unanimidade, nos têrmos das notas taquigráficas nos autos.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 17 de outubro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Antônio Carlos Lafayette de Andrade*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Trata-se de execução de sentença. O juiz de primeira instância decidiu:

"Julgo procedente, em parte, esta execução de sentença que Alarico de Mendonça move contra a Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro, a fim de fixar a indenização pela ré de vida ao autor, na seguinte forma:

I. Garantir-lhe, enquanto vivo, uma renda mensal de Cr$ 510,10, para o que o Sr., contador fará os necessários calçados, tendo em vista os arts. 911 e 912 do Cód. de Proc. Civil.

II. *Idem*, uma qüinqüenal de.... Cr$ 19.900,00, para aquisição de aparelhos ortopédicos e sua conservação, agindo da mesma forma o Sr. contador, renda esta a ser entregue a partir de 1955.

III. Pagar-lhe, em dinheiro:

"a) Cr$ 29.960 00, relativos a aparelhos ortopédicos já adquiridos e encomendados;

b) o valor das prestações vencidas, conforme o item I, a partir da data do evento;

c) o de juros de mora, compostos e também da mesma data, calculados sôbre o *quantum* das duas letras anteriores;

d) honorários de advogado, calculados sôbre o valor das três letras anteriores, ao qual deve ser somado o nominativo dos títulos resultado do cálculo, *ex vi* dos itens I e II, na seguinte "base, progressivamente: 20%, até..... Cr$ 100.000,00, 15%, sôbre o que exceder de Cr$ 100.000,00 até Cr$ 300.000,00, e 10% sôbre o que exceder desta última cifra.

Custas em partes iguais.

.....

O primeiro problema que tivemos a resolver foi o da existência, ou não, de lucros cessantes do autor como conseqüência do evento.

"Aparentemente, êles inexistem, porque, se à época do mesmo ganhava Cr$ 510,10, hoje ganha Cr$ 800,00, como cabo reformado.

"Porém, é preciso não esquecer que sua reforma não é *lucro que se compense com o dano*.

"Trata-se de uma vantagem *a lattere* na carreira militar que abraçou o autor. Êste foi reformado por incapacidade física como conseqüência do evento, é verdade, mas o *direito de ser reformado* não é resultado disso.

Guardadas as devidas proporções, é exatamente exatamente a mesma coisa que acontece quando alguém se acidenta em trabalho, coexistindo culpa. O acidentado tem direito de receber, tanto a indenização especial da lei que regula a espécie, como aquela decorrente de ato ilícito. E corrente dominante que são coisas separadas, e cabe a duplicidade.

No caso, a reforma é tanto uma garantia profissional como a de qualquer operário ou beneficiário da Lei de Acidentes. O autor reformar-se-ia, fôsse qual fôsse a causa da incapacidade física, desde que houvesse uma ligação dela com o seu serviço.

E, sobretudo, é preciso ter em vista que a ré *com coisa nenhuma concorreu* para a situação atual do autor, relativa aos benefícios que usufrui. Seria sumamente injusto eximi-la de indenização, nesse ponto, quando com nada contribuiu para a melhoria auferida pelo autor; um verdadeiro locupletamento.

.....

"Não levamos, em, conta, porém, ao fixar a renda mensal, senão aquilo que o autor efetivamente ganhava quando do acidente.

"Por mais lamentemos sua situação, e encaremos penalidades, o que se vê a fls. 11 não é possível, para nós, argumentar com o futuro. Reiteradamente assim temos decidido, pois o prejuízo que se indeniza é com base na realidade, porque, se nos deixarmos arrastar pelo terreno das conjeturas, ninguém sabe onde iríamos parar.

"Não existe, *data venia, direito a promoção.*

"Existe uma maior ou menor *probabilidade* de que alguém venha a ascender ao mais alto pôsto de sua carreira. E, no dia em que usarmos do cálculo de probabilidades para verificar lucros cessantes, estaremos transformando uma ação judicial em loteria.

.....

"Para fixação do *quantum* relativo aos aparelhos ortopédicos, sua aquisição e conservação, usamos o critério do digno desempatador, a fls. 172, resposta ao quinto quesito.

"A verba qüinqüenal a tanto correspondente deve ser paga ao autor a partir de 1955, porque, na parte em dinheiro, vai receber o valor de um par de aparelhos

já encomendados por êle, e que deverão durar até então, como desde o ano de 1946 vem durando o par substituído.

.....

"As prestações vencidas, deverá o autor recebê-las da data do evento, pelos mesmos motivos já expostos no início da parte decisória desta.

Se algo recebeu até ser reformado, não o fazia como militar da ativa, mas sim por uma disposição especial inerente à carreira, para a qual a ré também com nada concorreu. Se, ainda em tratamento, recebeu como soldado até ser reformado como cabo, é porque o regulamento de sua corporação assim o determinava, com o qual a ré nada tem que ver.

A situação é exatamente a mesma que a relativa à reforma.

.....

Os Cr$ 29.960,00, despendidos pelo autor com a aquisição e conservação do par de aparelhos que ainda usa e a encomenda de um novo, foram obtidos na mesma fonte: o laudo de desempate, local citado acima.

Os juros de mora serão compostos e a partir da data do evento, porque não se trata de culpa contratual, e sim de dano *ex delicto*, tendo plena aplicação ao caso os arts. 1.544 e 962 do Cód. Civil, como temos também sempre decidido.

Finalmente, os honorários foram calculados segundo as regras sempre usadas por nós em casos que tais; uma percentagem descendente na razão direta da elevação do valor sôbre que é calculada, e pagamento progressivo.

O valor dos títulos, para efeito de calculo, é o nominativo, única base sólida que se pode obter.

As custas serão em partes iguais, dado que executante e executada decaíram de seus pedidos em quantidades mais ou menos equivalentes.

Estas as razões de decidir".

O Tribunal de Justiça no Distrito Federal, em divergência de voto, proferiu o acórdão seguinte:

"*Ementa* - Se em virtude da lesão decorrente do ato ilícito é o militar obrigado a reformar-se, deve o responsável compor-lhe o prejuízo conseqüente à interrupção da carreira.

"Devem ser fixados em 10% sôbre a condenação os honorários devidos ao advogado do autor na ação de indenização.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 8.568, da 2ª Vara Cível, apelantes: 1°, Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda.; 2°, Alarico de Mendonça; apelados, os mesmos:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, prover o item II de fls. 225 da apelação da ré (1ª apelante) e não prover o item III do mesmo recurso, e, contra o voto do desembargador ESPÍNOLA FILHO, prover o item IV, e, contra o voto do desembargador MANUEL SODRÉ, não prover o item I do mesmo recurso; não prover, em decisão unânime, o item I da apelação do autor (2ª apelante) e, contra o voto do desembargador ESPÍNOLA FILHO, "que o provia, considerado prejudicado o item II dêsse recurso.

Custas na forma da lei.

Expõem os fatos da causa no relatório do recurso, a fls. 221 v.-222.

Conformando-se com a condenação que lhe foi imposta, a ré demanda apenas modificações nos arestos desta, umas para excluir, outras para reduzir.

Não é possível excluir do autor as obrigações impostas à ré, como responsável pelos danos causados ao autor, a de indenizar os lucros cessantes decorrentes de sua interrupção na carreira militar, obrigado, como foi, a se reformar. E êsse um dano inegável e causado pelo evento culposo. Se, como militar reformado, vence mais que como da ativa, nem por isso deixou de ter encerrada sua carreira na qual é de presumir, teria os progressos previstos em lei.

Juros compostos não são devidos sôbre a indenização a pagar, eis que não decorre de crime (art. 1.544 do Código Civil), assim entendido pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça na revista n. 1.453.

A soma fixada para a aquisição dos aparelhos ortopédicos devidos ao autor é de ser mantida, por bem justificada na sentença.

A taxa para cálculos dos honorários devidos ao advogado do autor é fixada em 10% da condenação, sendo essa a norma da jurisprudência, dada a natureza da causa e sua facilidade para o profissional. E, com êsse provimento, fica prejudicado o pedido, em sentido oposto do autor-apelante.

A rejeição do item I da apelação do autor, pedido com apoio no laudo de fls. 172. decorre de ser exata a fixação, em Cr$ 510,10 mensais, dos proventos do autor, como fêz a sentença.

Distrito Federal, 21 de julho de 1950. - *Guilherme Estelita*, presidente e relator; *Emanuel Sodré*, vencido, pois dava provimento à apelação da ré, logo em seu item I, que contesta ao autor o direito de pleitear indenização por lucros cessantes, porquanto, em virtude do desastre o mesmo autor, que era soldado e ganhava Cr$ 510,10 mensais, passou a cabo reformado, vencendo..... Cr$ 800,00. Na realidade, quanto a vencimentos, lucrou êle com o desastre e portanto, não se pode falar em lucros cessantes. A possibilidade do autor galgar postos mais altos, caso não tivesse sofrido o acidente, não entra "em linha de conta"; os tribunais repelem o cômputo do salário progressivo e de vantagens futuras. A indenização não pode levar a cargo do responsável o resultado de meras conjeturas; e a própria sentença recorrida fixou os lucros cessantes tendo em vista os ganhos como soldado, porque, diz o Dr. juiz *a quo*, não é possível argumentar com o futuro". Com a conclusão da sentença, confirmada pelo acórdão supra o autor, com os vencimentos majorados da reforma no posto de cabo, acumulará os de sôldo que então percebia. É, sem dúvida alguma, um enriquecimento ilícito à custa da ré. Não é de punir a esta que ora se trata, mas sim de reparar, de rigorosamente reparar, os prejuízos porventura sofridos pela vítima do desastre; e se não houve lucros cessantes, não há como indenizá-los.

E para não fugir à citação, aqui vai esta do notável HANS A. FISCHER:

Não se pode dizer que existe dano senão quando a soma das conseqüências prejudiciais derivadas de um fato supera aritmèticamente a totalidade dos benefícios que produz" ("Dos Daños Civiles y su *Reparación*", pág. 185).

Eduardo Espínola Filho, vencido, no tocante à condenação da ré aos honorários do advogado do autor, pois, provendo à apelação dêste elevava a taxa de honorários para 20% sôbre o total da indenização, prejudicado, em conseqüência, nesse ponto, o recurso da 1ª apelante. Não reconheço razão para a redução imposta pelo acórdão, pois, contra o argumento de ser simples e de pouco trabalho a ação do advogado em processo dessa ordem, há a consideração de que lei expressa estabelece se devam honorários de 20% em causa de simplicidade máxima, qual é o caso da prorrogação de prazo, quando dos despejos de estabelecimentos escolares".

O autor embargou na parte relativa aos honorários de advogado, pleiteando 20% (fls. 227).

Os embargos foram unânimemente rejeitados: (*ler fls. 236*).

Inconformado com ambas as decisões, interpôs tempestivamente dois recursos extraordinários. O primeiro do acórdão da apelação.

Fundou o recurso nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional; pretende lhes sejam concedidos juros compostos e melhor composição do dano com o cálculo sôbre salário que viria a perceber com possíveis promoções em sua carreira.

Esclarece: (*ler fls. 239*).

O segundo recurso se apóia na letra *d*, visa ao aumento na percentagem dos honorários do advogado.

Argumenta: (*ler*).

As partes arrazoaram, e o Dr. procurador geral da República afirmou:

"Dois foram os recursos interpostos pelo recorrente. O primeiro, a fls. 239, da parte não-unânime do venerando acórdão de fls. 224 a 226, e o segundo, a fls. 240, da decisão que, em embargos, confirmou o venerando acórdão de fôlhas 224, que fixou em 10% os honorários de advogado.

Quanto ao primeiro recurso, foi êle interposto, com apoio nas alíneas *a* e *d* do preceito constitucional, por pretender o recorrente fôssem contados juros compostos, na composição do dano causado por ato ilícito dos prepostos da recorrida, alegando, ainda, ter a veneranda decisão recorrida negado aplicação ao art. 1.544 do Cód. Civil.

Não obstante valiosas opiniões em contrário, somos dos que entendem que o art. 1.544 deve ter aplicação restrita, com o caráter peculiar de pena, ou se o dano decorreu de ato criminoso, não se aplicando, assim, o referido inciso legal, nos casos de indenização decorrente de culpa contratual, como ficou evidenciado nestes autos.

Não se pode, como pretende, ainda, o recorrente, levar em conta para cálculo da indenização a possibilidade do recorrente galgar postos mais altos, caso não tivesse sofrido o acidente. Os tribunais têm repelido o cômputo de salários progressivos e de vantagens futuras, pois a indenização não pode levar a cargo do responsável pela indenização o resultado de meras conjeturas, não se podendo, como frisou a douta sentença de primeira instância, "argumentar com o futuro".

"Relativamente ao segundo recurso (fls. 240), êste excelso pretório tem decidido, entre outros, no recurso extraordinário n. 16.908, de que foi relator o eminente ministro OROZIMBO NONATO, que o juiz tem o arbítrio de verificar qual o pagamento que é razoável e que compense o esfôrço e o trabalho do advogado.

No caso dos autos, fixados em 10% os honorários de advogado, o venerando acórdão recorrido atendeu, como lhe pareceu mis justo, ao pagamento dos serviços prestados pelo patrono do recorrente.

Somos; assim, pelo conhecimento de ambos recursos interpostos pelo recorrente, em face do dissídio jurisprudencial apontado, mas pelo seu não-provimento.

Distrito Federal, 26 de agôsto de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

A mesa.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): Dois recursos extraordinários foram interpostos pelo autor. O primeiro, do acórdão que julgou a apelação. Visa o recorrente sejam concedidos juros compostos e as possíveis promoções em sua carreira de soldado para a composição do dano (fls. 239).

Conheço dêsse recurso e lhe dou provimento apenas no que se refere aos juros compostos. Trata-se de acidente por ato ilícito. O recorrente sofreu o dano em virtude de culpa da ré, não sendo passageiro de seu veículo.

Já tenho admitido juros compostos em casos de culpa contratual e com maior razão eu os reconheço devidos na hipóteses dos autos, nos têrmos da sentença de primeira instância.

Em voto que proferi nos embargos à apelação cível n. 9.462, de 9 de setembro de 1948, e no recurso extraordinário número 19.000, de 7 de outubro de 1952, deixei claro meu entendimento do art. 1.544 do Cód. Civil.

Quanto à composição do dano com as prováveis promoções do autor, estou de acôrdo com as decisões que negaram êsse pedido. O juiz de primeira instância, á mostrou muito bem não ser possível, na espécie, fixar a renda mensal além daquilo que o autor ganhava efetivamente, por ocasião do acidente (fls. 196).

No segundo recurso pretende-se o aumento da percentagem do advogado. Foi manifestado do acórdão proferido nos embargos.

A fixação do *quantum* dos honorários ou dá percentagem não dá margem ao extraordinário com apoio na letra *d*.

Os honorários variam em cada caso conforme os serviços prestados; os juízes podem avaliar êsses serviços soberanamente, apreciando matéria de fato. Os tribunais não têm norma determinada para isso, e a diferença de critérios não importa em divergência. Se os honorários fôssem negados, sim, aí seria motivo para o recurso.

Por êsses fundamentos e de acôrdo com votos nesse sentido, não tomo conhecimento do segundo recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, conheço do primeiro recurso, mas lhe nego provimento.

Quanto ao segundo recurso, acompanho S. Exª, dêle não conhecendo.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Não conheço do recurso, no que diz respeito aos honorários de advogado, cuja estimação não pode vulnerar letra de lei. Se negados fôssem êles em tese, o caso poderia ocorrer de recurso extraordinário; mas a hipótese se cinge ao *quantum*.

Conheço do primeiro recurso e concordo com o eminente Sr. ministro relator, *data venia* do eminente ministro ROCHA LAGOA.

De acôrdo com entendimento proclamado em reiterados votos, acompanho o eminente Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do segundo recurso, unânimenente. Conheceram do primeiro e, contra o voto do Sr. ministro ROCHA LAGOA, lhe deram provimento, em parte.

Deixou de votar, por ausente, o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, substituto do Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, que se acha em exercício no Tribunal Superior Eleitoral.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

*

PÁTRIO PODER - DELEGAÇÃO - POSSE E GUARDA DE MENOR

- Não invalida a delegação de pátrio poder a simples autorização de posse e guarda de menor, por outro juízo, posteriormente verificada.

Suscitante: M. C. B.

Confl. De jur. n. 1.991 - Relator: MIN. RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de conflito de jurisdição n. 1.991, do Distrito Federal, suscitante M. C. B., suscitados Juízo de Menores do Distrito Federal e Juízo de Menores de Curitiba, Estado do Paraná:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, julgar procedente o conflito, declarando competente o Juízo de Menores do Distrito Federal, unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 5 de setembro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Álvaro Ribeiro da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: M. C. B., brasileira, proprietária, residente nesta capital na rua Coelho Neto n. 62, suscita conflito de jurisdição entre o Juízo de Menores do Distrito Federal e o Juízo de Menores de Curitiba, Estado do Paraná, expondo, na inicial, o seguinte: (*fls. 1 a 3, lê*).

Instruído o pedido com as certidões comprobatórias de fls. 5 a 9, além de outros documentos (fls. 10 a 15), foram requisitadas as necessárias informações, que passo a ler (fls. 22 a 25):

"Acusando o recebimento, em data de hoje, do ofício de V. Exª n. 237-R, solicitando informações a respeito do com oito de jurisdição suscitado perante êsse colendo Tribunal por M. C. B., entra êste Juízo e o Juízo de Menores de Curitiba, Estado do Paraná, tenho a honra de informar o seguinte:

I. Em 18 de julho de 1951, autorizado por êste Juízo, A. R. B., viúvo, residente nesta Capital, na rua Capitão Bragança n. 23, delegou a D. M. C. B., desquitada, residente na rua Coelho Neto n. 62, o pátrio poder com relação ao seu filho menor J. C. B:, com 11 anos de idade, nascido a 23 de março de 1941.

II. Levado o menor para passar as férias em Curitiba, por sua madrinha, D. Z. M. M., com o consentimento da responsável, mas como não lhe fôsse devolvido, requereu D. M. C. B. a expedição de carta, precatória de busca e apreensão do menor.

III. Entretanto, o MM. juiz de Menores de Curitiba negou cumprimento à precatória, devolvendo-a a êste Juízo, fundado em que, por decisão sua, o menor havia sido entregue à guarda e responsabilidade de D. Z. M. M., em 7 de abril do corrente ano, sustentando ser o juiz competente para decidir a respeito da situação do menor, já que êste e sua detentora residem em Curitiba, o que motivou requerimento do Dr. 1° curador de Menores junto a êste Juízo, a fim de ser suscitado o conflito de Jurisdição.

IV. Deferindo o requerimento do Dr. 1° curador, ordenara êste Juízo, em despacho desta data, extraísse o cartório certidões de peças do processo para instruir o ofício que encaminharia a êsse egrégio Tribunal, suscitando o conflito positivo de jurisdição, quando recebeu o ofício de V. Exª, ficando ciente de que a própria parte tomara aquela iniciativa.

V. Cuido, *data venia*, que o MM. juiz suscitado não podia negar cumprimento à precatória, nem considerar-se competente no caso.

Recebendo a delegação do pátrio poder em 18 de julho de 1951, tornou-se D. M. C. B. representante legal do menor J. C. B, cujo domicilio é o dela, *ex vi* do art. 36 do Cód. Civil.

Inoperante o têrmo de guarda e responsabilidade assinado por D. Z., perante o Dr. juiz de Menores de Curitiba, em 7 de abril do corrente ano, muito posterior à delegação do pátrio poder, processada regularmente perante êste Juízo.

Espera êste Juízo que o pretório excelso o declare competente para ordenar a apreensão do menor e que o Dr. juiz de Menores de Curitiba dê cumprimento à medida deprecada.

São estas as informações que tenho a honra de prestara V. Exª.

Sirvo-me desta oportunidade para ter a honra de apresentar a V. Exª e a cada um dos ilustres membros desse egrégio Tribunal a segurança da minha maior admiração e respeitosa estima.

"*Rubens Rodrigues Silva*, juiz de Menores em exercício".

Em atenção ao ofício n. 236, de 23 de julho do corrente ano, dêsse egrégio Supremo. Tribunal Federal, tenho a honra de informar a V. Exª que D. Z. M. M. requereu o seguinte neste Juízo:

"Diz Z. M. M., desquitada legalmente, residente nesta cidade na rua Senador Alencar Guimarães n. 229, que há dois anos seguramente, quando a requerente se encontrava residindo no Rio de Janeiro, foi naquela cidade lhe entregue para manter e educar devidamente o menor J. C. B., com 11 anos de idade, por uma

tia do mesmo menor, de nome C. B., sob a alegação de não poder criá-lo, e como a suplicante dispondo de recursos e já tendo perfilhada uma irmã do mesmo menor pretende encaminhá-lo da mesma maneira e condições de sua irmã, de nome M. J. B., vem respeitosamente requerer a V. Exª se digne nomear a suplicante tutôra do referido menor, depois de observadas as formalidades exigidas por lei.

Nestes termos. Pede deferimento. - "Z. M. M."

"O comissariado dêste Juízo deu a seguinte informação: Informo a V. Exª que se encontra na companhia da requerente, há dois anos, o menor J. C. B., que lhe fôra entregue por uma sua tia na cidade do Rio de Janeiro, a qual alegou não poder manter o mesmo; pela requerente foi declarado que o pai do menor é doente, sem recursos, pois o mesmo percebe apenas a importância de Cr$ 700,00 mensais, e reside na cidade de Bom Jardim, Estado do Rio, e, como consta neste requerimento, a requerente tem em sua companhia uma irmã do referido menor a qual já perfilhou; trata-se de uma senhora de posses e idônea, estando em condições de tomar conta de mais um, que é irmão da menor que se encontra em sua companhia. E o que me cumpre informar a V. Exª.

Curitiba, 7 de abril de 1952. - *Leônidas Rueda*, comissário de Menores".

O Dr. curador de Menores opinou favorável à requerente.

"Visando o bem-estar e a situação do menor J.C.B., foi por mim prolatada a seguinte sentença:

Vistos, etc, êstes autos, em que é requerente a Srª. Z. M. M., referente ao menor J. C. B. A requerente alega na inicial de fls. 2 que, quando residia no Rio de Janeiro, foi ali entregue a ela para manter e educar devidamente o menor J. C. B., com 11 anos de idade, por sua tia, de nome C. B., sob a alegação de não poder criá-lo, pelo que pede seja nomeada tutora dêsse menor.

Atendendo ao parecer do Dr. curador de Menores, que em seu parecer de fls. diz nada opor ao requerido;

Atendendo às informações do comissário de Menores dêste Juízo:

Resolvo, para o bem-estar dêsse menor, nomear a requerente responsável pelo mesmo, devendo assinar nos presentes autos o respectivo têrmo.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Curitiba, 7 de abril de 1952. - *Percival Loiola*, juiz de direito substituto".

"A requerente assinou neste Juízo o competente têrmo de responsabilidade.

São estas informações que tenho a prestar a V. Exª.

Aproveito o ensejo para apresentar a V. Exª, Sr. ministro, as minhas respeitosas saudações. - *Percival Loiola*, juiz de Menores em exercício".

Oficiou o ilustre Dr. procurador geral da República, nestes têrmos (fls. 30, *lê*):

"M. C. B., exercendo o pátrio poder sôbre o menor J. C. B., *por delegação do pai dêste, A. R. B.*, de acôrdo com o disposto no art. 46 do Cód. de Menores, conforme têrmo assinado no Juízo de Menores do Distrito Federal (doc. de fls. 5), suscita o presente conflito positivo de jurisdição entre aquêle Juízo e o de Menores da comarca de Curitiba, do Estado do Paraná, por haver êste se recusado a cumprir a precatória expedida pelo primeiro para o fim de ser apreendido o referido menor, alegando que, por decisão sua, o aludido menor havia sido entregue à guarda e responsabilidade de D. Z. M. M., em *7 de abril do corrente ano*.

"O caso é, pois, de conflito. E opinamos, pela competência do Juízo de Menores desta capital, atendendo ao que consta das suas informações (fls. 22-23) e das certidões de fls. 5 e 6.

Distrito Federal, 22 de agôsto de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Consta dêstes autos, a fôlhas 5, que em data de 18 de julho de 1951, de acôrdo com o art. 40 do Cód. de Menores, o Sr. A. R. B., brasileiro, viúvo, residente e domiciliado nesta cidade, funcionário público, delegou o pátrio poder sôbre o menor seu filho, J. C. B., a D. M. C. B., obrigando-se dita senhora a todos os deveres inerentes ao pátrio poder, de acôrdo com á lei civil em vigor.

Êsse ato foi, segundo comprovam as certidões de fls. 7 a 9, regularmente autorizado pelo Juízo de Menores do Distrito Federal, com audiência do respectivo curador, tendo a ora suscitante feito comunicação àquele Juízo, acêrca da viagem efetuada pelo referido menor, à cidade de Curitiba, em companhia de D. Z. M. M., madrinha de uma irmã do mesmo menor, a qual vem se recusando a devolvê-lo sem justa causa.

A delegação judicial do pátrio poder, deferida pelo Juízo de Menores do Distrito Federal, obedeceu ao disposto no artigo 46 do Cód. de Menores, de consonância com o art. 407 do Cód. Civil, não podendo ser invalidada, como pretende o Juízo de Menores de Curitiba, pela autorização de posse e guarda, deferida à mencionada D. Z. M., sem audiência daquela interessada, nem do genitor do menor J. C., tanto mais que se trata. de ato posterior à delegação do pátrio poder, assim determinada a competência segundo o disposto no art. 133, ns. III, IV e VI, do Cód. de Proc. Civil.

Julgo procedente o conflito e competente o Juízo de Menores do Distrito Federal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: julgaram procedente o conflito e competente, o Juízo de Menores do Distrito Federal. A decisão se tomou por unanimidade de votos.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro OROZIMBO NONATO, na ausência, por motivo justificado, do Exmo. Sr. ministro JOSÉ LINHARES.

Deixou de comparecer, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

TRATADO INTERNACIONAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- A alegação de ofensa a tratado internacional legitima o recurso extraordinário.

Panair do Brasil S. A. e outra *versus* União Federal

Ag. n. 15.691 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n. 15.691, do Distrito Federal, agravantes Panair do Brasil S. A. e Pan-American Airways Inc., agravada União Federal:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 7 de outubro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Na confirmação de sentença prolatada pelo MM. juiz dos Feitos da Fazenda de Belém, Pará. Dr. LÚCIO AMORIM DO AMARAL, decidiu o egrégio Tribunal Federal de Recursos pela legalidade da cobrança de "taxa de serviço extraordinário pelo pouso e saída,

fora das horas de expediente normal, das aeronaves de tráfego internacional ou das que, por transbordo, transferem carga e passageiros do estrangeiro".

O voto do relator, o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, vazou-se nos seguintes têrmos:

"Sustentam as autoras, Pan-American World Airways e a Panair do Brasil S. A., que a exigência da taxa de.... Cr$ 300,00, cobrada às aeronaves internacionais linha regular, e bem assim, das que tiverem de efetuar mais de um pouso no mesmo vôo fora das horas de expediente regular dos dias úteis, das 7 às 19 horas, é inconstitucional e ilegal, e por isso devem ser anulados os processos fiscais para a cobrança daquela taxa, destinada ao pagamento dos servidores designados. Quanto à argüida inconstitucionalidade, não dizem as autoras quais os princípios da Constituição federal feridos pela aludida cobrança; e, com relação à ilegalidade, limitam-se a declarar que, interessando ao Estado a fiscalização aduaneira, impossível se torna cobrar dos particulares taxa especial de fiscalização, já que aquêle serviço, fora das horas, nenhuma vantagem ou interêsse lhes trazem. Improcedem, a meu ver, as alegações das autoras. Afastada a questão da inconstitucionalidade pela sua manifesta improcedência, resta verificar se há lei autorizando a cobrança da taxa impugnada e, no caso afirmativo, se essa lei contraria princípios de convenções internacionais, a que o Brasil deva respeito. A simples leitura do art. 3°, §§ 1° e 2°, do dec. n. 20.491, de 24 de janeiro de 1946, basta para se poder afirmar que a cobrança da taxa em questão encontra franco apoio em texto de lei. Eis o que dispõe o citado art. 3° e seus parágrafos:

As aeronaves do tráfego aéreo internacional ou as que, por transbordo, trouxerem carga e passageiros do estrangeiro, pousando ou saindo nos aeroportos fora das horas do expediente normal nos dias úteis, das 7 às 19 horas, ficam sujeitas ao pagamento da taxa de..... Cr$ 600,00, para custeio do serviço extraordinário.

"§ 1° As aeronaves internacionais de linha noturna e bem assim as que houverem de efetuar mais de um pouso no mesmo vôo fora das horas do expediente regular pagarão as taxas dêste artigo com o abatimento de 50%.

§ 2° Essa taxa, destinada ao pagamento de serviço extraordinário dos servidores designados, será recolhida pelas emprêsas transportadoras às tesourarias das repartições respectivas, mediante guia".

"E, com referência à vulneração de textos de convenções internacionais, o apontado como ferido é o do art. 15 do dec. n. 21.713, de 27 de agôsto de 1946, que promulgou a Convenção sôbre aviação civil internacional, concluída em Chicago, em 7 de dezembro de 1944, e firmada pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945.

Dispõe o citado art. 15 na parte transcrita pelas autoras: "...Nenhum Estado contratante imporá direitos ou outros impostos simplesmente pelo privilégio de trânsito sôbre o seu território, ou de entrada ou saída no mesmo, às aeronaves de outro Estado contratante, ou sôbre as pessoas ou bens que estejam a bordo dos mesmos".

"Ressalta da, leitura do referido dispositivo que o mesmo não se aplica à taxa cobrada pela Guarda-Moria da Alfândega de Belém. Ele cuida de imposição de impôsto, que é coisa bem distinta da cobrança de taxa. CARLOS MAXIMILIANO ("Constituição Brasileira", pág. 219, nota) ensina: "A taxa distingue-se do *impôsto*; pois, enquanto que êste consista na contribuição de todos os membros da sociedade, ou de uma parte dêles, para as despesas do govêrno, a taxa tem por objeto a remuneração de um dado *serviço público*, e a ela "sòmente está sujeito o contribuinte que dêle se aproveita". Conseqüentemente, a circunstância do art. 15 do dec. número 21.713, de 1946, proibir o lançamento de impôsto pelo privilégio de trânsito sôbre o território nacional, ou de entrada ou saída do mesma, às aeronaves de outros Estados, não impede, em absoluto, a imposição e a cobrança de taxas para pagamento de serviços extraordinários, prestados às desoras, às aeronaves internacionais, para desembaraço de carga e de passageiros.

Pelo exposto e o mais que consta da sentença apelada, nego provimento à apelação das autoras, para confirmar a decisão recorrida, que considera legal a cobrança da taxa de Cr$ 300,00 destina da ao pagamento dos serviços extraordinários de fiscalização aduaneira de aeronaves internacionais, que pousam no aeroporto de Belém, fora dás horas do expediente normal dos dias úteis. Esta taxa é também cobrada no aeroporto desta cidade.

"Custas pela apelante".

E o do revisor, o Exmo. Sr. Ministro CÂNDIDO LOBO, encena o seguinte conteúdo:

"Não tenho dúvida em manter a sentença apelada, pois que a taxa de visitas a bordo dos aviões é permitida em lei. Não se trata de impôsto. A taxa é devida, por isso que não há obrigação para atender aos aviões que chegam nos aeroportos fora das horas normais. Dá-se o mesmo com os vapores que estão sujeitos à atracação fora das horas normais dos serviços portuários. Entretanto, foi levantada a questão da constitucionalidade do dec. n. 20.491, de 24 de janeiro de 1946, art. 3°, §§ 1° e 2°, porém êste Tribunal já, entendeu, por julgamento anterior, em sessão plena, que a referida lei não é inconstitucional e, por isso, cumpre, apenas, neste assentado, julgar o mérito do pedido. O que está fora de dúvida é que o funcionário, quer da Alfândega, quer da Saúde Pública, quer da Polícia Marítima, pela lei que as regula, não é obrigado a comparecer fora das horas normais do expediente: seria exigir muito que os funcionários encarregados da fiscalização de passaportes, etc., estivessem até pela madrugada à disposição das companhias de aviação, quando os mesmos colegas, que servem junto às companhias de vapores, não o estão. Na espécie só se trata da taxa reduzida de 50%. Nada mais pedia a autora. Tenho dúvidas quanto à sua cobrança, na descida e também na subida dos aviões, mas isso, no caso dos autos, não está postulado pelas autoras. Nem mesmo o caráter injusto se encontra na dita cobrança. O serviço é extraordinário e como tal deve ser entendido. Sr. presidente, o ilustre advogado focalizou, realmente, aspectos interessantes do caso. Mas, como salientou o Sr. ministro relator, a essa parte foi apenas feita alusão; não está ela incorporada na petição inicial. S. Exª, sem que queira avançar qualquer afirmativa de minha parte, moldurou, perfeitamente, a sua argumentação, a meu ver, por isso que seria quase que bitributação exigir que essas companhias pagassem pela descida e, logo, muitas vêzes, uma ou duas horas, outras vêzes até minutos e pois, pela subida do mesmo avião. Por outro lado, há a legislação comum, a legislação civil, que temos de respeitar também, e dai não poder acompanhar a sustentação feita brilhantemente da tribuna, no sentido de que se torna uma injustiça. Não. Injustiça maior ainda seria exigir que essa equipe de funcionários, que não é pequena, porque os há da Saúde Pública, da Polícia. Marítima e da Alfândega,

esteja à disposição, a qualquer hora, no aeroporto. Resultado: a solução pleiteada pelo advogado nos levaria então à conclusão de que os passageiros desceriam, iriam para casa e só no dia seguinte ficaria liberada a bagagem. Quanto à carga, não. Seria de fácil solução, porque a carga está prevista na lei para ser entregue, como já o é, no dia seguinte. Os passageiros, entretanto, não poderiam sair do aeroporto sem terem seus passaportes visados pela Polícia. A Saúde Pública, forçosamente, deveria estar presente para verificar a questão de vacina, etc, e a Alfândega, para a questão de bagagem. Sr. presidente, a responsabilidade do govêrno, nesse particular, é deveras importante, merece a atenção de todos os que cuidam dêsse assunto, porque está em jôgo até a própria segurança nacional. Há os passageiros que, indevidamente, poderiam entrar no Brasil, sem que estivesse presente a autoridade competente para rever os documentos especiais no caso, na ocasião da chegada do avião. Dir-se-á: mas é injustiça, é ônus que pesa sôbre as companhias; são elas obrigadas a chegar pelo horário que têm. O assunto interessa internacionalmente a todos os países. Não posso asseverar que os outros não tenham essa taxa. Desconheço o detalhe. Mas que seja êle injustiça, *data venia*, positivamente, não encontro essa injustiça.

Quanto à ilegalidade, nem é passível de dúvida, porque está prevista em lei. Apenas a questão da inconstitucionalidade é que podia interferir como elemento novo, para trazer apoio à sustentação das autoras. Mas, neste particular mesmo da inconstitucionalidade, já o Tribunal resolveu que não havia essa inconstitucionalidade. De maneira que, Sr. presidente, acompanho o voto do Sr. ministro relator, negando provimento".

Não se resignaram a essa solução os vencidos, opondo-lhes recurso extraordinário, com invocação das letras *a*, *b* e *d* do art. 101, n. III, da Constituição federal.

Mas o Exmo. Sr. ministro presidente MACEDO LUDOLF não admitiu o apêlo, *verbis*:

Deixo de admitir o extraordinário oposto.

A invocação do tratado ou convenção internacional, como suposto motivo também preponderante na causa, forçaria a competência recursal ordinária do

egrégio Supremo Tribunal, à vista da Constituição federal, art. 101, número II, letra *b*, o que, entretanto, não foi observado na espécie.

"Por outro lado, o aresto preferiu em solver a controvérsia à margem de qualquer questão constitucional, sob a afirmativa de não ter sido a argüição devidamente formalizada; na inicial houve enfim nova aplicação de lei específica, à luz de seus textos, que foram trazidos à baila. Refiro-me ao dec. n. 20.491, de 24 de janeiro de 1946, aliás já tido, anteriormente, pelo Tribunal como legítimo, no sentido de sua constitucionalidade".

Daí o presente agravo, que trouxe o lastro das razões de fls.: (*ler*).

Com a concordância do Exmo. Sr. Dr. subprocurador geral ALCEU BARBEDO, disse o Dr. procurador CAIADO DE GODÓI: (*ler fls. 26*).

Êste o parecer de S. Exª o Sr. Dr. PLÍNIO DE FREITAS TRAVASSOS, DD. procurador geral da República:

"O respeitável despacho á gravado (fôlhas 23) e o parecer de fls. 26-27, da zelosa Subprocuradoria Geral da República, doutamente fundamentados, bastam, a nosso ver para justificar o desprovimento do agravo.

Distrito Federal, 24 de setembro de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Sr. presidente, voto pelo provimento do agravo a fim de que suba o recurso, o que permitirá mais detido exame do assunto.

O eminente presidente do Tribunal Federal de Recursos, ministro MACEDO LUDOLF, alude, no seu venerando despacho, a que alegação de ofensa de tratado internacional não bastaria a abrir ensejo ao apêlo extremo; mas, *data venia*, êle é possível em tal emergência.

Ademais, discute-se questão constitucional e, a meu ver, o caso merece ser examinado mais detidamente, em todos os seus aspectos.

E para êsse só efeito que dou provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento, nos têrmos do voto do relator. Unânimemente.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Ermo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

POLÍCIAS ESTADUAIS - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

- Se é certo caber à União o poder de legislar sôbre organização, instrução, justiça e garantia das polícias militares e condições gerais de sua utilização, também é certo que essa competência deixa espaço à legislação estadual subsidiária.

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* José da Silva e outros

Rec. ext. n. 21.303 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 21.303, de São Paulo, recorrente Fazenda do Estado, recorridos José da Silva e outros:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 9 de dezembro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O aresto visado pelo presente recurso extraordinário está a fls. 202 e apresenta, o conteúdo seguinte:

"Repeliram, por votação unânime, as preliminares suscitadas pela embargada, Fazenda do Estado. Receberam, por maioria absoluta de votos, os embargos, para conceder aos impetrantes o mandado de segurança impetrado.

Vistos, relatados e discutidos os embargos infringentes de fls. 154 a 180, opostos ao acórdão de fls. 126, proferido no mandado de segurança n. 44.158, desta Capital, em que são partes, embargantes o coronel José da Silva, o coronel Oscar de Melo Gaia e outros, e embargada a Fazenda do Estado de São Paulo:

Acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls. 198, repelir, por votação unânime, as preliminares argüidas pela embargada, Fazenda do Estado, e receber, por maioria absoluta de votos, os referidos embargos infringentes, para conceder o mandado de segurança impetrado pelas ora embargantes e, em conseqüência, declarar insubsistente o ato do Poder Executivo do Estado, que transferiu os Impetrantes, embargantes, todos oficiais da Fôrça Pública do Estado, nos têrmos do disposto na lei estadual n. 237, de 30 de dezembro de 1948 (art. 1°, II, letra *d*, e art. 23), para a reserva da Fôrça Pública, por contarem 35 anos de serviço.

A Fazenda do Estado, impugnando os embargos, alegou, preliminarmente, serem novos embargos, por serem segundos embargos; alegou ainda ser nulo o acórdão embargado, por importar segunda decisão de uma controvérsia já decidida em definitivo.

Improcedem essas preliminares.

"Os embargos opostos não são novos embargos. O acórdão embargado não é nulo. Denegado o mandado de segurança impetrado, em julgamento realizado em 21 de outubro de 1949, constante do acórdão de fls. 64, opuseram os impetrantes os embargos infringentes de fôlhas 72, os quais foram recebidos, em parte, pelo acórdão de fls. 121. Este acórdão, o de fls. 121, declarou nulo o julgamento, por falta do *quorum* legal, exigido pelo art. 200 da Constituição federal de 1946, e determinou se procedesse à novo julgamento.

Os impetrantes, oficiais da Fôrça Pública do Estado de São Paulo, por fôrça do disposto na lei estadual número 237, de 30 de dezembro de 1948 (art. 1°, II, letra *d*, e art. 23), foram transferidos para a reserva. Dispõe o art. 1°, II, letra *d*, da, citada lei:

O oficial da Fôrça Pública passa para a inatividade por transferência para a reserva, quando contar 35 anos de serviço".

"Segundo o citado art. 23 da sobredita lei,

Os oficiais e praças que, na data da promulgação da presente lei, já houverem completado 35 anos de serviço, serão prèviamente promovidos ao pôsto imediato e transferidos para a reserva ou reformados, dentro de 30 dias".

"Os impetrantes, ora embargastes, que foram transferidos para a reserva e promovidos ao pôsto imediato, inicialmente declararam, nos embargos opostos, que, anulada a sua transferência para a reserva, não pretendem seja mantida a promoção ilegal, pois pleiteiam a nulidade integral do ato administrativo impugnado, ato êsse indivisível.

"Sustentaram os embargastes que a sua transferência para, a reserva da Fôrça Pública do Estado, por fôrça das citadas disposições da lei estadual número 237, não deve prevalecer, por infringir o art. 91 da Constituição federal de 1946 e os arts. 90 e 91 da Constituição do Estado, êstes aplicáveis à Fôrça Pública, nos têrmos do disposto no art. 107 dessa Constituição.

Decidiu o acórdão embargado não violarem as mencionadas disposições da lei n. 237 a Constituição federal, nem a do Estado de São Paulo. As polícias militares, diz o acórdão, embora fôrças auxiliares e reserva do Exército, gozas

do o seu pessoal das mesmas vantagens atribuídas ao pessoal do Exército, quando mobilizado a serviço da união (Constituição federal, art. 183 e parág. único), não se equiparam às fôrças armadas nacionais, Exército, Marinha e Aeronáutica, que têm organização distinta. Salientou mais o acórdão embargado que, nos têrmos do art. 182, § 6°, da Constituição federal de 1946, aos militares só se aplicam as disposições dos arts. 192 e 193 dessa Constituição e não o art. 191, relativo à aposentadoria dos funcionários públicos. Assentou mais que, cabendo à União legislar sôbre a organização, instrução, justiça e garantias das polícias militares, podendo os Estados apenas legislar supletiva e complementarmente, a passagem dos oficiais das policias militares para a inatividade deve, preferencialmente, ser regulada por lei federal. Como, porém, as leis reguladoras das fôrças armadas da União não se aplicam às policias militares e sendo omissa a lei federal n. 192, de 17 de janeiro de 1936, promulgada na vigência da Constituição federal de 16 de julho de 1934, que dispôs sôbre a reorganização, pelos Estados e pela União, das policias militares, relativamente à transferência para a reserva e à reforma dos militares dessas corporações, podia o legislador estadual preencher a lacuna, suprir a omissão.

Não violam as disposições impugnadas da lei estadual n. 237, decidiu o acórdão, preceito constitucional algum Suprindo o Estado a deficiência da lei federal, legislou supletivamente, dentro da órbita de sua competência.

Salientou mais o acórdão embargado que os impetrantes, ora, embargastes, não foram reformados, mas, sim, transferidos para a reserva. Se a reforma se assemelha à aposentadoria, o mesmo não ocorre com a transferência para a reserva.

A Constituição federal de 1948, artigo 191, dispõe que o funcionário público será aposentado por invalidez e, compulsòriamente, aos 70 anos de idade e, se o requerer, o funcionário que contar 35 anos do serviço. O art. 192 determina seja computado integralmente o tempo de serviço público federal, estadual e municipal, para os efeitos de disponibilidade e aposentadoria. E o art. 193 determina que os proventos da inatividade sejam revistos, desde que se verifiquem determinadas circunstâncias. Reproduziu a Constituição do Estado de São Paulo êsses preceitos da Constituição federal de 1946, em seus arts. 91, 92 e 93.

É certo que, segundo o § 6° do artigo 182 da Constituição federal, aos militares só se aplicam as disposições dos arts. 192 e 193 e não a do art. 191, que especifica os casos de aposentadoria dos funcionários civis. Mas. a Constituição do Estado de São Paulo prescreve em seu art. 107, que são extensivos aos funcionários municipais e, no que fôr aplicável, à Fôrça Pública, os dispositivos do "seu Título IV", onde se encontram os citados arts. 91, 92 e 93.

Contém o referido Título IV da Constituição do Estado de São Paulo preceitos e normas relativos aos funcionários públicos. Decidiu o acórdão embargado que êsses preceitos concernentes à aposentadoria dos funcionários civis não se aplicam aos militares, dada a diferença das funções dêstes e daqueles. E que, assim, a transferência compulsória dos impetrantes, ora embargantes, para a reserva da Fôrça Pública, por fôrça do art. 1°, II, letra *d*, da lei n. 237, ou seja, por haverem completado 35 anos de serviço, não violou princípio constitucional algum.

A cláusula restritiva, contida no artigo 107 da Constituição da Estado de São Paulo – "no que fôr aplicável", "visa apenas esclarecer que entre os preceitos contidos nesse Título IV, alguns, por motivos óbvios, não se aplicam aos militares da Fôrça Pública; excetua tão-só a referida cláusula as normas relativas aos funcionários públicos civis que, por sua natureza especial, não se compadecem com o regime militar. Encerra o referido Título IV, além do artigo 107, 26 artigos, enumerados de 81 a 106. Dêsses artigos, dada a sua natureza, especial, incompatível, com o regime militar, não podem ser aplicados à Fôrça Pública os arts. 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 97, 98, 101, 102, 103, 104 e 106, no total de 14. Se, além dêsses dispositivos especiais, não se aplicarem os demais restantes da ordem geral, entre os quais os arts. 91 e 94, reguladores da aposentadoria, seria disposição inteiramente destituída de sentido e de todo inútil a do art. 107 da Constituição do Estado de São Paulo.

A Constituição do Estado de São Paulo, como alegaram os embargantes, podia mandar aplicar, como o fêz, à Fôrça Pública do Estado as regras gerais concernentes à aposentadoria dos funcionários civis, constantes dos seus artigos 91 a 94.

"Convém ainda salientar que o exame de disposições da anterior Constituição do Estado de São Paulo, a de 16 de julho de 1935, e de lei anterior, disciplinadora da inatividade dos militares da Fôrça Pública do Estado, autorizam conclusão contrária à do acórdão embargado. Assim é que a Constituição do "Estado de São Paulo, de 16 de julho de 1935, expressamente declarou serem extensivas as garantias e vantagens, concedidas aos demais funcionários públicos, aos oficiais da Fôrça Pública (artigo 101).

A lei estadual n. 2.940, de 6 de abril de 1937, reguladora da reforma e da transferência para a reserva dos oficiais que contassem mais de 25 anos de efetivo exercício se fizesse a *pedido*.

É certo, assim, que as disposições, gerais da Constituição do Estado de São Paulo, referentes à inatividade, dos funcionários públicas civis, podem ser invocadas pelos oficiais da Força Pública do Estado.

Em conformidade com o prescrito pelo art. 93 da Constituição do Estado de São Paulo, pode a lei reduzir o limite da, idade ou do tempo do exercício não só para a aposentadoria facultativa como para a compulsória. Contudo, êsse dispositivo, na parte em que abrange a aposentadoria ou inatividade compulsória, por tempo de serviço, não pode ter aplicação aos funcionários civis, nem aos militares. E não pode, porque o art. 191 da Constituição federal de 1946 permite tão-só a aposentadoria por invalidez e compulsòriamente aos 70 anos, ou em idade inferior estabelecida por lei, que atenda à natureza especial do serviço (art. 191, § 4°), e não por tempo de serviço. A aposentadoria por tempo de serviço, nos têrmos do disposto pela Constituição federal, é sempre voluntária. Em declaração de voto que se lê a fls. 50 dê autos, encontra-se a seguinte lição do Sr. desembargador MÁRIO MASAGÃO: "Os casos de aposentadoria do art. 191 da Constituição federal ficaram taxativamente enumerados. Não é possível à lei ordinária da União nem às legislações estaduais aumentar ou diminuir tal enumeração. As únicas alterações das regras do art. 191 permitidas pela Constituição ficaram fixadas no § 4° do artigo. Assim, poderá a lei, atendendo à natureza, especial do serviço, reduzir o limite de 70 anos, para a aposentadoria compulsória, ou o tempo de 30 anos para que o aposentado possa ter vencimentos integrais".

No julgamento do recurso interposto da decisão proferida em mandado de segurança, impetrado por vários delegados de polícia desta Capital, aposentados compulsòriamente, por contarem 35 anos de serviço, o egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu serem infringentes do art. 191 da Constituição federal as disposições da Constituição do Estado de São Paulo e das leis estaduais que estabeleceram a aposentadoria compulsória por tempo de serviço público.

"Existe, inegàvelmente, diversidade manifesta entre as atribuições dos funcionários civis e as dos militares. Mas, a existência dessa diversidade não tira aos militares a qualidade de servidores do Estado, de funcionários públicos, tomada essa expressão no seu sentido amplo, como acentuaram os embargantes.

"Entendeu o acórdão embargado que a situação dos embargantes, transferidos para a reserva da Fôrça Pública do Estado, não se equipara à aposentadoria dos funcionários civis. Êles não foram reformados, salientou o acórdão. A reforma é que se assemelha à aposentadoria. Não há, contudo, diferença substancial entre a situação do militar transferido compulsòriamente para a reserva e a do funcionário público civil aposentado. Ambos ficam privados de suas funções. Tanto os oficiais transferidos para a reserva, como os funcionários públicos civis aposentados, podem reverter para a atividade. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado expressamente permite reverta o funcionário aposentado ao serviço público (art. 80 do dec.-lei estadual número 12.273).

Sendo, como são, contrários aos artigos 91 a 94 da Constituição do Estado de São Paulo e, por via de conseqüência, ao art. 191 e 4° da Constituição federal de 1946, os dispositivos da lei número 237, que estabeleceram a transferência compulsória para a reserva dos oficiais da Fôrça Pública do Estado, com 35 anos de serviço, não neve prevalecer o ato do Poder Executivo, impugnado pelos impetrantes, ora embargantes.

Custas pela embargada".

O apêlo procura se esforçar nas letras *a* e *d* do art. 101, n. III, da Constituição federal. Na letra *a*, por vulneração do artigo 6° da Lei Maior; na letra *a*, por

entrar o venerando aresto em chaças com o que decidiu êste Supremo Tribunal Federal no recurso de mandado de segurança n. 1.404, de Santa Catarina.

Razões a fls. e fls.: (*ler*).

O parecer do Exmo. Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS, DD. procurador geral da República, está a fls. 288, *verbis*:

"O presente recurso extraordinário foi manifestado com fundamento nas letras *a* e *d* do art. 101, n. III, da Constituição federal e visa à reforma do venerando acórdão de fls. 202-210 v., que, recebendo os embargos opostos pelos ora recorridos ao venerando acórdão de fôlhas 126-134 v., que lhes denegara a segurança impetrada, declarou insubsistente o ato do Poder Executivo do Estado que transferiu os impetrantes, oficiais da Fôrça Pública do Estado, nos têrmos do disposto na lei estadual número 237, de 30 de dezembro de 1948 (art. 1°, n. II, letra *d*, e art. 23), para a reserva da Fôrça Pública, por contarem 35 anos de serviço.

Justificando o fundamento na letra *a*, indica a recorrente como tendo sido contrariados pelo venerando acórdão recorrido o disposto no art. 6°, combina lamente com o art. 5°, n. XV, letra *f*, da Constituição federal, que permitem aos Estados legislar supletiva ou com elementarmente sôbre organização instrução, justiça e garantias das policias militares e condições gerais da sua utilização pelo govêrno federal nos casos de mobilização ou de guerra.

Efetivamente, tendo o venerando acórdão recorrido entendido que a aposentadoria por tempo de serviço, nos têrmos do disposto no art. 191, § 4°, da Constituição federal, é sempre voluntária, entendeu serem contrários a tais textos os dispositivos da lei estadual n. 237, de 30 de dezembro de 1948, que permitem a transferência para a reserva dos oficiais da Fôrça Pública quando contarem 35 anos de serviço.

O referido art. 191 da Constituição federal está, porém, compreendido no Título VIII, que trata dos funcionários públicos, enquanto que a aludida lei estadual diz respeito aos oficiais da Fôrça Pública, ou sejam, da Polícia Militar do Estado, estando, assim, compreendidos no Título VII (art. 183 e seu parágrafo único).

A lei estadual n. 237, de 1948, já referida, não pode, pois, ser considerada como contrária à Constituição federal por isso que o dispositivo constitucional indicado como por ela violado é o do artigo 191, que absolutamente não tem aplicação ao caso.

Aliás, convém ressaltar que a Constituição federal dispõe, no art. 6°; que A competência federal para legislar sôbre as matérias do art. 5°, n. XV, letras *b, c, d, f, h, j, l, o* e *r*, não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar".

"E, conseqüentemente, salientar que está compreendida na exceção, da letra *f* do art. 5°, n. XV, acima transcrito, a competência dos Estados para legislarem supletiva ou complementarmente sôbre a organização, instrução, justiça e garantias das policias militares, para concluir que se harmoniza com essas disposições da Constituição federal a do art. 93 da Constituição do Estado de São Paulo, ao estabelecer que,

Atendendo à natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir o limite da idade *ou do tempo de exercício para a aposentadoria compulsória ou facultativa*".

"Dispositivo êsse que, inegàvelmente, se aplica à Fôrça Pública do Estado, por fôrça do disposto no art. 107 da mesma Constituição estadual, *in verbis*:,

São extensivos aos funcionários municipais e, no que fôr aplicável, à Fôrça Pública, os dispositivos constantes dêste Título".

"Na Constituição do Estado de São Paulo, ao contrário do que ocorre na Constituição federal, no título respeitante aos funcionários públicos, há referência expressa aos oficiais da Fôrça Pública do Estado, o que basta para evidenciar que a lei estadual, que a tal respeito podia legislar, em face do disposto no art. 6°, combinadamente com o art. 5°, n. XV, letra *f*, da Constituição federal, contrariados pelo venerando acórdão recorrido, como bem demonstrou, em seu brilhante voto, o eminente desembargador ODILON COSTA MANSO (fls. 206-210).

Hipótese idêntica a em aprêço decidida por êste egrégio Tribunal, no julgamento do recurso do mandado de segurança n. 1.404, procedente do

Estado de Santa Catarina, havendo os eminentes ministros MÁRIO GUIMARÃES, relator, e LUÍS GALLOTTI, com argumentação segura e convincente, demonstrado que os Estados podem legislar, supletiva e complementarmente, como fizeram os Estados de Santa Catarina e de São Paulo, sôbre a organização, instrução, justiça e garantias das polícias estaduais.

E a decisão, então proferida, por unanimidade, está em completa divergência com o venerando acórdão recorrido, como se poderá ver em o "Arq. Judiciário", vol. C, fase. 2, págs. 65-68.

A vista, pois, do exposto, somos pelo conhecimento do recurso, pelos dois fundamentos invocados, e pelo seu provimento, a fim de reformado o venerando acórdão recorrido, ser restabelecido o de fls. 126-134.

Distrito Federal, 27 de outubro de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator); O ilustre Tribunal de São Paulo declarou, em grau de embargos, insubsistente o ato do govêrno do Estado que transferiu para a reserva oficiais da Fôrça Pública com exercício por prazo maior de 35 anos, nos têrmos da lei paulista n. 237, de 30 de dezembro de 1948, art. 1°, n. II,. letra *d*, e art. 23.

A lei estadual encerra êste conteúdo:

"O oficial da Fôrça Pública passa para a inatividade por transferência para a reserva, quando contar 35 anos de serviço".

E pelo art. 23 da lei citada, os oficiais reformados ou transferidos para a reserva, nos têrmos de preceito anterior, serão prèviamente promovidos ao pôsto imediato.

Procedeu-se na forma. Indicada por êsses dispositivas legais. Mas, os oficiais atingidos pelo ato contra êle se irriminaram, rejeitando-lhe a coima de ofensor do art. 191 da Constituição federal e dos arts. 90 e 91 da Constituição do Estado.

Deu-lhes razão o venerando aresto recorrido, pelo fundamento cabedal de que podia, a Constituição de São Paulo mandar aplicar, como o fêz, à Fôrça Pública do Estado as regras gerais que concernem à aposentadoria dos funcionários públicos civis e constam nos seus arts. 91 a 94.

Tornavam-se, destarte, invocáveis pelos oficiais daquela corporação os preceitos dia. Lei Maior do Estado referentes à inatividade dos funcionários públicos civis.

E o art. 93 da Constituição de São Paulo encerra a permissão de reduzir a lei o limite da, idade ou do tempo do exercício, assim para a aposentadoria facultativa como para a compulsória.

Quanto a esta última, é certo descaber às Constituições estaduais ou às leis ordinárias federais encurtar ou dilatar os prazos do art. 191 da Constituição federal.

A transferência compulsória para a reserva de oficiais da Fôrça Pública do Estado, com 35 anos de serviço, é preceito que, no entender do venerando a resto, voga ao arrepio do art. 191, § 4°, da Constituição federal, desmerecendo, as sim, prevalecer o ato do govêrno, nele esforçado, e contra o qual se impetrou o *writ* outorgado no venerando aresto recorrido.

Pela própria natureza dos argumentas despedidos no venerando aresto, não tenho o caso como ajustável à moldura da letra *a* do art. 101, n. III, da Constituição federal.

A meu entender, será excessivo falar, ao propósito do julgamento recorrido, em vulneração da letra mesma dos arts. 5°, letra *f*, n. XV, e 6° da, Constituição federal.

De par, entretanto, com a letra *a*, invocada. foi a letra *d* daquele artigo da Lei Maior, indicando o Estado, como exemplar do dissídio previsto na mencionada letra *d*, a decisão dêste Supremo Tribunal Federal no recurso de mandado de segurança n. 1.404, de Santa Catarina.

O eminente Sr. Dr. procurador geral da República, no parecer de fls., assinala a ocorrência do dissídio, *verbis*:

"Hipótese idêntica a em aprêço foi decidida por êsse egrégio Tribunal, no julgamento do recurso de mandado de segurança n. 1.404, procedente do Estado de Santa Catarina, havendo os eminentes ministros MÁRIO GUIMARÃES, relator, e LUÍS GALLOTTI, com argumentação segura e convincente, demonstrando que os Estados podem legislar, supletiva e complementarmente como fizeram os Estados de Santa Catarina e de São Paulo, sôbre a organização, instrução, justiça e garantias das polícias estaduais.

"E a decisão, então proferida por unanimidade, está em completa divergência com, o venerando acórdão recorrido, como se poderá ver em o "Arq. Judiciário"; vol. C, fasc. 2, págs. 65-68".

Alega-se, contra o conhecimento do recurso na base da letra *d*, com o haver o egrégio Tribunal de São Paulo solvido o caso à luz da Constituição estadual.

E o apêlo extremo, na letra *d*, ocorre apenas quando lavra dissídio entre os tribunais sôbre a interpretação de lei federal.

Mas, a objeção desmerece prosperar, uma vez que se tratou da possibilidade de legislar o Estado sôbre o caso à luz da Constituição federal.

E os dois arestos - o deste Supremo Tribunal Federal e o do egrégio Tribunal de São Paulo - entram em chacal a respeito, o que põe de manifesto o cabimento, pela letra *d*, citada, do apêlo extremo.

Conheço, pois, do recurso. E dou-lhe provimento, guardando fidelidade ao voto que proferi no julgamento de recurso de mandado de segurança n. 1.404, de Santa Catarina, acompanhando com os doutos votos dos eminentes ministros MÁRIO GUIMARÃES e LUÍS GALLOTTI.

Não se enfermam de inconstitucionalidade os preceitos da lei estadual que determinam a transferência para a reserva de oficiais com 35 anos de serviços na corporação.

Se é certo caber à União o poder de legislar sôbre organização, instrução, justiça e garantias das polícias militares e condições gerais da, sua utilização pelo governo federal nos casos de mobilização ou guerra (art. 5°, n. XV, letra *f*), também é certo que essa competência deixa espaço à legislação estadual subsidiária, supletiva ou complementar, como está no art. 6° da Lei Maior.

A Constituição vigente, ao revés do que ocorria nas Cartas políticas de 1937 e 1934, não tornou aquela competência *privativa* da União e, admitiu, expressamente, o subsídio, no caso, da legislação estadual.

Nem serve de objeção insubordinável a êsse asserto a invocação da lei federal n. 192, de 17 de janeiro de 1936, suscetível de alteração por lei estadual que valha como suplemento ou complemento da lei federal sôbre o assunto.

Por outro lado, as fôrças armadas e as policiais obedecem a uma legislação própria.

Os preceitos do Estatuto dos Funcionários apenas podem ser invocados na omissão da lei proposta e quando com ela compatíveis e harmonizáveis.

Não pode ser outro e diferente o sentido do que dispõe o art. 107 da Constituição de São Paulo.

É que a Fôrça Policial constitui *corpo militar*, sujeito, assim, a legislação especial.

Artificial, assim, e adversa ao espírito que ditou o preceito do art. 5°, n. XV, letra *f*, o se considerar no mesmo nível da aposentadoria do funcionário civil a inatividade do militar.

Como se afirmou no venerando aresto proferido no recurso de mandado de segurança n. 1.404, de Santa Catarina, inexiste na Constituição e nas leis da

República disposições que vedem à legislação estadual prescrever normas sôbre a passagem automática de oficiais da Polícia da ativa para a reserva.

Nenhuma dúvida em que a competência do Estado para legislar sôbre o assunto é *supletiva, é complementar, é subsidiária*, é *adminicular*.

À União cabe precìpuamente legislar sôbre organização, instrução, justiça e garantias das policias militares.

Ao Estado, restará trazer para perfeição da lei suprimentos que a não alterem, desfigurando a organização ou debilitando as garantias traçadas na lei principal.

Mas, na lei federal não se depara preceito quanto à transferência discutida.

Demonstrou-o que farte o eminente Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES, no caso aludido (vêde "Arq. Judiciário", volume C, fase. 2, págs. 66-67).

E o argumento derivado da Constituição estadual paulista encontrou no voto do Exmo. S. desembargador ODILON COSTA MANSO, a que, *data venia*, e neste particular, me reporto, confutação cabal.

Nestes têrmos, conheço do recurso pela letra *d* e dou-lhe provimento para, reformando o venerando acórdão recorrido, restaurar o de fls. 126.

DECISÃO

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

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

PRAZO EM DÔBRO - AUTARQUIAS

- O prazo em dôbro só beneficia as autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado.

Serviço de Alimentação da Previdência Social *versus* Adérson Horn Ferro

Rec. ext. n. 20.822 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 20.822, do Distrito Federal, recorrente Serviço de Alimentação da Previdência Social (S.A. P.S.), recorrido Adérson Horn Ferro:

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, 16 de setembro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O caso dos autos reflete-se, em suas linhas principais, no seguinte voto do Exmo. Sr. ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, aceito sem discrepâncias pela 2ª Turma do egrégio Tribunal Federal de Recursos:

"Há, Sr. presidente, uma preliminar de intempestividade da apelação, a qual tem precedência sôbre à preliminar que decorre do agravo no auto do processo. Se reconhecida a intempestividade do apêlo, não se examinará a matéria do agravo.

"A sentença recorrida foi proferida na própria audiência de instrução e julgamento, com a presença das partes, por seus representantes, no dia 19 de junho de 1951 (fls. 75). A apelação, entretanto, foi firmada, despachada e junta aos autos no dia 18 de julho do mesmo ano (fls. 80), 29 dias depois da ciência da sentença. Ora, o prazo em dôbro para recorrer, estabelecido a favor dos representantes da Fazenda Pública no art. 32 do Cód. de Proc. Civil, só foi estendido aos representantes das autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal.descentralizado, conforme expressamente estatui o artigo 1° do dec.-lei n. 7.659, de 21 de junho de 1945. Mas o Serviço de Alimentação da Previdência Social, pôsto que autarquia federal, não foi constituído de patrimônio estatal. O dec.-lei n. 7.719, de 9 de julho de 1945, invocado nas razões do recorrido, realmente esclarece, em seu art. 1°, o seguinte:

"Até que se verifique a incorporação dos bens e serviços do SA.P.S. ao Instituto de Serviços Sociais do Brasil, prevista no n. III do artigo 27 do dec.-lei n. 7.526, de 7 de maio de 1945, a contribuição para o custeio do S.A.P.S., de que trata o art. 5° do dec.-lei n. 3.709, de 14 de outubro de 1941, e fixada na base de 2% sôbre o valor das contribuições de previdência, arrecadadas dos empregados e dos empregadores pelos; Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões".

"Não se beneficia, portanto, o S.A.P.S. das vantagens atribuídas às autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio, estatal, pelo dec.-lei n. 7.659, de 1945. Não conheço, pois, Sr. presidente, da apelação interposta, por extemporânea".

Tomou-se em conseqüência o acórdão de fls. 126:

"Ementa: O Serviço de Alimentação da Previdência Social, não sendo uma autarquia constituída de patrimônio estatal descentralizado, exclusivamente, não se beneficia das vantagens atribuídas a entidades dessa natureza pelo dec.-lei n. 7.659, de 1945, e, assim, não goza da vantagem do prazo em dôbro para o recurso.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 3.246, do Distrito Federal, em que é apelante o Serviço de Alimentação da Previdência Social e apelado Adérson Horn Ferro:

"Acorda a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, em não-conhecer do apêlo, por extemporâneo, de conformidade com as notas taquigráficas em anexo, parte integrante dêste.

Tribunal Federal de Recursos, 23 de janeiro de 1952. - *Alfredo Loureiro Bernardes*, presidente; *João José de Queirós*, relator".

Dai o presente recurso extraordinário suscitado nos têrmos de fls. 128:

"O Serviço de Alimentação da Previdência Social (S.A.P.S.), nos autos da apelação cível n. 3.246, apelante o peticionário, apelado Adérson Horn Ferro, e relator o Exmo. Sr. ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, vem, por seu procurador geral (fls. 56), manifestar recurso extraordinário do venerando acórdão de fls. 126 e pedir seja o recurso processado na forma da lei.

2. O signatário da presente petição foi designado para a defesa, por ato do diretor geral, a quem compete a representação do S.A.P.S. (portaria de fls. 46).

Mas, para prevenir novas alegações Infundadas, exibe mandato judicial (documento junto).

3. O venerando acórdão recorrido foi publicado no "Diário da Justiça" de 29 de janeiro (certidão de fls. 126 v.).

De 1° de fevereiro a 1° de abril foram as férias forenses. Hoje, 8 de abril, é interposto o recurso, no prazo dó art. 864 do Cód. de Proc. Civil.

4. Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, quando a decisão fôr contrária à letra de lei federal (Constituição, artigo 101, n. III, letra *a*).

5. O venerando acórdão recorrido, em grau de apelação e unânime (fôlhas 126), não admite embargos de nulidade e infringentes do julgado (Código de Proc. Civil, art. 833, e dec.-lei número 8.570, de 8 de janeiro de 1946, artigo 1°). Decide, portanto, a causa em última instância.

6. O venerando acórdão recorrido, acolhendo a preliminar do apelado de intempestividade da apelação do ora recorrente, foi contrário à letra de lei federal o dec.-lei n. 3.709. de 14 de outubro de 1941. O caso é típico, portanto, de recurso extraordinário, com fundamento no invocado art. 101; n. III, letra *a*, da Constituição.

7. Com efeito, o dec.-lei n. 3.709, de 14 de outubro de 1941 ("Diário Oficial" de 16 do mesmo mês e ano), artigo 34, dispõe:

"São extensivos ao S.A.P.S. (ao recorrente) os privilégios da Fazenda Pública, quer quanto ao uso dos processos especiais de que esta, goza para cobrança de seus créditos, *quer no concernente a prazos* e regime de custas, correndo, outrossim, as ações de seu interêsse perante os juízes dos Feitos da Fazenda Pública e sob o patrocínio de seus próprios representantes legais".

8. Diante de dispositivo tão peremptório, é que o recorrente, na sua contestação (fls. 35) e na sua apelação (fls. 80), observou o disposto no art. 32 do Cód. de Proc. Civil.

9. O citado dec.-lei n. 3.709, que "reorganiza o Serviço de Alimentação da Previdência Social e dá outras providências", como reza a sua ementa, é lei especial para o S.A.P.S. Não é incompatível com o dec.-lei n. 7.659, de 21 de janeiro de 1945, lei também especial para as outras autarquias, e, assim, não foi revogado por este.

10. "A lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior", declara o art. 2°, § 2°, do dec.-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

11. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES escreve: "A disposição atual, constante do § 2° do art. 2°, que se está comentando, não focalizou o problema, limitando-se a prescrever que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais *a par das já existentes*; não revoga nem modifica a lei anterior". "Ora", - pondera o desembargador SERPA LOPES, - "essa expressão *a par das já existentes* significa tratarem de normas que ficam *a par* das anteriores, quer

dizer, iguais em qualidade e merecimento e que podem atuar lado a lado, sem incompatibilidade" ("Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao "Código Civil", vol. I, n. 24, pág. 61).

12. Não é diversa a lição de EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, nestas palavras: "Como se infere do que acabamos de expor, neste e no número anterior, o que se deve fazer é examinar cada caso, que se apresente, a fim de se verificar se há incompatibilidade, e até onde vai ela, pois, do contrário, a conclusão deve ser pela coexistência de ambas as disposições" ("A Lei de Introdução do Código Civil", vol. 1°, n. 36, pág. 86).

13. Em face do exposto, o recorrente confia que V. Exª considere que é caso de recurso extraordinário e, na forma do art. 865 do Cód. de Proc. Civil, mande abrir vista dos autos sucessivamente ao recorrente e ao recorrido para razões.

"Nestes têrmos.

E, deferimento.

Rio de Janeiro, 8 de abril de 1952. - *Arquibal Estelita Cavalcânti Pessoa*, procurador geral do SA.P.S.".

Razões a fls. e fls.: (*ler*).

Falou, por derradeiro, o Exmo. Sr. Dr. procurador geral, PLÍNIO DE FREITAS TRAVASSOS.

Manifesta-se S. Exª pelo conhecimento e provimento do recurso, *ut* parecer de fls. 160, *verbis*:

O venerando acórdão de fls. 126 não reconheceu ao Serviço de Alimentação da Previdência Social (S.A.P.S.) os privilégios da Fazenda Pública, julgando "intempestiva a apelação interposta às fls. 75, 29 dias após a leitura em audiência da douta sentença de fls. 80.

O recorrente demonstrou, porém, em suas razões de fls. 136-139, que desatendido foi o dec.-lei n. 3.709, de 14 de outubro de 1941, que declara

extensivos ao S.A.P.S. os privilégios da Fazenda Pública, quer quanto ao uso dos processos "especiais de que esta goza para cobrança, dos seus débitos, quer no concernente a prazos e regime de custas.

Opinamos, assim, pelo conhecimento do recurso interposto com fundamento na letra *a* do inciso constitucional e pelo seu provimento, a fim de que se determine ao egrégio Tribunal Federal de Recursos que conheça da apelação interposta às fls. 80 e a julgue como lhe parecer acertado.

Distrito Federal, 26 de junho de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Na contenda de que dão notícia os autos, entre Adérson Horn Ferro e o Serviço de Alimentação da Previdência Social (S.A.P.S.), levou a melhor o primeiro. O juiz, em audiência a que estiveram presentes as partes, julgou a ação procedente, aos 19 de junho de 1951.

Aos 98 de julho seguinte, o vencido apelava.

Alegou o apelado o serôdio do recurso, manifestado a destempo. E a alegação encontrou acolheita no egrégio Tribunal Federal de Recursos, que desaceitou a duplicação do prazo do art. 32 do Cód. de Proc. Civil, ampliado às autarquias pelo dec.-lei n. 7.659, de 21 de junho de 1945.

Reza o citado art. 32:

"Aos representantes da Fazenda Pública, contar-se-ão em quádruplo os prazos para a contestação e em dôbro para a interposição do recurso".

É um privilégio que BATISTA MARTINS procura defender, nestes têrmos:

"Não é, como a muitos se afigura, um privilégio antidemocrático a ampliação do prazo em favor dos advogados da União e dos Estados. As fontes de informação a que têm de recorrer os respectivos procuradores são, em regra, repartições ou departamentos administrativos sujeitas à observância de certas formalidades regulamentais, que retardam, naturalmente, a preparação da defesa dos interêsses daquelas entidades jurídicas. Reduzir os prazos em tais casos, seria impossibilitar a defesa dos interêsses coletivos..." ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, n. 108).

E PONTES DE MIRANDA aceita, ao parecer, essa justificação ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, página 215).

E também PEREIRA BRAGA, pela predominância dos interêsses do Estado neste momento de declínio do individualismo '("Exegese do Código de Processo Civil", vol. III, pág. 275).

JORGE AMERICANO, porém. e LOPES DA COSTA e ZÓTICO BATISTA não aplaudem o dispositivo desnivelador.

O privilégio, porém, não só se manteve como se estendeu, de acôrdo com o art. 1° do dec.-lei n. 7.659, dê 21 de junho de 1945, aos representantes das autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado.

Este o preceito citado:

Aos representantes das autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado, com personalidade de direito público, fica estendido o benefício do art. 32 do dec.-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Cód. de Proc. Civil), de que gozam os representantes da Fazenda Pública".

Entretanto, o mandamento legal não foi ofendido, no caso dos autos, uma vez que o Serviço de Alimentação da Previdência Social não foi constituído exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado (art. 1, do dec.-lei n. 7.719, de 9 de julho de 1945).

E em obséquio à exigência aludida, já esta 2ª Turma, em acórdão de que fui relator, não reconheceu o privilégio de que se trata ao Instituto do Açúcar e do

Álcool (*in* ALEXANDRE DE PAULA, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência.", vol. I, 4° suplemento, pág. 49).

O recorrente mesmo indica outro preceito legal como o vulnerado pelo venerando aresto.

E o art. 34 do dec.-lei n. 3.709, de 14 de outubro de 1941, *verbis*:

"São extensivos ao S.A.P.S. os privilégios da Fazenda Pública, quer quanto ao uso dos processos especiais de que esta goza para cobrança de seus créditos, *quer no concernente a prazos* e regime de custas, correndo, outrossim, as ações de seu interêsse perante os Juízos dos Feitos da Fazenda Pública e sob o patrocínio de seus próprios representantes legais".

O texto é suficientemente claro no exprimir a ampliação do privilégio.

Dá-se, porém, que é êle anterior à lei aplicada, ao art. 1° do dec.-lei n. 7.659, de 1945, que restringiu a ampliação às autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado, o que exclui o recorrente.

Tudo, pois, se abaliza num problema de subsistência ou revogação da lei anterior, sendo, ao cabo de contas, vulnerado o princípio de que a lei especial não se revoga pela lei geral posterior.

E tudo dependeria na verificação dessa ofensa, em exame de compatibilidade ou incompatibilidade da lei nova com a antiga, mediante sondagens mais ou menos profundas da *mens legis* (vêde OSCAR TENÓRIO, "Lei de Introdução", página 55; SERPA LOPES, "Lei de Introdução", vol. I, pág. 60, e ESPÍNOLA-ESPÍNOLA FILHO, "Lei de Introdução", volume I, pág. 36).

O caso é, assim, de interpretação, que, de fora parte o êrro ostentoso e flagrante, não rende ensejo ao apêlo extremo.

Em caso semelhável ao dos autos, tirado a lume nas razões do recorrido, assim o manifestei.

Reiterando êsse entendimento, deixo, preliminarmente, de conhecer do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, peço licença para divergir de V. Exª.

A autarquia é um desenvolvimento da administração pública que, para maior comodidade e eficiência, se destaca a fim de realizar seus objetivos. Se a Fazenda Pública goza de privilégio assegurado em lei, entendo que êste privilégio deve ser estendido a ela.

Conheço do recurso e lhe dou provimento, nos têrmos do parecer do Dr. procurador geral da República.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, estou de acôrdo com V. Exª.

A decisão impugnada entendeu que o dec.-lei n. 3.709, de 14 de outubro de 1941, não subsistia, em face do que dispusera o dec.-lei n. 7.659, de 1945, que restringiu o benefício estipulado no art. 32 do Cód. de Proc. Civil às autarquias, isto é, às entidades que são seções descentralizadas do patrimônio público.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram, preliminarmente, e contra o voto do Sr. ministro ROCHA LAGOA, de conhecer do recurso.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - EFETIVAÇÃO - CADUCIDADE DE CONCURSO

- Não há caducidade de concurso pelo fato de não se realizar na época marcada Inicialmente.

Impetrante: Samuel Sabat

Mand. de seg. n. 1.281 - Relator: MINISTRO LUIS GALLOTTI - Ac. do Supremo Tribunal Federal, em 7 de junho de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.539)

*

IMPÔSTO - BENS PÚBLICOS SOB REGIME DE AFORAMENTO

- Os bens dados em aforamento a particulares, pela União, são tributáveis pelos Estados e Municípios.

Municipalidade de São Paulo **versus** Associação Comercial de São Paulo

Rec. est. n. 14.193 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.540)

*

IMPÔSTO DE INDÚSTRIAS E PROFISSÕES - IMPÔSTO DE LICENÇA - INCONSTITUCIONALIDADE

- É inconstitucional o impôsto municipal de licença cobrado como simples majoração do imposto de indústrias e profissões; é igualmente Inconstitucional o imposto de indústrias e profissões cobrado no Estado do Maranhão sobre movimento comercial.

Química Bayer Ltda. **versus** Estado do Maranhão e outro

Rec. ext. n. 6.175 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime do Supremo Tribunal Federal, em 30 de junho de 1950.

(Arq. da REVISTA FORENSE" - Cív. 8.541)

*

PODER DE POLÍCIA - PROIBIÇÃO DE ENTRADA EM REPARTIÇÃO PÚBLICA

- Nas repartições públicas cabe ao respectivo chefe, no exercício do poder de policia, zelar pela boa ordem e decoro internos, podendo vedar o ingresso nelas de pessoas indisciplinadas.

Impetrante: Sebastião de Andrade

Rec. de mand. de seg. n. 1.316 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO - Ac. do Supremo Tribunal Federal, em 26 de julho de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE - Cív. 8.542)

*

ATOS ADMINISTRATIVOS - REVOGAÇÃO

- A revogabilidade é um dos característicos dos atos da administração; não deve, entretanto, ser ela exercida sem as limitações impostas pela carência de imprimir estabilidade às decisões governamentais.

Impetrantes: Napoleão Godinho e outro

Rec. de mand. de seg. nº 1.135 - Relator: MINISTRO ANÍBAL FREIRE - Ac. unânime do Supremo Tribunal Federal, em 5 de junho de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE - Cív. 8.543)

*

ISENÇÃO FISCAL - TRANSFERÊNCIA DE IMPÔSTO

- A isenção dada pelo Estado, quando o impôsto lhe pertencia, não prevalece se a Constituição federal o transferiu para o Município.

Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais **versus** Prefeitura Municipal de Belo Horizonte

Rec. ext. n. 4.458 (embs.) - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime do Supremo Tribunal Federal, em 24 de agôsto de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.544)

*

ISENÇÃO FISCAL - BANCO DO BRASIL

- O Banco do Brasil não goza de isenção tributária no que se entende com a sua atividade de estabelecimento bancário, distinta da que exerce por delegação do poder público.

Banco do Brasil, S. A. **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Rec. ext. n. 13.698 (embs.) - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. do Supremo Tribunal Federal, em 24 de agôsto de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.545)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ACUMULAÇÃO REMUNERADA - DISPONIBILIDADE

- Para que a funcionário possa invocar o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é necessário que estivesse efetivamente

acumulando cargos ou funções públicas, à época do advento da Constituição de 1937; quem apenas exercia uma função e deixou-a, posteriormente, em troca de outra, não pode socorrer-se daquele preceito.

Aníbal Bruno de Oliveira Firmo **versus** Estado de Pernambuco

Rec. ext. n. 17.024 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA - Ac. da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federai, em 17 de novembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.546)

*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - LEI OFENDIDA

- A citação da lei ofendida é de rigor, no recurso extraordinário, desde que, na sua interposição, não esclareça em que consistiu a violação da lei.

Vanderlei Teixeira da Silva **versus** Iraci Teixeira Batista

Ag. n. 15.190 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 23 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.547)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - VENCIMENTO - REMUNERAÇÃO

- A situação do funcionário não é contratual, mas legal ou regulamentar, alterável de acôrdo com a conveniência pública.

- Não se nega ao Estado o direito de reduzir, vencimentos de funcionários, mas impõe-se-lhe o reconhecimento de um motivo de interêsse público e que a medida tenha um caráter geral e impessoal.

António Coutinho de França e outros **versus** Estado da Bahia

Rec. ext. n. 16.421 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA - Ac. unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 10 de abril de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.548)

*

MILITAR - PROMOÇÕES ACUMULADAS - PASSAGEM A INATIVIDADE - VANTAGENS

- E possível a acumulação de promoções de militares, ao passarem à inatividade, quando fundadas em leis especiais.

Impetrantes: Euclides Sarmento e outro

Mand. de seg. n. 1.703 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA - Ac. do Supremo Tribunal Federal, em 2 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.549)

*

MAGISTRADO - PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE - RECUSA

- A recusa de indicação do magistrado mais antigo, de última entrância, para promoção, exige 3/4 dos votos da totalidade dos desembargadores que efetivamente integram o Tribunal de Justiça.

Recorrente: Dr. Afonso Ribeiro de Sena

Rec. de mand. de seg. n. 1.282 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime do Supremo Tribunal Federal, em 21 de dezembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.550)

*

DESAPROPRIAÇÃO - DEPÓSITO PRÉVIO

- Ao dispor, sôbre o depósito prévio não teve a lei em vista a exata cobertura do desfalque patrimonial imposto ao particular como o teve a Constituição ao cogitar do pagamento, mas tão-sòmente obrigar a administração a uma contraprestação que, embora provisória retire à medida excepcional o caráter de gratuidade.

Dr. Lucilo Borges Santana e outros **versus** Prefeitura Municipal de Vitória

Rec. de mand. de seg. n. 1.368 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. do Supremo Tribunal Federal, em 9 de novembro de 1960.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.551).

*

DESAPROPRIAÇÃO - INDENIZAÇÃO - LUCROS CESSANTES

- Os lucros cessantes, decorrentes da paralisação da indústria do expropriado, durante a mudança de suas instalações, não se computam no cálculo da indenização.

Cia. Calçado Bordalo **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Rec. ext. n. 17.421 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 10 de novembro de 1960.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.552)

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - VALOR DOS BENS

- E admissível, para o efeito de pagamento do impôsto de transmissão de propriedade inter vivos, o valor dos bens à época da escritura de promessa de compra e venda, desde que a definitiva seja outorgada ao primitivo compromissário.

Estado, de São Paulo **versus** Marum Nassar

Ag. n. 14.610 - Relator: MINISTRO LUIS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 4 de janeiro de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.553)

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - CONCURSO - NOMEAÇÃO - DIREITO ADQUIRIDO

- A organização do serviço público é de natureza legal ou regulamentar, podendo ser modificada ou suprimida, sem ofensa ou injúria a direito adquirido.

- A aprovação em concurso, por ai só, não caracteriza direito adquirido à nomeação.

Albertina Barbosa Gondim **versus** Estado do Ceará

Rec. ext. n. 16.398 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 19 de junho de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.554)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO – APROVEITAMENTO - REGULAMENTAÇÃO DA LEI

- Não tem o funcionário direito a imediato aproveitamento, assegurado em lei, quando esta depende de regulamentação.

Impetrante: Iraci José Gomes

Mand. de seg. n. 1.275 - Relator: MINISTRO MACEDO LUDOLF - Ac. do Supremo Tribunal Federal, em 27 de setembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.555)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - REINTEGRAÇÃO - DESTITUIÇÃO DO OCUPANTE DO CARGO

- Na reintegração do funcionário, por sentença judicial, o ocupante do cargo é destituído de plano, sem direito a indenização.

Impetrante: Álvaro José de Lima Costa

Mand. de seg. n. 1.416 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA - Ac. unânime do Supremo Tribunal Federal, em 30 de maio de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.556)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - EQUIPARAÇÃO E REDUÇÃO DE VENCIMENTOS - PRECEDENTES JUDICIÁRIOS

- O funcionário público não tem direito adquirido a uma equiparação de vencimentos em caráter permanente e irrevogável.

- Ao poder público cabe a faculdade de regular o pagamento dos funcionários da maneira que julgar adequada à função e conveniente ao serviço.

- Os precedentes judiciários não vinculam.

César Régulo Valdetaro e outros **versus** União Federal.

Ap. n. 7.447 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. da Supremo Tribunal Federal, em 20 de dezembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.557)

*

PROFESSOR - REMOÇÃO COMPULSÓRIA

- A remoção compulsória de professor, sendo uma penalidade, de acordo com a lei, local, não pode ser aplicada sena dar ensejo ao interessado de se defender no processo instaurado para êsse fim.

Clarice de Magalhães Castro **versus** Estado de São Paulo

Mand. de seg. n. 1.373 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA - Ac. do Supremo Tribunal Federal, em 29 de dezembro de 1950.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.558)

*

MAGISTRADO - CARREIRA - PROVIMENTO INICIAL - JUÍZES SUBSTITUTOS

- Na magistratura do Estado de Minas Gerais o cargo da juiz de direito, constituindo o inicial da carreira, posto sejam também vitalícios os juízes municipais, sòmente mediante concurso de provas pode ser preenchido, de acordo com o preceito constitucional.

Recorrente: Dr. Marcial Paiva

Mand. de seg. n. 1.315 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA - Ac. unânime do Supremo, Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.559)

*

INVENTARIANTE - LEGITIMIDADE PROCESSUAL - COMPETÊNCIA

- A capacidade processual do inventariante não exclui a dos herdeiros, na defesa dos bens do espólio.

- A competência do foro do inventário se estende às ações relativas a imóvel do espólio.

Genuíno de Assis Magalhães e sua mulher **versus** Camilo Inácio de Avelar e sua mulher

Rec. ext. n. 19.805 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 10 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.560)

*

CÓDIGO DE MINAS - AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA E DE LAVRA - PREFERÊNCIA DO PROPRIETÁRIO DO SOLO

- O direito de preferência do proprietário do solo deve ser exercido por ocasião da autorização da pesquisa, pois o direito de lavra decorre da aprovação do relatório de quem fizer a pesquisa, não sendo licito o reconhecimento da preferência depois da pesquisa feita.

Impetrante: Celmis Bica

Mand. de seg. n. 1.198 -. Relator: MINISTRO EDGAR COSTA - Ac. unânime do Supremo Tribunal Federal, em 11 de abril de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.561)

Tribunal Federal de Recursos

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESTRADAS DE FERRO – CONCORRÊNCIA DE CULPA

- Tratando-se de responsabilidade civil das estradas de ferro, não se admite compensação de culpas.

Amaro Barbosa *versus* Estrada de Ferro Central do Brasil

Ap. n. 2.973 - Relator: MINISTRO CÂNDIDO LÔBO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 2.973, de São Paulo, em que são recorrentes o juiz *ex oficio*, Amaro Barbosa e a Estrada de Ferro Central do Brasil e apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, em dar provimento á apelação de Amaro Barbosa, excluída a compensação de culpas, e fixar os honorários de advogado em 20% sôbre as verbas da condenação, reconhecendo ainda ao apelante Amaro o direito aos seus ganhos por inteiro nos dois meses e meio que se seguiram ao evento danoso, tudo na conformidade dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 3 de setembro de 1952. - *Alfredo Bernardes*, presidente; *Cândido Lôbo*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente. A sentença apelada a fls. 81 declara que a ação foi proposta porque o autor sofreu acidente ferroviário quando tomava um comboio da ré resultando daí ter-lhe sido amputado o braço

esquerdo acima do cotovelo, após internação de Hospital de Clínicas. O fato passou-se em São Paulo e com a Estrada de Ferro Central do Brasil.

Apreciando a prova constante dos autos, o Dr. CANTIDIANO GARCIA DE ALMEIDA julgou, em parte, procedente a ação afim de condenar, como condenou a ré, a entregar ao autor, enquanto viver, a pensão de Cr$ 750,00, a começar da data do acidente, 14 de setembro de 1949, inscrevendo-o na fôlha de beneficiários ou oferecendo títulos a garantir o pagamento, juros da mora, honorários de advogado e custas em proporção, recorrendo *ex officio* (fls. 84).

O autor apelou, em parte, para o fim de ser excluída a sua culpa, reconhecida pela sentença apelada, que a dividiu com a ré, também para que sejam computados seus ganhos anteriores ao acidente, mandar que se considere a percentagem da Incapacidade que foi apurada pelo perito, incluir na condenação os dois meses e meio que ficou impossibilitado de trabalhar e, finalmente, para que os honorários do advogado sejam desde logo fixados em 20%.

A ré também apelou, a fls. 94, sustentando a improcedência da ação e a douta Subprocuradoria Geral opinou, a fls. 120, pela preponderância das razões da apelação da ré, esperando a decretação da reforma da sentença e da total improcedência da ação.

É o relatório, Sr. presidente.

Ao Sr. ministro revisor.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO (relator): Sr. presidente. A sentença demonstra que o passageiro, autor, após ter adquirido o respectivo bilhete, ao tomar o comboio na estação de Guaianases, escorregou, caiu e conseqüentemente foi alcançado pelas rodas do trem, que saía bruscamente da estação, tendo que ser amputado o seu braço esquerdo. O maquinista foi absolvido no juízo criminal, pois que o passageiro embarcara do lado oposto ao normal. A culpa é presumida, mas abate-se 50% do reparo havendo

concorrência, e essa foi admitida pelo julgado apelado em face da prova dos autos.

Resta examinar a cifra da condenação e essa, pela prova feita, corresponde justamente a Cr$ 3.000,00 mensais. O cálculo da sentença foi feito de acôrdo com o art. 912 do Cód. de Processo, pois que as mensalidades atrasadas foram desde logo mandadas pagar de uma só vez, e os honorários em Cr$ 12.000,00.

O autor era motorista na estação de Poá, perto de São Paulo. A prova de seus ganhos foi totalmente testemunhal.

Em face das condições em que se verificou o acidente, impossível, ao meu ver, excluir a compensação de culpa, pois que o trem estava sendo observado pelo maquinista no sentido normal, isto é, em relação ao lado da entrada e saída dos passageiros e não do lado oposto, por onde entrou o autor, o que não exclui o cuidado de ser observado também êsse lado, o que não fêz o maquinista, porém a presunção no caso dos autos surge paralela com a compensação de culpa, decretada pela sentença apelada e que ratifico.

Entretanto, os ganhos integrais do autor, durante os dois meses e meio em que estêve hospitalizado, é justo que sejam mandadas satisfazer, não só pela prova irrecusável como, também, porque, com seis filhos menores e pobre, aquela cifra amolda-se perfeitamente ao critério indenizatório que deve presidir à apuração do *quantum*. Igualmente quanto aos honorários, aumento a condenação de 15% para 20%, de acôrdo com a jurisprudência e atendendo ao pequeno montante da condenação e ao esfôrço empreendido pelo advogado no processo em questão; que vale mais do que os Cr$ 12.000,00 fixados na sentença.

As demais pretensões da apelação do autor não se justificam e nem têm a ampará-las para-las a prova dos autos, que foi bem dosada pela sentença apelada.

Isto pôsto, o meu voto é no sentido de dar provimento em parte ao recurso do autor, para o fim de determinar sejam incluídos na condenação os dois meses e meio por inteiro, de ganhos que tinha êle depois do evento e que deixou de auferi-los pela total impossibilidade de trabalhar, e determinar, outrossim, a

aumento dos honorários para a taxa de 20%, negando provimento à apelação interposta pela ré.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (revisor): Sr. presidente, a sentença fundamentou-se na presunção de culpa contratual decorrente de texto da lei n. 2.681, de 1912. Ora, partindo do pressuposto de 'culpa contratual, - e nesse ponto ponho-me sob o manto protetor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, - não admito a concorrência de culpa porque a culpa contratual de que socorre a responsabilidade da Estrada, no caso de acidentes em passageiros que se utilizem de suas linhas, exclui a possibilidade da culpa concorrente, a Estrada responde.

No caso, o passageiro, ao tomar o trem pelo lado oposto, teria sido acidentado; no processo judicial foi verificada a importância a que faria jus normalmente, orçando esta em Cr$ 3.000,00 mensais. O juiz, considerando a concorrência de culpa - embora se tratasse, repito, de culpa contratual - dividiu-a ao meio, citando, também, acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que teria sido admitida essa concorrência, da lavra de FILADELFO AZEVEDO. Não entendo assim. Entendo que no caso de culpa contratual; ou a culpa é da estrada, ou exclusivamente do passageiro, e o que a lei de 1912 considera é que só se admite a não-responsabilidade da Estrada provada a culpa exclusiva do passageiro.

Assim, dou provimento ao recurso de Amaro Barbosa, tão-sòmente para considera-lo com direito à pensão de Cr$ 1.500,00.

Quanto ao mais, estou de acôrdo com o Sr. ministro relator, inclusive com relação aos juros da mora que a sentença aplicou na forma da lei n. 1.163, de junho de 1950.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: *Data venia*, acompanho o Sr. revisor.

Diz o art. 17 do dec. n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912:

"As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem 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".

Vê-se, por êste dispositivo, que a culpa contratual é presumida, tôda da estrada, e só se exclui nestas hipóteses: caso fortuito, ou fôrça maior - o que não ocorreu - ou, então, culpa do viajante. Mas, besta segunda hipótese, não concorrendo culpa da estrada.

Ora, concorrendo culpa da estrada, mesmo que haja alguma da parte do viajante, a responsabilidade é tôda daquela.

Assim, *data venia*, acompanho o revisor.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, deram provimento à apelação de Amaro Barbosa, para condenar a Estrada de Ferro Central do Brasil a Cr$ 1.500,00 mensais, excluída a compensação de culpas, contra o voto do Sr. ministro relator, que confirmava a sentença apelada nesta parte. Quanto aos honorários, fixou-se o pagamento dêles em 20%, contados sôbre as verbas da condenação. Resolveu, ainda, o Tribunal, cuidando da apelação de Amaro Barbosa, em atendê-la ainda, na parte em que reclama os seus ganhos, por inteiro, nos dois meses e meio seguintes ao evento danoso.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

_____

COMENTÁRIO

Com a devida vênia, discordamos da opinião vencedora no venerando acórdão **supra**. O que a lei n. 2.681 diz não é que a culpa do transportador ferroviário exclui a culpa da vítima. Em nenhum passo da lei se encontra base para essa afirmativa. O que nela se pode ler é que a culpa da vítima não exclui a responsabilidade do transportador, salvo quando exclusiva. São coisas diferentes, que têm sido confundidas, como aconteceu na decisão ora comentada. A sentença de primeira instância julgou bem. A culpa, concorrente da vítima não exclui a responsabilidade da estrada, mas influi na fixação da reparação. Não se veja, ai, negação do princípio fixado na lei, mas afirmação do princípio geral de responsabilidade segundo o qual cada um deve suportar as conseqüências da sua própria culpa. As duas teses são perfeitamente conciliáveis e seu maior serviço, quando aplicadas conjuntamente, está em não permitir a injustiça de lucrar alguém com a sua culpa.

José de Aguiar Dias, juiz no Distrito Federal.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITOS PATRIMONIAIS

- Não cabe mandado de segurança na reivindicação de direitos patrimoniais puros.

Requerente: Edmundo Teixeira Pontes

Mand. de seg. n. 1.708 - Rel.: MINISTRO CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n. 1.706, de São Paulo:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, na conformidade das notas taquigráficas *retro*, por maioria, em negar a ordem.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 14 de julho de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente; *Cunha Vasconcelos*, relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Edmundo Teixeira Pontes foi aposentado nos têrmos do art: 198, item IV, do Estatuto, na classe "G" de escriturário, do Quadro III do Departamento dos Correios e Telégrafos. Surgiu posteriormente à sua aposentadoria a lei n. 1.050, de 1950, que mandou reclassificar e reajustar os proventos dos inativos, que submetidos a novo exame de saúde não pudessem retornar à atividade. Disse então a lei: (*ler fls. 4*). O impetrante, que teve o seu laudo de inatividade confirmado, pediu o reajustamento, alegando que pela lei n. 1.229, de 1950, a sua carreira teria sido reestruturada, beneficiando-se êle, portanto, do disposto no parág. único do art. 4° acima citado. Tal pretensão lhe foi indeferida não obstante alegar o impetrante que seus colegas que o antecediam e sucediam na classe, sendo êle o número 195 e os outros 194 e 196, respectivamente, haviam sido beneficiados, porque na atividade, daquela reestruturação. Citou ainda o caso de outro funcionário inativo e que fôra beneficiado tal como o pretendia o impetrante. O despacho do ministro da Viação que lhe negou o pleiteado foi publicado no "Diário Oficial" de 15 de março de 1952 (fls. 14), e a impetração ingressou neste Tribunal aos 13 de maio, menos de dois meses depois.

Solicitei informações ao ministro da Viação, que me prestou as que se encontram de fls. 28 a 33. A Subprocuradoria Geral opinou a fls. 35, nestes têrmos: (*ler*).

Requisitei a certidão pedida pelo interessado no Ministério da Viação, vindo aos autos a que se encontra de fls. 41-42, cujo inteiro teor é o seguinte: (*ler*).

Determinei nova audiência da Subprocuradoria Geral que assim se manifestou: (*ler fls. 46*).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, defiro a segurança. O que há, no caso, é ó seguinte: a própria administração insurge-se contra a letra do dec. n. 28.140, de 15 de maio de 1950, que regulamentou a lei n. 1.050, também de 1950, art. 4°, assim concebido (fls. 4):

"Se o laudo médico do Serviço de Biometria Médica concluir pela incapacidade do inativo, terá êste os seus proventos reajustados aos vencimentos ou salários atuais, na base do cargo ou da função que ocupava quando aposentado.

Parág. único. Serão computados no reajustamento de que trata o artigo os aumentos de vencimentos ou salários provenientes de reclassificação, reestruturação ou fusão de cargos e funções, carreiras e séries funcionais".

O Ministério da Viação indeferiu o pedido feito pelo impetrante, fundando-se na circunstância, - aliás demonstrada não existir nestes autos, com a certidão que acabei de ler ao Tribunal, - de que não teria havido reestruturação na carreira que êle ocupava. E que, não havendo a reestruturação, existindo cargo da letra "G" em todo o Ministério, êle não se beneficiaria dêsse parág. único. Ora, a certidão que acabo de ler ao Tribunal demonstra o seguinte: todos foram reestruturados, sem exceção, passando-se a carreira do quadro permanente para o suplementar, com a circunstância de que os funcionários que o antecediam e que o sucediam na carreira, em razão dessa reestruturação que a lei manda computar, foram reestruturados automàticamente um na classe "K" e outro na classe "I", enquanto que o impetrante, que padece de moléstia incurável, continua com o padrão "G". E mais, a própria certidão informa que, tivesse sido mantido o impetrante no cargo na atividade, automàticamente passaria êle a "K", de sorte que, liquido e certo o seu direito, defiro a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Acho que se trata de um mandado de segurança requerido para efeito de benefício de ordem patrimonial, exclusivamente. O suplicante não tem uma situação ativa no quadro do funcionalismo público Foi aposentado. Entende que a sua aposentadoria teria

sido dada em letra inferior à que êle merece. Quer o mandado de segurança para que se eleve o padrão.

Creio que isso escapa ao âmbito do mandado de segurança, que tem como condição *sine qua non* a executoriedade do ato contra o qual se insurge o impetrante. Aqui, o mandado teria efeito exclusivamente de caráter material. Ele não alega que tem direito ao exercício dessa função, que há um ato que o prive de exercê-la.

Sr. presidente, *data venia*, entendendo que o caso não é de mandado de segurança, e porque não foi proposta qualquer preliminar, nego a ordem.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Estou de acôrdo com o Sr. ministro relator. Parece-me clara a situação de liquidez do direito, principalmente levando-se em consideração a certidão a que se referiu o Sr. ministro relator.

Concedo o mandado, Sr. presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Nego a segurança impetrada. Nada vejo de exorbitante no ato impugnado. A lei n. 1.050, de 1950, não mandou promover inativos, onde confirmada, pelo Serviço de Biometria Médica, a incapacidade. Deu-lhes, e só, atualização de vencimentos. Conferiu-lhes os novos vencimentos do cargo em que aposentados. E o que deflui do parág. único do art. 4° da mesma. Ao impetrante, que percebia Cr$ 900,00, padrão "G" da data em que aposentado, passou-se a pagar, por fôrça da lei n. 1.050, Cr$ 2.170,00, padrão "G" de hoje. Pretende êle promoção de várias letras na aposentadoria. Procurou, para conseguir, caminho errado, o do mandado de segurança. Porta errada a do Judiciário. Juiz não aumenta vencimentos, não promove funcionário. Quem pode aumentar vencimentos é o Parlamento, mediante iniciativa do Poder Executivo. Quem promove é o Poder Executivo, nos casos expressos em lei, havendo vaga.

VISTA

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento por ter pedido vista o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, após terem votado os Srs. ministros relator e MOURÃO RÚSSEL, concedendo o mandado, e CUNHA VASCONCELOS e DJALMA DA CUNHA MELO, negando-o. Aguarda para votar o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO.

Não compareceu, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: A lei n. 1.050, de 3 de janeiro de 1950, preceitua, no seu art. 1°, que às proventos da inatividade dos servidores públicos civis e militares, atingidos de moléstia grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, serão reajustados aos vencimentos da atividade da respectiva categoria, padrão ou pôsto. Isso implica em dizer que os referidos inativos da categoria, padrão ou pôsto X perceberão remuneração igual à dos vencimentos pagos aos servidores em atividade pertencentes à mesma categoria, padrão ou pôsto X.

Sustenta, porém, o impetrante que o seu direito não está limitado ao reajustamento aludido, ou seja, o de ganhar, como serventuário inativo classe "G" da carreira de escriturário, importância igual à percebida pelos serventuários da ativa classe "G" da mesma carreira de escriturário. Vai mais longe, eis que o art. 4°, parág. único, do dec. n. 28.140, de 19 de maio de 1950, que regulamentou a citada lei n. 1.050, garantiu aos inativos por doença o reajustamento dos proventos da aposentadoria aos vencimentos atuais, na base do cargo ou função que ocupava quando aposentado, computando-se nesse

reajustamento os aumentos de vencimentos provenientes de reclassificação, reestruturação ou fusões de cargos e funções, carreiras e séries funcionais. E, conclui o impetrante: tendo a lei n. 1.229, de 13 de novembro de 1950, reestruturado tôdas as carreiras do Departamento dos Correios e Telégrafos, essa reestruturação se reflete sobre sua aposentadoria compulsória, eis que os antigos escriturários passaram a "auxiliares administrativos", com acessos automáticos, que os transferiu da classe "G" para a classe "K".

Parece-me que improcede o sustentado pelo impetrante. Não há dúvida de que os antigos escriturários classe "G", do Quadro III, Parira Permanente, do Ministério da Viação e Obras Públicas (que era o cargo ocupado pelo impetrante quando na atividade), passaram a auxiliares administrativos do mesmo Quadro, Parte Suplementar. Todavia, os ditos funcionários não foram beneficiados, econômicamente, pela reestruturação, pois suas transferências, de uma carreira para outra, se fizeram na mesma classe ou padrão (veja-se a Tabela XXIV da lei n. 1.229, que assim especifica: Situação atual: escriturário classe "G". Situação nova: auxiliar administrativo classe "G").

O fato de colegas do impetrante, que o antecediam e o sucediam na ordem de antiguidade, terem sido reestruturados nas classes "I" e "K" em nada aproveita à situação do mesmo impetrante, porque aquelas reestruturações operaram-se por fôrça do art. 24 da precitada lei n. 1.229, que só beneficia os funcionários que se encontravam em atividade na data em que entrou em vigor a referida lei, não se aplicando, pois, aos aposentados. A lei n. 1.050, de 3 de janeiro de 1950, visou, apenas, conforme esclarecem as informações, à atualização dos proventos em correspondência com o atual padrão de vencimentos. Assim, quem em 1942 se aposentou no padrão "G", com os vencimentos de então, Cr$ 900,00, passará, pela lei n. 1.050. a receber pelo padrão "G" atual, ou sejam Cr$ 2.170,00. Pretender, porém, como pretende o impetrante, passar do padrão "G" para o "K", porque essa passagem se teria verificado caso êle estivesse na atividade, como se verificou com relação aos colegas que o antecediam e sucediam na ordem da antiguidade, parece-me pretensão desapoiada em lei, eis que o citado art. 4° do decreto n. 28.140, de 19 de maio de 1950, não determina, como bem salienta o despacho impugnado, sejam levadas em consideração, para o efeito de concessão dos benefícios da referida lei, as promoções que o aposentado poderia obter, caso estivesse na atividade, e, sim, os aumentos de vencimentos ou salários provenientes de reclassificação ou

fusão de cargos e funções, carreiras e séries funcionais. Como já ficou demonstrado, a reestruturação do cargo de escriturário em auxiliar administrativo não trouxe aumento de vencimento, visto como o escriturário padrão "G" passou a auxiliar administrativo padrão "G". Pelo exposto, indefiro o pedido de segurança, pondo-me, assim, de acôrdo com o voto proferido pelo Sr. ministro CUNHA MELO.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, a situação ficou, assim, vamos dizer, rememorada, porque foi Interrompida na sessão passada e iniciada agora pelo voto do Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, no sentido de que o que o impetrante deseja é uma equiparação de vencimentos, por isso que êle estava, quando aposentado por moléstia contagiosa, no padrão "G", e seus Colegas de padrão "G", devido a uma reestruturação nos Correios, tinham sido promovidos a oficiais administrativos. S. Exª, salientou que êsses, a que alude o impetrante, continuaram, não obstante sua promoção a oficiais administrativos, com o mesmo padrão "G". Se êsse padrão "G", de oficiais administrativos, fôsse maior que o padrão "G" a que alude o impetrante, eu daria o mandado, mas, se ambos são da mesma letra, concludentemente correspondem aos mesmos vencimentos.

Não vejo direito líquido e certo e, portanto, acompanho os votos dos Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS, DJALMA DA CUNHA MELO e ALFREDO BERNARDES.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, contra os dos Srs. ministros relator e MOURÃO RÚSSEL, negaram a segurança impetrada.

Não tomaram parte no julgamento, por motivo justificado, os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

COMENTÁRIO

I. Sabidamente há uma forte corrente de doutores que não simpatizam com a publicação de notas estenográficas, em sucedâneo aos acórdãos redigidos apenas pelo relator, em que se permitia no máximo que após o fecho quem quisesse lançasse votos discrepantes escritos. Ao ver dêsses impugnadores, o atual sistema - embora economize tempo e trabalho aos ministros - traz duns desvantagens, qual a de retirar unidade ao julgado superior e a de freqüentemente conduzir a uma nociva taramelagem.

A essas duas clássicas objeções, o caso Presente concede acrescentar mais uma outra, de não menor relêvo, por isso que toca até ao prestigio e boa fama almejável para os decisórios dos Tribunais colegiados.

O comentarista quer referir-se à possibilidade - que no caso infelizmente se transformou em realidade triste - de algum dos votos taquigrafados haver sido proferido em momento de pouca meditação ou com erros que às vêzes podem bem até ser defluentes de mal-estar físico, oriundo este mesmo de uma falha do serviço de ar condicionado do austero e sábio recinto, a influir na pressão arterial e esta a obnublar á lúcida inteligência do eminente votante.

No sistema do acórdão clássico êsses erros poderão ter deixado uma vaga recordação, ainda que penosa, aos poucos ouvintes que em geral assistem (assistem mais do que conseguem ouvir) às cessões de julgamento. Essas impressões presenciais com rapidez se diluem no tempo; mas no atual sistema de publicação de notas taquigráficas não é o que ocorre. A divulgação é ampla e fica o fato constatado na eternidade dos repertórios de jurisprudência, sem qualquer vantagem para o progresso do direito e com óbvio desprestígio para a autoridade do julgado.

II. O que acima se disse está em relação direta com o voto do erudito ministro DJALMA DA CUNHA MELO, que deve ter sido proferido em condições objetivas impróprias ou em situação subjetiva claudicante, eis que fere o que há de elementar em **jus receptum** e se afasta do mínimo que a seriedade de afirmações em julgamento requer. Evidentemente seria injuriar o saber e

serenidade do preclaro ministro deixar de atribuir a algo de anormal a fundamentação do seu voto, que a estenografia colheu e remeteu para a documentação dos repertórios forenses.

Passe-se à demonstração desse diagnóstico.

III. Um servidor aposentado (por moléstia incurável) dos Correios e Telégrafos pretendeu, na via administrativa, uma melhoria de aposentação. Não sendo atendido, bateu às portas do ilustre Tribunal Federal de Recursos, pedindo segurança.

Em que se baseava o inválido postulante? Em eqüidade ou em direito estrito?

Em direito e do mais claro possível. É que, reexaminado por junta médica, foi considerado como portador de doença incurável. Deixou, pois, de reverter e continuou como aposentado, na letra "G". A lei n. 1.050, de 1950, porém, mandou reclassificar e reajustar os proventos dos inativos, no caso em que - como o postulante - submetidos a novo exame de saúde não pudessem retornar à atividade. Referindo-se a essa lei e tornando-a executória, assim se redigiu o parágrafo único do art. 49 do dec. n. 28.140, de 15 de inalo de 1950:

"Parág. único. Serão computados no reajustamento de que trata o artigo os aumentos de vencimentos ou salários provenientes de reclassificação, reestruturação ou fusão de cargos e funções, carreiras e séries funcionais".

Fêz prova, por certidão requisitada pelo relator (que a leu ao Tribunal), de que, por fôrça da reestruturação comandada pela lei n. 1:229, de 1950, os funcionários que - na data da sua aposentadoria eram respectivamente seus imediatos haviam sido reestruturados e da letra "G" da carreira de escriturários passaram a pertencer ao quadro suplementar, mas como oficiais administrativos, na classe "K".

A leitura dos textos positivos e a prova acima referida, sem sombra de dúvida e sem grande otimismo, autorizavam o impetrante a confiar em ver reconhecido e restaurado o seu direito. Mas não foi o que ocorreu, por isso que contra direito e prova, prevaleceu o voto taquigrafado do ministro DJALMA DA CUNHA MELO, que ao apêlo do inválido deu a seguinte resposta, **verbis**:

"Pretende êle promoção de várias letras na aposentadoria. Procurou, para conseguir, caminho errado, o do mandado de segurança. Porta errada a do Judiciário. Juiz não aumenta vencimentos, não promove funcionário. Quem pode aumentar vencimentos é o Parlamento, mediante iniciativa do Poder Executivo. Quem promove é o Poder Executivo, nos casos expressos em lei, havendo vaga".

É claro que uma fundamentação desse teor nem ao impetrante, pessoalmente, - leigo em direito - terá servido de lição, porque êle já devia ter ouvido dizer que, quando a lei dá um direito ao servidor e a administração não o reconhece, o único caminho que lhe resta é pedir a proteção pretoriana, uma vez que é dever de qualquer juiz restaurar o direito e fazer a autoridade administrativa cumprir o direito positivo.

A não ser assim, o desvalido impetrante há de ter meditado que, se a porta do Judiciário é errada, outra não existe, nem mesmo no "Muro das Lamentações", que não tem a serventia de retirar as atribuições que na poeira dos séculos sempre se reservaram aos pretórios.

Mas a pouca sorte do impetrante não ficou aí. Outro egrégio ministro, com boa lógica, acenou com a vitória ao impetrante, declarando que se estivesse provado que seus ex-colegas haviam sido reestruturados como oficiais administrativos em padrão "K", concederia o mandado, mas o que teria ocorrido é que, embora passassem de escriturários para oficiais administrativos, permaneceram no antigo padrão "G".

A êsse ponto perguntará o impetrante: que significado esotérico terão as palavras nos votos? Não está nos autos a certidão, requisitada pelo relator, provando que os dois funcionários que imediatamente o antecediam e sucediam na classe foram reestruturados na classe "K"?

Após isso, o impetrante terá concordado com o eminente ministro que lhe disse haver batido a uma porta errada Terá acrescentado - com justificado raciocínio - que é difícil encontrar uma porta que se abra, na situação de desvalido inválido e, patentemente, pesado.

Alcino Pinto Falcão, juiz no Distrito Federal.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - SUSTAÇÃO DA SENTENÇA - CONSTITUCIONALIDADE

- Não é inconstitucional a faculdade de sustação dos efeitos da sentença concessiva de mandado de segurança.

Agravantes: L. Schama & Cia.

Ag. do art. 45 do Reg. Int. - Rel.: MIN. SAMPAIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do agravo do art. 45 do Regimento Interno no requerimento de sustação da segurança concedida a L. Schama & Cia., sendo agravante L. Schama & Cia. e agravado o despacho do Exmo. Sr. ministro presidente:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, em rejeitar, preliminarmente, a prejudicial de inconstitucionalidade, e, *de meritis*, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, na conformidade das notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante dêste.

Tribunal Federal de Recursos, 22 de setembro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PRESIDENTE SAMPAIO COSTA: L. Schama & Cia. requereram ao Juízo da 4ª Vara da Faze da Pública um mandado de segurança contra o ato do diretor da Carteira de Importação e Exportação do Banco do Brasil, que lhes negou prorrogação de uma licença de importação n. DG 51/78.342-103.420. Tendo o juiz concedido o mandado, a União Federal, por

seu procurador, com fundamento no art. 13 da lei n. 1.533, de 1951, requereu a esta, presidência a suspensão da execução da sentença, até pronunciamento dêste Tribunal sobre o recurso que interpusera.

Requisitados os autos, proferi o seguinte despacho: (*lê fls. 18-18 v.*).

Dessa decisão agravaram-se os *Impetrantes* para êste colendo Tribunal Pleno, alegando o seguinte: (*lê petição*).

Não nos parece que assista razão aos agravantes, quando alegam conter ilegalidade o despacho agravado.

Com efeito, funda-se êle na prerrogativa concedida a esta presidência pelo artigo 13 da lei n. 1.533, de 1951. A lei antiga (Cód. de Proc. Civil, art. 328) facultava aos presidentes dos Tribunais, a requerimento do representante de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança, autorizar a execução do ato impugnado. Subordinava, assim, a faculdade aos casos acima previstos (de possibilidade de lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança), por sua natureza e relevância.

A lei vigente - lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 13 - não estabelece, porém, qualquer limitação ou subordinação à referida faculdade, preceituando apenas o seguinte:

"Art. 13. Quando o mandado for concedido e o presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, dêsse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida".

Tenho entendido sempre e assim já me tenho manifestado ao propósito, ao despachar hipóteses semelhantes, que a falta de limitação ou condicionamento à prerrogativa em causa deve ser interpretada em têrmos, não autorizando o arbítrio puro e simples, mas aquêle que exercitado com o critério do bom varão, tendo em vista sempre os mesmos motivos altos e relevantes apontados na legislação derrogada.

A interpretação pois, que os agravantes imprimiram ao dispositivo legal em que assentou o despacho agravado outra não é que a adotada por esta presidência e aplicada ao caso em espécie.

Trata-se de importação e exportação de mercadorias, em quantidade e valor avultados, que uma vez realizadas não poderão ser mais separadas, caso o Tribunal entenda de modificar a sentença que as concedeu. E lesão grave à ordem econômica ocorrerá nesta hipótese.

Procura o agravante demonstrar que não haverá, na importação e exportação concedidas, prejuízo à ordem econômica.

O órgão competente para avaliar e dizer ao respeito é a Carteira de Importação e Exportação, à qual deu a lei prerrogativas e atribuições próprias nesse sentido. Não só á entrada ou salda de libras ou cambiais está em jôgo na avaliação da conveniência ou inconveniência de tais transações. Fatôres outros, múltiplos e conhecidos, ligados à ordem econômica do país, são chamados também à colação e ponderação.

Mantenho, pois, o despacho agravado.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, no regime legal de licença prévia para importar ou exportar mercadorias, regime que é o adotado em nosso país, há que ser sempre apreciado, acima de tudo, o interêsse de ordem nacional que visa essa legislação. V. Exª, no seu longo e douto despacho ora agravado, mostrou, com bastante clareza, o sentido dêsse regime quanto, aos seus efeitos na balança internacional, nela envolvida a situação de nosso país, para se poder então admitir, ou não, a prática tanto da importação como da exportação e tal encargo está confiado a um órgão do poder público que tem, sôbre si, a responsabilidade de aquilatar da conveniência ou não de se atender, em dados casos, à pretensão visada no presente processo. Ora, Sr. presidente, se o entendimento deve ser êsse, a meu ver, nós devemos ponderar que a decisão judicial que determina, contra ato de administração, a medida de importar ou exportar, desde que essa decisão esteja sujeita a recurso próprio para a instância superior, deve ser encarada com as reservas que impõe o caso. Se se efetuar a

importação ou exportação e se a decisão de primeira instância vier a sofrer por último reforma, estará a situação decorrente dessa reforma quase sempre impossível de ter a devida reparação, porque consumado a ato. Como se vai repor as coisas numa conjuntura como essa? Não haverá possibilidade mesmo de voltar ao *statu quo* dada a natureza da transação feita, quanto à exportação, porque as mercadorias vão para o exterior e não se pode mais reavê-las de maneira alguma; e quanto à importação, porque essas mercadorias, entrando para o mercado, ficam, via de regra, entregues ao consumo e também não haverá a possibilidade de se recompor as coisas devidamente. Enfim, êsse entendimento sempre esposei a respeito do assunto e agora V. Exª, com o despacho que acaba de proferir, demonstrou, à saciedade, a conveniência de se adotar medidas como a que foi adotada no despacho recorrido. Uma medida cautelosa, tomada no alto sentido político de resguardo, tanto quanto possível, dos interêsses da comunidade, que devem ser devidamente considerados, na ocasião de ser decidido em definitivo o assunto.

Assim, entendo que a decisão recorrida deve ser mantida e voto pelo não-provimento do agravo.

VISTA

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

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento a pedido de vista do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, após haver votado o Sr. ministro MACEDO LUDOLF, negando provimento ao recurso. Não compareceu por motivo justificado o Exmo. Sr. ministro ELMANO CRUZ...

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

VOTO - PRELIMINAR - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Inconstitucional se me afigura o disposto no art. 13 da lei n. 1.533, de 1951. Muito longe lançou-se o dardo,

permitindo a suspensão da execução da sentença pelo presidente do Tribunal *ad quem*. A organização jurídico-política da Nação ainda se estrutura na tríplice divisão de poderes, harmônicos e independentes entre si, exercitando as respectivas competências *através de seus órgãos*. No que toca ao Poder Judiciário, são seus órgãos: os tribunais superiores e os juízes inferiores, que definem as instâncias. Quando um juiz de primeira instância sentencia, tem-se a manifestação de órgãos do aludido poder. Os tribunais, entretanto, órgãos colegiados, só decidem por *maioria*, que só assim há pronunciamento do juízo. Em matéria, judicante, *um* juiz de órgão colegiado nada decide.

Ora, no exercício da presidência dêste Tribunal, o ministro que a exerce perde a atribuição de julgar, salvo nos casos excepcionais de empate - isso mesmo restritamente. Suas funções são de caráter administrativo. Isoladamente, em qualquer hipótese, jamais pode, presidente de Tribunal, exercer função judicante. Esta, soberana e indelegável, só a exerce o *órgão* do Poder Judiciário. Logo, a sentença pronunciamento soberano do Judiciário, através de seus órgãos - só pode ter seus efeitos suspensos *pelo pronunciamento de outro órgão*.

Se isso é certo, abrangedoramente, tal certeza acentua-se nos casos de mandado de segurança, em que a lei impõe a execução da sentença imediatamente, não atribuindo efeito suspensivo a qualquer recurso, nem mesmo ao *ex officio*. As presidências dos tribunais só têm funções executivas e administrativas, nunca judicantes, pois que, nos casos de desempate, o presidente reveste a condição de membro do órgão judicante e vota como juiz desimpedido. Seu voto decide *precisamente porque define a maioria*. Como, portanto, cogitar-se de suspender a execução da sentença por presidente de tribunal, senão como execução de decisão dêste? Não contesto a juridicidade de atribuição de providência do art. 13 aos tribunais, que podem o mais, pois reformam e tornam nenhuma a sentença. Só por essa forma não haverá prejuízo *do direito adquirido* de ver executada a sentença (Constituição, art. 141, § 3°). O art. 13 da lei que regula o exercício do direito de pedir mandado de segurança opõe à execução da sentença um óbice que a Constituição, dada a forma por que foi concebido, não tolera. A sentença, cuja execução não se suspende por efeito de recurso, se impõe *erga omnes*. O art. 13 fere a soberania dos julgados e não pode ser cumprido.

Dou, pois, provimento ao agravo, *data venia* do Exmo. Sr. ministro presidente, a quem rendo o preito da minha sincera homenagem.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PRESIDENTE SAMPAIO COSTA: Face ao pronunciamento do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, peço permissão ao Tribunal para considerar o seguinte: a atribuição me foi concedida por lei; consta da lei vigente, como constava das leis anteriores, desde a Constituição de 1934, e nunca esta outorga foi tida ou suspeitada de inconstitucional. A meu ver, não se trata de julgamento. O despacho da presidência não anula nem modifica a decisão. Esta permanece e, do despacho da presidência, a lei o recurso de agravo, justamente para que o Tribunal, em casos excepcionais, tome desde logo conhecimento, por acaso o ato da presidência transborde os limites permitidos. A providência se justifica pela relevância do assunto. Não é possível deixar à mercê de situações menos assentes questão de alta relevância que poderá até ir a um gravame seriíssimo à ordem social, à segurança e aos vários aspectos que o Estado condena. Não me parece, assim, que o presidente exerça qualquer função judicante no caso. Há suspensão apenas, com o direito de a parte agravar para o Tribunal, que tomará, ou não, conhecimento do agravo e modificará ou manterá o ato da presidência. Ao meu ver, pois, a providência não é inconstitucional; ao contrário, está dentro dos limites processuais vigentes. E nunca foi suspeitada de tal eiva a medida, que não é nova, remonta à criação do mandado de segurança. Por tais considerações foi que entendi de. proferir despacho decretando a suspensão da execução da sentença concessiva do mandado de segurança.

Era a explicação que desejava dar ao egrégio Tribunal.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, a argumentação que acabo de ouvir do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, realmente, tem uma base jurídica interessante e digna de ser apreciada, porque S. Exª joga com dois artigos da nova lei do mandado de segurança, os quais, a meu ver, se chocam evidentemente, *data venia* do Tribunal. E S. Exª, totalizando a argumentação que expendeu dentro dos princípios processuais que regem a eficácia dos

recursos, está sendo lógico, está sendo, doutrinàriamente certo, no sentido das regras processuais que o nosso Código mantém. Segundo apreendi da argumentação de S. Exª o ponto nevrálgico da discussão e apreciação dos dois artigos que combate são: o parág. único do art. 12 da lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que declara, peremptòriamente, dentro dos princípios processuais até então, e sempre adotados no Brasil; que da decisão que conceder o mandado de segurança recorrerá o juiz *ex officio*, sem que tal recurso tenha efeito suspensivo; e o art. 13.

Quando eu disse - sempre adotados na legislação nacional - foi porque, até então, era da essência, vamos dizer assim, era uma característica marcante do agravo, ter efeito suspensivo.

No princípio, na fase da anterior lei processual, o próprio Tribunal como que respondia e aliás em favor da argumentação do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS - à dúvida que S. Exª tinha, no sentido de ampará-la, porque a jurisprudência dos tribunais vacilava - não a daquele a que tinha a honra de pertencer, porque lá o recurso era de apelação, mas: vacilava porque uns entendiam que era apelação, outros que era agravo e, outros, ainda, que nem uma coisa nem outra. Liam o dispositivo do recurso tal qual estava escrito: tratava-se de um recurso, pròpriamente dito.

A nova lei, porém, quis terminar com essa vacilação e estabeleceu um princípio expresso do agravo. Ora, a essência do agravo é de efeito suspensivo, por isso que se trata de, agravo, ao passo que na apelação dependia dos efeitos com que elas fôsse recebida.

O atual legislador, - como se tratava de mandado de segurança, que por sua própria essência afeta a ordem pública, afeta a matéria governamental em sua: própria estrutura, em sua própria defesa, - o legislador, então, do mandado de segurança quis abrir uma exceção. E é justamente essa exceção que o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS combate, todo êsse princípio geral de direito processual que, positivamente, a meu ver, está a coberto das criticas de S. Exª, porque, realmente, em se tratando de agravo, o efeito não seria êsse. Mas, o legislador quis fazê-lo - diz S. Exª - e o fêz, mas, pela via da inconstitucionalidade. Que fêz o legislador? Depois de estabelecer a regra do

parág. único do art. 12, como que querendo explicar o sentido a nós juízes, como aplicadores da lei, disse, no art. 13:

"Quando o mandado fôr concedido e o presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, dêsse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida".

Isto é, êste artigo eu ò interpreto como redigido de maneira mais clara, no sentido seguinte: "entretanto, concedido o mandado, caberá agravo com efeito suspensivo". Por isso disse, no comêço do meu voto, que o dispositivo do parág. único do art. 12 se choca com o do art. 13. Mas, daí dêsse choque tirar conclusões de que há inconstitucionalidade no art. 13, *data venia* de S. Exª o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, não posso acompanhá-lo. O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª permite? Não foi dêsse choque que tirei a razão da inconstitucionalidade. Esta eu a tirei: primeiro, de construção constitucional das duas instâncias; segundo, da soberania do Poder Judiciário através de seus órgãos e, terceiro, pela impossibilidade de alguém, que não seja órgão judiciário de segunda instância, fazer cessar, ou suspender, os efeitos de uma sentença pela qual o órgão do Poder Judiciário se manifesta soberanamente. Êsse ó que é o fundamento da inconstitucionalidade, e não em razão dêsse choque.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, ainda mais clara se tornou a situação. O aparte do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS serviu para esclarecer ainda mais o pensamento de S. Exª. Entretanto, a medida do mandado de segurança é excepcionalíssima e tem que ser vista e revista cosi todo o cuidado, não só na primeira como na segunda instância, porque é uma arma que a Constituição, as leis processuais, quiseram entregar ao Poder Judiciário, arma esta, em essência, sempre voltada potencialmente para o próprio govêrno.

Trata-se justamente de uma situação de direito violado, ou ameaçado de ser violado. Ora, Sr. presidente, temos verificado que esta medida não ofende pròpriamente a coisa julgada e, tanto não ofende a coisa julgada que o recurso de agravo interposto de sua concessão está pendente de julgamento, e o cuidado do legislador, em, face da rapidez que êle quis dar à nova lei no julgamento do

recurso que estabeleceu, o de agravo, foi tal que ele estabeleceu esta exceção contida no § 13, justamente para afastar o cumprimento de uma medida que depois, poucos dias ou poucas semanas depois, digamos assim, podia perfeitamente - e é lícito argumentar *a priori* - ser reformada e aí não ter mais execução a reforma.

Se o juiz da primeira instância agiu mal, o agravo será provido e já não tem mais execução, porque a execução da medida liminarmente concedida, ou afinal concedida na sentença, já foi executada plena, total e absolutamente, e a reforma da decisão já não apanha mais a relação de direito íntegra.

Que fêz o legislador? Estabeleceu, e a meu ver bem, apenas uma suspensão: nada mais que uma suspensão da execução da medida. Aliás, suspensão muitíssimo prudente, acauteladora, até o julgamento definitivo do agravo no Tribunal.

O aspecto constitucional, para mim, nesta situação de violação de coisa julgada, não se encontra nítido. O aspecto da providência por parte do legislador é até elogiável: prejuízo à parte - desde que eu nego que ela tenha coisa julgada a seu favor - não haverá, porque, se se ela não executa logo após a sentença, antes do recurso, executará pouco tempo depois, com o julgamento do agravo que interpuser; será, apenas, como disse, uma suspensão da imediata execução.

Se acontecer o provimento do recurso, verá V. Exª que o dispositivo foi sábio, prudente, porque não houve execução e o indeferimento afinal do mandado vem apanhar a relação jurídica, tal como se apresentava antes.do julgado, sem prejuízo para nenhuma das partes, porque provido o agravo, ou indeferida a reforma na sentença, negando o mandado, nenhum prejuízo haverá para o direito dos litigantes.

Da mesma maneira, se o mandado fôr negado em primeira instância e concedido na segunda, a relação jurídica continuará íntegra da mesma maneira, sem prejuízo algum, e a própria parte vai obter o mandado em segunda instância, quando não o obteve em a primeira.

Creio que o dispositivo do art. 13 da nova lei insere constitucionalmente uma autorização dada, ao presidente dos três Tribunais: Supremo Tribunal Federal,

Tribunal Federal de Recursos e Tribunal de Justiça, como que elevando, não só a autoridade funcional de cada um dêstes presidentes dos três Tribunais do país, como um crédito positivo de confiança e ponderação de cada um dêles, sem qualquer prejuízo para as partes litigantes.

Por conseguinte, *data venia* de S. Exª, rejeito a argüição de inconstitucionalidade, e mantenho o ato de V. Exª, Sr. presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, com a devida vênia. do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, acompanho o voto do Sr. ministro ALFREDO BERNARDES; acrescentando, com a devida autorização de S. Exª, apenas, um argumento que me parece irá ao encontro da argumentação de S. Exª: a própria lei, o próprio Tribunal de Justiça, conforme esclareceu o ministro CÂNDIDO LÔBO, vinham admitindo como recurso em mandado de segurança o de apelação cível com efeito suspensivo. Veio a lei nova e declarou que o recurso é o de agravo, e o recurso de agravo, em princípio, já é o recurso sem efeito suspensivo, e a lei, por excesso, digamos assim, no art. 12, declarou que o juiz recorreria de ofício sem que recurso tenha efeito suspensivo. Entretanto, o art. 13 abre uma exceção a êsse efeito do agravo, dando um efeito suspensivo. Efeito suspensivo controlado pela presidência dos Tribunais indícios no artigo 13. Efeito suspensivo para que? Para a execução da suspensão da sentença, cabendo agravo para os referidos Tribunais se manifestarem em definitivo sôbre o ato da presidência dos mesmos.

É uma exceção aos, efeitos do recurso de agravo, mas uma exceção contida em lei, e, não vejo, com a devida vênia do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, como venha ferir princípio constitucional do agravo, ou os pontos de vista citados por S. Exª.

De modo que, Sr. presidente, pelas considerações dos votos dos Srs. ministros ALFREDO BERNARDES e CÂNDIDO LÔBO, mantenho o ato de V. Exª, negando provimento ao agravo.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Sr. presidente, juiz de primeira instância que sou, com exercício ocasional neste egrégio Tribunal, no desempenho da honrosa substituição, sinto-me perfeitamente à vontade ao me manifestar a respeito das prerrogativas próprias à magistratura inferior.

Estão absolutamente certas as teses fixadas no douto voto proferido pelo eminente ministro CUNHA VASCONCELOS. Sòmente podem ser considerados órgãos do Poder Judiciário os juízes e os Tribunais. Embora de suma importância, a presidência de um Tribunal não corresponde; com verdade; a função judicante, e nem é o presidente órgão do Poder Judiciário. Reconheço, sem sombra de dúvida, a excelência e o acêrto dêsse princípio. Não o maltrata, todavia, o disposto no art. 13 da lei n. 1.533. *Data venia*, tenho que o ato aí implicitamente facultado à, presidência dos Tribunais superiores não é de natureza judicante, mas ato puramente administrativo, como V. Exª, Sr. presidente, relatando a espécie, teve ocasião de afirmar a êste Tribunal.

Trata-se, como já se frisou, de mera providência executória que protela, por espaço de tempo presumivelmente curto, o cumprimento de uma decisão de primeira instância, suscetível de reforma pela segunda instância, por fôrça de recurso de ofício, se outro não houver. A sustação temporária dos efeitos do julgado, de natureza meramente provisória, corresponde, a meu ver e *data venia*, a ato de simples execução administrativa não-judicante. O que possa haver de chocante no fato de uma autoridade administrativa, o presidente do Tribunal, suspender os efeitos da decisão de um órgão do Poder Judiciário, está, por sua vez, atenuado com o disposto expressamente no art. 13 da nova lei que regula o processo de mandado de segurança, permitindo a interposição de agravo de petição. Assim, aquêles que se sentirem lesados com o ato praticado pelo presidente, suspendendo os efeitos de decisão da primeira instância, terão, pela via do agravo possibilidade de o submeter, *incontinenti*, à apreciação do órgão do Poder Judiciário, que é o Tribunal, que examinará não só a oportunidade do ato de seu presidente, como, também, o próprio mérito da suspensão ordenada, sua conveniência ou acêrto.

Assim, nenhuma pecha se poderá atribuir à possibilidade de suspensão, uma vez que ela se ratifica, em última análise, pelo próprio órgão do Poder Judiciário, o Tribunal *ad quem*.

Sr. presidente, considero, em síntese, estarem absolutamente certos os princípios proclamados no voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, mas, *data venia*...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Estava ouvindo V. Exª com tôda atenção, mas me distraí na leitura do processo, e me parece difícil que V. Exª, tendo de início afirmado que os princípios por mim invocados estavam rigorosamente certos, pudesse chegar a uma conclusão oposta.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Seria, para V. Exª, incompreensível, realmente.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas V. Exª chegou.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: No momento em que me vi privado da honrosa atenção de V. Exª dizia eu que o ato do presidente não é de natureza judicante, mas puramente administrativo, de suspensão do efeito...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Assim como a lei atribui aos presidentes dos Tribunais, amanhã, na conformidade do proferido pelos Tribunais, atribuirá ao presidente da República e, aqui, admitiremos que está certo.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Seria uma lei evidentemente errada. A presidência de um Tribunal não se confunde com um órgão do Poder Executivo. O presidente do Tribunal é parte integrante de um órgão do Judiciário.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: *Data venia* de tôdas as considerações aqui feitas, não seria errada, porque não há distinção, para êsse efeito, entre a autoridade do presidente da República e do presidente do Tribunal *ad quem*, são ambos autoridades no exercício de função administrativa, que suspendem efeitos de sentença, pronunciamentos superiores

do Poder Judiciário, através de um de seus órgãos. Êsse o ponto que interessa, para mim.

Ouvi com tôda a atenção e respeito os votos proferidos, mas, já agora, vencido e voto único em contrário, dêem-me licença, conforto-me com minha posição, porque não vi respondido por qualquer dos ilustres juízes que votaram neste caso o ponto fundamental de Meu voto, ao qual me ative restritamente, sem dêle me afastar um milímetro sequer.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Sr. presidente, bem ou mal, já expus meu entendimento a respeito. Assim, com a devida vênia, nego provimento ao agravo de petição oposto ao despacho de V. Exª, porque - e isso é importante - em face das circunstâncias longamente esclarecidas por V. Exª em seu minucioso relatório, convenci-me de que, realmente, V. Exª agiu com acêrto, suspendendo os efeitos da sentença concessiva do mandado de segurança.

Ratifico, pois, com o meu voto, o ato de V.Exª.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Peço a palavra pela ordem. Sr. presidente, já havia votado confirmando o despacho agravado quando o eminente ministro CUNHA VASCONCELOS argüiu inconstitucionalidade do ato de V. Exª praticado no presente processo, entendendo que padece dêsse vício o art. 13 da atual lei de mandado de segurança, em que se baseou aquêle ato.

Tanto quanto pude depreender através dos debates, aliás desenvolvidos com brilho, o ministro CUNHA VASCONCELOS enfrenta a questão de inconstitucionalidade sob o prisma de que, no âmbito da justiça ordinária, duas instâncias devem atuar, ou seja, o chamado juiz singular e os Tribunais, cada um na esfera dê sua competência, conforme a natureza do assunto debatido. Encarando, assim, uma tradição do direito nacional no que se refere às duas ordens de instância, S. Exª considera que o ato suspensivo atribuído aos presidentes dos Tribunais, no tema de mandado de segurança, viola êsse princípio fundamental condizente com o funcionamento do Judiciário.

O caso em tela, a bem dizer, não é nada novo, porque o Cód. de Proc. Civil está em vigor no país há mais da 10 anos e o seu art. 328 assim dispõe:

"A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, poderá o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado".

No tocante, a suspensão da medida liminar concedida pelo juiz já vinha sendo aceita, em vista de tal dispositivo, como perfeitamente legítima, tornando-se isso pacífico.

Devo declarar ao Tribunal, no entanto, que, antes mesmo da atual lei número 1.533 pensava, de mim para mim, que êsse art. 328, em sua, redação, permitia, até, a suspensão de efeitos de sentença em mandado de segurança, entendimento, todavia, a que nunca se chegou. E não se chegou, por que? Não conheço nenhum pronunciamento a respeito. Sei, apenas, e todos estão certos disso, que a medida suspensiva era sempre praticada no tocante ao deferimento liminar da inicial.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª me permite, a esta altura?

Não se chegou por uma razão: porque se considerou, e se considera, o ato de suspensão liminar ato de natureza administrativa. O juiz não julga; pondera e considera sòmente situações relevantes, concedendo a medida *si et in quantum*. Daí admitir-se que presidentes de Tribunais, autoridades administrativas do órgão *ad quem*, órgão de recurso, possam, por ato também administrativo, determinar a suspensão do ato da autoridade contra quem se requer mandado de segurança, assim mesmo em casos restritíssimos de lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, como declara a lei. E isso para se manter o mandado de segurança na inteireza possível de sua finalidade. Daí V. Exª acentuar e ser, verdade verdadeira, salvo enganos ou lapsos de memória de quem os praticar, que, anteriormente à lei vigente, jamais se viu suspensa a execução de uma sentença por fôrça dêsse recurso.

Quanto à suspensão dos efeitos do ato concessivo da liminar, nada tenho a argüir. Quanto à suspensão dos efeitos da sentença, a meu ver, é inovação da lei.

O SR. MINISTRO PRESIDENTE SAMPAIO COSTA: V. Exª me permite? É o que está literalmente escrito. Veja V. Exª que os arts. 326 e 327 já falam na decisão e o art. 328 não se refere à decisão liminar.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Certamente. Colo o que o Código de Processo entrou em considerações gerais, mas foi interpretado, segundo doutrina e entendimentos de doutos, nesse sentido: só podia ter aplicação à concessão da liminar. Não tenho, neste momento, influindo em meu voto, senão o propósito de guardar a inteireza da soberania do Poder judiciário, Ora, uma sentença é uma emanação soberana dêsse poder e se exercita *erga omnes*, enquanto não reformada pelo Tribunal *ad quem*. Se outro poder que não a instância superior intervém, essa soberania, a meu ver, está atingida. Esta a questão e V. Exª desculpe.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Agradeço mais êsse esclarecimento do voto de V. Exª. Entendo que êsse voto encerra, inquestionàvelmente, razões de grande valia para uma apreciação ampla da matéria perante os tribunais, porque essa é a função dêles, sobretudo à luz do entendimento que se deve dar à Lei Magna da República, através de questões que sumamente interessam ao país, nos seus mais altos e respeitáveis aspectos.

Como ia dizendo, mesmo antes da lei n. 1.533, já eu entendia que possível através do art. 328 do Cód. de Civil; admitir a suspensão. E nunca, realmente, ocorreu êsse debate, ora ferido brilhantemente pelo Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, quanto à organização constitucional do Poder Judiciário no pais, ou seja, atuando êle em duas instâncias. Mas, por outro lado, se assim sempre compreendi, foi tendo em vista a medida excepcional do mandado de segurança. Em tôrno desse ponto o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO expendeu considerações, tôdas de muita oportunidade e que muito contribuem para a maior clareza do julgamento que estamos fazendo. O art. 328, portanto, já era uma possibilidade, reconhecida nos julgados, da intervenção dos presidentes dos Tribunais, dos presidentes dos órgãos superiores, no sentido de suspender efeitos da medida liminar, quando concedida pelo juiz, ao tomar conhecimento

do pedido. Mas essa intervenção - sempre assim entendi e continuo cada vez mais convencido disso - deve ser encarada num aspecto rigorosamente político, de interêsse da ordem pública, de interêsse de outras questões que se relacionam com a administração do país, através daqueles pontos bem definidos pelo legislador do atual Código de Proc. Civil, no citado art. 328. O presidente do Tribunal, quando atua em matéria assim considerada, em absoluto não está afetando a sentença do juiz em sua substância. Isso, evidentemente, lhe é vedado fazer. Tive ocasião, como presidente desta Casa, de proferir umas três decisões, se tanto, em que encarei a matéria e procurei, sempre, praticar o que vem hoje estabelecido no art. 13 da lei n. 1.533 com a maior reserva, dada justamente a situação constitucional abordada no voto do nosso eminente colega ministro CUNHA VASCONCELOS, porque os presidentes dos Tribunais têm que dosar muito a maneira de agir em casos que se apresentam em condições excepcionais, que imponham a sua intervenção, Não poderão êles, evidentemente, entrar na apreciação da sentença no que se entende pròpriamente com o mérito. O que devem visar são os efeitos do aresto no que se relaciona com a ordem pública, com os interêsses gerais da comunidade Interêsses que careçam de amparo imediato pela sua relevância realçada. O art. 13, apesar de "sua obscura redação, veio dar aos presidentes dos Tribunais a faculdade do uso da medida de suspensão de sentenças, porque dessas sentenças estabeleceu o legislador o recurso de agravo, mas só no efeito devolutivo. Enfim, Sr. presidente, o tema a examinar é êste, percutido pelo Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS: se, realmente, está ferido o princípio constitucional das duas órbitas judiciárias. E o que entendo como ponto a ser encarado decisivamente para a solução dessa argüição que S. Exª levanta neste momento e cuja importância, realmente, não se pode negar. De qualquer modo, quer se adote, quer não se adote o pensamento de S. Exª, entendo que há nêle contribuição muito grande, no terreno jurídico, para que os Tribunais se orientem em definitivo através da argüição, aliás ainda não surgida, penso eu, em outros pretórios do país.

Mas, se a intervenção dos presidentes é limitada, como disse, a circunstâncias que não afetam o mérito do assunto discutido e resolvido em primeira instância, se apenas se tem em vista a adoção de medida suspensiva em nome de interêsses de ordem superior, cautelosamente sopesados, parece-me que não há vulneração expressa, evidente, dos preceitos constitucionais regedores do assunto, e, como sabemos, a inconstitucionalidade só se declara quando está

palpável, quando está fora de qualquer dúvida razoável ou fundada. O Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, com o brilho que sempre empresta a seus votos, trouxe argumentos que, incontestàvelmente, expõem a sua tese em têrmos de merecer a alta consideração de seus colegas. Mas, *data venia*, não enxerguei, não senti, através da argumentação de S. Exª, essa evidência que tenho como imprescindível para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Aí V. Exª tem tôda razão. Estou de acôrdo com V. Exª. Pena é que a tese tenha tido um defensor tão fraco em recursos culturais, intelectuais, como eu...

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Ia dizer justamente o contrário.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: ...mas V. Exª foi justo em fixar a excepcionalidade da tese. E, já agora, aproveita a oportunidade: o que se pretendeu resguardar com a sustentação da tese foi a fôrça das sentenças, fôrça que lhes é dada, não pela lei ordinária, mas pela própria Constituição, e o que a lei realiza é exatamente, em determinado setor, com tal faculdade suspensiva, uma redução dessa fôrça das sentenças. É contra isso que meu voto procura resguardar a soberania dos julgados, a fôrça das sentenças.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: V. Exª afirma um ponto de vista de ordem absoluta, isto é, quanto à fôrça, à soberania das sentenças proferidas pelo judiciário, quer em primeira, quer em segunda instância. Mas foi a própria lei que veio estabelecer essa limitação no atinente à, medida excepcional do mandado de segurança.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Foi por isso mesmo que, no meu voto, examinei, a princípio, a questão da natureza do recurso, porque, via de regra, o agravo é suspensivo, salvo o de instrumento.

Aliás, o próprio Cód: de Processo, muito antes de qualquer cogitação dêsse artigo, no de n. 871, parág. único, já dava atribuições, não ao presidente, mas ao relator:

"Preparados os autos, ou verificada a dispensa do preparo, serão apresentados na primeira sessão de julgamento, ao presidente da Câmara a que couber conhecer do recurso, sorteado o relator na forma do art. 872".

Portanto, competência dada ao relator, o que não é novidade. Agora, se se transferiu essa competência ao presidente, a meu ver, transferiu-se mal, porque o relator, conhecendo o processo, está em melhores condições do que o presidente para decidir. Além disso, o relator tem as atribuições de julgar os incidentes que venham a surgir da distribuição em diante, e executar as diligências necessárias para o julgamento, de acôrdo com o que dispõe o parág. único do art. 872.

E, no caso, não se trata, como salientei, senão de uma suspensão da medida...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Exª acha que suspensão é medida de diligência necessária, ao julgamento? A competência dada ao relator é para preparar o julgamento futuro do Tribunal. Não tem nada uma coisa com outra; são diferentes. Se o Tribunal se houvesse de orientar no sentido de aplicar a lei, deslocando da presidência do tribunal para êle próprio aquela atribuição do artigo 13, êle estaria resguardando a soberania do Judiciário, o princípio da fôrça dos julgados, mas, manter essa atribuição ao presidente - e isto sem desaprêço a qualquer presidente de qualquer tribunal - *data venia*, não posso aceitar como certo.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, dizia eu, quando tive a honra de ser aparteado pelo Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO, que, afinal, enfrenta-se uma lei que veio estabelecer a focalizada faculdade de suspensão ao presidente do Tribunal, e, diante das considerações que vinha fazendo, me parece que não há inconstitucionalidade configurada através dêsse diploma, porque a natureza do assunto, pela sua notória excepcionalidade, deve mesmo ser encarada de tal maneira. Não raro, através de mandados de segurança, são agitadas questões altas que fundamente interessam à vida do país e, às vêzes, sentenças menos felizes atentam contra tala interêsses, impossibilitando completa e necessária reparação quando não tomada uma medida pronta, eficaz, tendente à sua suspensão. Isto porque os tribunais, dado o acúmulo surpreendente de processos que têm, levam meses, não raro, para decidir sôbre mandados de segurança. Estamos sentindo isso, que é comum na quadra atual.

Assim, Sr. presidente, diante de tudo que expus, e não querendo fugir do tema que o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS aflorou ao Tribunal, na sessão de hoje, ou seja, de que teria ficado afetado o princípio constitucional quanto às duas instâncias, eu, *data venia* de S. Exª, discordo dêsse ponto de vista por entender que a inconstitucionalidade não está caracterizada de forma a ser proclamada. Meu voto é negando provimento ao agravo, segundo já enunciei.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, vencido na questão prejudicial da inconstitucionalidade do ato de V. Exª, pela inconstitucionalidade do art. 13 da lei, no mérito me manifesto pela confirmação do despacho de V. Exª. A lei hoje, aliás, não faz restrições quando define essa competência, como faziam as leis anteriores - 191 e Cód. de Proc. Civil - de que só por causas ou motivos excepcionalíssimos quando se tratasse da defesa da ordem, da saúde pública, etc., se suspenderiam os efeitos da liminar. A lei, hoje, não faz essas restrições; entrega isso ao critério do bom varão. Nesse particular sei, em face do caso concreto e em razão de ponderações de V. Exª, em outras hipóteses, que V. Exª não se tem conduzido com a aparente liberdade que a lei hoje possibilitaria. V. Exª consulta, para efeito de sua decisão, a relevância dos motivos, tal qual fêz na hipótese em aprêço. Por conseguinte, vencido naquela prejudicial, que suscitei, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, contra o do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, rejeitaram, preliminarmente; a prejudicial de inconstitucionalidade; *de meritis*, por unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso. O Sr. ministro ALFREDO BERNARDES votou de acôrdo com as conclusões do voto do Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Não tomaram parte no julgamento, por motivo justificado, os Srs. ministros CUNHA MELO e ELMANO CRUZ.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

COMENTÁRIO

I. De forma alguma podia vingar a tese de inconstitucionalidade suscitada pelo eminente ministro CUNHA VASCONCELOS.

Tese òtimamente trajada com bom colorido, mas psicologicamente incapaz de interessar à importância dos votantes. Estes, além de em regra não simpatizarem em contrariar pedidos por parte do fisco, no concreto não podiam dispensar grande amor a uma argumentação cujo objetivo principal era lembrar a fôrça e consideração que tècnicamente inerem a uma sentença de primeira instância, lembrando-lhes a regra de que um magistrado de segunda instância por si nada pode em face de uma sentença, sendo necessária uma maioria para modificá-la.

Não surpreende, portanto, que os argumentos do ilustre ministro CUNHA VASCONCELOS, embora não respondidos em termos de direito constitucional, hajam, não obstante, sido desprezados.

13. Em verdade, porém, houve um aspecto não focalizado e que se o houvesse sido, bem serviria não só para mostrar a sabedoria do sistema da lei atual, que a bem intencionada maioria não percebeu, como também para tornar inoportuna a discussão em têrmos de direito constitucional.

E princípio pacifico em hermenêutica o de que o intérprete só concluirá pela inconstitucionalidade se não encontrar, possibilidade de resolver as dificuldades da lei em termos de direito ordinário.

E essa possibilidade está na própria lei em vigor, a lei federal n. 1.533, de 1951, relativa ao processamento dos mandados de segurança.

O ponto fraco dessa lei, como se vê do acórdão em comentário, é permitir em seu art. 13 que o presidente do Tribunal ordene ao juiz a suspensão da execução

da sentença, coisa que só o próprio Tribunal poderia fazer, segundo a técnica do direito maior.

Mas é fácil de ver que a lei isso mesmo quis e dispôs que o Tribunal é que tem a competência para fazê-lo, sendo seu presidente mero instrumento de comunicação dessa vontade presumida.

Realmente, a lei (parág. único do art. 12) é muito clara, recitando que **não tem efeito suspensivo** o recurso da decisão do juiz de primeira instância, logo a tornando auto-executável.

Que dispôs, porém, a lei em relação ao recurso cabível do ato referido do Sr. presidente?

E expressa a lei: cabe agravo de petição para, o Tribunal a que presida (art. 13).

Mas diz a lei que esse agravo de petição do art. 13 tem efeito meramente devolutivo?

Basta ler o artigo e ver-se-á que a lei não o diz. A regra é de que - salvo disposição em contrário do texto da lei - o agravo de petição tem efeito suspensivo.

Ora, se tem efeito suspensivo tal agravo de petição, não é preciso muito esfôrço para concluir que o ato do presidente só produzirá efeitos após confirmado pelo Tribunal.

E conseqüência daí: até lá operará, em sua plenitude, a sentença de primeira instância.

Isso é claro, interpretando-se os textos legais pelos exclusivos critérios jurídicos; se se preferirem critérios políticos, qualquer outra solução poderá vingar.

Quanto ao ato do presidente, em seu merecimento, reportamo-nos ao que já escrevemos nesta Revista, à pág. 446 do seu volume 136.

Alcino Pinto Falcão, juiz no Distrito Federal.

*

ELABORAÇÃO DAS LEIS - INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - EMENDA DO LEGISLATIVO

- O direito de iniciativa assegurado ao presidente da República não exclui a competência do Poder Legislativo de emendar as proposições.

Rec. de mand. de seg. n. 1.105 - Rel.: MIN. ALFREDO BERNARDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança n. 1.105, Distrito Federal, em que são recorrentes o Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais e Caixa Econômica Federal de São Paulo e recorrido Ciro Guimarães e outros:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, em rejeitar, por decisão unânime, a preliminar da incompetência do Juízo *a quo* para conhecer e decidir da segurança e, *de meritis*, desprezada a argüição de inconstitucionalidade, vencido o Sr. ministro CUNHA MELO, em negar, por maioria de votos, provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida, contra os votos dos Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS, em parte, e CUNHA MELO, *in totum*, tudo na conformidade do relatório e notas taquigráficas *retro*, que êste integram.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 8 de maio de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente *ad hoc; Alfredo Bernardes*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Ciro Guimarães e 39 outros tesoureiros da Caixa Econômica Federal de São Paulo impetram mandado de

segurança contra o ato do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais que determinou não se dessa aplicação à lei n. 403, de 24 de dezembro de 1948, interpretada pela lei n. 1.095, de 3 de maio de 1950, negando assim homologação à deliberação do Conselho Administrativo da Caixa Econômica de São Paulo, que ordenara a reestruturação estabelecida na referida lei. O processo correu com regularidade, oferecendo a autoridade coatora, o aludido Conselho Superior, as informações de fls. 22 a 47, em que se alega a inconstitucionalidade das referidas leis ns. 403 e 1.095, sua inaplicabilidade devido a falta de recursos necessários para atender à despesa resultante da reestruturação e iliquidez do direito pleiteado. O Dr. procurador da República limitou-se a subscrever as mencionadas informações, sem nada lhes aditar, e, por fim o Dr. DARCI RODRIGUES LOPES RIBEIRO proferiu a seguinte decisão: (*fls. 75, lê*).

Inconformados, recorreram o Conselho Superior das Caixas Econômicas e a Caixa Econômica Federal de São Paulo, esta como terceira prejudicada. As razões dos recursos são as mesmas apresentadas nas informações: inidoneidade do mandado de segurança, inconstitucionalidade do art. 2° da lei n. 403, interpretada pela lei n. 1.095, por ter aumentado vencimentos sem iniciativa.do Sr. presidente da República, e inaplicabilidade das citadas leis n. 403 e 1.095 às Caixas Econômicas Federais. Alegou ainda a Caixa Econômica Federal de São Paulo, fls. 117, a incompetência do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal para exame da controvérsia em aprêço, pois a sentença concedendo a segurança impetrada vai produzir efeitos jurídicos contra a recorrente, domiciliada em São Paulo, onde ela deveria, por fôrça da lei, ser demandada. O recurso foi contra-arrazoado a fls. 109 e 110 (quanto ao do Conselho Superior) e de fls. 124 a 125 (quanto ao da Caixa Econômica de São Paulo), falando, depois, o Dr. subprocurador geral da República de fls. 135 a 137: (*lê*). Porque ao emitir seu parecer o digno representante do Ministério Público anexasse ao mesmo um arrazoado do nobre advogado do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais fls. 138 a 162), determinei fôsse aberta vista dos autos ao eminente advogado dos impetrantes, Dr. CARVALHO SANTOS, para que S. Exª se manifestasse a respeito do mesmo, o que fêz, longamente, conforme se vê de fls. 173 a 189: (*lê*).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Improcede a alegação de incompetência de juízo.

Está provado nos autos que a autoridade coatora é o Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, com sede nesta Capital. A Caixa Econômica Federal de São Paulo não se negou a executar a lei n. 403, interpretada pela.de n. 1.095, tanto assim que procedeu à reestruturação de suas Tesourarias, só não a pondo em execução devido ao fato do Conselho Superior ter-se oposto, transmitindo-lhe ordens nesse sentido. Mas, ainda que considerasse a Caixa Econômica de São Paulo também como autoridade coatora, ainda assim poderiam os impetrantes-recorridos ajuizar o pedido no fôro desta Capital ou no de São Paulo, ao seu arbítrio, atenta a regra legal de que, havendo dois réus domiciliados em lugares diversos, a ação poderá ser ajuizada contra ambos no foro do domicilio de qualquer dêles.

VOTO - MÉRITO

Ò SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Este Tribunal, por mais uma vez, já decidiu que os funcionários das Tesourarias das Caixas Econômicas Federais têm direito líquido e certo de serem beneficiados com a reestruturação ordenada pela lei n. 403, de 24 de setembro de 1948, interpretada pela lei n. 1.095, de 3 de maio de 1950.

As questões levantadas nestes autos são as mesmas suscitadas naqueles outros processos, já definitivamente decididas. Que o Estado tem possibilidade de intervir na vida de uma autarquia é coisa indiscutível, pasto que as autarquias têm por finalidade o exercício de serviços públicos, descentralizados por conveniência da administração. Ora, como bem salienta o erudito patrono dos recorridos, a, competência do Poder Legislativo, para legislar sôbre serviços públicos, é Incontestável, firmada como está na Constituição. Não há, conseguintemente, como escaparem as autarquias à obrigação de dar execução às leis ns. 403 e 1.095, fazendo a reestruturação dos serviços de suas Tesourarias. Quanto à alegada inconstitucionalidade do art. 2° da citada lei número 403, por não ter o Congresso Nacional se cingido aos têrmos e aos limites da iniciativa governamental - que cogitava, apenas, da reestruturação

das Tesourarias das repartições, subordinadas ao Ministério da Fazenda, - não é de ser acolhida, como não foi em outros casos semelhantes, porque o direito de iniciativa assegurado ao Sr. presidente da República; nos casos de competência concorrente ou exclusiva, não exclui a competência que trem o Legislativo de *emendas* às proposições em que se exprime aquêle referido direito, modificando-as, alterando-as ou substituindo-as.

ANTÔNIO BALBINO, citado pelos recorridos, assim se expressa a respeito do direito de emenda (fls. 175-176):

"*O direito de emenda* é, antes de tudo uma das prerrogativas do órgão legislativo no exercício do seu poder de deliberações. É um direito inerente ac exercício de suas funções, em relação ao qual sempre as tem entendido que só mente poderá deixar de ser exercido quando, para evitá-lo, houver expressa disposição proibitiva no próprio texto constitucional".

Em outro tópico sustenta o eminente deputado, que é também insigne jurista:

"Na ausência, pois, de expressa disposição contrária da Constituição, *inconstitucional* seria subtrair ao Poder Legislativo o exercício do direito em relação aos projetos de iniciativa extracongressal, porque isto importaria trazer restrições não previstas ao amplo exercício de sua faculdade de deliberar sôbre proposições, o que é uma das fases essenciais da elaboração das leis. E precisamente o que ensina LARCHER (pág. 90), quando assegura o direito de emenda (*droit d'amendament*), mesmo no silêncio dos textos que a deviam regular, porque, segundo sustenta, "*on n'a jamais hesité à reconnaitre l'existence de ce droit ou des Chambrem cela même que le droit d'initiative leur est explicitement atribué*". Lições do mesmo teor são as que nos ministram DUGUIT ("Traité", vol. 2, pág. 335), ORBAN ("Traité", vol. 2°, pág. 499), LABAND (vol. 1°, pág. 523), ou o nosso AURELINO LEAL ("Técnica Constitucional", pág. 38), todos êles, mais ou menos, no sentido de considerarem o direito de emenda como um corolário do de iniciativa, em palavras que podem ser substituídas pelas seguintes de RACIOPPI e BRUNELLI ("Comentário", vol. 1°, pág. 3.198):

"Do direito de iniciativa, combinado com o da discussão livre de todos os profetos "artigo por artigo", decorre, nas Câmaras, o direito de emenda, *il*

diritto di emenamento, isto é, o poder de acrescentar, suprimir ou substituir palavras, frases e artigos em um projeto de lei".

Pelo exposto e o mais que consta da sentença recorrida, nego provimento ao recurso, para confirmar, na íntegra, a referida decisão.

QUESTÃO PRELIMINAR LEVANTAMENTO E VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, da tribuna, pelo advogado da recorrente, foi argüida a questão da inconstitucionalidade das leis ns. 403 e 1.095, respectivamente de 1948 e 1950.

Não tomei parte no julgamento do recurso de mandado de segurança n. 1.293, do Paraná, no qual êste Tribunal examinou e decidiu a questão da inconstitucionalidade das leis acima citadas, não tendo ainda me manifestado sôbre o assunto.

Assim, com a devida vênia do Sr. ministro relator, destaco a preliminar argüida.

Voto, Sr. presidente, considerando constitucionais as referidas leis. Acompanho os fundamentos do voto proferido pelo Sr. ministro relator, devendo acrescentar que o fato de não ter S. Exª o Sr. presidente da República vetado as leis, traz, como conseqüência, o apoio do Executivo às mesmas, não me parecendo possível discussão sôbre constitucionalidade ao ocorrerem casos como ó presente.

Data venia das opiniões em contrário, procede o argumento de que, pelo fato da sanção de uma lei, não fica essa lei considerada constitucional. Sôbre isto não há dúvida. Entretanto, no caso especial de inconstitucionalidade, sob a alegação de não-iniciativa do presidente da República, tenho para mim que, não havendo sido a lei vetada, essa inconstitucionalidade não poderá mais ser decretada, sob êsse fundamento.

Diante desses ligeiros argumentos e do brilhante voto do relator, sou pela constitucionalidade das leis mencionadas.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Sr. presidente, estou de acôrdo em que se destaque a preliminar e rejeito-a pelos motivos já expostos em meu voto.

VOTO - PRELIMINAR E MÉRITO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente. Vou votar preliminar e mérito, por entender que tôda a questão se entrosa.

O mandado de segurança foi requerido contra a Caixa Econômica e o Conselho Superior das Caixas Econômicas, por não terem aplicado as leis ns. 403 e 1.095, respectivamente de 1948 e 1950, visto considerarem-nas inconstitucionais. Logo, o mérito se entrosa.

O mérito da questão é a inconstitucionalidade da lei, porque a recusa, em fazer a reestruturação, dada pela autoridade apontada como coatora, é a inconstitucionalidade da lei. Logo, se declarada a constitucionalidade ou Inconstitucionalidade; *ipso facto* estará concedido ou denegado o mandado. O único óbice que opõem as impetradas à execução da lei é a sua inconstitucionalidade, segundo ouvi do relatório esclarecido.

Reputo que não há, pròpriamente, questão preliminar de inconstitucionalidade. A preliminar já é mérito, por assim dizer, da questão.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): V. Exª permite um esclarecimento?

A questão de inconstitucionalidade levantada nestes dois últimos mandados não o tinha sido nos outros. A parte sustenta que o Poder Legislativo não podia aumentar os vencimentos dos funcionários da Caixa Econômica; que, na espécie, - serviços autônomos - ainda que o Congresso tenha interpretado como abrangendo as autarquias, fê-lo erradamente, porque não abrange.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Perfeito. Quero saber se as impetradas deixaram de reestruturar os funcionários nesta ou naquela categoria. Se houve diversidade.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Não foi feita reestruturação alguma.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Logo, o problema capital e único é a questão da inconstitucionalidade. Daí entender que não há propriamente preliminar. Se V. Exª entender que há, rejeito-a.

Devo acentuar ao Tribunal que me limitaria a acompanhar o esclarecido e brilhante voto do relator se houvesse já proferido voto a respeito da questão Entretanto, aos julgamentos a que S. Exª se referiu não estive presente. Assim, a questão é posta para mim pela primeira vez.

Objeta-se, contra a constitucionalidade das leis ns. 403, de 1948, e 1.095, o fato de desajuste constitucional na sua feitura, ou, por outra, inconstitucionalidade no sentido formal da lei. A lei fôra feita sem os pressupostos constitucionais, sem os trâmites constitucionais, sem que o presidente houvesse usado da sua faculdade privativa de iniciativa da reestruturação.

Ora, Sr. presidente, a Constituição, na seção referente às leis, art. 67 § 2°, ressalva ao presidente da República competência privativa para os projetos de lei tendentes à criação de cargos em serviços existentes, a fixação ou aumento de vencimentos, como a modificação da lei de fixação das fôrças armadas. Entendem os impugnantes que essa iniciativa só pode ser objeto de discussão por parte do Congresso.

O que a Constituição exige, Sr. presidente, é que a iniciativa parta do presidente da República. A feitura da lei, a sua confecção, a sua amplitude ou restrição, estão sob contrôle do Poder Legislativo, que é o poder por excelência de legislar. Em nosso sistema, o presidente da República exerce funções legislativas corroborantes: a de iniciativa, a da sanção posterior. São corroborações que, em seu aspecto geral, dão ao Executivo, também, uma função legiferante. Porém, a faculdade imanente e inata do Legislativo de modificar, ampliar, restringir as proposições do govêrno, não há que negar. Ele

é clara, é explícita. Alguns tratadistas, alguns doutos, têm procurado levantar a tese no sentido de circunscrever a competência do Legislativo simplesmente àquelas questões restritamente apresentadas pelo Executivo. Essa atribuição restritiva não encontra assento na Constituição, dada a natureza mesma do Poder Legislativo. Tratasse, por conseguinte, de inconstitucionalidade pelo aspecto formal da lei. Há a inconstitucionalidade sob o aspecto material. A primeira se dá quando a lei não observa os trâmites formais estabelecidos pela Constituição; a segunda, quando a lei enfrenta texto expresso da Constituição. Ora, sob êste segundo aspecto material, também, nenhum texto constitucional veda que o Poder Legislativo promulgue, edite leis, que, vindo da iniciativa do Poder Executivo, aumentem, reestruturem quadros funcionais. Assim, o fato de, por uma lei ter sido sancionada pelo presidente da República ou não sancionada, mas tàcitamente aprovada, não implicar na sua constitucionalidade, sob o aspecto formal, é evidente. Se a lei foi feita fora de tramitação formal estabelecida pela Constituição, evidentemente que não há sanção, não há ato algum que revigore o que está nulo em si, de efeito por falta de competência e por falta de base, sobretudo constitucional. Mas, se a lei é feita dentro das formalidades, ou seu aspecto formal é legítimo, não há como contestar-lhe a constitucionalidade, senão diante de um texto que a torne inoperante. Há o exemplo dado pelo próprio advogado: se o Legislativo editasse lei reduzindo vencimentos de magistrados, ela não poderia subsistir, mesmo que sancionada pelo presidente da República ou promulgada pelo Congresso, por isso mesmo que a própria Constituição, em seu texto, declara que os vencimentos dos magistrados não podem ser reduzidos. É a inconstitucionalidade material da lei. Ora, Sr. presidente, de que o Congresso podia ampliar a lei, estendendo os benefícios pedidos pelo presidente da República a funcionários de todos os Ministérios, não há a menor dúvida, mesmo porque o contrário seria atentar contra o princípio da igualdade.

Dir-se-á: mas ao Poder Executivo compete essa iniciativa, e há restrição, por isso mesmo é que êle é o senhor das possibilidades do erário. Mas não é só o Executivo que é senhor das possibilidades do erário. O Legislativo também o é. E o Legislativo exerce um contrôle grande, influente e excepcional dentro do regime, controlando até as contas do presidente da República. Nem porque o presidente da República envie um projeto de lei aumentando vencimentos está o Congresso obrigado a aumentar êsses vencimentos. Poderá, em face da situação do país, não atender; não se dá, felizmente, o caso, porque não há

presidente algum sem a consciência e a elevação necessária, capaz de veicular um projeto dessa ordem, não o suportando as finanças nacionais. Mas a Constituição permite não lhe dar tramitação, arquivar êsse projeto. Não só o Executivo, mas o Legislativo também está a par de tudo - deve estar, é a presunção legal, - e, quando amplia ou restringe a lei, fá-lo em função da situação econômica e financeira do país. De forma que entendo que, sob o aspecto formal, não se pode ter as leis em causa como inconstitucionais. Dir-se-á, também: mas incluiu-se no projeto o que não fôra pedido; incluíram-se autarquias. Êste Tribunal, realmente, tem decidido que os funcionários das autarquias não são funcionários públicos no sentido que define o Estatuto dos Funcionários, ou por outra, não obedecem ao Estatuto dos Funcionários.

Que são funcionários no sentido lato não há a menor dúvida, porque, o Poder Judiciário, o chefe do Poder Executivo e nós outros juízes somos funcionários no sentido lato, não no sentido restrito, para aplicação da lei ao funcionalismo. Quer dizer, são servidores públicos, e aos servidores públicos é que se aplica a legislação.

Ora, a lei inicial foi a 403, de 48, a qual incluía não só os Ministérios como, também, os departamentos autônomos. Já ai não preciso de maior distinção, não preciso da lei interpretativa n. 1.095, de 1950, porque a característica das autarquias é a autonomia, senão financeira, autonomia de pessoa de direito público, diferente da União. Autarquia corresponde a departamento autônomo. Logo, a aplicação, por extensão, às autarquias da lei n. 1.095, de 1950, para mim é redundante; as autarquias estão implicitamente compreendidas na própria lei n. 403, de 1948.

De modo que, Sr. presidente, com estas ligeiras considerações, e porque o assunto não seja senão o da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, ponho-me de inteiro acôrdo com o voto do Sr. ministro relator, negando provimento ao recurso.

VOTO - PRELIMINAR E MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, por ocasião do julgamento do mandado de segurança n. 1.293, em 28 de janeiro do corrente ano, manifestei-me contrário à argüição de inconstitucionalidade da lei n.

1.095, de 1950, como decorrência da inconstitucionalidade da lei n. 403, de 23 de setembro de 1948. Dei razões. Para mim só existe inconstitucionalidade quando a lei dispõe contràriamente à Constituição. Se na elaboração da lei não se observou a Constituição, tem o presidente da República, pelo princípio de independência de poderes, meios que a própria Constituição lhe assegura, lhe define, para evitar que essa lei tenha vigência: veta-a.

No caso concreto, o Sr. presidente da República não vetou, nem sancionou, expressamente, nenhuma das duas leis. E a Constituição declara que quando isso ocorrer verifica-se a hipótese da sanção tácita. Parece-me até que o presidente do Senado Federal, procurando uma solução para casos tais, aplicou a providência da promulgação como única de que poderia lançar mão, porque a Constituição não diz o que se deve fazer nesses casos. A Constituição declara que, quando o Sr. presidente da República vetar a lei, o veto deverá ser submetido ao Congresso; e, se êste confirmar a lei, o presidente deverá promulgá-la em 48 horas; em não o fazendo, promulgá-la-á o presidente do Senado. Mas, quando o Sr. presidente da República não sancionar nem vetar, não diz a Constituição como se deve fazer. Era preciso, entretanto, alguma solução - e o presidente do Senado aplicou o dispositivo da promulgação por analogia.

No caso concreto, porém, não há inconstitucionalidade, por defeito na elaboração da lei. Seria preciso aprofundarmos estudo para explicar a finalidade da determinação constitucional. A razão da competência exclusiva traçada ao Sr. presidente da República, da iniciativa de leis que importem em aumento de vencimentos - como daqueles que criem cargos em serviços existentes - inegàvelmente só pode ser uma, e decorrente do contrôle financeiro que tem S. Exª dos recursos do Tesouro. Ora, aí, a Constituição estabelece que os dois poderes ajam em harmonia. Nem por dar ao presidente da República a exclusividade da iniciativa, se admite possa pretender reduzir, restringir, limitar as funções do Poder Legislativo, nem tampouco cerceá-lo, quando essa iniciativa pretender a mesma coisa. Se o Sr. presidente da República, entretanto, tomando conhecimento de uma proposição votada, dispondo sôbre matéria de sua exclusiva iniciativa, não a veta, evidentemente S. Exª *a posteriori* terá concordado, terá exercido aquela função que a Constituição lhe teria atribuído.

Não vejo inconstitucionalidade no caso. Pela sanção do Sr. presidente da República - e foi o que eu disse, da vez passada, - terá desaparecido o vicio, o defeito na elaboração na mesma lei. Se o Sr. presidente da República houvesse vetado a lei e o Congresso a houvesse aprovado, pergunto: que ocorreria? Evidentemente – ai sim - essa lei seria inconstitucional, pela falha de sua elaboração. E não poderia entrar em vigor. Nessa caso, sim, caberia a intervenção do Judiciário, devidamente provocado, para declarar sua inconstitucionalidade, tôda a vez que se pretendesse aplicá-la, porque o Poder Judiciário não declara, em tese, a inconstitucionalidade de uma lei; isso caberia ao próprio Poder Legislativo.

É o que penso quanto à preliminar. Se estamos votando preliminar e mérito, conjuntamente, reedito, quanto a êste, em seus têrmos exatos, o voto que proferi no referido mandado de segurança.

Antes de ler meu voto, desejo que o Sr. ministro relator me informe em, que têrmos foi o mandado concedido.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): "Julgo procedente o pedido, concedo a segurança e determino "seja feita a reclassificação dos impetrantes no padrão "O", condenando o impetrado nas custas".

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: No mérito, Sr. presidente, dou provimento, em parte, exatamente na conformidade do voto proferido no recurso de mandado de segurança n. 1.293.

Compete às Caixas Econômicas, por fôrça de legislação peculiar e de seus regimentos, organizar suas tesourarias e a classificação dos tesoureiros e ajudantes de tesoureiros se fará na conformidade do movimento dessas tesourarias e não todos no padrão "O". Reedito, assim, ó voto que proferi. Dou provimento, em parte, para haver como procedente o mandado, na conformidade, porém, do que dispuser o regime das Caixas Econômicas quanto à organização de suas tesourarias.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): V. Exª dá licença para um esclarecimento?

Todos êstes funcionários pertencem a uma mesma Caixa: a Caixa Econômica do Estado de São Paulo. Esta Caixa e a do Rio de Janeiro são as únicas que têm a arrecadação maior de Cr$ 2.000.000,00. Por isso, a Caixa pretendeu reestruturá-los todos na letra "O". Só não deu execução a essa reestruturação em virtude de ordem do Conselho Superior.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Então, meu voto não prejudicará o direito dos requerentes e servirá para esclarecer, porque lembro-me de que, na ocasião, se discutiu, aqui, uma organização que a Caixa Econômica deu às suas tesourarias.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Eu acompanhei o voto de V. Exª nesse sentido, achando que as Caixas eram obrigadas a aplicar a lei n. 403 e não a reestruturar nesta ou naquela letra. No caso presente, não fiz a restrição porque parece-me que êstes funcionários tinham direito líquido e certo à reestruturação na letra "O", pois pertencem à Caixa Econômica de São Paulo e, segundo declaração não contestada, foram reestruturados pela Caixa. A reestruturação só não entrou em vigor porque o Conselho Superior mandou suspendê-la.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Vejo que meu voto, na sua conclusão, abrange o caso, conforme Vossa Excelência o resume. Contudo, o que não quero é fixar um padrão determinado expressamente, retirando, assim, à Caixa o exercício da atribuição regular de organizar suas tesourarias.

Meu voto é, portanto, êste: dou provimento em parte.

VOTO - PRELIMINAR E MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, estou de inteiro acôrdo com o voto proferido pelo eminente Sr. ministro relator. Já tive oportunidade de pronunciar-me em caso análogo ao ora controvertido, concluindo pela constitucionalidade das leis ns. 403, de 1948, e 1.095, de 150. As recorrentes argúem vicio de inconstitucionalidade dessas leis no que concerne à sua elaboração, por entenderem que o Poder Legislativo, ampliando os têrmos da mensagem do Executivo, beneficiou, além dos tesoureiros do Ministério da Fazenda nela compreendidos, também os seus colegas dos outros

Ministérios, bem como os servidores de igual categoria lotados nos serviços autônomos. Não está em causa, portanto, qualquer inconstitucionalidade material das referidas leis, isto é, não se objeta que as mesmas encerrem disposições em antagonismo com a Lei Maior. Tanto o eminente Sr. ministro relator como o Sr. ministro SAMPAIO COSTA acentuaram que o Legislativo não está jungido aos têrmos da proposta ou da mensagem do Executivo. Pode ampliá-la ou restringi-la, porque, se assim não fôra, o Parlamento sofreria indisfarçável e incompreensível restrição de seu amplo poder de editar as leis que julgar adequadas.

Não vejo como negar ao Legislativo um grande elastério na elaboração das leis, não derivando nenhuma inconstitucionalidade de qualquer ou possível ampliação que, por acaso, faça na proposta do Executivo. Tenho para mim que as leis malsinadas tiveram tramitação regular; até, mesmo, quanto à sanção.

O eminente Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS fêz reparo quanto a êste último aspecto, dizendo que a Constituição sendo omissa, as leis em causa foram sancionadas pelo presidente do Senado...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: É omissa nos casos em que o Sr. presidente da República não sanciona nem veta em 10 dias.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Justamente nessa parte é que pretendo retificar o voto de V. Exª. A Constituição é expressa. Diz o art. 70 da seção V do capítulo II do Título I:

"Nos casos do art. 65 a Câmara onde se concluir a votação de projeto enviá-lo-á ao Sr. presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

.....

§ 2° Decorrido o decênio, o silêncio do Sr. presidente da República Importará sanção.

.....

§ 4° Se a lei não for promulgada no prazo de 48 horas pelo Sr. presidente da República nos casos dos §§ 2° e 3° o presidente do Senado a promulgará; e se êste o não fizer em igual prazo fá-lo-á o vice-presidente do Senado".

A Constituição não é, portanto, omissa como afirmou o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS. As leis impugnada foram, nos têrmos do § 4° do art. 70, promulgadas por quem deveria fazê-lo.

Esclareço esta circunstancia à guisa de mais uma achega a fortalecer a regularidade da tramitação das leis em tela.

Rejeito, Sr. presidente, a preliminar de inconstitucionalidade.

E, quanto ao mérito, nego provimento ao recurso.

VOTO

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Disse eu neste Tribunal, em sessão de 28 de janeiro próximo passado, por ocasião do julgamento dessa mesmíssima argüição de inconstitucionalidade:

"Acolho a argüição. Lê-se na Lei Básica, art. 67, § 2°, que:

"Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado e dos Tribunais Federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete exclusivamente ao Sr. presidente da República a iniciativa das leis que criem empregos em serviços existentes, aumentem vencimentos ou modifiquem, ao decurso de cada legislatura, a lei de fixação das fôrças armadas".

Uni tibi id conceditur coeterts omnibus excluais, é o que o preceito está dizendo, na hipótese, à autoridade executiva, como a indicar que ela, não mais ninguém, pode tomar iniciativa no concernente. Bem se houve o constituinte. Decerto, todos os meus eminentes pares conhecem, na história do Chile, o caso Balmaceda. Como ignorá-lo, se dêle se ocupou Nabuco? Há também, a

respeito, a versão de dom Julio Bãnados Espinosas. Não encontro escusas para as tropelias do grupo do ditador Balmaceda. Mas ao, princípio de tudo o que se relaciona com a revolução chilena de 1891, via-se ali um Parlamento em postura negligente, resgatando à Presidência da República os meios indispensáveis ao custeio da máquina administrativa, negando-lhe impostos, orçamentos, etc. Daria no mesmo se êsse Parlamento desandasse a aumentar a despesa sem atentar para as possibilidades do Tesouro Público, sem ocultar o responsável pela marcha da administração.

Para impedir semelhantes práticas com seu cortejo de consectários funestos, nosso Legislador Maior, em situações como a de que se ocupam êstes autos, recorreu à medida constante do prefalado artigo 87, § 2°.

Recalcitrando o Parlamento, sua lei resultará *sine virtude operandi*. Isso se aplica à lei n. 1.095, de 1950, lei em que estaqueia a impetração. Não resultou o aumento de vencimentos em serviços existentes da mesma constante, de iniciativa do Sr. presidente da República. A pretexto de interpretar a lei n. 403, de 1948, dois anos mais tarde surge a lei n. 1.095, de iniciativa da Câmara dos Deputados, elevando remuneração de servidores da Caixa Econômica Federal não cogitados pela mensagem presidencial de referência ao projeto que se tornara a lei n. 403.

Evidente a invasão de competência, a usurpação de funções privativas, a infringência do prefalado preceito constitucional.

Ilíquidos os direitos postulados, pois que assentes em lei inconstitucional. Casso, em conseqüência, a segurança concedida:

Dou provimento ao recurso.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Rejeitada a argüição de inconstitucionalidade, pôsto à margem o óbice da inconstitucionalidade, é mandar reestruturar de acordo com a movimentação de valores.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: No mérito, acompanho integralmente o voto do Sr. ministro relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não se deu pela preliminar de incompetência do Juízo *a quo*, por unanimidade. No mérito, desprezada a argüição de inconstitucionalidade, vencido o Sr. ministro CUNHA MELO, negou-se provimento ao recurso, contra os votos do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, em parte, e do Sr. ministro CUNHA MELO, *in totum*. Não tomaram parte no julgamento, por motivo justificado, os Srs. ministros CÂNDIDO LÔBO e ELMANO CRUZ.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

AUTARQUIAS – EXECUÇÃO DE SENTENÇA

- Não cabe a invocação do art. 204 da Constituição em se tratando de execução de sentença contra autarquias.

- Interpretação do art. 204 da Constituição.

Agravante: Companhia de.Seguros da Bahia

Ag. do art. 45 do Reg. Int. - Rel.: MIN. MACEDO LUDOLF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo do art. 45 do Regimento Interno na carta precatória n. 328, de São Paulo, em que é agravante a Cia. de Seguros da Bahia, sendo agravado o despacho da Presidência:

Acordam os ministros componentes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e por unanimidade de votos, em negar provimento ao aludido agravo, na conformidade das notas taquigráficas *retro* anexadas, que dêste ficam fazendo parte integrante.

Tribunal Federal de Recursos, 30 de maio de 1952. - *Macedo Ludolf*, presidente e relator sem voto.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Está em causa precatória dirigida à Presidência dêste Tribunal Federal de Recursos, a fim de requisitar-se do Lóide Brasileiro o pagamento de importância apurada em execução provinda da sentença condenatória proferida contra aquela emprêsa de navegação.

Em vista de impugnação preliminarmente formulada, a respeito, pelo Exmo. Sr. Dr. subprocurador geral, lancei nos autos o seguinte despacho:

"Tratando-se de autarquia federal, com patrimônio que lhe ficou incorporado sujeito a administração própria, não é o caso da prática do art. 204 da Constituição federal.

Êsse dispositivo diz respeito, sòmente, a pagamentos devidos pela Fazenda Nacional.

Assim, de acôrdo com o parecer *retro* e em face do despacho por mim proferido em situações idênticas, ordeno o arquivamento. Publique-se".

Inconformou-se a exeqüente, Companhia de Seguros da Bahia, e dai o agravo do art. 45 do Regimento Interno, no qual a aludida exeqüente desenvolve considerações tendentes a demonstrar que, dada exatamente a circunstância de estar a autarquia em questão constituída apenas do patrimônio da União e serem seus bens impenhoráveis, não se pode inobservar, *in casu*, o cogitado art. 204, em tôrno do qual gira, o incidente: (*lê a fls. 28*).

Devo reconhecer e proclamar que, no assunto, já têm havido aqui precedentes no sentido sustentado pela agravante, mas que se verificaram antes do período de meu mandato.

Naquele despacho, ora em tela, ressaltei o aspecto de entidade autárquica de que se reveste o Lóide (parte executada), possuindo êle, assim, administração própria e inconfundível com a exercida diretamente pelo govêrno.

Tal circunstância, preponderante e Irrecusável, há que conduzir à solução por mim adotada, ou seja, que não é possível a pretendida prática do art. 204 da Constituição federal.

Pela letra expressa do dispositivo, o que se vislumbra, sem nenhuma dúvida, é que a intervenção desta Presidência, ali estabelecida, sòmente se torna legitima quanto a pagamentos devidos pelos cofres: da Fazenda federal, o que se fará pela ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sejam orçamentários ou extra-orçamentários abertos á êsse fim.

Como se vê, a situação do Lóide Brasileiro, ou de qualquer outra autarquia, não se compreende evidentemente na finalidade restrita do apontado imperativo de nossa Magna Carta, referente tão-só aos pagamentos que devam ser feitos pelo Tesouro Nacional, dentro das normas impostas pelo legislador constituinte:

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Mantenho o despacho agravado. As autarquias federais, se bem que pessoas de direito público interno, têm personalidade diversa da União. O Lóide Brasileiro é uma autarquia federal, com personalidade, própria e autonomia financeira. O art. 204 da Constituição federal se refere à condenação da Fazenda federal, estadual ou municipal. No caso, foi condenado o Lóide Brasileiro, uma autarquia com personalidade própria e. com autonomia financeira. O pagamento não há que correr, na forma do referido art. 204, por via de requisitório ao Tesouro federal. O Lóide é que pagará a condenação, da maneira por que o puder. Se auxiliado pelo govêrno

federal, será questão fora da cogitação do art. 204. Por ser o Lóide Brasileiro uma autarquia, não se segue que se confunda com a União.

Nego provimento ao agravo.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, também nego provimento ao agravo, porque, a rigor, a razão está com V. Exª. No particular, não há como ampliar a orientação constitucional. É certo que os exeqüentes das decisões contrárias às autarquias ficarão embaraçados para conseguir a execução das mesmas decisões. Houve, aqui, certa feita, discussão em tôrno da penhorabilidade, ou não, dos bens das autarquias, não dos bens corpóreos, mas de.suas rendas - e o Tribunal dividiu-se na apreciação dessa penhorabilidade, ou não. Se a Constituição quis assegurar, ainda quando as causas se dirijam contra o Estado, contra a Nação, a exeqüibilidade das sentenças, não é possível fugir a êsse princípio quando se trata de autarquias. Quando se trata de pessoa de direito privado, a segurança da execução se faz mediante a penhora; quando se trata da União, também há sentença da execução por fôrça das providências adotadas pela Constituição. Quando se trata de autarquia, entretanto, abre-se uma exceção. A parte interessada fica no vácuo, porque os bens patrimoniais das autarquias são impenhoráveis, a parte não, tem o que executar. É uma situação lastimável. Sob o ponto de vista concreto, porém, a razão está com V. Exª. Realmente, não há que se fazer processar por intermédio da Presidência a execução - das causas contra as autarquias.

V. Exª mencionou um aspecto que é exatamente aquêle que me impõe a minha conduta. Disse V. Exª que vários requisitórios expedidos pela Presidência não foram cumpridos - e não o foram porque as pessoas jurídicas contra quem se expediram os mesmos não se sentiram obrigadas a cumpri-los. E o presidente do Tribunal não tem fôrça para os fazer cumprir. Este aspecto do prestigio que devem ter as determinações judiciárias muito me impressiona. Acho que elas devem ser acauteladas, a fim de que não se exponham. Tenho dito muitas vêzes: muito grande e muito fraca é a fôrça do Judiciário. Muito grande, se usada em têrmos, dentro de sua atribuição rigorosa; muito fraca, nula, se transbordante de suas atribuições definidas. No caso, seria transbordante.

Estou de acôrdo com V. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, o assunto de que se trata já foi ventilado neste Tribunal, creio que mais de uma vez, e, para obviar inconvenientes que surgem sempre que aparece um caso dêsses, foi apresentado ao Senado Federal um projeto de lei ao qual, por intermédio do senador ATÍLIO VIVÁQUA, tive oportunidade de sugerir emenda, que visa, justamente, assegurar a forma de pagamento das execuções contra as autarquias. Êsse projeto está em discussão no Senado, ainda não foi aprovado, e a emenda é no sentido de autorizar o Poder Judiciário a suspender o presidente de autarquia que não der cumprimento ao precatório ou não incluir a dívida no orçamento futuro. Se deixarmos ao critério do presidente da autarquia pagar, ou não, ou incluir no orçamento futuro, êle não incluirá nunca, e o Tribunal ficará sem meios para cumprir ou fazer cumprir a sua própria decisão.

Apóio o despacho de V. Exª Integralmente, além do mais, por estas razões.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento, por unanimidade de votos. Os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA, CUNHA MELO, MOURÃO RÚSSEL e ALFREDO BERNARDES votaram de acôrdo com as conclusões do Sr. ministro SAMPAIO COSTA. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

COMENTÁRIO

1. A decisão do Tribunal Federal de Recursos na carta precatória na 328, de São Paulo, agita um tema de grande interêsse, embora omisso na legislação e na jurisprudência nacionais. Trata-se da Possibilidade de estender as autarquias

o processo de execução de sentenças contra a Fazenda Pública, regulado no art. 204 da Constituição e no parág. único do art. 918 do Cód. de Proc. Civil.

A norma constitucional vigente (que reproduz, com ampliação à Fazenda estadual e municipal, o art. 162 da Constituição de 1934 e o art. 95 da Carta de 1937) as segura os pagamentos na ordem de apresentação dos precatórios e à conta de dotação ou crédito aberto ao Poder Judiciário, vedada a especificidade da verba, mediante indicação de casos ou de pessoas. Faculta, ainda, na hipótese de preterição do direito de preferência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Aludindo a Constituição aos "pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal", poder-se-á compreender nêles, por assemelhação, as dividas de autarquias? A omissão legal desafia a argúcia do intérprete necessitado de preservar a eficácia prática da sentença, a fim de que o decreto jurisdicional não se torne de execução retardada ou irrealizável.

O ministro CUNHA VASCONCELOS descreveu a perplexidade diante do texto lacunoso:

"Quando se trata de pessoa de direito privado, a segurança da execução se faz mediante a penhora; quando se trata da União, também há sentença de execução por fôrça das providências adotadas pela Constituição. Quando se trata de autarquia, entretanto, abre-se uma exceção. A parte interessada fica no vácuo, porque os bens patrimoniais das autarquias são impenhoráveis, a parte não tem o que executar".

Entendido em sua literalidade, o panorama legislativo confere às autarquias privilégios maiores do que à própria União. Estados e Municípios. Ao passo que assegura aos serviços públicos personalizados tôdas as regalias da Fazenda Pública, não possibilita a ação do Poder Judiciário para a efetividade da prestação a que forem êsses condenados. Imunes os seus bens pela regra da impenhorabilidade, ficaria entregue ao alvedrio da administração o atendimento da ordem judicial de pagamento.

Os antecedentes da Constituição não facilitam o esfôrço de exegese. Antes o embaraçam no tocante ao diagnóstico da intenção do legislador constituinte,

que, encontrando no art. 186, § 30, do projeto primitivo de 27 de maio de 1946 a aplicação expressa às autarquias do preceito em causa, suprimiu-o no projeto revisto, de 8 de agôsto, sem deixar vestígios, nas publicações oficiais, do fundamento de sua deliberação.

Devolve-se, assim, ao Poder Legislativo a obrigação de prover a respeito, obviando os notórios inconvenientes do silêncio da Constituição e das leis processuais. O projeto n. 4, de 1952, em trânsito no Senado, que visa a estabelecer regras sôbre as causas de interêsse da Fazenda Pública ("Diário do Congresso Nacional" de 17 de janeiro de 1952), comportaria, por exemplo, emenda aditiva que viesse a esbater, em definitivo, a obscuridade dos textos vigentes. O ministro ELMANO CRUZ refere-se em seu voto, à existência de emenda concernente á responsabilidade dos administradores recalcitrantes, da qual não conseguimos, no entanto, encontrar qualquer rastro nas pesquisas feitas naquela Casa do Congresso.

2. Mas, até que se manifeste a iniciativa do Poder Legislativo, como poderá agir, de **lege constituto**, o Judiciário nos casos de recusa ou inércia das entidades autárquicas no cumprimento de seus precatórios? O acórdão do Tribunal Federal de Recursos reconheceu, acertadamente, que não se aplica á hipótese o art. 204 da Constituição. A conclusão melancólica que resulta, implicitamente, do teor do aresto é a impotência confessada para compelir o devedor relapso ao respeito da coisa julgada.

O Tribunal de Justiça de São Paulo encontrou, para a garantia da majestade das ordens judiciais, um caminho radical e divorciado da melhor doutrina, declarando a penhorabilidade dos bens de autarquias federais à vista de exigência fiscal do Município não satisfeita ("Rev. dos Tribunais", vols. 160, pág. 83, e 176, pág. 282).

3. A norma contida no art. 240 da Constituição vincula o legislador que, na elaboração orçamentária, deve necessàriamente incluir, entre as verbas da despesa, a dotação global reservada aos pagamentos judiciais. Se insuficiente a dotação, poderá o Poder Judiciário solicitar, diretamente, a concessão de crédito suplementar ou especial, embora não se inclua em sua competência o poder de iniciativa da lei.

Diversa, porém, se apresenta a matéria no tocante às entidades autárquicas que, por fôrça da autonomia financeira que lhes é elementar, não integram o Orçamento Geral da República e escapam à ingerência do Poder Legislativo, não obstante a identidade com os serviços de administração direta com referência à prestação das contas de seus administradores (Constituição, art. 77, n. II).

Um dos característicos da personalidade jurídica das autarquias reside na liberdade de iniciativa de seu plano financeiro, embora condicionado à aprovação dos órgãos de contrôle do Poder Executivo. Como assinala ROLAND DRAGO, em recente estudo sabre os estabelecimentos públicos franceses, a fronteira entre os serviços personalizados e os autônomos se define pela independência orçamentária:

"**Cette autonomie dans l'établissement du budget montre la différence qui existe entre la personnalité morale de droit public et la seule autonomie financière. La prémiére comporte l'existence d'un patrimoine autonome, sou budget n'est pas soumis an controle parlamentaire et fait échec au príncipe de l'unité budgétaire; su contraire, selon MICIMUD, "l'individualité financière... n'est qu'une mesure d'ordre, nu simple mécanisme administratif ayant pour objet de faciliter et de simplifier la gestion de certaines branches de revenus publica et de faire apparaitre d'une maniere immédiate, au moyen d'un comute séparé, les résultats de cette gestion**" (ROLAND DRAGO, "Los crises de la notion d'établissement public". 1950, pág. 57).

No mesmo sentido se manifestam PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE em seu "Traité de Droit Administratif", publicado no corrente ano, assinalando como peculiaridade do regime financeiro dos estabelecimentos públicos a autonomia orçamentária (ob. cit., pág. 168).

2 certo que a autonomia financeira das autarquias se subordina ao controle administrativo do Estado, que tem, como uma de suas características, a aprovação do orçamento pelo Poder Executivo (BIELSA, "Estudios de Derecho Público", tomo I, "Derecho Administrativo", 1950, página 412). Também entre nós, as leis específicas das autarquias determinam a forma de elaboração e aprovação de seus orçamentos, cuja coordenação e padronização se opera nos

têrmos do, dec.-lei no 5.570, de 10 de junho de 1943. Nada há, contudo, no direito positivo, que determine a inclusão nos orçamentos autárquicos de verbas à disposição do Poder Judiciário, para a compulsão dos pagamentos decorrentes de execuções de sentença.

As autarquias não se têm furtado, em regra, à observância dos mandados executivos, restringindo-se, quando muito, aos retardes naturais à abertura de créditos especiais para o custeio da despesa imprevista. É inegável, contudo, que, do ponto de vista jurídico, elas se acham em posição privilegiada pela imunidade à coerção jurisdicional especifica consignada na Constituição com referência à Fazenda nacional, estadual ou municipal. Urge, assim, que o Congresso Nacional, no uso de sua competência legislativa (art. 5°, no XV, **a**), estabeleça tratamento legal adequado à matéria, de modo a cancelar a anomalia e assegurar a efetividade das execuções judiciais.

Caio Tácito, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro.

*

IMPÔSTO - PAGAMENTO COM LETRAS DO TESOURO

- Dispondo a lei que as letras do Tesouro poderão ser utilizadas no pagamento de impostos, não podem as repartições públicas recusa-las.

- O vocábulo "poder" significa "dever", quando se trata de atribuições de autoridades administrativas.

Cia. de Seguros Terrestres e Marítimos União Comercial dos Varejistas *versus* União Federal

Ap. n. 1.422 - Relator: MINISTRO ALFREDO BERNARDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 1.422, do Distrito Federal, em que é apelante a Cia. de Seguros Terrestres e Marítimos União Comercial dos Varejistas e apelada a União Federal:

Acordam os ministros componentes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por votação unânime, em dar provimento à apelação para julgar procedente esta ação de consignação em pagamento, tudo de conformidade com o relatório e notas taquigráficas *retro*, que a êste integram.

Tribunal Federal de Recursos, 29 de novembro de 1950. - *Henrique d'Ávila*, presidente; *Alfredo Bernardes*, relator.

RELATÓRIO

O. SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: A Companhia de Seguros Terrestres e Marítimos União Comercial dos Varejistas, estando a dever impostos federais em cobrança, pretendeu quita-los com "letras" do Tesouro, cuja emissão foi autorizada pelo dec.-lei n. 9.374, de 17 de junho de 1946.

A repartição arrecadadora do impôsto recusou o pagamento como lhe era ofertado, por entender que tais letras só *poderiam* ser aceitas como dinheiro, se assim entendesse o Sr. ministro da Fazenda, pois não há na lei que as emitiu *obrigação* a êsse recebimento.

Diante da referida recusa, a autora, União Comercial dos Varejistas, intentou a presente ação de consignação em pagamento, seguida dos depósitos das mencionadas "letras". Houve contestação a fôlhas 31, fundada em ser justa: a causa da recusa. A fls. 53 encontra-se a sentença apelada, que julgou a ação improcedente, que é dêste teor: (*fls. 53 - lê*).

Inconformada com essa decisão, a autora dela apelou a fls. 58, insistindo na obrigatoriedade, para a União Federal, de receber as "letras" do Tesouro em pagamento dos impostos federais, porquanto no art. 4° do citado decreto-lei há

uma *autorização* para êsse recebimento e não *uma* faculdade, pois o verbo poder foi usado com o significado de dever. Fortalecendo a sua argumentação, que se estende por cinco páginas dactilografadas, citou e transcreveu trechos de CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito") e IHERING ("L'Esprit de Droit Romain") favoráveis à interpretação que deu à norma jurídica em discussão.

A apelação foi contra-arrazoada a fls. 64; e, nesta instância, o Dr. subprocurador geral da República emitiu o parecer de fls. 72.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): O dec.-lei n. 9.374, de 17 de junho de 1946, autorizou o Sr ministro da Fazenda a emitir "Letras do Tesouro", em limite não excedente de quinhentos milhões de cruzeiros, aos prazos de 80, 90 e 120 dias, "que poderão ser aceitas pelas repartições arrecadadoras da União, em pagamento dos impostos federais" (art. 4°).

A autora da presente demanda Companhia de Seguros Terrestres e Marítimos União Comercial - quis pagar com as referidas "letra" impostos federais, então em cobrança, mas não conseguiu fazê-lo, porque o Sr. diretor da Recebedoria recusou-se a receber o pagamento como lhe era ofertado.

Daí a consignação judicial das aludidas "letras", contestada pela União Federal, sob fundamento de ter sido justa a causa da recusa, já que a lei não *impõe* às estações arrecadadoras a obrigação de aceitá-las para o fim indicado; torna, apenas, *possível* essa aceitação, se com ela convier o Sr. ministro da Fazenda.

A sentença apelada considerou legítima a recusa da ré ao aludido pagamento; por isso julgou a ação improcedente, condenando a autora nas custas.

Apura-se que as "letras" consignadas em pagamento já foram resgatadas, existindo, assim, em depósito, sòmente dinheiro.

A controvérsia assume, dêste modo, caráter acadêmico, a respeito do valor da expressão "poderão", empregada no artigo 4° do citado dec. n. 9.374.

Para o Dr. juiz *a quo* a referida expressão deixou clara a dependência de formalidade para aceitação da "Letra do Tesouro", em pagamento de impostos, que deveriam ser liquidados em dinheiro de contado. O não-preenchimento dessas formalidades tornou justa a recusa da ré em aceita-las, como se dinheiro fôssem.

Entendo de modo diverso.

A lei não subordinou o pagamento dos impostos federais com "Letras do Tesouro" a, nenhuma formalidade. Estabeleceu, apenas, que tais letras "*poderão* ser aceitas pelas repartições arrecadadoras da União, em pagamento de impostos federais".

Há, no aludido texto, uma *autorização* e não uma faculdade. Por êle ditas repartições ficaram autorizadas a aceitarem aquelas letras como dinheiro, não podendo, portanto, recusa-ias quando oferecidas em pagamento de impostos federais.

Conforme salientou EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "Tratado de Direito Civil Brasileiro", vol. 4°, pág. 449, na interpretação das normas jurídicas, há um fato que não pode ficar sem particular atenção pela freqüência do registro e a importância das suas conseqüências.

"É o emprêgo de *dever e poder*, nos preceitos legais, palavras a que, muita vez, se não atribui o sentido próprio gramatical, vendo-se um verbo em lugar de outro. Porque o mesmo ocorre no direito alemão, quando se vê *solt* em vez de *muss*, *Rann nicht por darf nicht, e vice versa*, bem como no direito anglo-americano, onde se lê, *may* significando *shall*, e êste verbo com sentido daquele, a doutrina tem dado tôda atenção ao fato, tomando-lhes nós a orientação geral, para expor resumidamente que, não raro, o *poder* é referido nas leis como verdadeiro *dever*.

Assim, por vêzes, é conferida à autoridade pública um poder, que se traduz realmente como dever, pois referindo-se à autoridade que bem a prerrogativa de

decidir, sem contrôle direto de outra, sôbre a oportunidade de exercer as próprias atribuições, com a liberdade de escolher dos meios a empregar, não se compreende que, principalmente, as normas de direito público desçam a tais minúcias, sem dúvida desnecessárias, a ponto de catalogar o que cabe dentro dessa faculdade tão ampla; e, pois, quando a *lei faz referências, use embora o permissivo, está impondo*.

Aliás IHERING teve o cuidado de advertir que é *imperativa*, na formalidade prática imediata de uma, ordem ou proibição, a forma regular sob a qual se apresente o direito nas leis. *E o caráter imperativo jaz na coisa, na idéia, pouco importando que tenha sido usada expressão imperativa*, ou não. Por isso, na bôca do legislador é tem o sentido de *deve ser*".

A mesma é a lição de CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", págs. 323 e segs.).

"*Propende o direito moderno para atender mais ao conjunto que às minúcias, interpretar as normas em complexo em vez de as examinar isoladas", preferir o sistema d particularidade. Se isto se diz da regra escrita em relação ao todo, por mais forte razão se repetirá acêrca da palavra* em relação à regra. Ater-se aos vocábulos é processo casuístico retrógrado. *Por isso mesmo* se não opõe sem maior exame, pode e deve, não pode e não deve (*soll e muss, kann nicht e darf nicht* dos alemães, *may e shall* dos inglêses e norte-americanos)".

"332. Em geral, o vocábulo *pode* (*may*, de anglo-americanos; *soll konne*, dos teutos); dá idéia *de ser o preceito, em que se encontra, meramente permissivo, ou diretório, como se diz nos Estados Unidos;* e deve (*shall must*, de anglo-saxônios; *muss durfe*, de alemães) *indica uma regra imperativa*.

"Entretanto, estas palavras, sobretudo as *primeiras, nem sempre se entendem na acepção ordinária. Se, em vez do processo filosófico de exegese, alguém recorrer ao sistemático e ao teleológico; atinge às vêzes multado diferente; desaparece a antinomia verbal, poder assume as proporções e efeito de dever*.

Em regra, *para a autoridade que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios apropriados para exercer as suas atribuições*, o poder *se resolve em* dever.

"*Generaliza-se a acepção peremptória, na esfera do direito público*".

Atendendo-se para a finalidade do preceito contido no art. 4° do decreto-lei n. 9.374, percebe-se, sem dúvida alguma, que foi a de conceder aos *tomadores de letras, a vantagem* do resgate antecipado, oferecendo as mesmas em pagamento de tributos federais; o *benefício*, a faculdade de compensar o débito decorrente de impostos com os créditos, que tais letras documentam.

O pagamento dos impostos pela entrega da soma devida à tesouraria competente é o processo mais corrente (MARCELO CAETANO, "Manual de Direito Administrativo", pág. 422). Exatamente por isso, conforme salienta o ilustre advogado da apelada, é que o dec.-lei n. 9.374 resolveu *autorizar* as autoridades fiscais a receberem as Letras do Tesouro em pagamento dêles como se fôssem dinheiro. A recusa do fisco a êsse recebimento não teve justa causa.

Dou, assim, provimento à apelação de fls. 58, para reformar a sentença apelada e julgar procedente esta ação, subsistente o depósito.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO (revisor): O caso, não obstante sua simplicidade, merece a atenção da Turma, por isso que estamos diante de um preceito de ordem legal, que tem aplicação multiforme importantíssima e que soma milhares, talvez milhões de cruzeiros, porque essas letras correspondem a empréstimos feitos em quantia bem alta e significativa.

Desde logo, com êste modo de enunciar o meu pensamento, vou arredando a importância do argumento do Sr. Dr. subprocurador geral da República. Pareceu-me que S. Exª considerou argumento preponderante o fato de se tratar, através dessas letras, de pagamento em papel, ao invés de ser em dinheiro, como é a regra normal. A meu ver, êsse argumento perde de importância, porque esse papel nada mais representa do que dinheiro que já entrou. A parte comprou na bôlsa ou recebeu em pagamento do Tesouro Nacional, dando em troca dinheiro.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO:V. Exª me dá licença, para não perder a oportunidade de apoiar a V. Exª desde logo?

O decreto-lei é de 17 de julho de 1946. O maior têrmo para resgate ou reconhecimento era da 120 dias do próprio exercício financeiro do ano de 1946. Tôdas as operações de um só têrmo financeiro, entrando o dinheiro no mesmo ano do resgate.

Isto, em apoio às doutas considerações de V. Exª. Muito obrigado.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sim, porque, posteriormente a isso, já estavam tôdas resgatadas.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): E êsses depósitos também já estavam convertidos em dinheiro, como consta dos autos.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Mesmo encarando a situação gramatical da fôrça de expressão usada pelo legislador "poderá" ou "deverá", que no caso foi abolida pela sentença, entendo que são coisas absolutamente distintas - e o são, não há dúvida alguma, principalmente em têrmos de tese, no sentido jurídico, e estamos aqui explicando, diàriamente, essa diferenciação - no caso concreto, ou se tratando da expressão "poderá", encontro nesse próprio decreto um dispositivo que, a meu ver, embora não seja muito claro na sua significativa ao intérprete, dá a nós Juízes, um poder de elucidação cabível na espécie e que é o seguinte:

"Art. 4° As letras emitidas em virtude dêste decreto-lei poderão ser aceitas pelas repartições arrecadadoras da União, em pagamento de impostos federais.

Parág. único. De seu valor será deduzida a importância que corresponder aos juros relativos ao tempo que faltar para o respectivo vencimento".

Ora, o que foi que o legislador quis fazer com isso? Quis justamente dizer que, quando chegasse aquela possibilidade, aquela autorização que êle estava dando à repartição para receber nesse momento, a repartição arrecadadora teria que, com o valor dêsses títulos, deduzir a importância que correspondesse aos juros relativos ao tempo que faltasse para o respectivo vencimento. É justamente a

explicação que estou dando ao aparte do meu ilustre colega ministro ARTUR MARINHO, que, atendendo para a redação dêsse parágrafo único, verá que o legislador teve prazo prefixado anualmente para o cuidado, mesmo fora daquele o resgate, de prever essa hipótese, declarando: "de seu valor será deduzida a Importância que corresponder aos juros relativos ao tempo que faltar para o respectivo vencimento". E, além disso Sr. presidente, para reforçar a minha argumentação, aplico a hipótese que me parece perfeitamente procedente: o art. 85 do nosso Cód. Civil, sabidamente conhecido e aplicado por nós em situação idêntica:

"Nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

Ora, o sentido literal da linguagem, aqui, realmente, tècnicamente, é um sentido facultativo, porque não é uma imposição. Mas, no caso concreto, aplicando-se a intenção do legislador, a meu ver, prevista no parág. único dêsse decreto, que manda que na ocasião de haver algum pagamento através de letras *de seu valor ser deduzida a importância que corresponder ao juro relativo ao tempo que faltar para o respectivo vencimento*, parece-me que a intenção do legislador foi tornar essa possibilidade, essa permissão, como se ela tivesse dito - fica permitido às repartições arrecadadoras da União receber êsse impôsto federal através daqueles determinados títulos.

O Dr. subprocurador geral da República, - aliás, com o brilhantismo e acuidade que todos nós lhe reconhecemos S. Exª não deve estar longe de aceitar, a minha argumentação, porque S. Exª diz que não teria dúvida em aceitar essa tese, contanto que fôsse feito um requerimento ao ministro da Fazenda Pública. Ora, onde qualquer dispositivo nesse sentido? Nenhum. O decreto não fala nessa possibilidade. E por que não fala? Por que empregou a expressão "poderão"? Não, porque já era intenção dêle dar essa permissão que deu às repartições arrecadadoras sem precisar a parte de um prévio requerimento, porque senão diria até quando poderia requerer ou se a forma de requerer seria ao próprio ministro, se seria ao chefe da repartição, porque nem tôdas são do Distrito Federal, e, no entanto, não disciplina coisa. alguma nesse sentido.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Além disso seria agravar o impôsto com ônus a mais, entre outras coisas, com a sobrecarga de impôsto de sêlo,

para requerimento, e, por outro lado, ainda deixar o legislador ao administrador, portanto o Legislativo ao Executivo, o poder de especificamente alterar, o pretexto de aplicar disposição de lei, o que, é um absurdo.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Aproveito o segundo aparte de V. Exª para –acrescentar também e, ao demais, usando das próprias expressões de V. Exª, não estou vendo uma situação muito defensável em relação à União, que, para facilitar a venda dêsses títulos, inclui essa disposição como que para facilitar, para chamar compradores e depois negar. Por que? V. Exª sabe muito bem - é até medida de economia pessoal a de adquirir um título que está em comércio disciplinado por uma lei que lhe dá êsse privilégio de pagamento - todos os que lidam com as coisas pública têm sua atenção para êsse privilégio porque com tal título poderá pagar. Aí está a expressão: *poderão pagar* impostos nas repartições federais.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: E assim como quem diz, o decreto questionado é um instrumento de solicitação equivalendo a um instrumento contratual em que se oferece ao público títulos de crédito.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sem dúvida, e sendo uma solicitação não é licito, e não vai nessa expressão nenhum mau humor, mas não é lícito que venha a ser negado pela própria repartição, e mais ainda, seja preciso requerer a ministros. Enfim, seria uma situação vexatória. A meu ver, aplico à tese em discussão, como já disse, o art. 85 do Código Civil, porque entendo que o sentido literal da linguagem no caso em debate está em situação subalterna à declaração de vontade que o legislador quis fazer. Não é possível, nem justo, que o adquirente de títulos que foram emitidos com o privilégio expresso de *poderem* ser recebidos nas repartições federais em pagamento de impostos fiquem obrigados a requerer ao respectivo ministro, a que pertence a repartição arrecadadora, permissão para que seja feito aquilo que já está previsto no título em questão. Seria uma verdadeira surprêsa à parte.

Acompanho o relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, o assunto está exaustivamente esclarecido pelo brilhante voto do Sr. ministro relator e pelo não menos brilhante voto do Sr. ministro revisor. O douto Sr. ministro relator estabeleceu a distinção exata entre o *poderão e o deverão, deverão* êsse que está contido no direito legislado de que se ocupou S. Exª. A brilhante lição de provectos mestres por S. Exª trazida ao lado de sua, também provecta, é a mesma que esta própria Turma, em julgados já de muito tempo atrás, ministrou para o direita brasileiro. Tratava-se então de uma hipótese em, que o "pode e o "deve" foram chamados a ser entendidos por esta eminente Turma. E a lição que predominou foi exatamente aquela em que agora abunda em considerações novas o douto relator. E, entre os mestres que guiaram a fixação do ponto de vista dêste Tribunal, naquele outro caso figurava o maior de todos os mestres na matéria, isto é, na de distinguir a situação aplicável no direito: "pode" e "deve", JUBERT, o mestre incontestável no mundo jurídico universal sôbre esta matéria. Este foi o aspecto mencionado no julgado do Tribunal e agora temos um fortalecimento perfeito da doutrina então sustentada. No tocante à questão em si, também ela está elucidada pelo voto brilhante do Sr. ministro relator. Todavia, o douto e sempre zeloso e provecto Dr. ALCEU BARBEDO, subprocurador geral da República, merece deste Tribunal a homenagem de uma explicação para.certos pontos de vista tão brilhantemente sustentados por S. Exª, e digo mesmo com oportunidade e com adequação integral, desde que, S. Exª se colocou no ponto de vista do estadista, ao invés de se colocar no ponto de vista do homem que aplica o direito rigidamente como magistrado. No estadista, realmente, não escaparia que o Estado se alimenta de impostos, de tributos e contribuições, de emolumentos, de taxa, e das mil fôrças de tributação com que o produtor e o cidadão devem êste socorro ao Estado. E como nunca se presume que o Estado arrecade em excesso, ou para ter *superavit*, segue-se que o pagamento, por meio de dinheiro de contado é sempre a regra ou norma no direito. Era o que significava S. Exª, o eminente Dr. subprocurador da República corretamente ao mesmo tempo, as suas considerações trazidas para o debate ministram um conselho ao legislador, ao administrador, ao funcionalismo, ao estadista em geral para que se resguarde de dizer na lei o que não pretende, ou de dizer na mesma lei aquilo que contraria os legítimos interesses públicos de cada momento no exercício financeiro. E assim que entendo, as considerações de S. Exª encampadas discretamente em

considerações de natureza jurídica para o julgamento, quando S. Exª se dirigia muito bem aos grandes administradores e legisladores dêste pais. Quando o legislador estabeleceu no decreto-lei n. 9.374, de 1946, à autorização para que fôssem emitidas letras do Tesouro, êste instrumento legislado equivalia ao oferecimento público dos títulos letras do Tesouro para empréstimos.

Esse empréstimo, estatuído com autorização ao ministro de Estado ao art. 1°, tinha prazos certos: 60, 90 e 120 dias máximos. E, para que não houvesse resgate antecipado por via oblíqua, sob a capa de pagamento do impôsto, foi que se tornou necessário estabelecer a regra estatuída no art. 4° do mesmo decreto-lei, isto é, autorização para que os títulos fôssem recebidos como dinheiro. Não era forma de pagamento, mas meio de pagamento, distinção que, invariàvelmente, é feita em situações como esta no direito financeiro, no direito administrativo e para o direito comum no cambiário, mercê da legítima interpretação do dec. legislativo n. 2.044, de 1908, isto porque êsse decreto se ligava às conhecidas doutrinas de HAYDIN. Essa, também,' a interpretação para o direito financeiro mundial, mercê de lição que me ocorre mencionar de momento, de LUCIN, na teoria jurídica do direito.

Portanto, Sr. presidente, quando se dizia que as letras emitidas em virtude dêsse decreto-lei poderiam ser aceitas pelar repartição arrecadadora da União, em pagamento de impostos federais, estava se dizendo que os títulos circulavam da mão do contribuinte, que pagava o impôsto, para a do erário, como se fôsse dinheiro mesmo, como se fôsse moeda fiduciária e não título representativo de crédito subordinado a resgate a termo certo.

Por outro lado, se se equiparar como clàssicamente se equiparam as leis, os decretos-leis, às vezes os simples decretos, e as ordens de emissão de títulos representativos do dinheiro, a contrato, passa o art. 4° a ser uma verdadeira cláusula contratual estabelecida entre os representantes legítimos do Estado através do erário e do povo contribuinte. Assim, cláusula contratual, ela não seria interpretável de modo a que se sufragasse uma lógica de Harpagão a favor do erário, nem seria, também, interpretável de modo a que resultasse interpretação e desequilíbrio entre partes. Donde tudo drenar no sentido do douto voto do eminente ministro ALFREDO BERNARDES, acompanhado pelo Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO E eu tenho a honra de, completando o

julgamento, fazer a unanimidade a que faz jus a relação de direito, dando; portanto, provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por votação unânime, deu-se provimento, ao recurso para julgar procedente a ação. O.vogal Sr. ministro ARTUR MARINHO acompanhou o voto do relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ACUMULAÇÃO REMUNERADA - DISPONIBILIDADE

- A disponibilidade concedida com base no art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é com vencimentos integrais.

- Interpretação do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Impetrante: Luis Felipe de Castro e Silva

Mand. de seg. n. 870 - Rel.: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança n. 870, do Distrito Federal, sendo impetrante Luís Felipe de Castro e Silva e impetrado o Sr. ministro do Trabalho, Indústria e Comércio:

Acorda ó Tribunal Federal de Recursos, unânimemente, conceder a segurança requerida, mas, quanto a vencimentos, os concedeu integrais, por maioria (voto de desempate), conforme tudo consta das notas taquigráficas anexas e resumo de fls. 66.

Tribunal Federal de Recursos, 29 de dezembro de 1950. – *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Luís Felipe de Castro e Silva também pretende o beneficio do art. 24 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1946, negado por um ato do Sr. ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, publicado no "Diário Oficial" de 21 de agôsto dêste ano. Em 1937 êle exercia cargo técnico e científico de contador-gerente da antiga Caixa de Aposentadoria e Pensões da Inspetoria de Águas e Esgotos, tendo exercício cumulativo com outro cargo público federal. Viu cancelado o reconhecimento do direito que lhe assiste, conforme alega, pelo ato do ministro, que se baseou na conhecida portaria da Presidência da República para chegar à conclusão a que chegou. Informando a situação, o Sr. ministro do Trabalho - autoridade coatora confirma plenamente a existência dos fatos alegados nos termos que acabei de historiar. A Procuradoria Geral da República, como representante da União Federal, coadjuvou as informações da autoridade tida como coatora, e o Dr. subprocurador geral da República também apoiou a, autoridade tida como coatora, produzindo o conhecido parecer em casos dessa natureza.

O impetrante pediu explicitamente que lhe fôssem dados vencimentos integrais como disponibilidade.

É o relatório, Sr. presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Sr. presidente. Nos têrmos de jurisprudência já, bastante sólida dêste Tribunal sôbre a matéria, concedo o pedido de segurança tão Integralmente quanto postulado pelo, autor e, portanto, para que fique ele em disponibilidade percebendo vencimentos integrais, nos têrmos pedidos.

Solicito que se considere parte integrante de meu voto de relator as considerações que sôbre êste assunto já tenho produzido, considerações que demonstradamente são do domínio da opinião pública, a mais vulgarizada,

tanto que o impetrante, talvez porque soubesse a divergência interpretativa sôbre o assunto - vencimentos integrais - alude a várias opiniões em prol. Não só em prol, por serem argumentos de autoridades; mas pelas razões que fundamentaram tais opiniões.

Assim, SOARES FILHO falou em direito postergado que remonta à data em que se deu o afastamento. PRADO KELLY falava na plenitude dos direitos, quais os definira a Assembléia de 1933 e voltara a definir a de 1946. PEDRO CALMON foi *tranchant*, quando disse que se restituiu ao funcionário esbulhado o direito, que lhe dava a legislação então vigente, para continuar a acumular. ROMÃO CÔRTES DE LACERDA impugna fortemente se trate de um favor, para ser um direito que se restabelece. CUMPLIDO DE SANTANA abunda nas mesmas considerações, e JOSÉ DUARTE, comentando a Constituição vigente, foi ainda positivo, quando, historiando o que lhe pareceu o pensamento do constituinte, chegou a dizer: "A disponibilidade, sempre, incontroversamente, lhe garante as vantagens do exercício: *a)* percepção integral dos vencimentos, qualquer que seja a forma de remuneração, tal como a percebe aquêle que está, atualmente, em função". GONÇALVES DE OLIVEIRA chegou às mesmas conclusões. CARLOS MEDEIROS SILVA chegou também a conclusão idêntica. Finalmente, temos que o egrégio Supremo Tribunal Federal, recentemente, chegou, pela voz alta de OROZIMBO NONATO, a dizer que se tratava de como que aplicação dos princípios de direito repristinatório. Quer dizer, houve restauração de direito antigo e, nesta restauração, por espírito de justiça, ninguém se lembraria de pagar a funcionário, restabelecido em seu cargo, pela metade, por uma têrça parte, por uma décima parte ou por uma trigésima parte, o que, a meu ver, *data venia*, remataria em meia justiça, o que importa em situação talvez pior do que a de ausência completa de justiça.

VOTO DE DESEMPATE

O SR. MINISTRO ABNER DE VASCONCELOS (presidente): O impetrante exercia dois cargos acumuláveis quando perdeu um dêles pela Constituição de 1937. Por fôrça do art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias de 1948, voltou o impetrante à função do cargo de que se havia afastado. Foi pôsto, então em disponibilidade com vencimentos Integrais. Posteriormente, o

Sr. ministro do Trabalho modificou o estipêndio da disponibilidade, reduzindo-o ao imperativo do tempo de serviço. Daí a segurança impetrada.

No caso, os vencimentos integrais impõem-se. Representam a reparação completa do direito na razão direta da ofensa que lhe foi feita.

Voto com a corrente que concedeu a segurança com a totalidade dos vencimentos, desempatando assim o julgamento.

DECISÃO

- Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade, concedeu-se a medida impetrada e, por maioria e voto de desempate do Sr. ministro presidente, com vencimentos integrais. Os Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS e ALFREDO BERNARDES acompanharam o relator e os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA, ELMANO CRUZ e CÂNDIDO LÔBO concluíram seus votos dando vencimentos proporcionais. Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro CUNHA MELO. Não compareceu à sessão, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro MOURÃO RÚSSEL.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ABNER DE VASCONCELOS.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DIREITO A CARREIRA - IGUALDADE PERANTE A LEI

- A supressão de classes numa carreira pode, em certos casos, atentar contra o direito adquirido ou a igualdade perante a lei.

União Federal *versus* Romualdo Pascoal da Silva e outros

Ap. n. 2.923 - Relator: MINISTRO CÂNDIDO LÔBO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 2.923, do Distrito Federal, em que é recorrente o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, *ex officio*, apelante a União Federal e apelados Romualdo Pascoal da Silva e outros:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por votação unânime, em negar provimento ao recurso de oficio e à apelação da União Federal, tudo nos têrmos e pela forma do relatório e votos taquigráficos de fls. precedentes, que êste integram.

Tribunal Federal de Recursos, 19 de outubro de 1951. - *Alfredo Bernardes*, presidente; *Cândido Lôbo*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Pr. presidente. Estavam os guardas-civis desta capital no gôzo de suas atribuições e regalias provenientes do dec.-lei n. 8.405, de 1945, que determinava como sendo da letra "L" o fim da carreira que êles exerciam, quando surgiu o dec.-lei n. 9.654, de 1948, que suprimiu aquela referida letra "L" e passou a fixar a letra "K" como sendo a do final da carreira dos guardas-civis.

Sentindo feridos os seus direitos adquiridos; propuseram êles a presente ação, sob o fundamento de que essa supressão violou frontalmente o direito outorgado aos ocupantes da letra "K" e cujas promoções por antiguidade, como bem salienta a decisão recorrida, dependiam de condições subjetivas, inalteráveis ao arbítrio de outrem, além de que o direito ao acesso é um estimulo que deve ser conservado e não suprimido como foi, necessário que é ao próprio interêsse estatal. Em síntese, alegam os autoras que a lei não podia extinguir um padrão, o último, o, padrão "L", da carreira dos guardas-civis, por isso que em o assim fazendo, como fêz, veio ofender ao direito adquirido de todos os que estavam na letra "K" e que tinham sua promoção por antiguidade já perfeitamente garantida e não o tiveram, sendo assim inteiramente prejudicados.

Prosseguindo o feito, o Dr. juiz *a quo* proferiu a seguinte sentença, que é a apelada:

"Vistos, etc.:

Trata-se de ação ordinária, proposta por componentes da Guarda-Civil do D.F.S.P. - afinal, mercê de ordenação do Juízo (art. 91 do Cód. de Proc. Civil), estatuída a fls. 112 - integrado o petitório *pela totalidade* dos componentes, em atividade, da briosa corporação, que a ela pertenciam ao ser baixado o decreto-lei n. 9.654, de 1946, como oficialmente foi informado ao Juízo (fls. 324).

Êsse decreto-lei é impugnado pela totalidade dos membros da corporação que o consideram lesivo de seus legítimos interêsses, a merecerem tutela por parte do Juízo e, assim pedem, alternativamente entre (como autorizado no art. 153 do Cód. de Proc. Civil) o que segue (fôlhas 112): *a)* que a sentença declare inaplicável aos postulantes as disposições do dec.-lei n. 9.654, de 1946, na parte em que extinguiu a letra "L" da carreira, que havia sido outorgada pelo anterior e justo dec.-lei n. 8.405, de 1945, baixado pelo eminente presidente José Linhares; *b)* caso tal pretensão não vingue, que então todos os postulantes sejam transferidos para o Quadro Suplementar, como aconteceu em relação aos que, na época, ocupavam a letra citada (também êstes são autores nesta demanda), assegurado o direito de acesso no aludido Quadro Suplementar.

A contestação (fls. 303) funda-se nas informações remetidas à douta Procuradoria da República pelo Sr. general-chefe de Policia, em que S. Exª (fls. 305-306) defendeu a boa razão de ser do decreto-lei n. 9.654, de 1946, que atendeu ao interêsse relevante da administração, baixando o nível da carreira de guarda-civil que o anterior dec.-lei n. 8.405, de 1945, elevara, mas assegurando a situação pessoal dos ocupantes da letra "L", extinta, que passaram para o Quadro Suplementar, sem terem qualquer prejuízo. As informações da Chefia de Polícia acrescentaram que o D.A.S.P., na Exposição de motivos n. 709 (*in* Suplemento ao "Diário Oficial" de 4 de setembro de 1946, item 9), esclareceu que o nível final da carreira em aprêço não era considerado ideal, devendo ser futuramente reexaminado o assunto. E as informações terminam por dizer que não há direito liquido e certo à promoção, se não mera expectativa. O Dr.

procurador, por isso, aditou que no caso não há direito subjetivo de cada autor de per si, o que basta e serve para acentuar a improcedência da ação.

"Saneado o processo a fls. 303, realizou-se a audiência (fls. 317). Cumprida a diligência então ordenada, cabe-me decidir a hipótese.

"Isto pôsto:

"O caso é deveras interessante e a corporação em causa - que tão relevantes e, árduos serviços presta à sociedade – não tem merecido, ao que parece, a simpatia na evolução merecida da carreira, a não ser no dec.-lei n. 8. 405, de 1945, que o dec.-lei n. 9.654, de 1946, abjurou.

"Não há dúvida em que, pelo direito administrativo, o legislador pode reorganizar os serviços públicos:

"Mas, na espécie, os autores fizeram pedido alternativo e hão pretendem se lhes reconheça benefício - *uti singulus*, mas sim *uti collegiatus*. Mais claramente: o direito à carreira, à integridade da carreira, é que está sendo reivindicado pelos autores, pela *totalidade* dos componentes da carreira, mesmo pelos que dela foram excluídos e transferidos para o Quadro Suplementar.

O direito à carreira, nos tempos que correm, cada dia que passa mais se vem firmando no direito público. E a tendência moderna é tirar ao Estado o pleno arbítrio, ao tratar do assunto unilateralmente, já que dia a dia se reconhece, na evolução do direito administrativo, a possibilidade de funcionários se tornarem livres de discutir, não individualmente, mas "*par leur corps*", as condições e direitos da carreira (ver R. SAVATIER, pág. 80 de "Les Métamorphoses du Droit", Paris, 1948).

Se a ação fôsse proposta apenas por alguns componentes da carreira, não poderia vingar. Mas sendo, como acabou por ser, por todos os componentes, só o desamor ao progresso dos princípios em evolução no direito público poderá, *data venia*, ser obstáculo ao bom êxito da de manda, uma vez que o pedido é alternativo, o que dá liberdade ao Juízo, por resguardar a liberdade da ré, em questão de oportunidade.

A alteração sumária feita na carreira não violou apenas expectativa de direito, como se quer: é que o direito a promoção por antiguidade dos ocupantes da letra "K" foi violado, já que, quanto a êsse direito, a promoção *por antiguidade*, os aludidos servidores dependiam, apenas, de condições objetivas e não do arbítrio da ré. "*Tuttavia te quanto riguarda gli avanzamenti per semplice anzianità, si puó direche, perdurando il rapporto, a essi l'impiegato abbia* un diritto condizionato solo dana sua normale capacita e dalla mancanza di demeriti" é a lição do Prof. ZANOBINI (pág. 75 do vol. III de "Direito Administrativo", Milão, 1946). E êsse direito, pelo expediente da ré, foi vulnerado, por ato de discrição, quando dependia, apenas, de condições objetivas já serem atingidas, o que, por si, me parece, *data venia*, bastar para demonstrar que a modificação infeliz e injusta feita na carreira não tocou apenas em expectativas, mas sim em direito subjetivo, que dependia de condições preestabelecidas, para usar da técnica, na definição do § 1° do art. 3° da antiga introdução ao Cód. Civil.

O que se devia ter feito era a transferência de todos para o Quadro Suplementar, não havendo então prejuízo, pois que o acesso estaria garantido; e criar uma nova carreira. A solução adotada foi sumamente injusta, alterando profundamente a carreira, eis que os que foram transferidos para o Quadro Suplementar o foram apenas para constar, tanto assim que continuam em plena atividade, eis que lotados nos quadros da Guarda-Civil, tanto assim que apresentados a Juízo pelo digno diretor da corporação, embora a requisição do Juízo fôsse feita ao Sr. chefe de Policia, na suposição de que tais funcionários não continuassem lotados na repartição, de cuja carreira haviam sido excluídos, passando para o Quadro Suplementar. Um expediente, pois, adotado pelo malsinado dec.lei n. 9.654, apenas para encobrir uma fórmula em desacôrdo, com a realidade.

Acontece, ainda, que lido è relido o dec.-lei n. 9.654 questionado (produzido a fls. 57), *não encontro no seu texto* dispositivo mandando transferir, para o Quadro Suplementar quaisquer ocupantes da carreira de guarda-civil, nenhuma observação constando a respeito, sequer, na tabela ao mesmo anexa (e a que se reporta o art. 3° do referido decreto-lei), na parte relativa aos guardas-civis (página 6 do suplemento do "Diário Oficial" de 4.9.1946).

A Exposição de motivos do D.A.S.P. n. 709, no item 9, citado (suplemento, págs. 26 e 27), é que isso diz, mas o decreto-lei não se refere, em seu texto, a essa Exposição de motivos, que, portanto, não tem fôrça de lei, tratando-se de mero trabalho preparatório, não autorizativo de transferência compulsória. A omissão do decreto-lei a respeito da Exposição de motivos é insanável.

Pelo exposto e ponderado, julgo procedente a ação na forma do pedido acima transcrito. Uma vez confirmada a sentença pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos, para onde recorro em razão do disposto no art. 822 do Cód. de Proc. Civil, prossiga-se na forma prevista nos artigos 900 e 901 do Cód. de Proc. Civil.

Custas na forma da lei.

"Publique-se e registre-sé".

Inconformada, apelou a União Federal tempestivamente (fls. 357), dai regulando o parecer da Subprocuradoria Geral, a fls. 371, e que é na íntegra o seguinte:

"I. A MM. sentença consigna pontos de vista doutrinários realmente acertados, principalmente no tocante à fixação do direito à carreira, o que, sôbre constituir estímulo para o servidor, com resultados benéficos para o serviço público, atende a conhecidas exigências de especialização criadas pela necessidade, pela feição multiforme da vida atual.

II. Cumpre, entretanto, assinalar, em primeiro lugar, que o malsinado decreto-lei n. 9.654, de 26 de agosto de 1946, não extingui qualquer carreira, muito menos a de guarda-civil a que pertencem os dignos autores, limitando-se a estabelecer alterações, conforme esclarece, de logo, o art. 1°. A classe final, que era letra "L", a teor do dec: lei n. 8.405, de 20 de dezembro de 1945, passou à letra "K". Semelhante modificação não pode incorrer nas iras dos que sustentam a conveniência das carreiras funcionais. Seria preconizar e sustentar demais no tema.

III. Em segundo lugar, o princípio da carreira, quando não representa imperativo do direito positivo, mas advertência doutrinária, não cria,

evidentemente, qualquer vinculo obrigacional para a administração, em cujos atributos se inclui, conforme ninguém contesta, o de reorganizar os serviços públicos.

Aquêle princípio torna-se intangível para o legislador comum tão-sòmente quando marcado em altura constitucional, como acontece, por exemplo, com a magistratura e o Ministério Público. Impossível, então, desconhecê-lo. Sempre possível, ainda assim, e mesmo necessário, estabelecer-lhe bases reguladoras. A recente lei n. 1.341, de 30 de janeiro de 1951, é, em parte, um dos diplomas condizentes com a matéria, como foi a lei n. 113, de 1947.

Relembrados êsses conhecidos postulados básicos, cabe repetir que o decreto-lei n. 9.654 não extinguiu a carreira de guarda-civil. Apenas alterou, no que interessa presentemente, a situação da classe final, dentro na faculdade, assegurada à administração, tanto de estruturar como de reestruturar os respectivos serviços.

V. Dir-se-á, todavia, que o novo diploma, extinguindo a possibilidade de promoção à classe "L", vigorante ao tempo da lei anterior, atingiu direito dos autores.

Nada, *data venia*, menos teórico.

O direito à promoção não se configura em tese senão frente à coincidência da lei com os fatos. Até então, constitui simples expectativa, a corporificar-se num direito, somente quando se apresenta a realidade capaz de ensejá-la.

E, por isso, é a lei vigente, na ocasião oportuna, que pode e a deve regular. Nenhum, anteriormente, o direito subjetivo à promoção a certa e determinada classe, tanto mais que dependente de acontecimentos naturais imprevisíveis.

Entendimento contrário levará a restringir, indevidamente, poderes explícitos da administração, com invasão, em seara a esta pertencente, da influência do Judiciário, afeito a reprimir ilegalidades e não possíveis injustiças.

VI. Quando consultor geral da República ("Pareceres" referentes a 1945-1946, págs. 852), o Sr. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, conhecido especialista na

matéria, proferiu parecer que, nos aspectos doutrinários, se adapta integralmente à espécie ora versada.

Pretendia determinado reclamante que a sua promoção constituía, na ocasião em que passou para a reserva, situação jurídica e certa, dependendo, apenas, da ocorrência de vaga.

Esclareceu, então, e douto consultor:

O exame da hipótese não oferece maior dificuldade de ordem doutrinária.

O reclamante tinha, apenas, ao completar a idade prevista na lei, uma expectativa de direito, cuja realização dependia de um fato a ocorrer em tempo incerto - a vaga no pôsto seguinte de capitão de fragata.

Não tendo o fato ocorrido antes de sua transferência pára a reserva, não se pode caracterizar o direito adquirido, a situação jurídica perfeita e acabada, que daria lugar à reclamação legítima contra o ato administrativo.

O direito do requerente à promoção não se consolidou por não ter o fato gerador dêsse direito ocorrido antes de ter o mesmo atingido a idade-limite. Esta condição inerente à própria lei e ao sistema de acesso não se realizou em tempo oportuno para favorecer o requerente que tinha, mera expectativa de direito, situação que não pode ser invocada com fundamento de pedido de reparação, por não se terem realizado todos os elementos que integram a figura do direito adquirido (ver GABBA, "Teoria della Legge", n. 1.884, pág. 253).

É o que alguns autores, como ROUBIER, chamam de direitos condicionais porque, dependentes de um evento incerto ("Les Conflits des Lois dans les Temes", "vol. I, pág. 327)".

"Para confirmação e rematei do que alegamos neste pronunciamento, no sentido de demonstrar a improcedência da ação, nada melhor e mais expressivo poderia ser trazido à colação.

VII. No caso, certamente impossível, de não-provimento dos apelos, seria de impor-se a explícita exclusão de honorários, sem qualquer cabimento, diante do

que dispõe o Cód. de Proc. Civil, no art. 64, e do que firmou a jurisprudência do colendo Tribunal".

Eis os fatos, as dúvidas e o direito aplicado pela sentença e pleiteado pelos inúmeros, autores que constituem a classe dos guardas-civis desta capital.

Ao Sr. ministro revisor.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO (relator): Sr. presidente, o Dr. Juiz *a quo* salienta, na sentença apelada, detalhe deveras importante para a perfeita compreensão da hipótese, qual o que êle consubstanciou na seguinte passagem da sentença recorrida (fls. 4 do relatório):

"Na espécie, os autores fizeram pedido alternativo e não pretendem se lhes reconheça benefício *uti singulus*, mas sim *uti collegiatus*. Mais claramente: o direito à carreira, à integridade da carreira, é que está sendo reivindicado pelos "autores, pela totalidade dos componentes da carreira, mesmo pelos que dela foram excluídos e transferidos para o Quadro Suplementar.

O direito à carreira, nos tempos que correm, cada dia que passa mais se vem firmando no direito público. E a tendência moderna é tirar ao Estado o pleno arbítrio ao tratar do assunto unilateralmente, já que dia a dia se reconhece, na evolução do direito administrativo, a possibilidade de funcionários se tornarem livres de discutir, não individualmente, mas "*Par leur corps*" as condições e direitos da carreira (ver R. SAVATIER, pág. 80 de "Les Métamorphoses du Droit", Paris, 1948).

Se a ação fôsse proposta apenas por alguns componentes da carreira, não poderia vingar. Mas sendo, como acabou por ser, por todos os componentes, só o desamor ao progresso dos princípios em evolução no direito público poderá, *data venia*, ser obstáculo ao bom êxito da demanda, uma vez que o pedido é alternativo, o que dá liberdade ao Juízo, por resguardar a liberdade da ré, em questão de oportunidade".

Em face destas palavras e frente ao conceito que elas encerram, quis o Dr. Juiz *a quo* firmar, desde logo, as características da hipótese, no campo doutrinário frente ao direito público e sua evolução no sentido de retirar do administrador o pleno arbítrio de tratar do assunto unilateralmente, no que tange com os direitos e com as condições do funcionalismo de carreira.

Ora, no caso dos autos, trata-se de guardas-civis que tinham direito a ver terminar a carreira na letra "L", e em face do advento do dec.-lei n. 9.654, de 26 de agôsto de 1946, viram êsse direito ser fulminado pelo poder público, que cancelou aquela letra e determinou fôsse a letra "K" o último pôsto a ser obtido por aquela laboriosa classe.

E isso não era uma conclusão sem lei expressa anterior. Não. A Guarda-Civil estava regulada pelo dec.-lei n. 8.405, decreto êsse que teve vigência desde sua publicação, em janeiro, até agôsto de 1946, quando surgiu o malsinado decreto-lei n. 9.654, diminuindo uma letra na carreira, dos postulantes. Surgiu dai, então, o clamor contra o que estava acontecendo, vindo aquela corporação ao Poder Judiciário, animada pelo princípio constitucional de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Além disso, o referido decreto-lei de agôsto de 1946 trouxe uma novidade administrativa, porquanto transformou a classe final de uma carreira do Quadro Permanente em cargo isolado do Quadro Suplementar, contrariando a legislação relativa à matéria objeto de sua disciplina.

Os autores concretizaram, também, razões de fato, que impunham ao poder público maiores cautelas ao tratar do assunto e assim, com razão, argumentam com a falta de policiamento da cidade, que é notória e indiscutível, dadas as restrições opostas pelo malsinado dec.-lei número 9.654, de 1946, e assim explicam: que é absolutamente imprescindível restabelecer o número de cargos que antes do referido decreto sempre existiu no Distrito Federal, tanto que a falta dêsses cargos está tornando deficiente o serviço de policiamento; que o elemento humano, com a supressão da última letra, tornou-se desanimado, mormente pela redução de seu número, tendo que trabalhar o dôbro e que as vacâncias decorrentes da aplicação do aludido decreto, futuramente num total aproximado de 90 dêsses cargos, vida criar um verdadeiro paradoxo, porquanto não se compreende restrições de policiamento pela diminuição de guardas-

civis, numa ocasião em que todos sentem e se convencem que as necessidades da vigilância da cidade aumentam dia a dia. Acresce notar que a colocação no Quadro Suplementar de todo o elevado número de guardas que já estavam na letra "L", mandada cancelar pelo aludido decreto-lei de agôsto de 1946, veio criar uma flagrante contradição do próprio D.A.S.P., por isso que êsse Departamento sempre entendeu e proclamou que "o interêsse da administração é o de reduzir o mais possível, até a extinção definitiva, tôdas as carreiras de quadros ou partes suplementares" (veja-se o parecer do D.A.S.P. na E. M. n. 1.195, de 9 de maio de 1944). Isto quer dizer que o próprio D.A.S.P. Infringiu essa norma por êle proclamada como sendo do "interêsse da administração", e com aquêle decreto-lei de agôsto de 1946 transferiu todos os guardas-civis que eram letra "L" para o Quadro Suplementar e cancelou a referida letra, determinando que, daquela data em diante, a carreira terminaria em "K". Foi precisamente contra isso que vieram os autores ao Poder Judiciário.

Outro detalhe interessante que prova a incoerência que ditou o procedimento do D.A.S.P. no assunto foi o de que êle próprio, através do processo n. 5.714-47, assim se manifestou "uma das características das carreiras extintas é a supressão dos cargos de vencimentos inferiores, à medida que forem se vagando". Daí argumentarem os autores no sentido de que era êsse, portanto, o princípio vigente a ser adotado pelo D.A.S.P, se a necessidade econômica a isto o obrigasse e não como fêz, extinguindo a classe final da carreira de guarda-civil, se contradizendo, através das palavras ponderadas e juridicamente perfeitas de seu consultor jurídico, quando disse, no parecer exarado no processo n. 17.043-45, *in verbis*: "Direitos que a lei reconheça e proclame, deveres que imponha e vantagens que conceda à pessoa, compete, antes de tudo, a administração respeitá-los espontâneamente e outorgá-los de boa mente. Observados êsses ditames, assegurada estará a ordem jurídica" (*vide* "Diário Oficial" de 28 de março de 1947).

E não se argumente com o espírito econômico que o govêrno poderia ter tido ao deliberar, de acôrdo com o estudo feito pelo D.A.S.P., mandar cancelar a última letra da carreira dos guardas-civis. Longe de qualquer sentido de economia, tornou-se lei o já combatido decreto-lei de agôsto.de 1946. Senão, vejamos: basta atender a que, por êste diploma, na carreira de detetive, por exemplo o que era apenas de 10 passou a 18 na letra "L"; na letra "K" eram 25, passaram a 30; na classe de *almoxarife*, a economia foi a seguinte: alterminava em "J" e

passou a terminar em "K". Isto quer dizer que, quanto aos armoxarifes, deu-se, precisamente, o inverso do que o decreto fizera com os guardas-civis - aumentou uma letra, ao invés de suprimir uma letra; na classe de arquivologista, que terminava em "L", o referido decreto aumentou para a letra "M", o mesmo acontecendo com o bibliotecário, com os dentistas, engenheiros, que passaram de "M" a "O", e os da estatística, que passaram de "L" a "M", tudo e tudo conforme se pode verificar do suplemento 203 do "Diário Oficial", de 4 de setembro de 1946, que se acha junto aos presentes autos, a fls. 57. É simples trabalho de consulta. Nada mais.

E, além disso, há à questão das promoções antes de ser extinta como foi a letra "L". Será de difícil resposta a seguinte pergunta a ser feita à administração de então: Não haviam guardas-civis a serem promovidos à letra "L", por vagas existentes na referida letra, antes de ser a mesma extinta? Tinham êsses guardas direito certo e incontestável para alegarem, como alegaram, que ficaram com seus direitos prejudicados em face da extinção da letra, sem que, antes, fôssem feitas as promoções? Estruturado todo o quadro do pessoal com as sucessivas promoções em tôdas as letras, dadas as vagas na letra maior, aí, sim, poderia ser extinta essa letra, porque não havia, direito adquirido a reclamar, mas, cancelar a referida letra, em cujo quadro haviam vagas a preencher pelos da letra imediatamente inferior, que são precisamente os autores, é que não foi obra de perfeita compreensão e de justiça administrativa, mormente não se tratando de deliberação por espírito de economia, como já demonstrado ficou, pelo que está exposto acima, quando assinalei os aumentos que o próprio decreto determinou, não só de número de funcionários, como de letras acima das que existiam. Isto quer dizer, dois pesos e duas medidas: quando se tratou da Guarda-Civil, corte-se uma letra, quando dos outros, aumente-se não só o número como também a letra. Ora, Sr. presidente, nada mais Injusto, nada mais desanimador numa corporação de abnegados, como é a Guarda-Civil do Distrito Federal. Note-se, ainda, que o dec.-lei n. 3.800, de 6. de novembro de 1941, assim determina em seu art. 6°: "Os cargos isolados do Quadro Suplementar, do Quadro do Congresso Nacional e da P. S. do Quadro da Justiça serão suprimidos á medida que vagarem; os de carreira (é o caso dos autos), os de carreira, à medida que vagarem os de menor vencimento feitas as promoções, etc., "etc.". Que aconteceu no caso? Foi obedecido o referido art. 1°? Evidentemente que não foi, porquanto o dec.-lei n. 9.654, de 26 de agôsto de 1946, de que tanto temos

nos ocupado neste voto, final da carreira de guarda-civil, que era "L" para o Quadro Suplementar, como cargo isolado definitivamente extinto.

Ora, não podemos deixar de salientar que êles, os da letra "L", não pertenciam a cargo isolado. Absolutamente, êles eram da carreira efetiva, pertenciam ao Quadro Permanente.

Além disso, note-sé bem, além disso, o referido decreto-lei de agôsto de 1946 não atendeu ao dispositivo que mandava, como já acentuamos, suprimir os cargos de menor vencimento, pois à letra "L" correspondia, precisamente, os de maior vencimento e, sobretudo isso, Veja-se bem, Sr. presidente, que o art. 6° acima transcrito ainda colocou em seu conteúdo uma condição que não foi cumprida, qual a relativa às promoções, pois que êle determina expressamente "... a medida que vagarem os de menor vencimento, feitas as promoções..."

Como, pois, suprimir á letra sem promover os que tinham direito, dada a existência de vagas? Pois não era essa uma condição imposta pela lei, o dec.-lei número 3.800, de 6 de novembro de 1941, que já citamos e que está publicado no "Diário Oficial" de 19 de novembro de 1941?

O próprio D.A.S.P. viu sua constante recomendação desvirtuada pelo aludido decreto, pois que, conforme consta do processo n. 5.714, de 47, êle sempre se manifestou no sentido de que "uma das características das carreiras extintas é a supressão dos cargos de vencimentos inferiores à medida que forem se vagando". Ora, é irretorquível que o que foi suprimido não corresponde a cargos de vencimentos inferiores, mas sim, precisamente, o contrário, a letra "L", a de vencimentos maiores, por ser a última letra da carreira. Todos são ou não iguais perante a lei? E nem a propósito acabo de ler no "Diário Oficial" de 24 de agôsto, à pág. 1, uma interpretação que deve ser dada ao dec.-lei n. 3.800, de 6 de novembro de 1941, precisamente ao contrário do que fêz o Govêrno anterior na operosa corporação da Guarda-Civil. O decreto que acabo de mencionar determina, claramente, que a supressão, quando se der reestruturação de cargos de carreira, tem que ser feita (a supressão) nos cargos iniciais e não no último, como aconteceu na hipótese dêstes autos, em que a última letra, a letra "L", é que foi suprimida pelo questionado dec.-lei n. 9.654, de 1946, e contra o qual investiram os requerentes. Que diz o decreto que acabo de mencionar, publicado no "Diário Oficial" de 24 de agôsto do corrente ano?

"Art. 3°…

Parág. único. Os cargos extintos serão suprimidos quando vagarem, sendo que a supressão nos de carreira se efetuará, gradativamente, a partir da classe inicial".

O dispositivo que acabo de ler ratifica, confirma o art: 6° da lei n. 3.800, lei do govêrno Linhares que aumentou mais uma letra na Guarda-Civil, letra essa que o dec.-lei n. 9.654 suprimiu em 1946. Isso quer dizer que o atual govêrno, como o anterior, só podia *suprimir a partir da classe inicial* e foi feito o contrário, a supressão foi na última letra. Houve, portanto, a meu ver, uma flagrante desigualdade perante a lei.

Várias foram as infrações emitidas pela aplicação do dec.-lei n. 9.654, de 1946, e que vieram ofender os direitos dos autores, embora a sentença parte não os tenha apreciado, por deslocada de suas premissas argumentativas, limitada à ofensa do direito adquirido. Nem por isso posso deixar de reformá-la, a fim de confirmar a procedência da ação, porém sem os honorários atribuídos ao advogado, que os incluiu no pedido inicial e que a sentença não excluiu expressamente.

Só para êsse efeito dou provimento em parte ao recurso.

VOTO

Ter O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (revisor): Tenho para mim que a sentença apelada, fls. 352 a 355, da lavra do douto juiz ALCINO PINTO FALCÃO, versou o assunto objeto de causa com a maior segurança e, mesmo, mestria. Onde havia ponderação a fazer como ressalva, S. Exª a fêz adequadamente; onde cumpria encarar o assunto em espécie, ou para a hipótese dos autos, S. Exª também a contemplou corretamente.

A sentença a que me refiro foi transcrita no relatório pelo digno Sr. ministro relator. Acrescentei, apenas, o nome do brilhante juiz que a proferiu e com êle concordo por inteiro.

Parece-me que isso fundamenta meu voto, desde que empresto os fundamentos da decisão recorrida com a devida vênia do seu autor.

E não admito aquela sentença por mero comodismo, que não cultivo, senão por me achar capacitado da firmeza de sua orientação. Em sinal disso, muito marcante, proferi voto em caso parecido, na apelação cível n. 2.781, julgada em 11 de abril de 1951, pela Turma que ora julga o presente caso. Fui revisor vencido. Mas estou bem seguro, salvo engano, de que devo manter meu modo de encarar as teses como ali encarei, dês que, em substância, são pertinentes à espécie dos autos.

Disse eu, naquela outra hipótese, após lamentar a divergência em que ficava com o voto do provecto. Sr. ministro relator, aliás, o mesmo que relata êste caso. Pareceu, porém, a S. Exª, que as duas espécies não são idênticas, e não o são. Em verdade, entretanto, no presente feito, a orientação dos princípios é a mesma, *mutatis mutandis*, o direito está presente, *in casu*, a prol dos autores.

Enfim, reafirmo o direito da administração de alterar a situação de funcionários, extinguir carreira, truncá-la, fundi-la com outra, transformar cargo de carreira em cargo isolado, tornar cargo de provimento efetivo e definitivo em cargo em comissão, etc., mas a regra é, em respeito a situações jurídicas, perfeitas (os chamados direitos adquiridos), manter direitos atuais dos apanhados pela nova situação.

Somando tudo, o direito, aqui, garante os direitos dos autores-apelados.

Ressalvo minha opinião quanto a algumas premissas e argumentos do Sr. ministro relator, das quais pediria licença para divergir, mas tenho a honra de atingir a mesma conclusão alcançada por s. Exª.

Nego provimento a ambos os recursos.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Sr. presidente, com a vênia devida aos ilustres ministros relator e revisor, bem como ao esclarecido juiz de primeira instância, que por êles teve sua erudita sentença apoiada; sinto divergir

quanto a alguns dos princípios proclamados naquela sentença e referendados nestes votos.

Entendo que, no caso, só poderiam alegar situação jurídica definitivamente constituída em face do dec.-lei n. 9.654, de 1946, aquêles dos autores, ora apelados, que tivessem preenchido as condições de acesso às vagas existentes na última classe da carreira suprimida pela lei nova. Sempre me pareceu, e assim sustentei em vários julgados, que a incidência do direito depende da situação de fato existente no momento em que aquela se verifica. Há o direito declarado em lei, isto é, afirmação de um princípio, de uma regra. O direito assim encarado não tem existência concreta. Ainda não se pode falar em incidência que depende da verificação de um pressuposto de fato, correspondendo à regra estabelecida, ou seja, o chamado suporte fático do direito. A situação jurídica, definitivamente constituída, subentende êstes dois elementos: regra jurídica abstrata e ocorrência do fato-base. Com relação aos autores, o fato imprescindível para que se desse a incidência do direito pretendido seria de dupla natureza: primeiro, a existência de vagas no último grau da carreira; segundo, o preenchimento, no grau imediatamente inferior, das condições de promoção. Digo na situação dos autores que, segundo se verifica, são todos estimáveis componentes de simpática corporação, a daqueles que estivessem em condições de promoção, em face das vagas que, realmente, existissem quando da promulgação do dec.-lei número 9.654. A êsses, reconheço, sem dúvida, o direito que postularam em juízo Não há elementos, porém, ao que ouvi do relatório e votos proferidos, para saber quais sejam aquêles dos autores que preenchem tais condições. Teria, portanto; que relegar à execução a apuração dessa circunstância. Todavia, - insisto - estou inteiramente de acôrdo com o ilustre relator: invocou-se, proveitosamente, dispositivo constitucional, que é o do § 1° do art. 141 da vigente Lei Maior: "Todos são iguais perante a lei".

Assim, como a ressalva que fiz àqueles princípios, tão brilhantemente expostos na sentença de primeira instância e referendados neste Tribunal, quer me parecer que, quanto aos apelados, evidenciou o relator terem sido tratados desigualmente, em relação a outros funcionários também do Departamento Federal de Segurança Pública. Ora, êsse tratamento desigual fere, ao que parece, o princípio maior inserto na Constituição. Isso quanto à supressão do grau mais elevado de sua carreira. O tratamento dispensado, em igualdade de

circunstâncias, por, outros diplomas legais contemporâneos, foi de supressão dos graus iniciais e acréscimos até de outros mais elevados. Segundo ouvi do Sr. ministro relator, não só decorre daquele alto princípio constitucional, a que se referiu, como também tem sido adotado pela administração, em manifestações inequívocas do órgão adequado a pronunciar-se a respeito: o D.A.S.P.

Em face só da aplicação é espécie do princípio constitucional de igualdade de todos perante a lei, ferido no caso dos apelados, e assim fixado meu ponto de vista, não ponho dúvida em acompanhar a Turma, negando provimento ao recurso e esclarecendo que confirmo a sentença por suas conclusões, entendido que nêle não se condena a ré ao pagamento de honorários. É o meu voto.

DECISÃO

Como conta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento ao recurso de ofício e apelação da União Federal, por votação unânime.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

JUÍZO ARBITRAL – COMPROMISSO – APELAÇÃO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - RENÚNCIA

- Não basta, para que se considere a decisão como contrária ao direito expresso, a eventualidade de êrro na interpretação da lei, ou na aplicação da norma legal aos fatos provados. É de mister tenha sido violada a norma legal expressa, e não apenas eleita uma de duas ou mais interpretações possíveis da mesma norma. Salvo êsse caso excepcional, não é possível substituir-se a decisão do Tribunal à do árbitro escolhido pelas próprias partes.

Cia. Siderúrgica Nacional *versus* José e Augusto Batista Pereira

Ap. n. 17.947 - Rel.: DESEMBARGADOR SA E BENEVIDES

ACÓRDÃO

* Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam, por maioria de votos, na 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em conhecer do recurso, vencido o relator, que dêle não conhecia, e, por unanimidade de votos, em negar provimento ao mesmo recurso.

Quanto à preliminar, conheceu a maioria do recurso porque o mesmo está expresso no art. 1.046 do Cód. de Proc. Civil, sendo êsse recurso da sentença homologatória, e não da decisão arbitral pròpriamente dita. Fundou-se o voto divergente do relator em que êsse artigo do Cód. de Processo, Civil há de ser entendido em consonância com o art. 1.041 do Cód. Civil, que já outorgava o recurso, permitindo no entanto a sua renúncia, válida e eficaz, não valendo a distinção entre recurso da decisão pròpriamente dita, ou da sentença que a homologa, pôsto que, neste caso, a eficácia da sentença arbitral subordina-se à respectiva homologação, consoante o disposto no art. 1.041 do Cód. de Proc. Civil. E, no caso - examinado, haviam estabelecido as próprias partes, quanto à eficácia da decisão arbitral, o seguinte: "...Cuja sentença será cumprida por ambas as partes, na forma da lei, com expressa renúncia de *quaisquer recursos* para os tribunais ordinários, em instâncias superiores" (fls. 715).

Quanto ao mérito, além de que seria injúria ao seu prolator - um ex-presidente da Suprema Côrte - argüir-se de contrária a direito expresso a sua decisão, é de ver-se preliminarmente que, mesmo admitida para argumentar-se a ocorrência na decisão de uma errada interpretação do questionado dec. n. 29.084, de 4 de janeiro de 1951, não bastaria êsse êrro para que se pudesse qualificar de contrária a direito expresso a decisão.

Interpretar a norma legal e aplicá-la aos fatos é o próprio exercício normal da jurisdição, do árbitro, como do juiz. Não.decide contra direito expresso o que de duas interpretações sustentáveis do mesmo texto, elege uma.

Contrária a direito expresso é a decisão que viola frontalmente a norma legal expressa, decidindo contra direito. Podem-se figurar os casos de decisões que decretassem, *verbi gratia*, não ser da substância do ato a escritura pública nas

operações relativas a imóveis, ou direitos reais, que e incapaz pudesse vàlidamente contratar; que os desquitados pudessem contrair matrimônio, etc. Mas, eleger uma de duas interpretações do. mesmo texto, ou mal o aplicar à espécie, não é, em qualquer caso, decidir contra direito expresso, e o tribunal não pode em tais casos substituir a sua exegese ou a sua decisão à do árbitro eleito pelas partes, precisamente com o fim de excluir a decisão judicial do seu litígio, pois isso importaria pura e simplesmente em um segundo julgamento, não autorizado.

Quanto à substância das alegações da apelante, acolhe o tribunal a argumentação da própria decisão' recorrida, como a do patrono dos apelados, no sentido de que o dec. n. 29.084 operou irrecusàvelmente um aumento no preço do carvão de qualquer produtor, com influência sobre a base de cálculo do salário dos apelados, na forma estabelecida pelo respectivo contrato de locação de serviços. A remuneração dos locadores era de ser calculada sôbre a diferença entre o custo da produção nas minas da apelante, e o preço médio que ela pagasse pelo mesmo produto de outros fornecedores. Comprasse ou não comprasse carvão de outros produtores, a diferença teria de ser calculada em qualquer caso, para liquidação do devido aos apelados. Verifica-sé que por ser suficiente, a produção das suas minas, deixou de comprar a cota livre. Mas, se não comprou, o preço-limite era aquêle pelo qual poderia ter comprado, e é irrecusável que êsse preço sofreu alteração para mais pêlo dec. n. 29.084, como informa ilustre árbitro, para, compensar os produtores do aumento de encargos, e, portanto, do custo da extração com a entrada em vigor da lei que mandava pagar aos mineiros o salário correspondente aos domingos e feriados. Que o direito de cobrar o acréscimo. permitido de Cr$ 20,00 fôsse subordinado a uma condição, é matéria cuja apuração não compete à contratante-ré, mas ao poder competente para tabelar preços. A condição estabelecida e a obrigação imposta aos favorecidos de creditar a diferença a um fundo para a renovação da maquinaria, não afetam a conseqüência de que a bonificação representava um acréscimo de preço, pôsto que deveria ser adicionado a êste, pela compradora exclusiva; que era a ora apelante. E, pagando o preço com o acréscimo, teria de, na conformidade do seu contrato, calcular a remuneração dos locadores sôbre a diferença, entre o custo da produção e êsse preço total.

A eliminar quaisquer dúvidas, citou o ilustre árbitro um dos próprios *consideranda* da lei, de cuja motivação se vê que o acréscimo de Cr$ 20,00 foi

dado a título de reajustamento de preços, *in verbis*: "...êsses preços têm de ser reajustados, em face de novos encargos, criados por lei".

Em tais condições, o ilustre árbitro, longe de haver decidido contra direito, deu à norma legal a sua exata interpretação, e conseqüentemente o recurso não tem procedência.

Distrito Federal, 21 de novembro de 1952. - Presidiu ao julgamento o Sr. desembargador SILVIO MARTINS TEIXEIRA; *Estácio Correia de Sá e Benevides*, relator; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*.

DESPACHO HOMOLOGATÓRIO

Vistos, etc.:

A Companhia Siderúrgica Nacional e os Drs. José Batista Pereira e Augusto Batista Pereira decidiram resolver em juízo arbitral os pontos controvertidos do seu acêrto final de contas, resultante de um contrato de locação de serviços que os últimos mantiveram com a primeira.

A escolha do árbitro recaiu na pessoa do eminente ministro LAUDO DE CAMARGO, que apresentou o seu laudo a fls. 673.

A Companhia Siderúrgica Nacional, porém, a fls. 691, se opôs à homologação do laudo, sob o fundamento de haver sido infringido o disposto no art. 2° do decreto n. 29.084, de 1951.

Os Drs. José e Augusto Batista Pereira, a fls. 895, se opuseram à pretensão da parte adversa, alegando não haver ocorrido violação de direito expresso.

Isto pôsto:

PONTES DE MIRANDA, com a sua autoridade incontestável, ensina que o juiz homologante, no sistema vigente, não pode reexaminar á causa; nem pronunciar-se sôbre a justiça da decisão do árbitro. Cumpre-lhe apenas apreciar a validade do laudo ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", volume VI, pág. 566). O juízo da apelação, porém,

tem atribuições mais amplas, pois deve também julgar o mérito do laudo. A Constituição de 1946, no seu art. 141, § 4°, manteve essa orientação (ob. cit., página 582).

Em conseqüência, cabe-me apenas verificar se ocorreu a infringência do disposto nos arts. 1.039 e 1.045 do Cód. de Proc. Civil.

Ora, a impugnante apenas alegou que o laudo do perito havia violado direito expresso consubstanciado no art. 2° do decreto n. 29.084, de 1951.

Entretanto, parece-me que o eminente ministro LAUDO DE CAMARGO apenas deu ao citado dispositivo legal a interpretação que julgou mais razoável. Portanto, não se trata de decisão *contra legem*.

Por êstes fundamentos:

Homologo o laudo de fls. 673, para que produza seus devidos e legais efeitos.

Rio, 23 de fevereiro de 1952. - *Graco Aurélio Sá Viana Pereira de Vasconcelos*.

SENTENÇA ARBITRAL

A Companhia Siderúrgica Nacional, sociedade anônima estabelecida na Capital Federal, à avenida Nilo Peçanha n. 31, e os engenheiros José Batista Pereira e Augusto Batista Pereira; o primeiro residente em Pôrto Alegre e o segundo nesta Capital, resolveram submeter, a êste juízo arbitral as divergências surgidas entre êles e a propósito do contrato de locação de serviços, firmado a 22 de maio de 1947, com o prazo de quatro anos, já extinto.

As questões aventadas dizem respeito a êstes quatro pontos:

a) não-fornecimento pela Companhia-locatária de parte do equipamento a que se obrigara;

b) estabelecimento de Luma "cota livre", com influência no contrato, cota relativa ao carvão produzido e atribuído aos mineradores em Santa Catarina, segundo a portaria n. 570, de 9 de agôsto de 1947;

c) estabelecimento ainda de uma sobrecota de Cr$ 20,00 por tonelada, paga pelo govêrno federal àqueles mineradores, nos têrmos do dec. n. 29.084, de 4 de janeiro de 1951, e

d) não-consentimento, por parte da Companhia; para a exploração pelos locadores da camada de carvão "Irapuã".

Ambas as partes aduziram longas considerações a propósito do ponto de vista que manifestaram.

Alega a Companhia-locatária que os engenheiros-locadores a nada se obrigaram, senão à prestação de serviços, correndo por conta daquela tôdas as despesas, quer de pessoal, quer de maquinarias, havendo ainda satisfeito a êstes os grandes lucros obtidos, sendo que a mais não podem pretender.

Foi fornecido o equipamento necessário.

E se houve falta de algumas peças, houve fornecimento em demasia de outras.

O certo é que a locatária pôde ver assegurada a produção mínima de 20.000 toneladas mensais.

Acresce que, para responder, mister seria a interpelação judicial, colocando-a em mora, como é expresso pelo art. 960 do Cód. Civil. E isto se não deu.

Quanto à "cota livre", o carvão vendido no mercado respectivo não poderia influir na remuneração, porquanto, advindo de portaria ministerial, nada dispôs sôbre preço e nem poderia a Companhia realizar vendas nesse mercado, senão fazer cessão daquela cota aos mineradores.

Cabia-lhe, sim, continuar a defender a política do barateamento de preço.

Relativamente à sobrecota de Cr$ 20,00, visou somente à melhoria do equipamento e disse respeito ao carvão tipo "lavador", sendo ela entretanto excluída do beneficio.

E quanto à camada "Irapuã", era desconhecida.

Para os engenheiros, porém, o seu encargo se traduziu na exploração das jazidas existentes na área do acôrdo; ou seja no vale do rio Fiorita, cabendo-lhes fornecer uma organização técnico-administrativa completa, capaz de entregar à Companhia a quantidade mínima mensal de 20.000 toneladas e por preço de custo inferior ao do preço médio do mercado de carvão da mesma qualidade.

Como remuneração, obrigou-se a Companhia a pagar-lhes um quinto da diferença que, em relação ao preço médio adquirido no mês anterior, por ela e a terceiro, se verificasse para menos no carvão extraído e lhe fôsse entregue, segundo o estipulado.

A finalidade do contrato, por parte da Companhia, foi obter, das suas próprias jazidas, a maior produção com o preço reduzido.

Mas, êles locadores, dando exato cumprimento ao contrato, não encontraram a devida correspondência por parte da locatária.

Primeiramente, não fêz entrega do equipamento a que se obrigara, daí resultando menor produção e menor remuneração.

E a falta que se lhe atribuiu se tornou certa, dado o prazo do contrato e dado o reconhecimento da omissão culposa.

Quanto à "cota livre", redundou em aumento de preço do carvão, hão podendo, depois de estabelecida; servir de referência o mesmo ponto do contrato: devia-se agora atender ao preço pago pelos consumidores e não mais ao preço bloqueado.

E preço aumentado teria de acarretar salário também aumentado.

Relativamente à "sobrecota" de... Cr$ 20,00, mais não representou que um aumento de preço, pouco importando que o satisfizesse o erário.

Por último, não lhes podia ser denegada a exploração da camada "Irapuã", já conhecida e abrangida pela área especificada no contrato.

Alinharam, então, os locadores as parcelas a que se julgavam com direito:.... Cr$ 4.132.704,10, quanto à matéria tratada na letra *a*; Cr$ 7.269.719,00, quanto à da letra *b*; Cr$ 1.876.364,00, quanto à da letra *c*, e Cr$ 204.000,00, quanto à da letra *d*.

Escolhido de comum acôrdo ò perito, respondeu êste aos questionários propostos, conforme se vê de fls. 589 a 602.

Disseram os interessados sôbre o laudo, sendo juntas as suas alegações, com os documentos que a acompanhavam.

Passo agora a examinar e resolver tôda a matéria articulada.

Equipamento. A remuneração dos locadores ficou na dependência do equipamento fornecido: maior êste, maior a produção.

Daí o convencionarem o equipamento adicional a ser fornecido.

Adicional, porque viria completar o do primeiro contrato.

Na cláusula VI especificadas ficaram às peças que os serviços estavam a reclamar e que a locatária se obrigara entregar.

Mas, a entrega não se realizou nas condições da estipulação.

Reconheceu-o expressamente a própria locatária.

Procurou, entretanto, eximir-se de qualquer obrigação, seja alegando que a falta de entrega em nada prejudicou aos locadores, quê produziram o mínimo a ser produzido, seja argüindo não ter sido colocado em mora, com a interpelação necessária de que trata o art. 960 do Cód. Civil.

Carecem, porém, de procedência, as argüições.

Os contratos se cumprem conforme foram celebrados.

E, na sua constituição, tiveram as partes em atenção o maior volume de carvão a ser extraído, volume que estaria na razão direta da maquinaria indispensável e a ser entregue.

O maior ou menor rendimento na extração do carvão a céu aberto teria, pois, de contar com a influência de vários elementos, sobressaindo a da maquinaria destinada à escavação e remoção.

Nem se poderia falar em mínimo de 20.000 toneladas de rendimentos mensais.

Êsse mínimo, não atingido, só daria lugar à rescisão.

O certo é que, com a entrega do equipamento adicional, o rendimento da produção maior seria e, conseqüentemente, maior a remuneração.

Qual agora a função das máquinas não-fornecidas e qual a conseqüência pelo não-fornecimento?

Está a dizê-lo o perito escolhido: "Das máquinas acima relacionadas, os "shovels", ou cavadeiras mecânicas, têm por finalidade a remoção da cobertura das camadas carboníferas, conforme explicado nos §§ 4.06 e 4.11 do presente relatório".

E depois de considerar que as máquinas mencionadas, se fornecidas; representariam acréscimo de produção, acrescentou: "somos levados a aceitar o número representado pelos locadores, ou seja 22,8%, como representando o aumento provável da produção, caso as máquinas tivessem "sido fornecidas um ano após a assinatura do contrato".

E quanto à influência do aumento da produção sôbre o preço do custo, ao afirmá-lo, assim se expressou: "aceito o método e os resultados apresentados a fls. 76 e 79 dos autos da ação arbitral".

Resta agora apreciar o argüido sôbre a mora.

A cláusula VI, n. 2, fala no mínimo à alcançar "depois de entregue pela Companhia, pronto e em funcionamento, o seguinte equipamento adicional, que completaria o equipamento que a Companhia se obrigou a fornecer aos locadores":

Havendo, pois, prazo para o contrato - quatro anos, - a locatária não deveria retardar o fornecimento, dadas as circunstâncias nêle previstas.

POTHIER, a que se arrimou a locatária, com o intuito de mostrar a necessidade da interpelação, para a constituição em mora, linhas adiante do trecho citado, assim se.expressa: "Algumas vêzes o devedor é obrigado a perdas e interêsses do credor, por falta de.ter feito o que se tinha obrigado a fazer, ainda que não "tenha sido interpelado por citação judicial.

Isto tem lugar quando a coisa que o devedor se obrigou a fazer não podia fazer-se ùtilmante senão em certo tempo que êle deixar passar" ("Obrigações", volume 1, pág. 147).

Desnecessárias, entretanto, estas considerações, ante o reconhecimento expresso do não-cumprimento contratual, segundo a carta da locatária, concebida nestes têrmos:

Em resposta à carta de V. Sª de 30 de junho último, em que acusa uma carta e uma proposta da Companhia Propac, sôbre a venda de uma escavadeira destinada ao serviço de céu aberto, informamos que, apesar do pedido da "Shovel Dragline" se enquadrar dentro da relação adicional de equipamento previsto no contrato existente entre V. Sª e esta Companhia, devido ao atual programa de compressão de despesas não se recomenda a sua aquisição no momento.

"Atenciosas saudações.

"*Oscar Weinschenck*, presidente em exercício".

No "Diritto delle Pandette", vol. 2°, pág. 8.401, WINDSCHEID mostra ser responsável o locatário perante o locador, pela sua negligência não realizando aquilo a que se obrigara realizar, no tocante, ao auxilio estipulado.

Para comprova-lo, há êste trecho bem expressivo de BARASSI, transcrito nos autos: "A Subadministração dos instrumentos pelo locatário não é um elemento autônomo, mas se, incorpora ao contrato, de trabalho; aqui, o instrumento faz parte do capital: fornecido, pelo credor do trabalho; é sempre um meio para certo fim: a produção do trabalho" ("Il Contrato del Lavoro", vol. 1°, edição, de 1915, pág. 575).

Dêste modo, reconhecida a inadimplência por parte da locatária com o não-fornecimento do material a que, se obrigou (uma escavadeira, uma sonda de percussão e 17 marteletes) e reconhecido o prejuízo daí resultante aos locadores, cabe àquela reparar a êstes, indenizando-os no ganho que deixaram de ter: *quantunque lucrare potui*.

Cota livre:. A remuneração dos locadores ficou convencionada segundo a cláusula que se segue: "A Companhia se obriga a pagar, mensalmente, aos locadores, como remuneração aos seus serviços, 1/5 da diferença que, em relação ao preço médio do carvão catarinense adquirido no mês anterior - pela Companhia, de terceiros, entregue em Tubarão, se verificar para menos no preço do custo do carvão extraído, e que lhe fôr entregue, nos mesmos mês e local, pelos locadores, satisfazendo às mesmas especificações daquele".

Na ocasião, o preço era tabelado e a locatária tinha a exclusividade das compras.

Posteriormente, a obrigação dos fornecedores de fazer-lhe todo o fornecimento do carvão produzido sofreu modificação: teriam de fazer entrega de 2/3 pelo preço tabelado, ficando o têrço restante para venda livre.

Em face do ocorrido, entendem os locadores que o ponto de referência do contrato deve dizer respeito ao que receberam os fornecedores e não ao que pagou a locatária.

Assim não entendo, porquanto explícito é o contrato, com se referir "ao preço médio do carvão adquirido pela Companhia".

E tanto assim que ainda alude ao preço médio da aquisição no mês anterior.

Importa, em dizer que, quando da formação do contrato, e conhecido o contrôle do preço, os interessados fizeram tudo girar em tôrno do que viesse a pagar a Companhia nas suas aquisições.

E, como essas aquisições de futuro pudessem sofrer alteração, estabelecido ficou que o preço médio do carvão pago pela Companhia no mês anterior saberia solucionar o caso da remuneração.

Não há, pois, tomar outra referência, como a do preço obtido pelos fornecedores.

Se a Companhia locatária fizesse, em conseqüência da cota livre, aquisições por preço superior ao tabelado, então teria de ser encontrada a remuneração na média do adquirido no mês anterior.

Isto, porém, não aconteceu, pois afirmado ficou, e não contraditado, possuir ela carvão suficiente às suas necessidades, sem que preciso se tornasse abastecer-se no mercado livre.

Resulta dai que a cota livre estabelecida pela portaria n. 570 não podia ter influência, para levara diferente interpretação a cláusula sôbre salário.

Releva notar o que a locatária deixou expendido relativamente à sua situação, sem poder agir no regime da cota livre e contar *deficit* quanto ao carvão tipo Lavador.

Sem contestar os têrmos em que a cláusula remuneratória ficou concebida, proclama-se que a intenção das partes se sobreleva ao sentido literal da linguagem.

É uma verdade, que o art. 85 do Código Civil deixou certa.

Mas, na espécie, em que pêsem aos muitos argumentos produzidos a respeito, não me convenci que outra fôsse a vontade das partes, senão a que a linguagem usada veio a exprimir.

Na interpretação dos contratos, elemento elucidativo é o comportamento das partes, após a assinatura e durante a execução contratual.

E êsse comportamento não anuncia senão a conformidade com o estabelecido: pagamentos mensais efetuados durante meses e anos - segundo o convencionado.

A correspondência trocada (fls. 81) fala em remuneração feita em base contratual e o final da cláusula XI bem o confirma: "os preços médios de aquisição do carvão a terceiros pela Companhia serão comprovados com os dados constantes de sua contabilidade".

A propósito do procedimento posterior, assim se manifestou a locatária: "Continuando a receber, sem qualquer protesto, as prestações que lhes eram devidas pela Companhia, no curso e na execução do contrato, e após o advento das leis e portarias, que agora entendem ter alienado o contrato, os locadores evidentemente concordaram em que nada poderiam tais leis e portarias ter influído no exame do contrato".

Amparando a sua pretensão, aduziram os locadores estas considerações: "deixaram os suplicantes de perceber uma vultosa parcela de salários, a que fazem jus e que estão constituindo, nas mãos da Siderúrgica, verdadeiro enriquecimento sem causa, que ela é obrigada a repetir nos têrmos do art. 964 do Código Civil"

Não vejo, entretanto, como dar aplicação a êste dispositivo, que a espécie não estaria a comportar.

Na frase de CLÓVIS, é o pagamento indevido, o que se, faz sem obrigação, que o justifica, para a restituição.

Mas, disto evidentemente se não trata sem necessidade de demonstração, porquanto outra é a hipótese, que não a do pagamento mal realizado.

DANS, na sua monografia "Interpretação dos Negócios Jurídicos", trad., § 13, pág. 126, fala realmente ser do nobre oficio do juiz ajudar as partes a realizar o fim econômico a que aspiram, tendo em vista o negócio jurídico em que são partes.

Na espécie, porém, o julgador teria de cingir-se àquilo que as partes estabeleceram, com o fim econômico que vieram a expressar, sem alterar, inovando.

Ir além, para estabelecer ponto de referência contrário ao que os interessados pactuaram, seria incorrer na censura de que trata GEORGES DEREUX ("De l'interpretation des actes - juridiques prives", pág. 454), quando nega ao julgador, sem apoio em ato, socorrer-se de uma vontade a êle estranha: "*ne saurait tenir compte d'une volonté qui serait restée tout à fait extérieure à la déclaration*".

Sobrecota de Cr$ 20,00. A lei n. 605, de janeiro de 1949, estabeleceu a obrigatoriedade do repouso semanal remunerado, agravando assim a situação.

Devido á êsse agravamento, apareceu o dec. n. 29.084, de 4 de janeiro dêste ano de 1951, instituindo a bonificação de.... Cr$ 20,00 por tonelada de carvão entregue A Siderúrgica Nacional, durante o período de 18 meses anteriores ao decreto.

De consignar desde logo que êsse favor apareceu em janeiro, apenas dois meses antes de terminar o contrato, com o término em maio.

Mas, veio evidentemente aproveitar aos locadores, uma vez abrangendo o passado.

Dêste modo, o carvão entregue "à Companhia Siderúrgica Nacional, durante o período de 18 meses anteriores à data dêste decreto", segundo a expressão legal, passou a contar com a majoração concedida.

Sendo assim, como realmente é, a locatária, que não adquiriu, com a cota livre, adquiriu sôbre base diferente.

Pouco importa que a locatária nada recebesse pela bonificação.

O que importa é que as suas aquisições foram feitas com a majoração, a abranger todo o carvão que adquirira.

A cláusula referente à rescisão fala em preço médio de vendas, de terceiros.

Tem-se, pois, de atender àquilo que os fornecedores obtiveram.

E o preço obtido foi o tabelado, acrescido da bonificação.

Alegou-se, ainda, que houve simples auxílio, sem se traduzir em aumento de preço.

Mas, a alegação foge aos têrmos do mandamento legal e à sua finalidade.

Vale transcrever a seguinte passagem:

"Considerando, também, que sendo os preços de venda de carvão nacional fixados pelo govêrno, conforme preceituam os arts. 10 e 11 do decreto-lei n. 2.667, de 3 de outubro de 1940, êsses preços têm de ser reajustados, em face de novos encargos, criados por lei".

Tratou, portanto, o decreto do preço do carvão e do seu reajuste.

Não interessa, igualmente, que parte do preço fôsse satisfeita pelos cofres públicos.

Nem por isso se poderia dizer que o preço da aquisição fôsse somente o bloqueado, se a êle se juntou o da bonificação.

Ao valor da aquisição, por aumentado, teria certamente de corresponder o valor da remuneração, porque contratado.

Camada "*Irapuã*". Afastando de si qualquer responsabilidade, por não haver permitido a exploração da camada "*Irapuã"*, alega a locatária não ter sido ela

objeto do contrato, mesmo porque era considerada inexistente e só conhecida em 1950, mas com desconhecimento da qualidade do carvão.

Demonstrado, entretanto, ficou que a área da exploração disse respeito ao vale do rio Fiorita.

E demonstrado ainda que, nesse vale, estavam situadas as duas camadas "Barro Branco" e "Irapuã".

Sendo assim, não podia ser denegada a exploração desta última, por abrangida na área da concessão, que nada restringiu.

Reza a cláusula 1ª do contrato: "constitui objeto da presente concessão a exploração *das jazidas* existentes na área da concessão".

Logo, tôda a jazida ali encontrada era passível de exploração.

E, no final da cláusula, consta o seguinte: "a Companhia se reserva o direito de explorar diretamente ou por intermédio de terceiros *as jazidas* da referida área, na parte excedente à tonelagem acima referida".

Sé, pois, a tonelagem estipulada sequer estava, excedida, nem aquela faculdade atribuída à Companhia poderia ser exercitada.

Acentue-se que ao perito foi feita a seguinte pergunta: "pelos dados constantes das sondagens n. 723 e 725, fornecidas pela Companhia aos locadores, pode-se verificar que, já em junho de 1945, era conhecida a existência de outra camada de carvão em Siderópolis, além da camada "Barro Branco"?

E a resposta foi esta: "Sim, de acôrdo com as sondagens, incluídas na pasta de anexos".

Aliás, na só entrega das sondagens aos locadores, implícita ficou a manifestação da locatária em permitir a exploração, que não podia mesmo ser denegada, em face dos novos esclarecimentos da perícia.

Dêste modo, conhecida nesta ou naquela data, mas dentro do têrmo contratual, dentro dêste mesmo têrmo licita não era qualquer recusa à exploração, que o contrato não vedava, antes permitia.

A recusa da locatária não encontra assim apoio no contrato.

Em face das considerações aduzidas, dou o pedido dos engenheiros-locadores como procedente em parte, procedente, quanto às questões que se prendem ao equipamento, sobrecota e camada "Irapuã", e improcedente quanto à cota livre.

As cifras constantes de fls. 38 e 48 estão certas, uma vez baseadas no prazo de quatro anos, sem restrição à tonelagem de carvão a ser extraído, conforme deixou consignado o perito no tópicos já transcritos do seu laudo.

Atendida, entretanto, a restrição, por estabelecida no contrato, aquelas cifras estavam a merecer correção.

Foi o que fêz o digno perito, com o trabalho apresentado e em cumprimento a despacho nos autos.

Daí a redução feita nas cifras de fls. 38 para Cr$ 3.147.461,90 e das de fls. 48 para Cr$ 1.729.696,00.

Procede a correção, tendo em vista o que reza o contrato.

A cláusula primeira é precisa na limitação, ao declarar constituir objeto do contrato a exploração "até o total de um milhão de toneladas de carvão".

E, explicando o pensamento das partes, há êste acréscimo e a que se fêz referência linhas atrás: "ficando entendido que a Companhia se reserva o direito de explorar diretamente ou por terceiros as jazidas da referida área *na parte excedente à tonelagem acima referida* ou em outras áreas que a Companhia venha a receber ou adquirir".

Diferente fôsse o pensamento e diferente seria a redação.

O prazo de quatro anos ficou, portanto, estabelecido para, dentro dêle, realizar-se aquela produção: realizada, a Companhia poderia fazer a exploração direta ou por intermédio de outrem; não realizada, o final do prazo daria finalidade ao contrato.

E foi o que aconteceu.

Assim, e julgando em conformidade com as considerações expostas, condeno a Companhia-locatária às somas que se seguem e constam do trabalho oferecido pela perícia: Cr$ 3.147.461,90, Cr$ 1.729.696,00 e Cr$ 204.000,00, dizendo respeito, respectivamente, à falta de equipamento, à sobrecota e à recusa à exploração da camada "Irapuã", tudo no total de Cr$ 5.081.157,90, dando, como disse, por improcedente o pedido quanto à cota livre.

As custas do processo e os honorários serão pagos proporcionalmente, sendo que os do árbitro e os do advogado o serão nos têrmos estipulados.

Esta decisão, segundo o compromisso, será entregue às partes em duas vias, após a sua publicação em audiência.

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 1952. - *Laudo de Camargo*.

Notas:

* N. da R.: Êste acórdão transitou em julgado.

RAZÕES DOS APELADOS

EGRÉGIO TRIBUNAL

I

1. Entre a Companhia Siderúrgica Nacional, ora apelante, e os engenheiros José e Augusto Batista Pereira, ora apelados, firmou-se, ao terminar o contrato de locação de serviços para exploração das jazidas de carvão da Companhia, em

Santa Catarina. um compromisso (fls. 1 a 5), pelo qual as questões controvertidas entre as partes foram submetidas a julgamento arbitral.

Escolheu-se de comum acôrdo um árbitro único - o Exmo. Sr. ministro LAUDO FERREIRA DE CAMARGO - e estipulou-se, pela confiança que tal árbitro merecia de ambas as partes, a instância única, nestes têrmos:

"A Companhia e os engenheiros renunciam à faculdade que lhes assegura a cláusula 8ª do contrato de locação de serviços, de nomear dois árbitros, com um terceiro desempatador, e se louvam unânimemente num único árbitro, que será o Exmo. Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, residente à Praia do Flamengo, 116, 5° andar, cuja sentença será cumprida por ambas as partes depois de homologada na forma da lei, com expressa renúncia de quaisquer recursos para os tribunais ordinários, em instâncias superiores".

2. A controvérsia entre a Companhia-proprietária das jazidas e os engenheiros locadores de obras, resultava do critério contratual firmado para a determinação dos salários. Em vez de quantia certa ou percentagem, o que representava o valor dos salários era o quinto da diferença entre o preço de custo, pelo qual o carvão era produzido, e o preço médio de venda no mercado, pelo qual a Companhia poderia comprá-lo de terceiros.

Jogavam, assim, os locadores com a sua própria capacidade técnica e de organização. Quanto mais pudessem baixar o custo da produção, maior seria o salário, e maior naturalmente o lucro da Companhia, que se beneficiaria de quatro quintos da margem.

Sobrevieram, porém, fatos cuja repercussão na contagem do salário não foi apreciada de modo idêntico pelas partes: 1) a Companhia deixou de entregar equipamentos a que se obrigara, e com isso fêz baixar o rendimento do serviço, agravando-lhe o custo e reduzindo-lhe a produção; 2) os preços médios de venda no mercado, com o qual se comparavam, para apuração da margem, os custos da extração dirigida pelos apelados, deixaram de ser preços livres, caindo sob um sistema de contrôle, que lhes falseou o significado; 3) uma lei veio, tempos depois, conceder aos produtores de carvão, em Santa Catarina, uma bonificação, que de fato importou em majorar os preços de mercado, sem

lhes afetar o valor nominal; e, finalmente, 4) a Companhia houve por bem privar os locadores da exploração de uma camada de carvão, encontrada na área do contrato (camada Irapuã), o que lhes reduziu a lucratividade do Serviço.

3. Decidiram, então, os locadores e a Companhia submeter essas quatro questões a arbitramento. E a venerável sentença arbitral, depois de examinar cada uma delas, condenou a Companhia a pagar aos apelados a quantia de Cr$ 5.081.157,90, resultante de três parcelas: a primeira, de..... Cr$ 3.147.461.90, representando os prejuízos decorrentes da não-entrega das máquinas, a cujo fornecimento a Companhia se obrigara; a segunda, de Cr$ 1.729.696.00, representando o preço adicional disfarçado sob a forma de bonificação aos produtores; a terceira, de Cr$ 204.000,00, representando os lucros cessantes pela recusa de exploração da camada carbonífera encontrada na área do contrato.

4. Conformou-se a Companhia-apelante com a condenação na parte relativa à primeira e à terceira dessas parcelas. Mas, apesar de se haver obrigado, nos têrmos do compromisso, a acatar sem recurso a decisão do árbitro único, resolveu argüir a sentença de nulidade, na parte relativa à segunda parcela, com suposto fundamento no art. 1.045, IV, do Cód. de Proc. Civil.

5. Diz o artigo invocado:

"Será nula a decisão arbitral:

.....

IV, quando infringente de direito expresso, salvo se, autorizado no compromisso, o julgamento tiver sido por eqüidade".

6. Os apelados se propõem, contra-arrazoando o recurso, a demonstrar:

"a) que a "infringência de direito expresso", a que se refere o art. 1.045, IV, não equivale à injustiça da decisão, ou à má aplicação do direito, que ensejariam o **recurso ordinário** para reapreciação do mérito, e não a argüição de **nulidade**

b) que só há "infringência do direito expresso" quando a decisão nega o direito em tese, isto é, afirma a existência de uma norma da lei;

c) que, como bem reconheceu a decisão homologatória de fls. 708, a sentença do colendo árbitro não foi **contra legem**, e portanto não pode ser argüida de **nulidade** com fundamento no artigo 1.045, IV, do Cód. de Proc. Civil;

d) que, assim como não foi **contra legem**, também não foi **injusta** a venerável sentença impugnada, e não poderia ser reformada por via de recurso ordinário, caso êste não houvesse ficado excluído no compromisso".

II

Infringência de direito expresso

7. O art. 1.040 do Cód. Civil dispõe:

"O compromisso poderá também declarar:

.....

II. A condição de ser esta (decisão arbitral) executada com ou sem recurso para o tribunal superior".

Admite, por conseguinte, o direito brasileiro que a coisa julgada se forme, em juízo arbitral, numa só instancia, posta a decisão a salvo de recursos para tribunal superior.

O Cód. de Proc. Civil, porém, em seu artigo 1.045, IV, já transcrito, admite que a decisão arbitral seja impugnada como **nula** quando infringente do direito expresso", e se a impugnação não fôr acolhida pelo juiz da homologação, concede, no art. 1.046, recurso de apelação para instancia superior.

8. Temos, portanto, duas normas, cujos limites de aplicação devem ser definidos: uma autoriza a exclusão do direito de recorrer; outra concede sempre a impugnação e o recurso, quando infringido o direito expresso. Os limites recíprocos dessas normas são demarcados:

a) pela noção de "direito expresso";

b) pelo conceito de "nulidade da sentença".

9. A aplicação da lei à espécie sub índice é um ato que compreende três fases, ou operações elementares:

I, a enunciação da norma de lei, ou do direito em tese;

II, a identificação da espécie em seus elementos de fato;

III, a aplicação do direito à, espécie, ou enunciação da norma in concreto.

10. O recurso de apelação, como outros recursos ordinários, tem o efeito de atribuir ao tribunal **ad quem** a inteira repetição dessa tríplice operação, em que se decompõe o ato de julgar. Pode o tribunal corrigir a má enunciação do direito em tese, pode reexaminar a matéria de fato, e pode refazer a aplicação do direito ao caso considerado.

Há, porém, certos meios de impugnação judicial das sentenças que não autorizam a revisão total do julgamento. O recurso em cassação, por exemplo - onde é praticado - apenas autoriza a revisão da enunciação do direito em tese (operação I) e da sua aplicação **in concreto** (operação III). No direito brasileiro temos um recurso, o ordinário da letra **a**, para o Supremo Tribunal Federal, que só autoriza a revisão do julgamento para reexame da enunciação do direito em tese (operação I). E temos dois casos, em que é licito rever sentenças já irrecorríveis, também pelo reexame da enunciação do direito em tese:

a) a ação rescisória das sentenças;

b) a impugnação da sentença arbitral.

11. Em ambos os casos, avulta como justificativa da revisão de um julgado irrecorrível a nulidade desse julgado.

Uma sentença que apreciou mal a matéria de fato (operação II) ou que fez errônea aplicação do direito (operação III) é injusta, mas não é nula. Se o erro perdura, de instância em instância, até que se esgotem os recursos, faz-se sôbre o erro a coisa julgada, e já não é licito voltar judicialmente ao exame da espécie.

Se, porém, a sentença foi proferida em condições irregulares, que lhe tolhem a própria finalidade, já não é de injustiça que se trata, mas de defeito que a lei processual qualifica de nulidade.

"A sentença", escreveu CHIOVENDA, "seja enquanto pronuncia sôbre os pressupostos processuais, seja enquanto pronúncia sobre o mérito, pode ser **injusta** e pode ser **nula**" ("Istituzioni di Diritto Processuale Civile", vol. II, seç. I. 2ª ed., § 378, pág. 512).

Os casos de nulidade da sentença são definidos, no direito processual vigente, pelo art. 798 do Código de Proc. Civil:

"Será nula a sentença:

I, quando proferida:

a) por juiz peitado, impedido, ou incompetente **ratione materiae**:

b) como ofensa à coisa julgada;

c) contra literal disposição de lei;

II, quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal".

Para Asses casos a lei institui uma ação - **a rescisória** - com que se ataca a coisa julgada, destruindo os efeitos da sentença anterior.

12. O que ocorre em relação à sentença judicial, ocorre **mutatis mutandis** em relação à sentença arbitral.

Esta, como aquela, põe fim a um litígio, e pode vir inquinada de vicias, que a tornem injusta ou **nula**. Para os primeiros existe o remédio ordinário da apelação, a que as partes podem lìcitamente renunciar no compromisso. Para os segundos existe a impugnação da sentença na instância de homologação, cujo fim é precisamente a verificação da regularidade do julgamento extrajudicial a que vão ser comunicados efeitos de decisão judicial. natural que os casos de validade da sentença arbitral sejam mais numerosos que os da sentença judicial, pois aquela se reporta não apenas às normas da lei, mas também às do compromisso: Enumera-os o art. 1.045 do Cód. de Processo Civil:

"Seja nula a decisão arbitral:

I, quando nulo o compromisso;

II, quando pronunciada fora dos limites do compromisso ou em desacôrdo com o seu objeto;

III, quando nomeados os árbitros em desacôrdo com a forma prescrita, desde que a nulidade tenha sido argüida no juízo arbitral;

IV, quando infringente de direito expresso, salvo se, autorizado no compromisso, o julgamento tiver sido por eqüidade;

V, quando contiver qualquer dos vícios que anulam as sentenças em geral;

VI, quando pronunciado fora do prazo assinado aos árbitros no compromisso;

VII, quando o laudo não fôr depositado no prazo do art. 1.043;

VIII, quando o laudo não satisfaça os requisitos enumerados no art. 1.038".

13. Dos motivos de nulidade da sentença arbitral, interessa-nos o da alínea IV do art. 1.045.

Julgou o Código necessário destacá-lo dos "vícios que anulam as sentenças em geral" apenas para inserção da ressalva sôbre o julgamento por eqüidade. Nenhum autor ou julgado jamais pretendeu que á "infringência do direito

expresso" fôsse outra coisa do que o "julgamento contra a literal disposição de lei", e, assim, toda argumentação que se aplica ao art. 798, **c**, tem cabimento no art. 1.045, IV, do Cód. de Proc. Civil.

Note-se, em primeiro lugar, que a expressão "contra disposição literal de lei" foi introduzida no Código como simples variante estilística da expressão tradicional "contra direito expresso", usada para tachar as sentenças nulas desde o direito das Ordenações ("Ord. Afonsina", Livro III, título 78).

"No direito anterior", escreve o douto patrono da apelante, CARVALHO SANTOS, "a lei empregava a expressão **contra direito expresso**. São expressões que se equivalem, porque ambas querem significar a infração do direito, o desrespeito à norma jurídica invocada, a desaplicação da lei que se diz estar sendo aplicada" ("Código de Processo Civil Interpretado", vol. IX, 2ª edição, pág. 152).

14. Que a norma do art. 1.045, IV, é a repetição da do art. 798, **c**, não duvida um só comentador do Cód. de Proc. Civil.

CARVALHO SANTOS (ob., cit., vol. X, página 404), comentando o art. 1.045, IV. escreve:

"Nenhuma razão há para que não se aplique ao caso o art.. 798, letra c, dêste Cód. de Processo".

No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", edição "REVISTA FORENSE", vol. VI, pág. 571; JORGE AMERICANO, "Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil", 4ª vol., pág. 447. É, pois, licito aplicar à interpretação do art. 1.045, IV, tudo que se admite para a compreensão do art. 798, letra c. A decisão contra direito expresso, ou contra literal disposição de lei, não se confunde tecnicamente, com a decisão injusta, na qual, por má Interpretação da norma ou errônea aplicação de seus conceitos, a pretensão de uma das partes deixa de encontrar proteção adequada. A decisão, em tais casos, pode ser contra o direito, mas não contra o direito expresso, pode ser contra a lei, mas não contra a sua disposição literal. O que caracteriza a literalidade da infração é que a sentença desconhece a

própria norma **in abstracto**, nega ou contraria o direito em tese formulado pelo legislador.

Se é possível fazer distinção entre "decidir contra disposição literal" e "decidir contra direito expresso", não será jamais para considerar este último critério mais amplo, mas, pelo contrário, mais restrito.

PONTES DE MIRANDA, que admite uma distinção entre eles, escreve:

- Contra ius, **contra literam** são sinônimos, e mais largos que contra **ius expressum**. De modo que pode haver ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras sujeiras a interpretação ou quando sé trata de costume ou direito extravagante ou singular, ainda que não notório. A infração da **ratio legis**, sem infração da regra jurídica (**contra literam**), é que escapa ao art. 798, I, **c**" (ob. cit., vol. IV, página 643).

Uma distinção entre a "infringência da letra da lei" e a "infringência do direito expresso" parece muito sutil para ter algum alcance prático. Valha, porém, a lição acima transcrita para mostrar que, se distinção houvesse, nunca serviria para ampliar a impugnação de nulidade com fundamento no art. 1.045, IV, em relação ao âmbito da ação rescisória.

Preferem os apelados admitir que os limites conceituais da rescisória (art. 798, I, c) e da impugnação da sentença arbitral (art. 1.045, IV) são idênticos, e que as expressões **contra ius expressum** e **contra literam** se equivalem. Em ambos os casos o que caracteriza a decisão, e lhe induz a nulidade, é a negação do direito em tese, formulado na norma jurídica.

15. São, nesse sentido, unânimes os comentadores da nossa lei processual.

"Constitui verdadeiro truísmo que a sentença não pode afirmar", escreve o Dr. CARVALHO SANTOS, "um princípio contrário à lei. Se o fizer, decide contra literal disposição de lei. Igualmente, a sentença não pode violar um preceito em princípio legal, claro incontroverso, insuscetível de fundada controvérsia. Pois se assim decidir, também será contra disposição de lei. Se a sentença, por outro lado, aplica outro princípio legal, contrário, modificativo ou excludente da

disposição da lei aplicável, evidentemente julga contra literal disposição, de lei" (ob. cit., volume IX. pág. 152).

"Decide "contra a letra" o juiz (ou Tribunal) que nega a tese da lei, Isto é, decide dizendo o "contrário do que diz a lei", escreve o ministro CASTRO NUNES, e acrescenta:

"É a mesma noção do julgamento (ação rescisória) com violação de **direito expresso**" ("Teoria e Prática do Poder Judiciário", pág. 856).

16. A venerável sentença arbitral não negou o direito em tese, não foi proferida **contra ius expressum**, e por conseguinte não dá ensejo à anulação com fundamento no art. 1.046, IV.

A controvérsia girava em torno do cálculo do salário variável ajustado entre a Companhia Siderúrgica e os apelados. A cláusula do contrato mandava que aquele salário fosse igual a 1/5 da diferença entre o custo da extração e os preços médios de venda no mercado catarinense. A lei veio, mais tarde, congelar os preços de venda, tornando invariável um dos elementos comparados. Mas ela que o dec. na 29.084, de 4 de janeiro de 1951, provocado pelos reclamos dos produtores diante da agravação do custo extrativo em conseqüência do repouso semanal remunerado, veio instituir, em favor dêles, uma bonificação de Cr$ 20,00 por tonelada.

O que se pergunta é se essa bonificação, equivalente em seus efeitos econômicos a uma efetiva majoração de preço, deve ou não ser tomada em conta no cálculo do salário dos apelados. Quer o árbitro respondesse afirmativamente, quer respondesse negativamente, sua decisão não poderia ser **contra ius expressum**. E não o poderia precisamente por não haver, no caso, **ius expressum**, por não haver disposição de lei enunciando em tese a norma aplicável ao caso.

É certo que se o árbitro considerasse a bonificação imputável ao cálculo por período superior ou inferior ao definido no dec. no 29.084, feriria direito expresso, como o feriria se, em vez de... Cr$ 20,00 por tonelada, mandasse imputar Cr$ 10.00 ou Cr$ 30.00. Ao dizer, porém, se a bonificação concedida por lei devia ou não repercutir no salário dos apelados, estava o árbitro

interpretando e não desaplicando o direito, estava procurando o direito **in concretu**, para um caso não previsto **em tese** pelo legislador.

Daí o descabimento do recurso com fundamento no art. 1.045, IV, do Cód. de Proc. Civil. Os apelados esperam que o egrégio Tribunal, por esta preliminar, não tome conhecimento do recurso.

III

"DE MERITIS"

Bonificação de Cr$ 20,00 e preço de venda do carvão

17. Se, porém, o egrégio Tribunal tomasse conhecimento da presente apelação, seria certamente para lhe negar provimento, pois a aplicação feita pelo eminente árbitro do direito á espécie em julgamento foi a mais correta e justa.

Discutia-se o efeito que o dec. n. 29.084, de 4 de Janeiro de 1951, deveria ter sobre o salário devido aos apelados, o qual, como acima ficou dito, era calculado sôbre a diferença entre o custo de extração do carvão nas minas por êles administradas e o preço de venda cobrado por outros produtores no mercado catarinense. Quando se concluiu, em 1943, o contrato de locação de serviços entre a Companhia-apelante e os apelados, os preços de venda do carvão eram livres naquele mercado. Pouco depois, entretanto, foram os preços bloqueados e diversos expedientes foram sucessivamente empregados para que os produtores do Estado pudessem suportar o aumento vertiginoso, nos anos consecutivos, do custo de produção primeiro desses expedientes foi a instituição da chamada "cota livre". Permitiu-se aos produtores catarinenses colocarem uma parte de sua produção a preços livres, em mãos, de qualquer comprador, mantendo-se bloqueados os preços dá parte a ser entregue à Companhia Siderúrgica Nacional. O segundo expediente foi a criação da bonificação de Cr$ 20,00 por tonelada, impugnada pela apelante nas óbvias conseqüências que lhe atribuiu a respeitável sentença arbitral.

18. Convém fazer um rápido histórico dessa medida de auxilio aos produtores. Em maio de 1949, os produtores de carvão de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul foram bater às portas do Conselho de Minas e Metalurgia, pleiteando um

aumento de preço para o seu produto. A lei n. 605, de 6 de janeiro de 1949, estabelecendo a obrigatoriedade do repouso semanal remunerado, viera agravar consideràvelmente o custo da mão-de-obra em todo o país e tornar insuficiente a manutenção da cota livre para o reajustamento de preço, de que necessitavam aquêles mineradores.

Constituiu-se, então, a 2ª. Mesa, Redonda do carvão nacional, de Cujos trabalhos resultou, contra o voto da Companhia Siderúrgica Nacional, ora apelante, um projeto de decreto fixando em..... Cr$ 28,40 a majoração de preço para os carvões do Rio Grande do Sul e em Cr$ 25,20 a majoração para ou de Santa Catarina (v. "Relatório do Conselho de Minas e Metalurgia", 1949, págs. 74 a 78).

Interessada, porém, em subtrair os preços de custo do seu próprio aço à influência de qualquer majoração das matérias-primas passíveis de contrôle, a Companhia Siderúrgica Nacional dirigiu, entretanto, ao Exmo. Sr. presidente da República, uma exposição, de que resultou ser decretada apenas a elevação de Cr$ 28,40 para o Rio Grande do Sul, ficando adiado o reajustamento do carvão catarinense. Esse reajustamento veio a ser afinal traduzido no dec. n. 29.084, de 4 de janeiro de 1951, que, mantendo formalmente os preços de venda do carvão, reconhece em seu 2° considerando que êsses preços "têm de ser reajustados em face de novos encargos criados por lei", e dispõe em seu art. 1°:

"Do total á ser arrecadado em virtude do dec.-lei n. 2.667, de 3 de outubro de 1940, será destacada a importância de Cr$ 15.000.000,00 a ser distribuída às emprêsa mineradoras de carvão de Santa Catarina, na proporção de..... Cr$ 20,00 por tonelada de carvão, tipo "lavador", entregue 'à Companhia Siderúrgica Nacional, durante o período de 18 meses anteriores à data dêste decreto".

Dêsse modo, em vez de se majorar diretamente o preço pelo qual a Siderúrgica, recebia o carvão tipo "lavador", mantinham-se, por um artifício, os preços de 1946, e concedia-se ao produtor uma bonificação, que na verdade outra coisa não representava senão o aumento desejado.

Com essa bonificação os mineradores podiam fazer frente a despesas, que normalmente seriam cobertas pelo seu preço de venda, aumentando a margem de lucros deixada pelo preço congelado em 1946.

19. Não podiam os apelados sofrer as conseqüências do artifício engendrado pela Companhia Siderúrgica Nacional, sem quebra da boa-fé do contrato firmado em 1946. Os salários pactuados naquele contrato deviam aumentar, ou quando baixasse o preço de custo da exploração, ou quando aumentasse o preço de venda pago aos demais produtores da região fornecedora da Siderúrgica. Se êsses produtores faziam jus a uma bonificação de Cr$ 20,00 por tonelada, que lhes aumentava a margem de beneficio auferida com os preços de venda, estava automàticamente ampliada a base do cálculo salarial estabelecido pelas partes. Bonificação ao fornecedor ou majoração de preços de venda são fatos economicamente idênticos, e tôda, distinção entre êles não pode deixar de ter intuito de fraude, contrariando a boa-fé dos contratos.

20. Foi o que reconheceram com clareza os dois eminentes jurisconsultos consultados pelos apelados sôbre a questão.

O Prof. TULLIO ASCARELLI, no parecer de fls. 626, escreve:

"Esta hipótese é afinal a do pagamento de uma parte do preço do carvão por um terceiro (o Tesouro da União).

Reza com efeito o decreto que as empresas de mineração do carvão de Santa Catarina passarão a receber Cr$ 20,00 por cada tonelada de carvão entregue à Siderúrgica Nacional. O preço do carvão entregue à Siderúrgica passou por isso a ser composto de duas parcelas: a primeira paga pela Siderúrgica, e a segunda pelo Tesouro Nacional à Siderúrgica, no pagamento de uma parte do preço do carvão.

Claro, entretanto, que a remuneração dos engenheiros deve ser calculada levando em conta o preço total, pois que só este pode ser levado em conta para avaliar o sucesso técnico da exploração dos engenheiros Pereira.

Para evidenciar a verdade desta afirmação, basta imaginar que, ao invés de Cr$ 20,00 por tonelada, o decreto tivesse estabelecido que o Tesouro Nacional teria

arcado com a totalidade do preço do carvão, de modo que nenhum pagamento tivesse ficado a cargo da Siderúrgica pelo carvão recebido. Teria sido possível então negar qualquer remuneração aos engenheiros só porque a Siderúrgica teria passado a adquirir carvão sem pagamento nenhum?" (fls. 633).

O eminente JOSÉ SABÓIA DE MEDEIROS, também ouvido sôbre a questão, transcreve as conclusões da consulta e lhe dá seu inteiro apoio nestes termos (fls. 650):

Desse modo, a majoração de preço foi concedida, ainda que indiretamente, fraudando-se ainda uma vez o critério de fixação proporcional dos salários doa locadores, que continuaram a ser estimados em função do preço bloqueado de 1946. Esta conclusão é irrefragável. Pouco importa que, aparentemente, se tivesse mantido, para as vendas à Companhia Siderúrgica Nacional, o preço "injusto" de Cr$ 150,00 por tonelada. Certo é que esse preço foi majorado de Cr$ 20,00, por tonelada, e embora esta cota complementar fôsse paga pelo fundo especial constituído pelas arrecadações criadas pelo dec.-lei n. 2.667, de 3 de outubro de 1940, em vez de sair, dos cofres da Siderúrgica, não há dúvida que, para os produtores de carvão de Santa Catarina, importou numa majoração dos preços de venda por eles recebido por tonelada".

21. Essa conclusão foi a mesma que se impôs ao espírito do Exmo. Sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, na respeitável sentença arbitral, onde se lê (fls. 682):

A lei n. 605, de janeiro de 1949, estabeleceu a obrigatoriedade do repouso semanal remunerado, agravando assim a situação.

"Devido a esse agravamento, apareceu o decreto n. 29.084, de 4 de janeiro deste ano de 1951, instituindo a bonificação de Cr$ 20,00, por tonelada de carvão entregue à Siderúrgica Nacional, durante o período de 18 meses anteriores ao decreto.

De consignar desde logo que êsse favor apareceu em janeiro; apenas dois meses antes de terminar o contrato, com o término em maio.

Mas, veio evidentemente a aproveitar aos locadores, uma vez abrangendo ó passado.

Dêste modo, ó carvão entregue "à Companhia Siderúrgica Nacional, durante o período de 18 meses anteriores à data dêste decreto", segundo a expressão legal, passou a contar com a majoração concedida.

Sendo assim, como realmente é, a locatária, que não adquiriu com a cota livre, adquiriu sôbre base diferente.

Pouco importa que a locatária nada recebesse pela bonificação.

O que importa é que ás suas aquisições foram feitas com a majoração, á abranger todo o carvão que adquirirá.

A cláusula referente à rescisão fala em preço médio de vendas de terceiros.

Tem-se, pois, de atender àquilo que os fornecedores obtiveram:

E o preço obtido foi o tabelado, acrescido da bonificação:

Alegou-se: ainda, que houve simples auxilio, sem se traduzir em aumento de preço.

Mas, a alegação foge aos termos do mandamento legal e à sua finalidade.

Vale transcrever a seguinte passagem:

Considerando, também, que sendo os preços de venda de carvão nacional fixados pelo governo, conforme preceituam os arts. 10 e 11 do dec.-lei nº 2.667, de 3 de outubro de 1940, esses preços têm de ser reajustados, em face de novos encargos, criados por lei".

Tratou, portanto, o decreto do preço do carvão e do seu reajuste.

Não interessa, igualmente, que parte do preço fôsse satisfeita pelos cofres públicos.

Nem por isso se poderia dizer que o preço da aquisição fosse somente o bloqueado, se a ele se juntou o da bonificação.

Ao valor da aquisição, por aumentado, teria certamente de corresponder o valor, da remuneração, porque contratado".

22. Essas conclusões irrespondíveis não podem variar na consciência jurídica bem formada dos ínclitos juízes do Conselho, a cuja consideração sobe o presente feito.

Os apelados esperam, confiantes no seu direito, que a decisão proferida pelo eminente árbitro seja mantida, por ser conforme ao direito e à Justiça.

San Tiago Dantas, advogado no Distrito Federal.

EMPREITADA DE OBRA PÚBLICA - TEORIA DA IMPREVISÃO - CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS"

- Em nosso direito administrativo, salvo lei expressa a respeito, o Executivo não pode rever o contrato para aumentar, sob qualquer pretexto, as obrigações da Fazenda.

Emprêsa Técnica de Engenharia S. Álvares *versus* Prefeitura do Distrito Federal

Ap. n. 19.037 - Rel.: DESEMBARGADOR CORTES DE LACERDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 19.037, primeira apelante Emprêsa Técnica de Engenharia S. Álvares, segunda apelante Prefeitura do Distrito Federal, apeladas as mesmas:

Acordam, em 1ª Câmara Cível, dar, em parte, provimento à apelação da segunda apelante, para excluir da condenação a parcela de Cr$ 19.456,20, correspondente a despesas com vigia da obra, bem como para condenar a

primeira apelante e apelada ao pagamento das multas contratuais a ela impostas por atraso no andamento dos trabalhos da construção contratada.

Custas em proporção.

O contrato de empreitada foi registrado pelo Tribunal de Contas em Junho de 1946 e daí, segundo suas disposições; deveria ter início a execução da obra, a ficai acabada dentro de um ano. Mas, em junho do mesmo ano de 1946, decisão do Conselho Nacional do Trabalho aumentou os salários dos operários, dando em conseqüência, também, aumento do preço dos materiais. Embora a princípio a empreiteira.haja alegado que os atrasos na execução da obra provinham' de fatos ou omissões da dona da obra - a Prefeitura, - omissões estas enumeradas no relatório de fls. 290 v., o fato é que, em 27 de junho de 1947, a empreiteira dirigiu à Prefeitura a exposição de fls. 54-60, na qual, após relatai as dificuldades encontradas para o andamento dos trabalhos, concluiu, fls. 60, por impor como condição **sine qua non** para o cumprimento do contrato (além da prorrogação do prazo), "o reajustamento dos preços, na base do aumento determinado pelo Conselho Nacional do Trabalho, em junho de 1946, de acôrdo com as condições gerais dos preços atuais, isto é, aumento de 60% nos preços dos itens 1, 2 e 3; de 45% no preço do item 7, e de 38 % nos preços dos demais itens (4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14); *sem o deferimento dêstes dois pedidos é materialmente impossível prosseguir com a construção da ponte em referência, à vista do que foi exposto*. Solicitamos uma solução urgente para, o presente caso, a fim, de não sermos obrigados a abandonar definitivamente, os trabalhos e desorganizar completamente a obra". A esta petição seguiu-se aplicação de multa à empreiteira pelo retardamento (fls. 81) e, finalmente, despacho declarando rescindido o contrato è mandando abrir nova concorrência (fls. 62).

Do exposto se, verifica que foi a empreiteira quem deu causa à rescisão do contrato; na verdade, segundo ela, o reajustamento dos salários, por ato do C.N.T., tornou impossível a conclusão da obra nas condições - ajustadas e autorizava, de direito, o reajuste daquelas. Ora, esse aumento de salários fôra feito um ano antes da reclamação citada de fls. 54-60; fora feito em junho de 1946, época em que devia ter tido comêço, como se viu, a execução da obra; e o aumento de salários de junho de 1946, operaria, até, retroàtivamente, a partir de fevereiro do mesmo ano (vêde fls. 64). Assim, a causa real de rescisão foi a

questão do reajuste dos salários e é contemporânea do início da execução da obra.

Resta ver se a empreiteira podia fazer à exigência como condição do cumprimento do contrato. Não podia. O art. 1.246 do Cód. Civil a isso se opõe, expressamente. E contemporânea do início da execução da obra (o contrato foi registrado no Tribunal de Contas em junho de 1946; nesse mesmo mês foi aumentado o salário mediante resolução do C.N.T.), ainda mesmo que imputáveis à Prefeitura os motivos alegados à demora na execução dos trabalhos, claro é que não se devem a tal demora a alta dos salários e conseqüente 'aumento de preço dos materiais. Resta averiguar se tem acolhida no nosso direito, ainda no administrativo, a teoria da Imprevisão. Sé o tiver, a recusa da Prefeitura em ajustar o contrato terá sido justo motivo para o empreiteiro recusar cumprir o contrato. Ora, tem inteira aplicação entre nós a lição de RAFAEL BIELSA ("Derecho Administrativo", 1947, tomo I, pág. 410): "A solução que surge da teoria da imprevisão foi de origem e construção jurisprudencial e é, como sabido, obra do Conselho de Estado francês. Essa obra foi possível (*ha sido posible*) nesse Tribunal, pois a êle se atribuiu *singular função,* pôsto que jurisdicional, de *índole, de certo modo, pretoriana*. Na jurisdição civil (melhor dito *na judicial*) essa teoria não pode ser aplicada *sem prévia consagração legislativo*. Daí a lei Faillot, de 1918 (baseada na lei Italiana de 1915 e motivada *pela guerra*, que tornou até impossível a execução de contratos anteriores impossibilidade absoluta). Para minorar a imprevisão no nosso sistema, será necessária também uma lei, ainda que se trate de concessões de serviços públicos ou outros contratos administrativos". Nesse terreno dois sistemas legislativos se defrontam: o nosso, que não consagra a teoria da imprevisão, e ode outros países, que o contemplam; assim o vigente direito positivo italiano: "O Código Civil de 1942, nos casos de excessiva onerosidade do contrato para uma das partes, permite a resolução do contrato, salvo à outra o direito de anuir, para evitar a resolução, em modificar as condições segundo a eqüidade; mas a norma sòmente se aplica no caso de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis" (art. 1.467). Neste último, as partes podem derrogar o disposto nos arfa. 1.467 e 1.468, estipulando assumirem a álea do contrato (art. 1.469): Qualquer que seja o sistema adotado, nenhum inconveniente pode resultar, desde que o seja clara e expressamente: porque, assim como, no direito italiano, as partes podem assumir a álea da excessiva operosidade, no nosso os interessada podem pactuar o reajustamento

das condições no caso de excessiva operosidade. O que não é lícito, e seria altamente prejudicial ao comércio, é estabelecer ou ter por estabelecido sistema que *não consta de lei expressa*; será implantar a incerteza, tanto mais quanto alguns julgados há que lançam a barra além da linha a que atingiu o direito italiano, impondo o reajuste, isto é, não se limitando a admitir, apenas, a resolução ou o reajuste *condicionado à aceitação da outra parte* (cf. cit., art. 1.469 do Código Italiano):

Demais, no nosso direita administrativo, salvo lei expressa a respeito, o Executivo não pode rever o contrato para aumentar, sob qualquer pretexto, as obrigações da Fazenda. E não o pode porque os contratos são feitos mediante concorrência pública e registro no Tribunal de Contas. As modificações para atender à excessiva onerosidade representam novo contrato; não é o Executivo autorizado a fazê-lo aumentando as obrigações da Fazenda a seu arbítrio. Nem mesmo poderá a administração atender ao pedido da parte de rescisão do contrato; seria, por parte da administração, *dispensar o contratante de suas obrigações, renunciar a direitos*, sem lei que o autorizasse, o que é inadmissível.

Nestas Condições, é evidente que a recusa da administração local no aceitar a imposição do reajuste feita pelo empreiteiro como condição *sine qua non* da execução do contrato e na ausência de cláusula contratual ou lei que preveja tal modificação no contrato foi jurídica; e não pode constituir motivo jurídico para que o empreiteiro desse, como deu, por terminado o contrato, ou resolvido. A culpa, portanto, da rescisão decretada cabe ao empreiteiro, que, sem fundamento, declarou que não cumpriria o pactuado. E a pena imposta - de privar o empreiteiro de entrar em outros negócios com a Prefeitura dentro de certo prazo - tem fundamento jurídico.

Deve-se acrescentar que não houve qualquer acontecimento "extraordinário e imprevisível" que acarretasse a "excessiva onerosidade" do contrato para o empreiteiro, senão, apenas, aumento do salário, aumento razoável e de modo nenhum extraordinário e imprevisível. É o caso em que não tem aplicação a teoria, ainda nas legislações que a incorporaram ao seu direito positivo: "A resolução (do contrato) não pode ser demandada se a sobrevinda onerosidade entra na *álea normal* do contrato" (Código italiano, art. 1.467, citado, 2ª alínea). É o quanto basta para convencer de que o contrato foi rescindido por

culpa da empreiteira. Mas até mesmo os motivos de atraso na execução da obra, alegados pela contratante, não justificam o atrasa: *a)* a ligação de água para a obra não foi prevista no contrato coma motivo de desculpa para o retardamento e devia, ser providenciada pela empreiteira junto à competente repartição; *b)* a necessidade da variante no tráfego devia ter sido prevista pelo empreiteiro ao contratar; êle devia ter examinado o local antes. de concorrer; *c)* o mesmo se deve dizer da existência de um poste da Light no local; aliás, a retirada do poste a empreiteira havia de requerê-la à Light, pagando a esta as despesas; *d)* também nada tem que ver a Prefeitura com as dificuldades resultantes de possuir a empreiteira máquinas a eletricidade em vez de máquinas usuais a óleo; nem com as dificuldades com o engajamento de operários ou com a existência de cabos subterrâneos no local, pertencentes a terceiros. Todavia, já se viu, a rescisão só foi decretada pelo prefeito após a imposição da empreiteira quanto ao reajustamento do contrato com base no aumento de salários de junho de 1946, imposição sòmente feita, aliás, um ano depois.

Inadimplente, pois, a empreiteira, nega-se-lhe provimento à apelação. E como a Prefeitura não se opõe a receber e pagar a parte da obra executada, a sentença bem decidiu, em decisão que fixou indenização, em nada prejudicial à empreiteira, bastando considerar que o total da obra, segundo o contrato, não atingiria Cr$ 900.000,00 e, tendo a obra sido executada em menos de metade, a indenização foi fixada em Cr$ 430.787,00.

Dessa importância, todavia, há de ser subtraída a despesa com o vigia da obra; pois, que, culpada a empreiteira, a Prefeitura sòmente deve ressarcir a obra feita e não os gastos com a sua guarda.

Igualmente não cabe condenação em juros, pois que se não pode cogitar de mora da Prefeitura, não culpada da rescisão do contrato; nem de honorários de advogado, pelo mesmo motivo; de resto, a Prefeitura obteve ganho de causa em proporção maior do que a outra parte que reclama indenização de Cr$ 1.920.000,00; não foi, pois, sem justo motivo a resistência judicial da Fazenda; a serem pagos os honorários do advogado da empreiteira, pagos também teriam que ser os do advogado da Fazenda e em proporção maior.

Custas em proporção.

Distrito Federal, 6 de outubro de 1952. - *Mário Guimarães Fernandes Pinheiro*, presidente; *Romão Côrtes de Lacerda*, relator; *João Coelho Branco*.

COMENTÁRIO

1. O acórdão **supra**, proferido na apelação cível n. 19.037, relativa a ação de indenização de empreiteiro de obra pública contra a Prefeitura do Distrito Federal, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do mesmo Distrito, abordando a questão da chamada teoria da imprevisão, assentou, textualmente, entre outras razões de decidir, que aqui não interessa mencionar, a seguinte proposição, destacada na ementa oficial do julgado:

"Empreitada de obra pública. O empreiteiro não pode recusar-se a cumprir o contrato sob pretexto de que os salários aumentaram. No nosso direito positivo não se contempla a teoria da imprevisão. Rescindido o contrato, a administração apenas indeniza, uma vez que anui a isso, a parte da obra feita e que recebe".

2. O julgado em referência encerrou a demanda, quer por ter sido unânime, não ensejando, assim, recurso ordinário, quer por ter ainda disposto que, mesmo admitida a tese da aplicabilidade da cláusula **rebus sic stantibus**, não teriam ocorrido os requisitos ou condições de fato que legitimassem o pedido. Prevaleceu, portanto, a proposição jurídica da não-aplicação da cláusula revisionista.

3. Na sua fundamentação, o acórdão, relatado pelo desembargador CORTES DE LACERDA, invoca a lição de RAFAEL BIELSA, para quem a teoria da imprevisão "não pode ser aplicada **sem prévia consagração legislativa**"; argúi que não temos lei expressa permitindo o sistema e que, "no nosso direito administrativo, salvo lei expressa a respeito, o Executivo não pode rever o contrato para aumentar, sob qualquer pretexto, as obrigações da Fazenda"; e que, em se tratando de empreitada, o art. 1.246 do Cód. Civil "se opõe expressamente" à revisão pleiteada.

4. Ora, o contrário, precisamente o contrário do que foi assim radical e enfaticamente decidido, é o que tem prevalecido na prática do nosso direito, notadamente no setor do direito administrativo. Tanto na ordem jurisdicional, como nos tribunais administrativos, è até mesmo nos setores da administração ativa, o princípio da revisão contratual fundado na cláusula **rebus sic stantibus** tem sido admitido e posto em execução, constituindo, hoje,.uma idéia dominante, correntemente aplicada. Pode ser considerada mesmo, no terreno da aplicação do nosso direito, uma questão superada, já amplamente debatida.

Não parece necessário, pois, reproduzir aqui todos os argumentos e motivos que, em eruditos razoados e decisões, têm sido expostos em consagração do princípio solidarista e humano da revisão eventual das estipulações contratuais, fundada na substancial alteração das condições econômicas reinantes A época em que a obrigação é contraída. Como, entretanto, o aresto em referência contrariou formalmente o que sôbre o problema está estabelecido, e como êste encerra interesses os mais relevantes, freqüentemente submetidos ao processo revisionista, parece adequado e oportuno (e este é o objetivo destas considerações) recordar, em rápidos traços, decisões e atos que indicam o estado atual da tese agora rudemente contestada no acórdão da egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal do Distrito.

5. Em primeiro lugar, a proposição negativista se opõe à Jurisprudência do próprio Tribunal do Distrito, fixada, **data venia**, em termos irrecusáveis. Há mais de 20 anos, o então juiz NÉLSON HUNGRIA, com a intrepidez dos precursores de idéias renovadoras, combatia já, no terreno da jurisprudência, a regra obsoleta da chamada "soberania do contrato", ou da conhecida parêmia **pacta sunt servanda**.

A orientação inovadora agitou o Tribunal, que terminou por desaprova-la, nesse lance, por maioria de votos ("Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão", ARNOLDO MEDEIROS, 2ª ed., n. 223).

Pouco depois, porém, uma sentença do então juiz EMANUEL SODRÉ acolhia de novo o princípio consubstanciado na cláusula Implícita e terminava por ser confirmada, em grau de embargos, com o voto de desempate do desembargador ALFREDO RÚSSEL, que reconsiderara seu ponto de vista, pois, antes, no caso da sentença NÉLSON HUNGRIA, votara em sentido contrário, o que bem

indicava, já naquela época, há quase 20 anos, o ímpeto evolutivo da idéia benéfica e reparadora (**ibidem**, pág. 302).

6. Levada, porém, a questão (caso Carlos Conteville & Cia **versus** Maison F. Elói e outro) ao Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário, fundado em divergência de Jurisprudência e em violação da lei federal, do dito recurso não conheceu o alto Tribunal, em dois acórdãos sucessivos, sendo o segundo do plenário, este contra apenas dois votos. Uma das conclusões desse importante julgado, que é de 1938, fixada na ementa, foi esta:

"A regra **rebus sic stantibus** não é contrária a texto expresso da lei nacional" ("REVISTA FORENSE", vol. 77, pág. 79).

Estava definitivamente consagrada pela mais alta côrte judiciária o princípio da revisão Jurisprudencial dos contratos.

7. Dai por diante outras decisões vieram reiterar o princípio na Justiça do Distrito Federal, onde tão cedo vingara.

Assim, por sentença de 26 de julho de 1940, o então juiz ANTÔNIO FAUSTINO NASCIMENTO, em erudita sentença, fazia aplicação da teoria da imprevisão especialmente em caso de contrato com o poder público ("REVISTA FORENSE", vol. 84, pág. 418).

Acórdão unânime da 5ª Câmara do Tribunal do Distrito, de que foi relator o então desembargador CÂNDIDO LÔBO, veio, pouco depois, confirmar a doutrina vencedora (acórdão de 31 de agosto de 1942, na "REVISTA FORENSE", vol. 95, pág. 334).

Ainda a mesma Câmara, já em 1943, em acórdão também unânime, relatado pelo então desembargador ROCHA LAGOA, adotava a cláusula **rebus sic stantibus** como uma decorrência da boa-fé com que as partes se devem conduzir na formação do contrato ("REVISTA FORENSE", vol. 98, página 97).

Por outro aresto do mesmo ano, ainda daquela Câmara, relatado pelo desembargador SABÓIA LIMA, acolhendo fundamentação de parecer de

FRANCISCO CAMPOS, a revisão judicial ficou exposta e fixada em termos lapidares, que convém transcrever:

"O contrato se forma e se conclui no pressa, posto de que entre a sua conclusão e a sua execução não sobrevenham acontecimentos estranhos, independentes da vontade das partes, que elas não podem prever e que de tal forma alteram as circunstâncias que, na execução, o contrato deixa de corresponder, não só à vontade dos contraentes, como a natureza objetiva dele, considerado como instrumento.

"O risco que os contraentes assumem não pode ser entendido em proporção que exceda o risco normal, isto é, o que se compreende nos limites da previsibilidade humana. Levar mais, longe o dogma da intangibilidade do contrato seria, sob pretexto de garantir a liberdade contratual, destruir o fundamento do contrato, a sua base econômica e moral, como instrumento do comércio e da cooperação entre os homens" ("REVISTA FORENSE", vol. 97, pág. 111).

Eis si, contidos em síntese primorosa, os lineamentos fundamentais do princípio da revisão, ligados a motivo de ordem econômica e moral, ao contrário do que pretendem, **data venia**, os opositores de tal princípio.

Acórdão mais recente, também unânime, da 5ª Câmara do mesmo Tribunal, confirmou essa orientação em têrmos igualmente incisivos, invocando os ensinamento de ARNOLDO MEDEIROS (acórdão de 24 de abril de 1945, *In* "REVISTA FORENSE", vol. 104, pág. 269).

8. Outra não tem sido a orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo, como se pode ver dos acórdãos publicados na "REVISTA FORENSE", vol. 92, pág. 722 (da 2ª Câmara, unânime, de 15 de setembro de 1942), e na "Rev. dos Tribunais", volumes 156, pág. 654, e 191, pág. 169).

Neste último acórdão, da 4ª Câmara do Tribunal paulista, ficou dito:

"A teoria da revisão aos poucos vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque, em face da injustiça do convencionado, do desequilíbrio evidente, da ruína

talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz cruze os braços" (vol. cit. pág. 177).

9. O Tribunal de Justiça da Bahia também acolheu a tese em julgamento recente, de 30 de maio último, por acórdão de seu plenário, lùcidamente relatado pelo desembargador ADALÍCIO NOGUEIRA, afirmando que "a revisão dos contratos pelo juiz substitui-se à doutrina do absolutismo contratual" ("REVISTA FORENSE", volume 144, pág. 383).

10. Do Supremo Tribunal Federal, além do acórdão já citado, é conhecido o proferido pela 2ª Turma, sendo relator o ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, com plena aplicação da revisão, contra o voto do ministro OROZIMBO NONATO, que, todavia, aludindo à exposição de motivos que precedeu o. anteprojeto de CM. das Obrigações, mencionou a asserção de FILADELFO AZEVEDO considerando o princípio como uma "conquista definitiva do direito moderno" ("REVISTA FORENSE", vol. 113, pág. 92).

11. Aí temos, pois, condensada em tantos arestos do egrégio Tribunal do Distrito e do colendo Tribunal Federal, a jurisprudência que o acórdão recente da 1ª Câmara Cível daquele primeiro tribunal deixou de seguir. Nem se argumente; como nesse acórdão sé argüiu, que especialmente quanto ao contrato de empreitada a revisão não se poderia dar em face do disposta no art. 1.246 do Código Civil.

Atenda-se, antes do mais, a que justamente a casos de empreitada, que são, de resto, os que mais freqüentemente ensejam a aplicação da teoria da imprevisão, é que se referem, vários dos acórdãos citados.

Assim o da 5ª Câmara do Tribunal do Distrito, relatado pelo desembargador SABÓIA LIMA, decidiu exatamente uma questão de empreitada, frisando, textualmente, que "o art. 1.246 do Código Civil brasileiro, na parte em que dispõe que o arquiteto ou construtor não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que o dos salários ou do material encareça, é uma regra igualmente válida para todos os contratos. Deve ser interpretada nos mesmos termos em que o é a regra implícita em todos os contrato em que é fixado o valor da prestação. Não impede, portanto, que em relação aos contratos de empreitada se

façam sentir os efeitos da imprevisão" ("REVISTA FORENSE", vol. 97, pág. 115).

Assim também o da 3ª Câmara ("REVISTA FORENSE", vol. 104, pág. 269), e a sentença do juiz JOSÉ PRUDENTE SIQUEIRA, publicada na mesma "REVISTA FORENSE", vol. 111, pág. 195.

Na verdade, a disposição do art. 1.246 do Código Civil é uma aplicação do direito comum, como judiciosamente observa CLÓVIS BEVILÁQUA. Informa-a o mesmo pressuposto de uma variação dentro de certos limites e não a que torna a execução do 'contrato demasiadamente onerosa, fugindo assim à base econômica e moral que é uma constante das normas jurídicas.

12. Se o exposto prevalece em relação a contratos particulares, de direito privado, com maior força de razão e até em conseqüência de outros motivos inarredáveis há de vigorar, no que toda aos chamados contratos administrativos ou de direito público. Ai a preeminência do interesse público, consistindo freqüentemente na continuidade e regularidade da execução do serviço ou da obra contratados com terceiros, atua inelutàvelmente em favor da composição de interesse a que, visa a cláusula **rebus sic stantibus**. Ainda outra razão preponderante: a decorrente do princípio da igualdade na distribuição dos encargos do serviço público. Se acontecimentos imprevisíveis e extraordinários impõem ao particular um ônus excessivo, na execução de serviço contratado com a administração pública, justo é que o sacrifício seja suportado pela coletividade que dele é beneficiária. E este um remédio que não, pode ser empregado para reparar o desequilíbrio verificado, na execução do contrato particular.

Por isto mesmo as normas de direito privado se não aplicam sem restrições e temperamentos aos contratos em que intervém a administração.

Ainda em acórdão recente, do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro LUÍS GALLOTTI, ficou decidido que, "tratando-se de contrato com a administração, não vale a só invocação, do Cód. Civil, pois tal convenção tem suas normas próprias" ("REVISTA FORENSE", vol. 136, pág, 122).

13. Na doutrina é torrencial a corrente dos que aceitam e preconizam a aplicação da teoria da imprevisão.

Basta que se mencionem, entre outros, além da obra já clássica do Prof. ARNOLDO MEDEIROS, os trabalhos seguintes: do Prof. C. A. LÚCIO BITTENCOURT ("Rev. de Direito Administrativo", vol. II, pág. 82), do Prof. GABRIEL DE RESENDE FILHO ("REVISTA FORENSE", volume 86, Pág. 33), do Prof. JOSÉ FERREIRA DE SOUSA (rev. cif., vol. 96, pág. 609), do Prof. NOÉ AZEVEDO Ob., vol. 99, Pág. 301), de OSVALDO CARVALHO MONTEIRO (vol. 94, página de JAIME LANDIM (vol. 129, pág. 869), do ministro EDUARDO ESPÍNOLA (vol. 137, página 281), de GERALDO SERRANO NEVES (volume 142. Pág. 613), do Prof. SAN TIAGO DANTAS (vol. 139, pág. 6), e de ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA (vol. 141, pág. 29).

Neste último trabalho o ilustrado jurista que o elaborou fé: substanciosa, análise do estado do problema e concluiu, com irrecusável acêrto, tratar-se de questão inteiramente superada no nosso direito, acrescentando que "o art. 1.246 do Código Civil não constitui impedimento à aplicação da cláusula aos contratos de empreitada".

14. Nem só, entretanto, nos domínios da justiça e no campo da doutrina tem dominado o princípio revisionista.

O que é particularmente interessante é quero tem acolhido e aplicado igualmente os próprios órgãos da administração pública, compondo, a expensas suas, situações fixadas na letra dos contratos, principalmente de empreitada.

Assim o decidiu o Ministério do Trabalho, a propósito de contrato de empreitada em que foi parte o I.A.P.I., na conformidade do parecer do ilustrado consultor jurídico Dr. OSCAR SARAIVA, que ao tempo do acórdão em análise exercia o alto cargo de procurador geral da própria Prefeitura litigante, no caso ("Rev. de Direito Administrativo", vol. V, Pág. 277).

Em outra fundamentada decisão, em caso também de empreitada de construção, em que foi parte o I.A.P.C., o então ministro do Trabalho, Dr. MARCONDES FILHO, declarou expressamente a aplicabilidade dá regra da revisão, com estas palavras bem expressivas:

"Como se vê, se á legislação civil brasileira ainda não acolheu a chamada teoria da imprevisão: no campo dó direito administrativo tem tido ela aplicação, inclinando-se para a doutrina hoje dominadora da admissibilidade da revisão dos contratos, em substituição à rigidez da avelhantada fórmula **pacta sunt servanda**" ("Rev. de Direito Administrativo"; vol. II, pág. 812).

16. Não ficou ainda ai a proclamação do princípio salutar que a egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal do Distrito houve por bem recusar contra a torrente doutrinária e jurisprudencial.

O Tribunal de Contas da mesma Prefeitura do Distrito Federal, em caso de registro de contrato concluído entre esta e a Cia. Brasileira de Construções, aditado mediante têrmo pelo qual foram majorados os preços estipulados, assentou esta decisão:

"A jurisprudência administrativa tem admitido a revisão dos contratos celebrados com o poder público, por fôrça de fatores supervenientes" ("Rev. de Direito Administrativo", vol. 13, pág. 266).

Nessa decisão foram mencionados julgamentos, no mesmo sentido, do Tribunal de Contas da União, publicados no "Diário Oficial" de 7 de julho de 1945 e de 23 de agosto de 1947.

16. Aí vemos, pois, em pronunciamentos iterativos, claros, a consagração do princípio da revisão dos contratos, especialmente os de que participa a administração pública, consagração generalizada, indiscrepante, irrecusável, imposta por imperiosa necessidade econômica e por manifesta conveniência de ordem moral. Até mesmo uma' contingência de ordem prática fundamenta essa norma de equilíbrio, pois que, negando-a, o poder público acabaria não obtendo o concurso ou a colaboração dos particulares na realização de seus, serviços.

Não se justifica, pois, **data venia**, o movimento reacionário com que o acórdão, em exame, pretendeu revolver o problema para regredir à fórmula inatual e superada, sustentando, nesta época de franca evolução socialista, que, ainda agora, **pacta sunt servanda**.

Alcino Salazar, professor na Faculdade Nacional de Direito.

*

DUPLICATA - CAUSA

- A duplicata, nas relações entre emitente e aceitante, não é título abstrato. Verificado não ser verdadeira a causa da obrigação e defeitos do título, não há como deferir a cobrança.

Leonízio Alves de Sousa *versus* Chaskiel Szwarefing

Ap. n. 14.859 - Relator: DESEMBARG. SADI DE GUSMÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 14.859, apelante Leonizio Alves de Sousa; apelado Chaskiel Szwarefing:

Trata-se de cobrança executiva de duplicata de aceite do apelante, impugnado a fls. 1, sob a alegação de ser o título sem causa e achar-se rasurado. Com outros títulos teria sido entregue ao apelado, com o qual Pretendia o apelante constituir sociedade.

Prosseguiu a causa, sem que o apelado oferecesse réplica e o Dr. juiz, a final, deu pela procedência da ação, pela sentença de fls. 48, da qual se apela a fls. 51.

Entretanto a ação não devia ser julgada procedente. Com efeito, o apelante alegou não ter qualquer responsabilidade pelo pagamento, à vista de se referir a duplicata a outros negócios e já não existir a *causa debendi*.

Ora, o autor apelado, não contestou as afirmações do réu, ora apelante.

Restava para assegurar o direito a simples subscrição do aceite na dependência da prova quanto à causa, pôsto que a duplicata, nas relações entre emitente e aceitante, não é título abstrato e simplesmente formal, mas documento

representativo de obrigação do comprador ou de responsabilidade pelo preço de mercadoria ou serviço.

A prova feita não foi de molde a convencer, antes inutiliza a fôrça do título, já por si deficiente, ante as rasuras que contém.

A fatura a que se refere a duplicata é relativa a um cofre, e o emitente afirma na inicial que a duplicata em causa concerne a uma venda de relógios.

O exame de livros nada positivou quanto à venda de relógios, sendo tudo referido a um cofre, donde parecer verdadeira a versão do apelante.

Não estando demonstrada a venda de quaisquer relógios e insistindo o apelado em afirmar, até mesmo nas razões de apelação, um negócio de relógios, contra o que consta da escrita e da fatura mencionada na duplicata, evidente é que o título não representa qualquer negócio, ou a alegada venda de relógios.

Desaparecido o *substratum* do título, ou sua correspondência real, e não contestado o argüido pelo apelante, não há como reconhecer eficácia cambial ao mesmo título, donde a improcedência da ação.

Por isso:

Acordam os juízes da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, unânimemente, em dar provimento ao recurso, a fim de julgarem improcedente a ação.

Custas pelo apelado.

Distrito Federal, 11 de janeiro de 1952. - *Miguel Maria de Serpa Lopes*, presidente; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator; *Alberto Mourão Rússel*.

*

FALÊNCIA - RECURSO - CONCORDATA - PRAZO
se trate de pedido inicial, quer se trate, no curso da concordata.

- O prazo para o cumprimento da concordata inicia-se na data da sentença que a conceder.

Banco do País Limitada *versus* Viação Flamengo e outro

Ag. n. 2.324 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição n. 2.324, sendo agravante Banco do País Limitada e agravados Viação Flamengo e Banco dos Estados S. A.:

Acordamos juízes dá 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, conhecer do agravo, que tem fundamento no art. 19 da Lei de Falências, e dar-lhe provimento para, reformando a decisão agravada, mandar que o Dr. juiz decrete a falência da primeira agravada, pagas por esta as custas.

Expresso é o art., 19:

"Cabe agravo de petição da sentença que não declara a falência".

Nenhuma distinção faz entre a falência negada em petição inicial ou no curso da concordata. Se os seus efeitos são os mesmos, não há razão para conceder recurso em um caso e negar em outro. Também expresso é o art. 175 da atual lei n. 7.661, de 1945:

"O prazo para o cumprimento da concordata inicia-se *na data da sentença que a conceder*".

O ilustre TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE mostra-nos que a jurisprudência anterior decidia que o prazo seria contado da data da decisão homologatória, mas porque a lei de então exigia a homologação, o que a atual aboliu, limitando-se à data de sua concessão pelo juiz. Não prevalece o argumento da sentença, de que, tendo havido agrava da decisão que concedeu a concordata, o prazo só se deveria contar da data em que teria transitado em julgado, uma vez que, não tendo sido oferecidos embargos (art. 142), não

poderia haver o recurso de agravo (art. 146), aliás não conhecido, como bem acentuou o Dr. 2° procurador geral interino (fls. 195), por interposto por credor que não havia embargado a concordata.

Distrito Federal, 4 de abril de 1952. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Henrique Fialho; Vicente de Paria Coelho*. Ciente, em 2 de maio de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

*

SOCIEDADE MERCANTIL - DISSOLUÇÃO PARCIAL – EXCLUSÃO DE SÓCIO

- A exclusão do sócio a pretexto de não haver completado, no prazo e pela forma estipulada no contrato, sua cota de capital, não cabe à sociedade.

Real Usina de Cera e Sabão "Tagus" Ltda. *versus* Arlindo César Pereira de Freitas Guimarães

Ap. n. 11.460 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível n. 11.460, em a qual é apelante a Real Usina de Cera e Sabão "Tagus" Ltda., sendo apelado Arlindo César Pereira de Freitas Guimarães:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, improvido, *preliminarmente*, o agravo no auto do processo, no *mérito* em negar provimento ao aludido recurso, declarando, porém, a autora carecedora de ação, pagas as custas na formada lei.

Trata-se, na espécie, de uma ação ordinária promovida pela ora apelante, Real Usina de Cera e Sabão "Tagus" Ltda., a fim de excluir da sociedade o sócio Arlindo César Pereira de Freitas Guimarães, sob o fundamento de não haver integralizado a cota de capital resultante da majoração dêste. Tal sociedade foi constituída por escritura pública e, também, por outra com a mesma forma,

feita a alteração de seu capital, declarando-se, aí, expressamente, terem sido integralizadas as cotas de cada um dos sócios.

Ora, assim sendo, pouca, de nenhuma valia, seria a pretendida prova testemunhal cuja negativa deu causa ao agravo no auto do processo, pois nem uma fraude se procurava demonstrar contra a estrutura formal ou, mesmo, a substância do contrato. Ademais, na forma do art. 110, c/c o art. 117 do Cód. de Proc. Civil, ao juiz é lícito indeferir a prova que lhe pareça inútil, e assim agindo não comete gravame nenhum à parte cuja defesa não está prejudicada.

Mérito. E fora de dúvida que a lei que regula as sociedades de cotas, - lei número 3.708, de 10 de janeiro de 1919, artigo 7°, - admite a exclusão do sócio que não integralizar sua cota de capital, mas, no caso, essa exclusão está sendo promovida diretamente pela sociedade mercantil, que, porém, não tem ação para tanto.

Com efeito, o diploma legal aludido remete para o Cód. Comercial a situação em referência e êste só admite à sociedade cobrar ao sócio remisso o dano emergente da mora, se o contingente não consistir em dinheiro e, consistindo, o juro legal sòmente. Aos demais sócios é que se reserva o direito de preferir, em tal caso, à indenização pela mora a rescisão da sociedade, - art. 289, - a respeito do sócio moroso.

A sentença recorrida concluiu por Julgar improcedente a ação, não havendo dúvida quanto à justeza de seus fundamentos. Todavia, no caso, o de que se trata é de carência de direito à ação, de modo que isso mesmo a Câmara ora o declara, sem prejuízo das conclusões daquele julgado.

Distrito Federal, 18 de abril de 1952. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Homero Pinho*, relator; *Miguel Maria de Serpa Lopes*.

*

CAMBIAL – CAUSA

- Permite a lei e o direito a investigação do nexo causal dos títulos cambiários, restrita, porém, ao emitente e aceitante.

- Provada a simulação da dívida, anula-se o título e, em sendo simulação fraudulenta, impõe-se o pagamento de honorários pelos simuladores.

Nestor de Freitas *versus* Joaquim Gonçalves Godinho e outra

Ap. n. 16.434 - Relator: DESEMBARG. MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos e examinados êstes autos de apelação cível n. 16.434, em que são apelantes Nestor de Freitas (1°), Joaquim Gonçalves Godinho e Dª Maria Inês Godinho de Andrade (2°s) e apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos interpostos, negar provimento à primeira apelação e dar provimento à segunda para, reformando, em parte, a sentença, incluir na condenação Cr$ 10.000,00 a título de honorários de advogado.

Custas *ex lege*.

E assim decidem, relativamente ao agravo no auto do processo interposto do despacho saneador, na parte que indeferiu o exame pericial, requerido pelos 2°s apelantes, uma vez que ordenada foi essa prova e realizada posteriormente pelo Dr. Juiz *a quo*, convertendo para êsse fim o julgamento em diligência.

Trata-se, no caso em tela, de ação executiva intentada pelo 1°, apelante, para a cobrança da importância de Cr$ 300.000,00, representada pelas três notas promissórias da emissão do marido da 2ª apelante, com o aval da sociedade que êste mantém com o 2° recorrente, cada uma no valor de Cr$ 100.000,00, e cuja penhora incidiu nos bens sociais.

Defendendo-se, sustentou a 2ª, apelante nula ser a penhora, por ter incidido, não sôbre os bens particulares do 1° apelante, e sim sôbre os bens sociais, não valer o aval da sociedade, por ter sido dado com infringência de cláusula do

contrato social, por isso que o foi para negócios estranhos à mesma; inexistência de nexo causal da divida, que é simulada.

Outrossim, sustentou a 2ª apelante essa simulação, cuja finalidade única foi a de prejudicá-la na divisão dos bens que constituem o patrimônio do casal desfeito.

Bem decidiu o Dr. juiz *a quo*, anulando êsses títulos, anulação autorizada pela lei, quando permite a investigação do nexo causal dos títulos cambiais ao emitente e aceitante.

A prova da simulação é inequívoca e que a mesma visou prejudicar a 2ª apelante e essa resulta do exame pericial, de que dá noticia o laudo de fls. 68, ao concluir o perito - "*nada justificar a antiguidade, fixada na data do documento, muito ao contrário tudo se acumulando no sentido de tècnicamente pautar tais documentos como de produção mais bem recente do que aquelas que delas consta*", e da prova testemunhal, além do sério indício resultante dos fatos de ter sido o aval dado sem conhecimento do outro sócio e falta de capacidade financeira do emitente das promissórias.

Provada, como está, a simulação fraudulenta, a condenação de pagamento de honorários, pelo 1° apelante, impõe-se como uma conseqüência; dai, dar-se, como se dá, provimento, em parte, ao segundo recurso para incluir na condenação êsses honorários.

Distrito Federal, 24 de junho de 1952. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari de Azevedo Franco*.

*

CAMBIAL – PRESCRIÇÃO - AVAL

- Verificado que o aval foi dado ao endossante e não ao emitente e que decorreu o prazo de 12 meses, julga-se prescrita a ação executiva contra os avalistas.

Josephson & Cia. Ltda. e outro *versus* Massa falida do Banco Ipanema S. A.

Ap. n. 10.879 - Relator: DESEMBARG. ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 10.679, apelantes Josephson & Cia. Ltda. e Max Josephson, apelada à massa falida do Banco Ipanema S. A., contra o voto do relator, que negava provimento ao recurso, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acordam, na sua maioria, em dar-lhe provimento, para, reformando, como reformam, a sentença recorrida, julgarem prescrita a ação executiva movida pela apelada contra os apelantes.

Assim decidem, apus terem, por unanimidade de votos, transferido para o julgamento da apelação a apreciação do agravo no auto do processo, que versa, precisamente, sôbre o mérito da causa, saber se a responsabilidade dos réus-recorrentes é de avalistas do emitente da nota promissória, ou do endossante.

A hipótese dos autos oferece a exame uma nota promissória, emitida, em 9 de março de 1944, por Artefatos de Couro Imperial Ltda, sendo portadora Haberfeld & Cia. Ltda., com vencimento para 15 de julho do mesmo ano. No verso do título, que está a fls. 3 dos autos, lê-se o endôsso; "Pague-se ao Banco Ipanema S. A., ou à sua ordem - Haberfeld & Cia. Ltda.". Abaixo, com o permeio de um espaço em branco, que mede uma polegada mais ou menos, vêm as assinaturas dos avalistas - Josephson & Cia. Ltda. Max Josephson.

A sentença apelada sustenta que nenhum elemento se contém no título, pelos quais se possa inferir que os avais se refiram ao endossador, pois foram dados sem data e sem indicação precisa a favor de quem. Nessas condições, entende o culto delegado da Procuradoria Geral deva prevalecer a presunção *juris et de jure* de que os avalistas quiseram honrar tôdas as firmas.

O dec. n. 2.044, de 1908, no art. 15, orienta:

"O avalista é equiparado àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, àquele abaixo de cuja assinatura lançar a sua; fora dêsses casos, ao aceitante...".

Ilustrou MAGARINOS TÔRRES (número 129, de "A Nota Promissória"): "Mesmo em branco o aval pela posição da assinatura se denuncia a sua qualidade... na face do título, é pelo emitente; no verso, após o endôsso em prêto, é pelo endossador; após o endôsso em branco, não é aval, mas endôsso também...; sob o nome de outro avalista, é co-avalista, ou avalista...; pôsto em lugar diferente, nas margens ou no alto de qualquer face do título, presume-se solidário com o emitente, e não admite prova em contrário".

No caso, o aval está no verso, o que, por si só, não bastaria para excluir a possibilidade de ser o emitente o avalizado; é, mesmo, comum, avalista do aceitante, ou emitente, assinar no verso do título: mas ocorre que, acima dos avais, está o endôsso em prêto. A circunstância de mediar pequeno espaço em branco entre a assinatura do endossante e as dos avalistas não é significativa de que os avais fôssem anteriores ao endôsso, garantindo, assim, o emitente. Ocorre que a tinta, de que se utilizaram os avalistas, é diversa da com que o emitente escreveu e assinou, o que, evidentemente, não prova que não tenha sido o aval simultâneo com a emissão do título, ou anterior ao endôsso, pois está generalizado o uso das canetas-tinteiro individuais. Se a tinta fôsse a mesma, a conclusão seria fatal: aval simultâneo à emissão, e, pois, anterior ao endôsso. Não o sendo, é verificado (fls. 27) que o portador, no mesmo dia da emissão, levou o título a desconto no banco, a que endossou, há um elemento concludente no sentido de que, assinando abaixo da endossante, os avalistas só entenderam garantir a esta última. O endôsso em prêto se operou com aposição de um, carimbo do próprio banco, com os dizeres: "Pague-se ao Banco Ipanema S. A., ou à sua ordem". Ora, se um particular pode ignorar que o endôsso acima dos avais transforma o aval em branco, transferindo-o do emitente para o endossante, como garantia, nenhum banqueiro, ou empregado de banco, é alheio a tal particularidade, e nunca cometeria a imprudência de proceder de tal forma, inutilizando uma garantia mais ampla. Assim, se o endôsso, operado pelo próprio banco, ou no próprio banco, com utilização do seu carimbo próprio, consta do título em posição tal que o aval segue a assinatura do endossante, é evidente, é irrecusável que os avalistas são do endossante, só se destinaram a garantir o endôsso. E a lei é terminante, é taxativa, firmando, no art. 54, 2ª parte (dec. n. 2.044, de 1908), que a ação cambial, contra o endossante e os seus avalistas, prescreve em 12 meses contados do vencimento do título.

Dada a discussão, que se travou nos autos, com sentença a favor da autora, que tem, ainda, a ampará-la o parecer da Procuradoria Geral, e, neste julgamento, conta com o voto de um dos mais competentes e clarividentes, dentre os membros efetivos dêste Tribunal, não pode considerar-se temerária a ação da apelada, em forma a merecer qualquer acolhimento a pretensão dos réus de atribuir a ela a responsabilidade por honorários de advogado.

Custas pela apelada.

Distrito Federal, 2 de maio de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente, vencido; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Martinho Garcês Neto*.

Emanuel Sodré, vencido, pois negava provimento à apelação, como negava ao agravo, com ela entrosado.

Tudo está em~saber se o aval abrangia a responsabilidade do emitente, ou se era apenas da do endossante. Nesta segunda hipótese, o credor estaria com o seu direito. prescrito contra o avalista.

A sentença de fls. 52 v. julgou que o aval alcançava a assinatura do emitente e condenou o apelante. Entendi que bem decidiu, malgrado a impressionante análise que da espécie fêz o brilhante relator do acórdão *supra*. A diferença das tintas, como lealmente observou o acórdão, não pode impressionar, porque poucos são os que hoje, como acontece com o autor do presente voto, não trazem no bôlso a sua caneta-tinteiro.

Não há dúvida que o aval se acha apôsto no verso do título de fls. 3, abaixo da assinatura do endossante, e nenhuma declaração contém; mas isso não bastou para convencer-me de que só o endôsso estaria garantido por aquêle aval. A simples colocação das ditas firmas não leva a que assim se conclua, pois a do avalista se acha um pouco distanciada, enquanto que a do endossante, com o carimbo de "pague-se", foi *empurrada* para a margem superior, como que traindo a preocupação de encaixá-la entre essa margem e a firma do avalista.

O trecho que se vê transcrito a fls. 19, independente da autoridade da obra de onde veio, é convincente: na ausência da expressão do avalista em se unir a um dos obrigados cambiários, a lei reputa que êle aderiu plenamente à cambial

(PAULO DE LACERDA). A menos, diga-se agora, que o rigoroso e evidente nexo entre a firma endossante e a do avalista, em face das circunstâncias do caso, convença do contrário: o que não se deu na presente espécie.

Ciente, em 29 de maio de.1952. - *Fernando Maximiliano*.

*

FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA

- A natureza da fiança depende da causa direta da obrigação principal.

- A outorga uxória é ato sujeito anulação, em conseqüência do que não pode subsistir mesmo em relação à meação do marido.

José Rodrigues de Sousa *versus* Maria Rodrigues Fernandes

Ap. n. 14.708 Relator: DESEMBARG. GARCÊS NETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 14.708, em que é apelante José Rodrigues de Sousa e apelada Maria Rodrigues Fernandes:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, negar provimento ao recurso, para confirmar a sentença pela sua conclusão, pagas as custas na forma da lei.

I. Em que pêse à autoridade do Ilustre prolator da sentença apelada, é indubitável que a fiança *in casu* é comercial, e não civil. O nosso Cód. Comercial precisa, em seu art. 256, com absoluta nitidez, os elementos definidores, ontológicos, da fiança comercial, e são êles: 1°) que o afiançado seja comerciante, requisito indispensável em relação ao fiador; e 2°) que a obrigação afiançada derive de causa comercial. Assim, como assinalava o nosso tratadista máximo, a comercialidade da fiança depende da causa direta da obrigação principal: derivando-se do negócio comercial, no interêsse do comerciante, a fiança é comercial (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, vol.

6, t. 2, pág. 599, número 1.123). Ou, como anota BENTO DE FARIA: o seu caráter jurídico depende, portanto, exclusivamente, da natureza da obrigação principal, desde que o afiançado seja comerciante ("Código Comercial", página 319, nota 264, ao art. 256). E compreende-se que assim seja, porque o primeiro característico da fiança é o de ser um contrato acessório. Se tem por objeto garantir o cumprimento de uma obrigação mercantil, e desde que o afiançado seja comerciante, claro que se trata de um ato comercial. Ora, o contrato em que se baseia esta ação refere-se ao arrendamento das "instalações" de "um açougue", *exclusivamente*. Como ficou expressamente estipulado, "o aluguel do prédio", onde se achavam as referidas instalações, como tôdas e quaisquer despesas de Impostos, taxas, luz, etc., correriam "por conta do *arrendante*" (*sic*). O arrendatário, aliás, comerciante, como o arrendante, sòmente arrendou, pois, as "instalações de açougue" que iria explorar. Logo, é evidente que o réu, como fiador de uma tal obrigação, prestou *fiança que deriva de negócio comercial, no interêsse do comerciante, ou seja, fiança mercantil* (doc. de fls. 24 dos autos em apenso).

II. Entretanto, a circunstância de se tratar, no caso, de uma fiança comercial, não exerce qualquer influência na decisão a ser proferida. É que, civil ou comercial, a fiança prestada por homem casado depende, sempre, de outorga uxória, para o direito brasileiro. As disposições de direito civil, a êste respeito, têm de ser observadas de qualquer maneira, trate-se, ou não, de um ato mercantil, porque, em qualquer das hipóteses, a fiança não se forra às normas do C. C., que são de direito de família (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, vol. cit., pág. 611). Este é também o parecer do doutíssimo MENDES PIMENTEL ("REVISTA FORENSE", volume 45, pág. 495).

III. Também não influiria que o fiador exercesse o comércio sob firma individual, porque a pessoa natural, em tal hipótese, não pode prestar fiança sem consentimento da mulher, seja qual for o regime de bens, ensinava CARVALHO DE MENDONÇA, como consultor jurídico do Banco do Brasil ("Pareceres", ed. de 1941, pág. 178). O mesmo escritor já havia, de resto, esclarecido em seu "Tratado": "Usando uma firma para exercer o comércio mantendo o seu nome civil para os atos civis, o comerciante, pessoa natural, não se investe, de dupla personalidade; por outra, não há duas personalidades, uma civil e outra comercial" (vol. 2, n. 193).

IV. Assim, desde que faltou, na espécie dêstes autos, a outorga uxória, a anulação da obrigação assumida pelo fiador impunha-se, desde que requerida, como o foi, pela mulher, não podendo subsistir sequer em relação à meação do marido, pois inaceitável, neste ponto, é a doutrina sustentada pelo clássico CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado"), quando pretende que a sanção legal para ato praticado pelo marido, sem o consentimento da mulher, é a de que o valor da fiança é excluído da comunhão. Outra, de fato, deve ser a inteligência dos arts. 235, 239 e 263 do Cód. Civil, que visa harmonizá-los. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão que se tornou clássico, deixou claro que a nulidade da fiança por falta de outorga uxória não se destina exclusivamente a proteger a meação da mulher, seu patrimônio individual, mas a resguardar a base econômica da família, que é constituída pelos bens de ambos os cônjuges, proporcionando, assim, à mulher casada recursos mais amplos para isentar de possíveis dissipações, não apenas a sua meação, mas o patrimônio do casal, qualquer que seja o regime de bens ("REVISTA FORENSE",.vol. 81, págs. 366 e segs.).

Votando, como vogal, o desembargador ESPÍNOLA, FILHO declarou estar de acôrdo com o relator, porque o fiador, ao prestar a fiança, não declarou a sua condição de comerciante em nome individual, hipótese em que responderia o patrimônio comercial de fiador pela obrigação contraída, não havendo necessidade de outorga uxória.

Distrito Federal 20 de maio de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Martinho Garcês Neto*, relator; *Eduardo Espínola Filho*.

Emanuel Sodre: por ocasião do Julgamento, a minha divergência com, o preclaro relator consistiu apenas nisto, se bem me lembro - afiança não era comercial, porque o fiador, ao prestá-la, se declarou "brasileiro, casado", sem a menor referência à qualidade de *comerciante*.

Ciente, em 1° de julho de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

*

TRANSPORTE MARÍTIMO - MERCADORIA EXTRAVIADA – PRESCRIÇÃO

- A prescrição da ação do segurador contra o transportador é de 20 anos.

Cia. Comércio e Navegação *versus* Cia. Seguradora Brasileira S. A.

Ap. n. 14.346 - Relator: DESEMBARG. SADI DE GUSMÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 14.346, apelante Companhia Comércio e Navegação; apelada Companhia Seguradora Brasileira S. A.:

Trata-se de ação para cobrança de indenizações pagas pela autora, companhia de seguros, e seus segurados, por extravio de mercadorias confiadas à ré para transporte.

Julgada procedente a ação, nos têrmos do pedido, apelou a ré com as razões de fls. 314, onde sustenta a matéria do agravo no auto do processo a fls. 304 e o argüido na defesa, inclusive prescrição.

A Câmara entende, unânimemente, não ocorrer razão para o agravo no auto do processo, tendo em vista que a alegação da irresponsabilidade ou não responsabilidade, com fundamento em cláusula de não indenizar, constitui matéria de mérito, a ser apreciada a final.

Quanto à prescrição, a maioria, contra o voto do relator, rejeita, com base na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal e por ser manifesto que o art. 449, n. 2, do Cód. Comercial se refere à entrega de mercadorias e não ao seu extravio.

Rejeita, ainda, a alegação de não responsabilidade, por ser contrária dita cláusula à disposição cogente do art. 1° do dec. n. 19.473, de 1932.

Não há como admitir a exclusão de incidência da lei, em matéria de ordem pública, por convenção particular, sendo nesse sentido a jurisprudência dêste Tribunal.

Todavia acolheu em parte o recurso para reduzir o valor das mercadorias ao declarado nos conhecimentos, à falta de prova quanto a ser outro o valor e por não poder a parte beneficiar de ato outro, *inter alios*, em detrimento de terceiro, que tem a sua responsabilidade fixada pelos valores declarados no instrumento do contrato.

Ainda de inteira procedência a exclusão da reclamação constante do inciso II do item 9 da contestação, porque a escusa da transportadora apelante não foi impugnada na réplica e nem mesmo nas razões de apelação.

Em face do exposto:

Acordam os juízes da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de prescrição e, unânimemente, em dar provimento em parte ao recurso para o fim de reduzir a condenação ao valor das mercadorias declarado nos conhecimentos e excluir a reclamação a que se refere o inciso 11 do item 9 da contestação, confirmada no mais a sentença recorrida, sendo que o relator excluía também a condenação em honorários de advogado.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 22 de abril de 1952. - *Miguel Maria de Serpa Lopes*, presidente; *Eurico Portela*; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator, vencido na preliminar e em relação a honorários de advogado.

Vencido quanto à prescrição, porque a sub-rogação pessoal da seguradora no crédito do segurado corresponde à sub-rogação real de indenização em lugar de coisa. Quem deixou prescrever ou caducar o direito de pedir a entrega de coisa já não pode pedir a indenização, porque esta decorre da falta de entrega.

Quanto a honorários, os negava, por se tratar de ação de reembôlso e porque a apelada foi vencida em parte, donde dava justa causa para oferecimento de defesa.

*

CAMBIAL – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

- É causa interruptível da prescrição cambial o ato inequívoco do devedor reconhecendo a dívida, e não o ato do credor reclamando extrajudicialmente o pagamento.

Omitidos os nomes das partes

Ap. n. 15.531 - Relator: DESEMBARG. SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, e discutidos êstes autos:

Acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça em, preliminarmente, negar provimento ao agravo no auto do processo, e, *de meritis*, em negar provimento a ambas as apelações. O agravo no auto do processo versa matéria de preceito, especificamente contemplada na lei cambial como matéria de defesa.

De meritis, quanto à apelação do credor, vê-se que o documento a fls. 4-6 é extraído do inventário da credora - descrição de bens, entre os quais, como dívida ativa, o crédito ora reclamado. Esse ata não em evidentemente eficácia para interromper a prescrição. Tê-la-ia se praticado no inventário do devedor, onde reconhecido ficasse o crédito como divida passiva.

É o ato inequívoco do devedor que interrompe a prescrição (Cód. Civil, art. 172, n. 5), e não qualquer ato congênere do credor. Não houve aqui a constituição do devedor em mora, ou a notificação interruptiva de prescrição. A sentença, pois, decidiu bem a matéria preliminar.

A apelação do autor, quanto às custas, não tem objeto, pois a sentença as mandou pagar (fls. 31 v.) e elas são por lei exigíveis ao vencido, e, quanto aos honorários, só por contra-senso pode a mesma parte vencida reclama-los do vencedor.

Distrito Federal, 13 de maio de 1952. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Estácio Correia de Sá e Benevides*, relator; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*.

*

SEGURO DE VIDA - BOA-FÉ

- O seguro é válido e deve ser pago, quando o segurado não agira de má-fé e nem omitiu circunstâncias que pudessem influir na aceitação da proposta.

Sul América, Cia. Nacional de Seguros de Vida *versus* Teodósia Aquino Pereira e seu filho menor

AP. n. 18.085 - Relator: DESEMBARG. SABÓIA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos e examinados êstes autos de apelação cível n. 18.085, em que é apelante Sul América, Cia. Nacional de Seguros de Vida, e apelada Teodósia Aquino Pereira e seu filho menor, Raimundo Nei Aquino Pereira:

Acordam os juízes da 3ª Câmara Cível, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

A sentença do douto juiz MANUEL ANTÔNIO DE CASTRO CERQUEIRA, que vem se revelando, através dos seus julgados, ser juiz de grandes predicados morais e intelectuais, para as funções, e perfeito tanto na segura apreciação dos fatos como na aplicação do direito, merece ser confirmada, pelos seus fundamentos.

Trata-se de cobrança do prêmio, de seguro de vida, feito pelo marido da autora e pai de seu filho menor, a favor dos quais êste fizera dito seguro, para ser pago aos autores.

Como bem diz o Sr. curador de Ausentes, a ré não conseguiu provar, nem demonstrar, a hipótese prevista nos artigos 1.443 e 1.444 do Cód. Civil, bem examinados na sentença, isto é, que o segurador houvesse usado de má-fé, omitindo circunstâncias que pudessem influir na aceitação de proposta do mesmo seguro.

O marido da ré era homem conceituado, médico conhecido em a cidade do interior - Sumidouro, foi ai que êle se submeteu a exame médico - por um médico da própria ré. É notòriamente sabido que em o interior do Brasil todos os moradores da mesma cidade são conhecidos uns dos outros, principalmente pessoas de posição social elevada, como eram o marido da autora e o médico da ré, que o examinou.

Portanto, êsse médico não pode deixar de conhecer o fato - moléstia antiga do marido da ré, que o impedia de fazer o seguro.

A circunstância, pretendida pela ré, só seria admissível se tivesse havido má-fé do marido da ré, escondendo dêste a moléstia do segurado. Mas isso não é admissível, porque a ré-apelante não invoca, nem provou essa circunstância conluio entre o segurado e o seu médico.

Assim sendo, não merece provimento o recurso e deve ser confirmada a sentença apelada.

Custas pela apelante.

Distrito Federal, 23 de junho de 1952. – *A. Sabóia Lima*, presidente e relator; *Sadi Cardoso de Gusmão; Oscar Tenório*.

*

PROMISSÓRIA - AVALISTA - FIRMA AINDA INEXISTENTE

- Assinando no verso de uma promissória, como avalista, fica o signatário obrigado ao pagamento do título, embora o emitente seja firma ainda. Inexistente. Se prova convincente da falsidade da obrigação não consta dos autos, a Justiça não deve negar os efeitos jurídicos da promissória

acionada. Quando prova não existe de ter algum dos litigantes agido com má-fé, a êle não deve ser imposta a obrigação do pagamento relativo a honorários de advogados além, das custas.

Francisco Alves da Fonseca *versus* Miguel do Nascimento

Ap. n. 13.841 - Relator: DESEMBARG. MARTINS TEIXEIRA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação n. 13.841, entre partes, apelantes: 1°, Francisco Alves da Fonseca; 2°, Miguel do Nascimento, sendo apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negar provimento a ambas as apelações.

Custas pelos apelantes.

Assim decidem pelas razões seguintes:

O título acionado (fls. 3) tem no verso a assinatura do terceiro, Francisco Alves da Fonseca, um dos acionados. E, portanto, avalista da mesma promissória, emitida por uma firma a favor do acionante. Ainda quando a sociedade emitente fôsse uma firma cuja existência legal não foi comprovada, subsiste a responsabilidade pelo pagamento do título decorrente do aval. O nome do credor é o do acionante, conforme consta da mesma promissória. Disse Francisco. Alves da Fonseca, em seu depoimento pessoal (fls. 48), ter sido êle próprio quem preencheu o documento de fls. 3. A penhora para o pagamento do título que avalizou recaiu em bens que, embora estejam em nome da genitora do acionado, a êste pertencem, por ter havido simulação, conforme julgamento em primeira e superior instância. Tal disfarce sòmente teria por base um interêsse, que, no caso, seria o de fugir ao cumprimento das obrigações assumidas, isto é, ao pagamento de débito do simulador. O argumento do acionado, 1° apelante, de que o acionante não acorreu ao chamamento dos seus credores relativos ao estabelecimento que pretendia vender, e não haver o credor protestado a promissória acionada, nada, não procede, pois que nenhum

dêsses fatos constituiria dever do credor (não houve liquidação judicial e o protesto não é exigível no caso). A ausência de qualquer dos fatos não isenta o acionado do pagamento do título no vencimento. Honorários de advogado, além das custas, não tem apoio na lei, pois não há prova de ter sido recusado o pagamento do acionado por má-fé, e sim por interpretação inaceitável.

Distrito Federal, 20 de junho de 1952. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente e relator; *Estácio Correia de Sá e Benevides*; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*.

*

FALÊNCIA – RESTITUIÇÃO

- São reivindicáveis na falência, ou restituíveis, na linguagem da lei, as importâncias arrecadadas pelo empregador falido aos seus empregados como contribuição por êstes devidas aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões.

I. A. P. I. *versus* Síndicos da massa falida de A. Antunes & Pereira - Dianda Lopez & Cia. Ltda.

Ag. n. 2.505 - Relator: DESEMBARG. MEM DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos e examinados êstes autos de agravo de petição n. 2.505, em que é agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários e agravados os síndicos da massa falida de A. Antunes & Pereira - Dianda Lopez & Cia. Ltda.:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, do mesmo conhecer e dar-lhe provimento para, reformando, em parte, a sentença agravada, condenar - a massa falida a restituir ao agravante as importâncias arrecadadas pelo falido de seus empregados e a êste pertencentes, como contribuições que lhe são devidas.

Custas *ex lege*.

E assim decidem porque o art. 9° do dec.-lei n. 65, de 14 de dezembro de 1937, confere aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões o direito de reivindicarem, ou pleitearem, a restituição, segundo a linguagem da lei, das contribuições por aquelas arrecadadas de seus empregados.

Improcede a alegação do agravado de que o art. 102 do dec.-lei n. 7.661, de 1945 (Lei de Falências), tenha revogado o artigo 9° do citado dec.-lei n. 65, de 1937, não só porque é axioma de direito que a lei geral não revoga á especial", nem esta aquela, senão quando expressamente o declara, princípio êste vazado na fórmula contida no § 1° do art. 2° do dec.-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Cód. Civil), que "*a lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*", como também por se referir o art. 102 da citada Lei de Falências, no inciso II de seu § 3°, às contribuições devidas pelo empregador, nesta qualidade, aos referidos Institutos e Caixas. Nem doutro modo poderia se entender, uma vez que são os empregadores, quanto a essas contribuições arrecadadas de seus empregados, depositários.

Daí dar-se provimento ao presente recurso para, reformando-se a sentença agravada, julgar-se procedente o pedido de restituição das importâncias arrecadadas pelo falido aos seus empregados.

Distrito Federal, 29 de abril de 1952. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Mem de Vasconcelos Reis*, relator; *Ari de Azevedo Franco*.

Ciente, em 30 de junho de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

*

FALÊNCIA - DESTITUIÇÃO DO SÍNDICO

- Justifica-se a destituição do síndico, quando êste tem interêsses contrários aos da massa falida.

Cooperativa Central dos Produtores de Leite Ltda. *versus* Massa falida de Unileite

Ag. n. 2.857 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n. 2.857, sendo agravante Cooperativa Central dos Produtores de Leite Ltda. e agravada massa falida de Unileite (União Transportadora e Distribuidora de Leite S. A.):

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo e confirmar a decisão recorrida, por seus fundamentos, pagas as custas pela agravante.

O art. 66 do dec.-lei n. 7.661 admite a destituição, quando o síndico tem interêsses contrários aos da massa e, na espécie, é o que se verifica. Nem mesmo o agravante deveria ter aceito o cargo, nem de comissário na concordata, e nem, depois, de síndico na falência, de vez que, a par de sua qualidade de credor, tinha um direito reivindicatório suscetível de maior exame em ação própria especial, colidindo seus interesses com os da massa, ou dos outros credores, conforme bem acentuou, em seu parecer, o Dr. 4° subprocurador geral, o ilustre Dr. FERNANDO DE CARVALHO, curador de Massas Falidas. Dai, haver optado pela defesa de seus direitos, e, se continuasse no cargo, não iria procurar rescindir o julgado que lhe foi favorável e contrário à massa falida.

Distrito Federal, 24 de junho de 1952. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Vicente de Faria Coelho; Henrique Fialho*.

Ciente, em 18 de julho de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO - ISENÇÃO EM FAVOR DE JORNALISTA

- Ao estabelecer a isenção do Imposto de transmissão em favor de jornalista, não exigiu a lei que seja esta a única, ou a principal profissão do beneficiário.

- Interpretação do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Prefeitura do Distrito Federal *versus* Moacir Rebelo Horta

Ap. n. 8.427 - Relator: DESEMBARG. SABÓIA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos e examinados êstes autos de apelação n. 8.427, mandado de segurança, em que é apelante a Prefeitura do Distrito Federal e apelado Moacir Rebêlo Horta:

1 Acordam os juízes da 3ª Câmara Cível tomar conhecimento do recurso e, no mérito, por maioria, negar provimento ao dito recurso, vencido o revisor, que denegava o mandado de segurança.

Consoante a jurisprudência que se firmou, é de apelação o recurso da sentença que concede o mandado de segurança ("REVISTA FORENSE", vol. 123, pág. 155; "Arq. Judiciário", vol. 88, pág. 297). De qualquer forma, dada a divergência que reinava sôbre o assunto em outros tribunais ("REVISTA FORENSE", vol. 115, pág. 468; vol. 121, pág. 479), a interposição de um recurso por outro não poderia ser considerada como êrro grosseiro, de modo a prejudicar o conhecimento da matéria pelo Tribunal *ad quem* ("Arq. Judiciário", vol. 87, pág. 346), ainda que interposto fora do prazo de cinco dias (FILADELFO AZEVEDO, "Um Triênio de Judicatura", vol. 5°, n. 716, págs. 134-136; "REVISTA FORENSE", vol. 119, pág. 460; ALEXANDRE DE PAULA, "Código de Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. VIII, n. 10.259, na forma do parecer do Dr. procurador geral, a fls. 64.

Atualmente há preceito legal expresso. A lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que alterou disposição do Cód. de Processo Civil, relativa ao mandado de segurança, dispõe no art. 12 que o recurso é de agravo de petição, "assegurando-se às partes o direito de sustentação oral perante o Tribunal *ad quem*".

MÉRITO

O Dr. Moacir Rebêlo Horta, magistrado e jornalista, com fundamento no § 4° do art. 141 da Constituição federal, pediu mandado de segurança contra o ato do prefeito que lhe negou a isenção do imposto de transmissão inter vivos, em relação ao imóvel situado na rua Doze de Maio, n. 201, nesta cidade, e que o requerente prometeu adquirir, como faz certo a certidão de fls. 11.

Funda-se no art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *verbis*:

"Durante o prazo de 15 anos, a contar da instalação da Assembléia Constituinte, o imóvel adquirido, para a sua residência, por jornalista que outro não possui, será isento do impôsto de transmissão, e, enquanto servir ao fim previsto neste artigo, do respectivo impôsto predial.

Parágrafo único. Será considerado jornalista, para os efeitos dêste artigo, aquêle que comprovar estar no exercício da profissão, de acôrdo com a legislação vigente, ou nela houver sido aposentado".

A sentença apelada julgou procedente o pedido e deferiu mandado de segurança, para que o requerente fique isento do impôsto inter vivos.

A apelante alega dois motivos principais para pleitear a reforma da decisão:

a) sòmente haver legalizado a sua situação de jornalista depois da assinatura da escritura de promessa de compra e venda;

b) não viver exclusivamente dessa profissão.

Ora, já foi decidido que a promessa não é ato aquisitivo, e, assim, quando foi efetivada a compra e venda, já o apelado praticara o ato como jornalista. Efetivamente, a promessa de compra e venda encerra uma obrigação de fazer, que o apelado assumiu. Enquanto não se realizar a operação não é devido o impôsto, que só é de ser exigido por ocasião da escritura definitiva.

Alega, talvez teòricamente, com razão, a apelante que "o espírito do legislador foi o de amparar uma classe laboriosa e honrada e que é sabidamente mal remunerada".

"Quando", acrescenta, "o jornalista é magistrado, e do jornalismo não faz a sua principal ocupação, não se pode valer dos favores de uma lei feita para os desprotegidos jornalistas. Se os magistrados não estão isentos do impôsto, o autor, com redobrada razão, não está, pois que, além dos proventos da magistratura, arrecada também os de jornalista".

Cita em abono de sua opinião os doutos comentários de notável constitucionalista e magistrado (JOSÉ DUARTE, "Constituição Brasileira de 1946", vol. III).

Certamente não foi de boa técnica constitucional dispositivos que concedem favores e privilégios para determinadas classes sociais, tanto o dispositivo invocado, como outro, que concede isenção de imposto de renda - impôsto de natureza universal, abrangendo tôdas as pessoas - a determinada classe de profissionais, o que ocasionou que indivíduos de outras profissões venham pleitear semelhante isenção. Talvez o espírito demagógico de alguns grupos políticos tenha levado o constituinte de 1946 a incluir na Carta Magna princípios que não são constitucionais e constituem privilégios anti-democráticos.

São, porém; princípios constitucionais que não podem deixar de ser aplicados e o intérprete não pode acrescentar outras exigências no art. 27, que não aquelas estabelecidas.

A lei constitucional não disse, quando no parágrafo único definia o jornalista que quis beneficiar com a isenção, que a profissão devia ser a única ou principal, esclarecendo apenas que como jornalista se deveria entender aquêle

que comprovasse estar no exercício da profissão, de acôrdo com a legislação em vigor. Desceu, aí, o legislador a minúcias, e mesmo assim não criou nem exigiu qualquer outra condição senão esta. Ora, o apelado demonstrou, no momento em que devia ser exigido o pagamento dos impostos, que está em pleno exercício da profissão de jornalista, de acôrdo com a legislação vigente, o que, aliás, não foi contestado pela apelante.

Aliás, na esfera administrativa, a apelante já concedeu a isenção pleiteada por jornalista, que é também magistrado. De fato, enquanto o "Diário Oficial,", seção II, de 6 de agôsto de 1949, publicava o despacho do prefeito, indeferindo o requerimento de Moacir Rebêlo Horta, no "Diário Oficial" de 24 de agôsto, também de 1949, no requerimento de João José de Queirós, o prefeito despachava: Concedo.

Ora, ambos magistrados e Jornalistas, ocupam o mesmo cargo de redatores da "REVISTA FORENSE", como se vê da capa desta revista, a fls. 59.

Em face do exposto, é negado provimento, por maioria, para ser confirmada a sentença.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 9 de junho de 1952. - *Sabóia Lima*, presidente e relator; *Sadi Cardoso de Gusmão*, vencido: Vimos sustentando o descabimento de mandados de segurança, em casos idênticos, em face da necessidade do exame de provas e solução da *quaestio facti*, quanto a ser ou não jornalista quem exerce profissão outra em via principal e, ainda mais, sôbre o exercício efetivo da profissão.

Coerente com êsse ponto de vista, não poderia admitir o deslinde da questão por simples mandado de segurança, remédio destinado a amparar direito liquido e certo, de imediata verificação e sem dependência de provas complexas; Oscar Tenório.

Ciente, em 15 de julho de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

COMENTÁRIO

1. A Constituição federal de 1946, incontestavelmente, foi pródiga de favores fiscais à classe dos jornalistas. Além do preceito contido no artigo 203, segundo o qual "nenhum imposto gravará diretamente os direitos de autor, nem a remuneração de professôres e Jornalistas", que, constituindo embora reprodução de dispositivo da Carta de 1934 (art. 113, n. 36), está, entretanto, vazado em têrmos de muito maior liberalidade, de sorte a impossibilitar qualquer discriminação entre impôsto cedular e progressivo, - além daquele preceito, a Carta Constitucional vigente, no art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, isentou do pagamento do impôsto de transmissão o imóvel adquirido para residência do jornalista. E foi mais adiante: o mesmo imóvel foi declarado imune do impôsto predial, enquanto o beneficiado nêle residir.

2. Esse tratamento favorável, outorgado justamente em matéria na qual o Estado, em geral, se revela parcimonioso, motivou uma compreensível, mas nem sempre justificada ou bem fundamentada reação contra o claro enunciado dos textos constitucionais que o estabeleceram. Ela se manifesta não só na esfera administrativa, mas também na judiciária, através de atos e decisões que procuram, a golpes de dialética, reduzir o campo de incidência dos favores constitucionais.

3. Neste comentário nos ocuparemos tão-sòmente da questão versada no acórdão prolatado pela egrégia 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, isto é, da imunidade relativa ao impôsto de transmissão, outorgada pelo art. 27 das disposições Transitórias.

4: Parece-nos que o voto do ilustre desembargador SABÓIA LIMA consagra a boa doutrina, ao estabelecer que, embora passível de censura, por ama série de razões tão evidentes que dispensam enumeração, a idéia de instituírem-se favores e privilégios a determinadas classes - nem por isso podem deixar de ser aplicados os princípios constitucionais que os acolheram. E que a lei constitucional não disse, ao definir o "jornalista" beneficiado com a imunidade tributária, que a profissão devia ser a única ou a principal. Muito ao contrário, conforme frisou o voto do relator, o legislador constitucional, nesse passo,

desceu a minúcias e, sem embargo dessa circunstância, esclareceu apenas "que como jornalista se deveria entender aquêle que comprovasse estar no exercício da profissão, de acôrdo com a legislação em vigor".

5. Os partidários de que o favor constitucional só é de ser concedido àqueles jornalistas que fazem da profissão seu único ou principal meio de vida, e não a todos que provem achar-se no exercício da profissão, de acôrdo com as leis em vigor - partem do princípio de que o pensamento do legislador foi beneficiar os jornalistas que vivam exclusivamente da profissão. Esse entendimento do texto constitucional é, principalmente, haurido na conhecida obra do desembargador JOSÉ DUARTE, "A Constituição Brasileira de 1946" (3° vol., página 507):

"O pensamento do legislador, evidentemente, foi beneficiar aquêle que faz do jornalismo a sua profissão, não se concebendo que êsse Privilégio, constituído em favor de uma classe, possa atingir aquêle que, pertencendo a outra classe ou tendo outra profissão, seja, também, jornalista. Deveria ser a profissão a principal ou única atividade.O Se não fôsse assim, nada impediria que um grande industrial ou banqueiro, pelo fato de ser redator de um periódico, seu constante colaborador, gozasse dessa isenção. O intuito do legislador foi amparar uma classe que, no consenso unânime, não aufere proventos amplos ou sequer suficientes para uma vida de relativo bem-estar e confôrto".

6. Parece-nos que não assiste razão ao provecto comentador das origens do texto constitucional nem, conseqüentemente, aos que se apóiam no seu parecer para justificar a aplicação restritiva do dispositivo ora examinado.

7. Antes de mais nada, é necessário ter em mente a lição dos mais autorizados doutrinadores, segundo a qual não deve o intérprete conceder aos trabalhos preparatórios da lei valor maior que o de um simples "indicio da vontade legislativa". porquanto os referidos trabalhos "amiúde não nos dizem nada ou são uma caótica mixórdia de teorias opostas em que todo intérprete pode achar cômoda confirmação para as opiniões próprias" (F. FERRARA, "Interpretação e Aplicação da Lei", trad. portuguêsa, edição de 1934, páginas 41-44).

O prestigio dos trabalhos preparatórios está em decadência", proclama CARLOS MAXIMILIANO, a sua obra clássica: "êles merecem confiança

relativa; dêles se sirva o intérprete com a maior circunspecção, prudência e discreta reserva" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", pág. 172).

Ainda no que tange ao valor dos trabalhos preparatórios na interpretação dos dispositivos legais, não devem ser esquecidos os conceitos do ministro COSTA MANSO, contidos no votos que proferiu no Supremo Tribunal Federal, por ocasião de um julgamento em que se discutia a aplicação do artigo 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934:

"Os poucos deputados que fizeram uso da Palavra tornaram conhecidas as suas idéias, opiniões. A opinião dos que votaram em silêncio é desconhecida... A massa dos votantes, que constitui a maioria, manifesta-se em silêncio. simbòlicamente, pela aprovação ou rejeição. Muitas vêzes, nem sabe o que está fazendo... Essa votação muda e mesmo inconsciente (isto se verifica em todos os Parlamentos) produz, aliás, grande beneficio à pureza e à evolução dó Direito, permitindo que o intérprete adapte o texto a novas concepções jurídicas, às necessidades sociais e às conveniências de cada época: O "pensamento do legislador", que se conserva obscuro, é, assim, substituído, com vantagem, pelo pensamento da lei, revelado pela doutrina e pela jurisprudência" ("REVISTA FORENSE", vol. 74, pág. 289).

8. Se, agora, examinarmos o material colhido pelo desembargador JOSÉ DUARTE durante tôda a tramitação legislativa do texto constitucional em exame, veremos que ele é de reduzida, ou mesmo nenhuma importância para sua exegese. E tão exíguo é aquele material, que todo êle se contém nas seguintes poucas linhas, a seguir textualmente transcritas:

"I. O texto em vigor procede do art. 23 do anteprojeto, que, apenas, fixava prazo maior ou menor.

II. Na Comissão Constitucional, porém, RAUL PILA ofereceu emenda aditiva, que foi aprovada, resultando dai a sua atual redação.

III. No plenário, foi acolhido com objeção o texto proposto, correspondente ao vigente. GLICÉRIO ALVES, declarando sua simpatia pela - classe, requereu a supressão do dispositivo, por entender que não há motivo para Pese privilégio.

CAFÉ FILHO defendeu o texto que, assim, - subsistiu" (JOSÉ DUARTE, "A Constituição Brasileira de 1946", 3° vol., pág. 607).

9. Ora, com tão acanhadas contribuições, é forçoso convir que são algo temerárias as conclusões de que o intuito do legislador foi beneficiar aquele que faz do jornalismo a sua profissão única, ou principal. Tudo faz crer que os famosos trabalhos preparatórios, pelo menos na hipótese em apreço, cingiram-se aos discursos de dois deputados, um simpático à classe dos jornalistas. mas contra o favor outorgado, outro também simpático e, além disso, ou por isso mesmo partidário dos favores fiscais. Portanto, pelos motivos expostos, êsses trabalhos de elaboração da lei, mais do que quaisquer outros, devem ser acolhidos com a mais absoluta discrição.

10. Assinale-se, ainda, que outros comentadores abalizados do texto constitucional em exame se limitam a observar que o dispositivo imuniza do impôsto de transmissão o imóvel adquirido pelo jornalista (que o parág. único do art. 27 define) e do impôsto predial, enquanto o jornalista nele residir, não se ampliando a isenção ao imposto territorial (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1946", vol. 40, pág. 261, ns. 1 e 2); IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, "O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira", vol. 20, pág. 793, n. 619).

11. Escrevendo sobre uma decisão prolatada pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, aliás contrária à tese sustentada pelo acórdão que comentamos, sustentou o professor CAIO TÁCITO que "...deve-se realçar de pronto que não há, mesmo implìcitamente, no preceito constitucional, a condição de exclusividade, ou de predominância da atividade jornalística para acesso à regalia. A Constituição quis, claramente, alcançar, sem nenhuma restrição, todos os que profissionalmente exerçam o mister de jornalistas. Esta será, assim, a exigência legitima a ser cobrada pelo intérprete: a da habitualidade no exercício da profissão beneficiada; a da verificação regular do contrato de trabalho com órgão jornalístico de existência normal; em suma, a da qualidade legal de jornalista, segundo, a legislação vigente na matéria".

"A seleção de jornalistas adventícios deve ser feita pelo Poder Executivo no ato da emissão da respectiva carteira profissional e no exame rigoroso da regularidade das suas anotações, cuja fraude está sancionada até mesmo na lei

penal. Não parece, contudo, juridicamente procedente que, a pretexto de exercitar tão sadia política de higiene fiscal, se pretenda inovar o direito constitucional, criando-lhe uma limitação Inexistente, em detrimento também daqueles a que ele notoriamente se endereçou, na sua generosidade criticável, mas compulsória" ("Rev. de Direito Administrativo", vol. 26, pág. 209).

12. Não é possível falar ainda em jurisprudência pacifica, - quer no sentido de sòmente reconhecer a isenção, legal ao jornalista que viva única ou principalmente da profissão, quer no sentido de faculta-la a quem apenas comprove achar-se no exercício daquela atividade, de acordo com a lei em vigor. Mas já é possível afirmar que as decisões perfilhadoras do entendimento mais liberal se apresentam não apenas em maior número, mas com melhores argumentos - enquanto que as outras, não obstante a elevada autoridade dos seus partidários, continuam quase exclusivamente a fundar-se nos **trabalhos preparatórios** cuja contribuição, segundo demonstramos, é destituída de qualquer significação, sobretudo na hipótese em foco.

13. Entre outros arestos, consagradores da tese de que a regalia constitucional se aplica a todos quantos, na conformidade da lei especial, se dedicam ao mister de jornalistas, seis indagar se dessa atividade fazem seu único ou principal meio de vida, podemos citar: acórdão unânime da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, relator o desembargador MEM DE VASCONCELOS ("REVISTA FORENSE", vol. 144, página 269); acórdão do Tribunal Pleno, relator o desembargador SMITH DE LIMA, na apelação cível n. 8.131, em mandado de segurança, *in* "Diário da Justiça" de 22 de agosto de 1952, página 3.986; finalmente, o acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao ensejo do julgamento doa embargos de nulidade na apelação cível n. 9.386, em sessão plena, consagrou o voto do relator, o eminente desembargador ARTUR MARINHO, por 23 votos contra 5. Essa decisão ainda não foi publicada na integra, no "Diário da Justiça" ou qualquer outro repositório, mas a ementa do acórdão é a seguinte, conforme informação que nos foi fornecida pelo serviço de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"Criando direta e imediatamente direitos que atribui a jornalista, o art. 27 em exame, de direito constitucional substancial, envolve fórmulas tornadas fundamentais: conseqüentemente, a diversidade de preceitos envolventes de

meras garantias constitucionais, não comporta aplicações "subjetivas, com ampliações ou restrições inadequadas ou extra-testo. Provado o exercício do jornalismo, como exigido pelo parágrafo único do artigo, a jornalista profissional que não possua outro imóvel a domino, é impositivo o deferimento da imunidade dos tributos aludidos no texto: investigações amais, a pretexto de completações intelectivas, violariam situação jurídica subjetiva, integrada com a prova indicada na Constituição mesma.

"Apreciação essencialmente técnica e não a de estadista judiciário que constrói onde não há o que construir, eis o comportamento do intérprete, em caso da índole e com a configuração jurídica do especifico".

No decorrer do seu substancioso voto, cuja ementa acabamos de transcrever, assinalou o desembargador ARTUR MARINHO, com justeza, que "o artigo 79 do dec.-lei n. 7.037, de 10 de novembro de 1944, estabelece textualmente que:

"Não haverá incompatibilidade entre o exercício da profissão de jornalista e o de qualquer outra função remunerada, ainda que pública".

"(Esse diploma, legal é o que dispõe sôbre a remuneração mínima doa que trabalham em atividades jornalísticas, traça os característicos da profissão em seus vários setores e dá outras providências)".

14. As decisões mencionadas vem agora juntar-se o acórdão da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça, ora comentado, que acolheu, por maioria, o voto do relator, desembargador SABÓIA LIMA. Esse voto, ao que nos parece, fêz, em têrmos sintéticos e felizes, uma apreciação completa do assunto, quer assinalando não ser de boa técnica constitucional a concessão de favores e privilégios a determinadas classes, quer ressaltando que, sejam quais forem as origens dêsses favores, Ales se inscrevem em princípios constitucionais que têm de ser aplicados, sem que ao intérprete seja lícito, acrescentar outras exigências que não, as estabelecidas no art. 27, redigido com minúcias inusitadas na elaboração dos textos constitucionais.

15. A "generosidade criticável" do legislador constitucional não é, por isso, menos "compulsória", conforme assinalou o Prof. CAIO TÁCITO, no parecer

já citado, e nenhuma necessidade de ordem fiscal terá a virtude de superar o mandamento da Lei Suprema.

Rui Carneiro Guimarães, advogado no Distrito Federal.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - "COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO"

- A transportadora que argúi fato excludente de sua responsabilidade civil, pelo descumprimento da obrigação de assegurar a incolumidade do passageiro, cabe o ônus de prová-lo.

- O dever de indenizar, em conseqüência de uma lesão corporal, estende-se também, em princípio, às conseqüências de um tratamento médico defeituoso.

- Nenhum obstáculo se antepõe à cumulação da reparação do dano causado pela morte e do benefício que se obtém em razão da mesma morte, desde que são diversas a causa do dano e a causa do lucro.

D. Ricarda de Sousa Araújo *versus* Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro, Ltda.

Ap. n. 15.945 - Relator: DESEMBARG. GARCÊS NETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 15.945, em que é 1ª apelante D. Ricarda de Sousa Araújo e 2ª apelante a Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro, Ltda.:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão da maioria dar provimento à primeira apelação, em parte, para elevar a dois terços dos salários da vítima a importância da pensão devida e mandar calcular os honorários sôbre o total da condenação, prejudicado o

segundo recurso; contra o voto do revisor, que negava provimento à primeira apelação, menos quanto ao cálculo dos honorários, que entendia caber sôbre o total da condenação, ao passo que provia a segunda apelação, para que da indenização se descontasse o que a autora esteja recebendo da Caixa ou Instituto.

Custas *ex lege*.

A primeira questão que se impõe examinar é a alegação de que teria havido culpa exclusiva da vítima, ponto alto da defesa da'transportadora. A êste respeito, chega-se à mesma conclusão da sentença apelada. Não há, neste processo, nada que, sèriamente, autorize a afirmativa da 2ª apelante. Apura-se, sem sombra de dúvida, que a vítima, pessoa idosa (contando 63 anos), viajava sentada no interior do bonde, quando se deu o acidente. A culpa foi exclusiva do prepôsto da ré, como se vê da conclusão do laudo pericial, a fls. 13 v., *in fine*: "Pelo exposto e pelos exames levados a efeito, são acordes os peritos em concluir que a causa determinante do evento foi o motorneiro do bonde examinado ter realizado a curva da avenida Presidente Vargas (lado da antiga rua Senador Eusébio) para a praça Duque de Caxias, *com o veículo animado por uma velocidade imprópria para o local*" (loc. cit.). Aliás, a culpa dêsse motorneiro fica mais saliente quando êle próprio confessa que fôra avisado do mau estado dos freios do bonde que dirigia (fôlhas 11 v.).

De outro lado, a ré não provou que a vítima viajasse nó estribo do bonde. Êsse procedimento é, de fato, inverossímil, para o caso. Um homem de 63 anos de idade não iria, viajar às 3,50 horas da madrugada, no estribo de um bonde quase vazio. Nem por absurdo pode-se admitir como verdadeira esta versão. O que realmente se apura é que tôdas as vítimas eram passageiros do bonde referido (fls. 10). Ao contrário, é perfeitamente aceitável a explicação da vítima; de que lhe faltou o equilíbrio quando o bonde saltou dos trilhos, fazendo com que a mesma vítima fôsse bater com a cabeça no banco da frente, perdendo os sentidos e sendo projetada fora do veículo, para ficar imprensada entre o bonde e um automóvel de praça.

Como quer que seja, o ônus da prova da imprudência da vítima era da ré. E esta nenhuma prova deu de que a vítima viajasse no estribo. Apenas conjeturou.

Presumiu. E, desenganadamente. De qualquer forma, o fato referido, quando verdadeiro, não configuraria culpa, exclusiva da vítima.

Já a questão relativa ao nexo causal é mais delicada. Mas, ai, também não assiste razão à 2ª apelante. É verdade que a vítima teve alta, mas; tratava-se de alta melhorada, que exigia do paciente "tratamento de ambulatório" (doc. de fls. 113). Mas, se se verifica que essa alta foi dada em 4 de novembro de 1949, e que a vítima veio a falecei cinco dias depois, compreende-se, fàcilmente, que houve apenas precipitação dos médicos do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos. O paciente sofrera graves lesões no acidente: lesão pleural e pulmonar, além de diversas fraturas, e só estêve hospitalizado 25 dias. O tratamento de ambulatório a que ficou obrigado, segundo as recomendações do médico assistente, exigia grande esfôrço e sacrifício da vítima, que morava em longínquo subúrbio fluminense (São João de Meriti). Não consigo compreender como se podia exigir a uma pessoa que sofrera fratura da cabeça, de diversas costelas e do número esquerdo, além de lesões internas da pleura e do pulmão, fizesse penosas e freqüentes viagens, daquele subúrbio ao centro hospitalar, para o tratamento prescrito na ocasião da alta melhorada. Assim, a pneumonia traumática, freqüente em casos como o dêstes autos, está ìntimamente ligada, como decorrência fatal e previsível, à causa do acidente, de modo a permitir concluir-se que a *causa mortis* em questão não foi senão conseqüência direta e necessária do evento danoso em aprêço: É totalmente desinfluente, no caso, a precipitação ou êrro dos médicos do Instituto dos Marítimos, dando *alta melhorada*, à vítima.

É lição recolhida em ENNECCERUS-LEHMANN: "O dever de indenizar, em conseqüência de uma lesão corporal, estende-se também, em princípio, às conseqüências de um tratamento médico defeituoso" ("Tratado de Derecho Civil", de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Derecho de Obligaciones", t. 2, vol. 1°, pág. 72, nota 13). Como explicam os tratadistas citados, não é mister que o nexo causal seja imediato, bastando a causalidade mediata, ou seja, basta que a condição ulterior contenha em si e de modo imediato o dano. A responsabilidade do agente se extrema desde que se prove e com isso o nexo, causal - que o dano se não teria verificado sem o fato que acarreta a indenização. O nexo causal entre um ato e um resultado por êle produzido não se destrói simplesmente pelo fato de que êste resultado seja conseqüência, posterior, de outra circunstância (loc. cit., págs. 71 e 73).

Em outras palavras, e conforme disserta A. ORGAZ, para que se, dê a ruptura do processo causal é indispensável a interferência de outro processo, independente do primeiro, que a êste elimine; isto é, torna-se necessário que o resultado danoso esteja vinculado efetivamente ao segundo processo. Mas, a independência dêste segundo processo tem de ser real, no sentido de que o resultado não pode ser atribuído também, de algum modo apreciável, ao primitivo, na medida em que haja atuado com condição fomentadora do processo secundário. Exemplo: a vítima falece em conseqüência da anestesia ou de uma septicemia: aí, o agente responde pela morte, como autor da ferida ou lesão, que tornou possível êsse resultado ("El dano resarcible", 1952, págs. 92-93).

Estudando a influência dêsse *quid* ulterior, que desempenha papel saliente na determinação da responsabilidade civil, como um desdobramento por vêzes complexo da regra jurídica, segundo a qual é *causa* do dano só a *condição mais próxima*, um jurista italiano, ADRIANO DE CUPIS, chega à conclusão de que a fato superveniente só exerce influência quando o dano produzido resulta exclusivamente dêste fato, ainda que idôneo para produzir o mesmo resultado fôsse o fato preexistente: porque só em tal hipótese, em que o fato, superveniente assume papel preponderante a absorvente - é que se pode cogitar de interrupção do nexo causal ("Il danno", 1946, pág. 125, n. 6). É o que DE CUPIS denomina de *eficácia causal virtual*, que realça a importância do primeiro fato, potencialmente idôneo para produzir o efeito danoso, isto é, que traz em si o germe dêsse resultado, verificado após o desate de um fato ulterior sem expressão autônoma. Em síntese: é suficiente um nexo de simples condicionalidade a fim de que o dano imediato e direto seja reputado como derivação causal do fato primitivo, compreendido na esfera da responsabilidade; as demais condições ou circunstâncias, concorrentes na produção do dano, não têm a virtude de *excluir* a existência daquele nexo causal, nem, tampouco a de *reduzir* o próprio dano, que é considerado como o resultado causal do fato antecedente. É neste sentido que se diz que a *concausa* carece de importância (ob. cit., pág. 127).

O insigne DE PAGE, referindo-se às diversas condições secundárias do dano, ou sejam, as circunstancias que se processam ulteriormente ao fato principal e se projetam no *écran* da responsabilidade, como fatos que podem ser ou deixar

de ser considerados como interruptivos do nexo causal, que subordina ao título da "receptividade pessoal" da vítima, conclui, de modo incisivo, que o autor do dano suporta êstes riscos porque, não fôsse a culpa do agente, a vítima não se encontraria na situação em que o evento danoso a colocou: a sua doença não se teria revelado, nem agravado, ou poderia ter evoluído no sentido da cura ("Traité", vol. 2°, n. 961, págs. 908-909). E o que também se pode dizer no caso dêstes autos: não haveria pneumonia traumática sem as lesões da pleura e do pulmão da vítima, isto é, a vítima não teria sido acometida de pneumonia traumática, de que veio a falecer, não fôra o evento anoso verificado por culpa exclusiva do preposto da ré, que, aliás, a confessou.

PIRSON et VILLÉ também se referem às "predisposições patológicas" da vítima, para mostrarem que o prejuízo deve ser reparado, ainda que o fato culposo não tenha feito senão precipitar um desenlace que as condições de saúde da vítima determinariam naturalmente mais dia menos dia ("Traité", vol. 2°, pág. 44, n. 236 *bis*).

SAVATIER, igualmente, referindo-se a essas "predisposições doentias ou mortais", esclarece, por sua vez, que a existência de tais predisposições, agravando sempre os resultados de um acidente, não o impedem, porém, de ser causal em conseqüência da morte ou agravação do mal que dêle resultam, por isso que, sem o acidente, êsse resultado não se teria verificado ("Traité" vol. 2°, pág. 17, n. 464. Cf. MAZEAUD, ob. cit., vol. II, pág. 519, n. 1.613).

Sem dúvida a obrigação de indenizar não excede nunca os limites traçados pela conexão causal, como ensina VON TUHR ("Tratado de las Obligaciones", vol. I, página 63); mas, segundo êsse mesmo tratadista, o ressarcimento do dano não exige necessàriamente que o ato do responsável seja causa única e exclusiva do prejuízo. Como tudo na vida, o dano surge da coincidência de várias circunstâncias e decorre, portanto, de causas diversas. Basta que o autor seja responsável por uma delas, sempre que desta provenha o dano, estabelecida a sua relação com as demais.

Exemplo: a lesão, pode ser leve, mas acarretar graves conseqüências, mercê da constituição anômala da vítima. Por tais conseqüências, responde o autor da lesão (ob. cit., págs. 61-62).

Nunca a complicação surgida em conseqüência de uma lesão corporal pode ser: encarada independentemente do seu vínculo causal; e ainda que a lesão, por si mesma, seja incapaz de provocar a morte da vítima, desde que êste resultado se verifique, pélas suas conseqüências danosas responderia o autor da lesão, se nesta se encontra a origem do desenlace fatal.

Só na hipótese, por exemplo, de uma vítima de ferimento mortal vir a falecer em conseqüência de enfermidade não relacionada por qualquer modo com a lesão e antes de se verificarem os efeitos desta, é que se torna lícito dizer que faltou os nexo causal (ENNECCERUS-LEHMANN, "Tratado", vol. II, pág. 72, nota 14). Haveria, apenas, responsabilidade pelo resultado parcial (ferida).

Reconheceram os D.D. que, se a vítima, transportada para um hospital, ali falece em virtude de uma epidemia de gripe, de um incêndio, de um acidente operatório (anestesia), ou de imperícia médica, ainda, em tais casos, haverá conexão adequada e, portanto, o autor do evento culposo terá que responder pelo dano decorrente.

Referindo-se ao exemplo clássico, o Prof. BASILEU GARCIA, em notável conferência sôbre a "Causalidade material e psíquica", reconhece que o autor dos ferimentos responderia por homicídio: "Entendo que, na celebrada hipótese do hospital, a superveniência da morte não promana de um acontecimento inteiramente independente do procedimento do agente. A verdade evidente é que a vítima foi para o hospital em conseqüência da agressão. Foi a ação do agente que criou, relativamente ao paciente, a eficácia causal do acontecimento de que decorreu o evento letal. A ação humana foi, nesse caso, condição *sine que non* do resultado" (*in* "O Novo Código Penal" - Conferências por iniciativa do govêrno de São Paulo, 1° volume, pág. 75). O nexo causal entre a conduta do agente e o resultado - como disserta o emérito NÉLSON HUNGRIA ("As concausas e a causalidade por omissão perante o novo Código Penal", *in* "REVISTA FORENSE", vol. LXXXIX, pág. 851). Tanto faz que a morte tenha resultado da concorrência, por exemplo, do estado hemofílico ou diabético do ofendido, quanto da fragilidade congênita do osso frontal, atingido pelo golpe, ou de um processo infeccioso conseqüente à lesão recebida (ob. cit., pág. 851).

Mas, no caso dêstes autos, o processo pneumônico está de tal forma identifica do com as lesões ou traumas da pleura e do pulmão da vítima, em conseqüência

do acidente, que chega a ser incurial falar-se em causa secundária ou ulterior, ou, ainda, em concausa. O laudo de fls. 14-15 foi categórico, afirmando que das lesões sofridas pela vítima resultou perigo de vida (resposta ao 5° quesito). Aliás, como ensina o Prof. SOUSA LIMA, o perigo de vida se mede pela *natureza e sede* da lesão ("Medicina Legal", pág. 196). E a respeito das lesões que atingem os pulmões, direta ou indiretamente, nos traumatismos torácicos, o mestre esclarece que, em conseqüência disso, podem ter-se pneumonias (loc. cit., pág. 414). O Prof. AFRÂNIO PEIXOTO também adverte que a mínimas lesões externas correspondem profundas lesões interiores. Pode o traumatismo mesmo Interno poupar a pele, bastante elástica, e atingir a víscera subjacente. Os órgãos mais acometidos são: o fígado, os *pulmões*, o baço, os rins, etc. ("Medicina Legal", páginas 319-320).

Repelidas, assim, as razões da 2ª apelante, que seriam prejudiciais ou excludentes do pedido de indenização, quer porque houvesse culpa exclusiva da vítima, quer porque a morte fôsse resultante de causa estranha ao acidente, resta, agora, fixar o valor da indenização.

Opõe a 2ª apelante, entre outras objeções, a de que deve ser deduzida da condenação a pensão que a apelante recebe do Instituto dos Marítimos, a título de previdência social e, igualmente, a verba que a apelante já recebeu do mesmo instituto para as despesas de funeral e luto. Aqui levanta a 2ª apelante questão doutrinária de alto relêvo e que se reduz à aplicação da velha regra *compensatio lucri cum damno*, ainda hoje objeto de eruditas dissertações.

Entra-se, novamente, no terreno da teoria da causalidade (FISCHER, "A reparação o dos danos" trad. port., pág. 216, § 15). De fato, não há razão para fixar-se um limite à importância jurídica do nexo causal no que tange ao dano e não adotar-se o mesmo critério em relação ao lucro (DE CUPIS, ob. cit., pág. 162).

Ora, se assim é, não se pode recusar a cumulação de montepios e pensões (benefícios) provenientes do Estado ou de sociedade privada, de previdência social, com a ação de indenização, porque essa cumulação se funda na conexão causal entre o ato ilícito e o benefício. Aquele não é a causa - necessária dêste, mas somente a "ocasião". A causa tem natureza diversa: desconto em fôlha, tempo de serviço, etc. O ato ilícito é a oportunidade fortuita em que se verifica

a condição (invalidez, morte) a que ficou subordinado o benefício, que poderia ter surgido em qualquer outra circunstância. Não se pode dizer que o ato ilícito seja a causa da aposentadoria ou da pensão (ORGAZ, ob. cit., pág. 208).

Portanto, sendo diversa *a causa do dano* e a *causa do lucro*, deixa de existir o requisito fundamental da *compensatio*, consistente na identidade do fato produtivo de um e outro (DE CUPIS, ob. cit., página 163).

Conseqüentemente, nenhum obstáculo se antepõe à cumulação de reparação do dano causado pela morte e do benefício que se obtém em razão da mesma morte - herança, extinção de usufruto, pensão, etc. (DEMOGUE, "Traité", IV, n. 607; BARTIN-AUBRY et RAU, "Droit Civil", VI, pág. 351; PLANIOL-RIPERT, "Tratado", VI, parte I, pág. 940, nota 1).

Ainda, e coerentemente, carece de relêvo a consideração que mais tem impressionado os tribunais, que repelem a cumulação sob o fundamento de que um acidente não pode, legitimamente, converter-se em fonte de enriquecimento para a vítima. Qualquer que seja a natureza dos prejuízos, o lucro auferido pela vítima não será ilegítimo desde que tenha *outra causa jurídica*. Depois, se a vítima fica privada, total ou parcialmente, de alguns recursos de que pode dispor, alguém é beneficiado com isto, se fica dispensado de pagar sua dívida, ou, se a havendo atendido, vem a exercitar um recurso contra o outro devedor; e êsse lucro ou vantagem será talvez menos legítimo que o obtido pela vítima que cumula indenizações (PLANIOL-RIPERT, loc. cit., pág. 941).

Demais disto, no que tange às pensões recebidas do Estado, das autarquias, das pessoas jurídicas públicas ou privadas, há que se considerar que elas correspondem aos descontos sofridos pela vítima em seus vencimentos ou salários. Se importam em um benefício no caso de morte ou invalidez, certo é que vem mitigar um sacrifício suportado pela vítima, com os descontos referidos, que constituem sua causa jurídica. E, de resto, tais pensões estão longe de corresponder a uma indenização dos danos, que sòmente reparam de modo muito incompleto (PLANIOL-RIPERT, páginas 944-945, n. 694).

Assim, a vantagem que tais pagamentos podem trazer, além de não encerrar sequer um efeito atípico ou irregular do fato danoso, está, portanto, no mesmo pé de igualdade do seguro de vida, que não admite ação sub-rogatória, em que a

causa jurídica da obrigação se encontra no próprio contrato; isto é, hipótese em que se não cogita pròpriamente do dano, mas da execução pura e simples de uma obrigação contratual, cuja contra-prestação se encontra no prêmio pago, que, no seguro social, impôsto pelo Estado, ao fito de previdência, assume a forma de desconto ou consignação na fôlha de vencimentos ou salários, do funcionário ou empregado (DE CUPIS, pág. 163, e DE PAGE, pág. 911, nota 1). Isto, aliás, está de acôrdo com o mecanismo do próprio contrato de seguro, que justifica a descarga do capital assegurado: e pagando êsse capital, o assegurador paga *sua própria dívida* - êle não sofre nenhum prejuízo (*idem*, pág. 912). De modo que, na responsabilidade resultante do contrato de seguro, o que se assegura é a cobertura de um risco realizado, ao passo que, na responsabilidade oriunda do ilícito civil, tem por finalidade a reparação de um determinado prejuízo (JOSSERAND, "Cours", II, pág. 264, n. 444).

O que importa realmente acentuar é que *as pretensões que resultam de um contrato de seguro* (*privado ou social*), no sentido do pagamento de uma indenização, renda, pensão, subsídio na enfermidade, etc., *foram adquiridas a título oneroso*, em virtude de uma contra-prestação (prêmio, cota) e representam, por conseguinte, em primeiro lugar, a conseqüência do contrato de seguro e do pagamento do prêmio (ENNECCERUS-LEHMANN, `Tratado", cit, vol. cit, pág. 89).

Logo, só se deve pensar na *compensatio lucri cum damno* quando esta fórmula se referir aos casos de imputação direta compensação de vantagens. Em outras palavras: a cumulação de indenizações só estará excluída quando o dano e a vantagem estejam de tal forma identificados que constituam uma *unidade* (ENNECCERUS-LEHMANN, vol. cit., pág. 88, II, 1, *a*). Assim, permitindo-se à vítima ou aos seus herdeiros e sucessores o direito de agir simultâneamente contra o autor do dano e a instituição asseguradora (privada ou estatal), não se está, com essa cumulação de pretensões, legitimando nenhum enriquecimento ilícito ou injusto, porque as causas jurídicas de responsabilidade, num e noutro caso, são distintos; isto é, não se configura, neste caso, a *unidade* do dano e da *vantagem* (*lucrum*).

A circunstância de que, como conseqüência do ato ilícito, a vítima fica em situação de poder exigir alimentos de outra pessoa (parente, cônjuge, sociedade de auxílios mútuos ou filantrópica, instituição de beneficência, Estado), por lei

ou pelo contrato, não pode, evidentemente, ser invocada pelo responsável, para escusar-se à indenização ou vê-la reduzida (FISCHER, ob. cit., pág. 215; ORGAZ, *ibidem*, página 210), justamente porque falta essa unidade do prejuízo e do lucro, que tem causas jurídicas distintas, e só tem de comum o momento ou ocasião do seu desate.

Não fôsse assim, os herdeiros do morto em conseqüência de um acidente culposo estariam impedidos de pleitear indenização do autor do ilícito, pois, muitas vêzes, a herança, o patrimônio deixado pelo defunto, importa em renda superior à pensão recebida da vítima e que continuaria à ser recebida depois da morte desta. E, então, não haveria prejuízo a considerar, nem dano a reparar. Mas, a tal absurdo não se pode chegar, porque o ato ilícito não é mais do que a ocasião fortuita em que se verifica o benefício, cuja causa jurídica não está, nem mediata, nem imediatamente, no acidente mortal, mas decorre da vocação hereditária, que surge da, lei ou do testamento (PLANIOL-RIPERT, loc. cit.; AUBRY et RAU-BARTIN; DEMOGUE e SAVATIER).

Como bem esclarece VICENTE DE AZEVEDO, a obrigação de indenizar subsiste sempre, independentemente das condições pecuniárias do ofendido, ou precauções que haja tomado, ou seguros que haja feito: o ofensor, ou responsável pelo dano, não pode alegar que o ofendido recebeu, de companhia de seguros, pelo dano sofrido, a importância correspondente; ou que a sua família se acha amparada por bens de fortuna ou por seguro de vida instituído, ou montepio, ou pensão, etc. A obrigação de ressarcimento subsiste sempre, pela totalidade do dano ("Crime Dano - Reparação", pág. 324, n. 120).

É também a lição de CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado", vol. 3, pág. 329), que argumenta: a indenização deve ser paga pela pessoa que causou o dano e, no caso de seguro custeado pela, própria vítima, seria esta que pagaria indiretamente a indenização, sem a menor interferência da pessoa responsável pelos prejuízos verificados. AGUIAR DIAS é do mesmo pensar ("Da Responsabilidade Civil", II, pág. 329, *in fine*). No mesmo sentido recolhem-se os ensinamentos de DEMOLOMBE ("Cours", XV, n. 685), e CONSOLO ("Del risarcimento del danno", página 208, n. 2).

Pelas mesmas razões; não afastam a obrigação de reparar o dano, em sua integralidade, o fato de que a vítima ou seus herdeiros foram beneficiados com uma subscrição pública (GIORGI, V, pág. 258, n. 162).

Esta passagem de DERNBURG parece ter sido escrita para o caso dêstes autos: "Uma pensão de viuvez, devida por uma instituição seguradora, não pode ser imputada no pedido que a viúva formula, em conseqüência da morte do marido e com apoio na lei determinante da responsabilidade, apesar de ser essa pensão percebida em decorrência daquela morte" ("Pandette", II, pág. 183, nota, WINDSCHEID, II, parág. 258, nota 4).

O que é preciso fixar, de uma vez por, tôdas, é que a expressão *alimentos* serve apenas de critério ao julgador, quando êste tem de precisar o *quantum* da Indenização: "Não constitui fundamento da reparação, porque assim perderia o seu caráter de reconstituição, para assumir o de substituição da obrigação alimentar" (AGUIAR DIAS, II, pág. 327).

Isto, em relação ao.que havia de mais relevante na segunda apelação, cujas demais argüições são desprezadas por serem baldas de razão, o que determinou negar-se provimento *in totum* ao recurso da segunda apelante.

Entretanto, solução diversa é adotada em relação à primeira apelação, que se provê, para atender ao aumento pleiteado pela autora, ficando, em conseqüência, aumentada a pensão alimentícia para dois terços dos vencimentos da vítima; sem qualquer restrição, relativa ao estado de viuvez da 1ª apelante. Como tem decidido a 8ª Câmara Cível, a pensão alimentícia, como indenização civil, deve ser paga durante todo o tempo de vida provável da vítima, não sendo admissível restrição condicionada à continuição da viuvez da beneficiária ("Diário da Justiça" de 15.7.1948, ap. n. 153). Essa é também a jurisprudência dos tribunais alemães, com apoio no B. G. B., conforme se recolhe em FISCHER: a obrigação de pagar a renda não caduca por efeito do segundo matrimônio (ob. cit., págs. 215-216, nota 18). AGUIAR DIAS, depois de mostrar que do fato de se referir o Código à pessoa a quem o defunto devia alimentos, não se pode concluir que a indenização só é concedida como pensão alimentar, remata com esta afirmativa: "Ainda que alguém substitua, e até com vantagem o prestador de alimentos, nem assim se aceita êsse fato como elisivo da "obrigação de indenizar". E a razão é a seguinte: "O direito à reparação é um

ativo que figura no deve-haver do credor, cujo patrimônio integra como qualquer outro título de crédito" ("Da Responsabilidade Civil", II, págs. 328-329, n. 230). Logo, não pode subsistir o limite restritivo da sentença.

Em conseqüência, deu-se provimento à primeira apelação, para condenar a 2ª apelante a pagar a seguinte indenização: *a)* uma pensão mensal, mediante depósito de títulos da dívida pública federal que a assegurem, pelo período de 13 anos, a começar em 9 de outubro de 1949, e que é fixada em dois terços sôbre a importância de Cr$ 4.124,11, em quanto importavam os vencimentos ou salários percebidos pela vítima na ocasião do acidente, excluída a limitação relativa ao estado de viuvez da autora; *b)* Cr$ 4.000,00, pagos de uma só vez, a título de luto e funeral; *c)* 20% sôbre o total da condenação (pensões vencidas e vincendas), a título de honorários de advogado do patrono da autora; *d)* juros da mora; *e)* custas do processo; *f)* a importância necessária ao pagamento do impôsto de renda correspondente aos títulos caucionados, devendo êsse pagamento ser feito pela própria ré, na repartição arrecadadora.

Distrito Federal, 15 de julho de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Martinho Garcês Neto*, relator.

Emanuel Sodré, vencido, em parte, pois só dava provimento à primeira apelação para calcular os honorários sôbre o total da condenação, e provia à segunda para que da indenização se descontasse o que a autora já estivesse recebendo da Caixa ou Instituto. Tem-se entendido, muito razoavelmente, que se deve fixar em um têrço de seus proventos o que o marido costuma despender com a mulher, e assim a sentença já foi mais longe, ao fixar a pensão em 60% daqueles vencimentos. Mas o ponto *nevrálgico* da minha divergência está na segunda parte, relativa ao desconto das pensões do Instituto.

Nunca será de mais louvar-se a notável mostra de erudição revelada pelo preclaro relator do acórdão supra; mas quando, se chega, mercê dos anos e do tirocínio na carreira, às culminâncias desta, vai-se perdendo o apêgo à letra de forma, isto é, à opinião dos doutrinadores, por mais abalizadas que sejam, deve o julgador de última instância antepor o seu próprio parecer na interpretação das leis, em face dos princípios gerais que as inspiraram e das circunstâncias de cada caso concreto, que raramente coincidem. Por isso é que já tenho escrito que, antes de apelar para repositórios mais ou menos fartos, deve o juiz ler o

seu Código meditadamente, à luz do sistema em que se entrosa, e raciocinar com o seu esfôrço, e só no caso de continuar em dúvida, às vêzes bem torturante, é que deve recorrer às opiniões alheias.

Como por mais de uma vez já tenho acentuado, repetindo conceito por demais corriqueiro, - indenização é a reparação, tão completa quanto possível, dos prejuízos resultantes do fato danoso. É o que bem mostra o art. 1.059 do Cód. Civil brasileiro. Se a vítima do evento, ou os seus beneficiários, vão receber, além dessa indenização, mais o que a Caixa ou Instituto passou a pagar em conseqüência do mesmo desastre, é evidente, é manifesto, é irretorquível que não vão ser êles 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 firmar-se em nossos tribunais a tendência para não deduzir tais pensões; mas, sem dúvida, existem valiosos julgados de acôrdo com o presente voto: "REVISTA FORENSE", vol. 105, pág. 302; "Arquivo Judiciário", vol. 43, pág. 244, etc. Nesta última coletânea se lê um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo então desembargador MÁRIO GUIMARÃES, e onde se encontra êste incisivo trecho: "A *indenização* tem por fim, exclusivamente, ressarcir os danos".

Recorro agora a FISCHER ("Los Daños Civiles y su Reparación"):

"A reparação dos danos consiste em *restabelecer* o estado de coisas que existiria se não houvesse ocorrido o evento danoso" (pág. 161).

"O ideal, num regime de reparação de danos, é que o prejudicado não fique mais pobre, *nem mais rico*" (pág. 185).

Recorri agora a FISCHER, especialista no assunto, por simples questão de probidade intelectual, para não repetir, como se fôssem minhas, palavras já expendidas por aquêle tão notável mestre da matéria.

Em suma: *dano*, em sentido amplo, como disse CLÓVIS BEVILÁQUA, é tôda diminuição dos bens jurídicos da pessoa, donde só caber *indenização* quando há diminuição do patrimônio do credor; e se êste, precisamente *em virtude do desastre*, já vem recebendo certa soma, não é possível adicionar esta verba à que lhe vai ser paga como reparação *cabal* do prejuízo, que sofreu: seria, sem sombra de dúvida, um enriquecimento indevido. E, repita-se mais uma vez, se com essa dedução o responsável pelo desastre é que vai lucrar, à Caixa é que cabe ajustar com êle as suas contas.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos; nestes autos de apelação cível n. 15.945, os embargos declaratórios de fls. 143, opostos pela 1ª apelante, Ricarda de Sousa Araújo, ao acórdão de fls. 134-139:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, unânimemente, receber ditos embargos, para o fim de esclarecer que os honorários do advogado da autora, 1ª apelante, a que se alude na sentença e no acórdão embargado, devem ser calculados sôbre o total da indenização a ser-lhe paga pela ré, 1ª apelada.

O acórdão de fls. 134-139, ao aludir às *pensões vencidas e vincendas*, não quis, nem podia, limitar a elas o total das quantias sôbre o qual deveriam ser calculados os honorários do advogado da autora, 1ª apelante, mas, apenas, discriminar as espécies de pensões devidas. Ora, pelo despacho de fls. 98, o Dr. juiz *a quo*, provocado pela petição de fls. 96-97, declarou que os honorários do advogado da autora teriam que ser calculados abrangendo o total da indenização.

Na apelação da ré, 2ª apelante, não foi impugnada a decisão de primeira instância nesse ponto: sòmente pleiteou a 2ª apelante, quanto a tais honorários, que, fôsse feita redução da taxa de 20% para,.. 10% (razões de fls. 111, letra c). Ora, sendo assim, não podia o Tribunal ad quem modificar aquela parte da sentença, contra a qual, nada se argüiu.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 11 de agôsto de 1953. - *Oliveira Sobrinho*, presidente e relator; *Eduardo Sousa Santos; Eduardo Espínola Filho*.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

DESPEJO - RETOMADA

- Desde que fique provado que o prédio próprio em que reside o proprietário retomante está precisando de obras urgentes para sua conservação e segurança e que estas, por seu vulto, não podem ser realizadas estando êle ocupado, justifica-se a necessidade que lhe fundamenta a retomada de outro de sua propriedade para sua residência.

Vitalina de Assis Schneider **versus** Rosa Elkan

Ap. n. 18.949 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 26 de agôsto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.562)

*

AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO - REQUISITOS

- Sem que concentrem no pagamento os requisitos da falta de causa, êrro do **solvens** e falta de uma obrigação moral que autorize a **soluti retentio**, não haverá a **conditio indebiti** e, pois, repetição do indébito.

Alcina César de Carvalho **versus** Mário Mangia

Ap. n. 19.047 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 2 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.563)

SENTENÇA - PRAZO - FALÊNCIA - PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- Não é nula a sentença pelo excesso do prazo em que deveria ter sido proferida, se essa demora se acha plenamente justificada.

- Não constitui abuso de direito a arrecadação, pelo sindico da falência, de terreno objeto de promessa de venda a terceiro, desde que êsse terreno se achava transcrito em nome de um dos sócios solidários da sociedade falida e essa arrecadação foi autorizada pelo Juízo da falência.

Agenor de Araújo Machado **versus** Banco de Operações Mercantis S. A.

Ap. n. 14.210 - Relator: DESEMBARGADOR HENRIQUE FIALHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 17 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.564)

*

CONDOMÍNIO - SÍNDICO - ADMINISTRADOR OU PROCURADOR

- Cessam as funções do administrador e procurador dos condôminos, constituído na fase de conclusão do edifício, quando é eleito o sindico por assembléia geral.

João Baker **versus** Carlos Howart Rodrigues

Ap. n. 14.543 - Relator: DESEMBARGADOR FARIA COELHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 6 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.565)

*

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - LIMITE

- O procurador judicial não poderá exigir quantia maior à que pleiteou anteriormente à propositura da ação de honorários.

Aliatar Cardoso de Almeida **versus** Vila Sagres S. A.

Ap. n. 14.616 - Relator: DESEMBARGADOR HUGO AULER - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 30 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.566)

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - RETOMADA

- A natureza absoluta do direito de retomada há de ceder necessàriamente tôda vez em que o pedido de reprise se restringir à simples e mera invocação desta prejudicial.

João Jorge de Oliveira **versus** J. Morais Sousa & Cia. Ltda.

Ap. n. 14.692 - Relator: DESEMBARGADOR HUGO AULER - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 17 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8:567)

*

DESPEJO - SUBLOCATÁRIO

- O sublocatário tem direito de intervir na lide para alegar Conluio entre o locador e o sublocador.

S. A. Garagem Real **versus** João Francisco Larco

Ap. n. 14.719 - Relator: DESEMBARGADOR HUGO AULER - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 30 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.668)

*

DESPEJO - RETOMADA PARA RECONSTRUÇÃO

- Pode e deve a autor de uma retomada, que abrange diversos prédios independentes. mas compreendidos no mesmo projeto de reconstrução, postular a sua pretensão em uma única ação contra os diversos inquilinos daqueles prédios.

- A retomada para reconstrução de prédio de maior capacidade de utilização assenta a sua legitimidade em pressupostos objetivos consubstanciados na licença da obra e plantas em que a mesma se define.

Euclides Pinto de Magalhães e outro **versus** Joaquim Freitas da Fonseca

Ap. n. 15.793 - Relator: DESEMBARGADOR GARCÊS NETO - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 16 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.569)

*

SOCIEDADE CIVIL - ELIMINAÇÃO DE SÓCIO

- Não pode ser anulada judicialmente a decisão dos poderes competentes das sociedades civis que, com fundamento em disposições de seus estatutos, resolvem eliminar alguns de seus associados, senão no caso de não se verificarem os motivos invocados para justificação do ato; cabendo, entretanto, aos órgãos competentes da associação o exame, apreciação e julgamento da conduta do sócio visado pela eliminação.

António Magalhães Macedo **versus** Real Sociedade Clube Ginástico Português

Ap. n. 15.809 - Relator: DESEMBARGADOR HENRIQUE FIALHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 17 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.570)

*

INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS - MORA DO DEVEDOR

- Não demonstrando ter havido mora do devedor caracterizada no momento oportuno, inadmissível é o pedido de restituição de quantias adiantadas em função do contrato que se alega descumprido.

Irmãos Lembo & Cia. Ltda. **versus** Eletromecânica e Metalúrgica Ferbomes Ltda.

Ap. n. 15.853 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 2 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.571)

*

ILEGITIMIDADE DE PARTE - DESPACHO SANEADOR - AÇÃO COMINATÓRIA - PRÉDIO EM RUÍNA

- Não procede a preliminar de nulidade do processo por ilegitimidade de parte se de tal matéria cogitou o despacho saneador, do qual não se recorreu.

- Ao proprietário do prédio vizinho é assegurado o direito de pedir a demolição do prédio contíguo, cujo estado de ruína constitua um perigo iminente quanto à segurança do seu prédio.

Espólio de Cristóvão José de Andrade **versus** Ernesto Augusto César

Ap. n. 15.080 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 27 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.572)

*

DESPEJO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO

- O fato de o locador ter arrendado, o imóvel, com a alienação de maquinismos nele instalados, não significa a exclusão do direito de retomada, sobretudo quando nada se objeta em relação à sinceridade dêsse pedido.

M. Catarino & Cia. **versus** Joaquim Moreira Crespo

Ap. n. 16.035 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 17 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE, - Cív. 8.573)

*

DESPEJO – PURGAÇÃO DA MORA – IMPUGNAÇÃO

- E de confirmar o despacho que manda simplesmente processar o requerimento de purgação da mora.

- Impugnada pelo autor do despejo a purgação da mora, o processo tem que prosseguir com o rito ordinário. Assim, incorre em nulidade o julgamento imediato da purgação da mora, sem ter lugar o despacho saneador e a audiência de instrução e julgamento.

Peppino Scrivano **versus** Zelina Rodrigues Vilarinho

Ap. n. 16.143- Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 23 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.574)

*

DESPEJO – RELAÇÃO "EX LOCATO" - PROVA

- A consensualidade da locação não dispensa aquele que invoca o contrato de provar a formação do vinculo jurídico.

José Francisco dos Santos **versus** Hercilia Maria Leandro

Ap. n. 16.297 - Relator: DESEMBARGADOR GARCÊS NETO - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 3 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.575)

*

DESPEJO – LOCAÇÃO - DESINTELIGÊNCIA ENTRE LOCADOR E LOCATÁRIO

- Se se trata de habitação comum, as desinteligências surgidas entre inquilino e subinquilino podem, conforme as circunstâncias do caso, determinar a rescisão da sublocação e o conseqüente despejo.

Joana Cardoso **versus** Isaura de Oliveira Ferreira

Ap. n. 16.368 - Relator: DESEMBARGADOR GARCÊS NETO - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 27 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.576)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - CONCURSO - INSCRIÇÃO RESTRITA

- Havendo a lei estabelecido o concurso de títulos para certa categoria de funcionários, pode a respectiva inscrição restringir-se aos interinos a extranumerários, bem como aos funcionários diplomados.

Prefeitura do Distrito Federal **versus** Osvaldo - Ribeiro dos Santos Abranches

Ap. n. 9.949 - Relator: DESEMBARGADOR OSCAR TENÓRIO - Ac. da 30 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 30 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.577)

*

DESPEJO - RETOMADA - SIMULAÇÃO

- O fato de ter sido celebrada a escritura de promessa de compra e venda entre mãe e filho não implica em reconhecer simulação por, parte dêste, como retomante, para o exercício da retomada do imóvel objeto daquela.

Hélio de Freitas **versus** Olívia Rosas

Ap. n. 17.848 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 25 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.578)

*

DESPEJO - CESSÃO DA LOCAÇÃO

- Provada a cessão de locação com o consentimento do finado proprietário, não podem os herdeiros argüir ilegitimidade de transferência.

Espólio de Osvaldo Freire Braga de Sequeira **versus** Nélson Sena do Vale Pereira

Ap. n. 17.861 - Relator: DESEMBARGADOR SADI DE GUSMÃO – Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do distrito Federal, em 9 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív: 8.579)

*

MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE DO PROCESSO - TESTAMENTO

- É nulo o processo desde a inicial, quando não foi ouvido o Ministério Público por se tratar de processos contenciosos que interessam à execução, dos testamentos.

Apelado: Alencar Pires Salgado

Ap. n. 18 062 - Relator: DESEMBARGADOR, SABÓIA LIMA - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 3 de junho de 1942.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.580)

*

DESAPROPRIAÇÃO - VALOR ATUAL

- Não se tornando efetiva a desapropriação durante o ano; a partir do decreto que a determina, a indenização será fixada em conformidade com o, valor, atual do imóvel desapropriado, acrescida dos honorários do advogado.

Laura Rocha Guimarães **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ap. n. 15.872 -:Relator,: DESEMBARGADOR HENRIQUE FIALHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 22 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 18.581)

*

DESPEJO - RETOMADA

- O fato de não ter sido, proposta imediatamente após o decurso do prazo da notificação a ação de despejo fundada em, retomada para uso próprio, pode constituir gesto de tolerância, não abandono ou desistência à retomada.

Bernardo Monte Verde **versus** Isaías Salgado Pereira

Ap. n. 18.177 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em, 27 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.582)

Tribunal de Justiça de São Paulo

PARCERIA AGRÍCOLA - VALOR DOS FRUTOS

- Não se deduzem do valor dos frutos, a que tem direito o parceiro agricultor pelo inadimplemento do parceiro proprietário, as despesas com a cultura da lavoura e a colheita.

- Se o parceiro agricultor tem o direito de trabalhar e se foi privado dêsse direito por ato ilícito do parceiro proprietário, deve ser indenizado do que ganharia com o produto do trabalho.

Sebastião Pereira da Silva *versus* José Alves Pereira

Ap. n. 59.157 - Relator: DESEMBARG. PAULO COLOMBO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 59.157, de Pompéia, apelantes, e reciprocamente apelados Sebastião Pereira da Silva e José Alves Pereira:

Trata-se de liquidação da sentença que condenou José Alves Pereira a pagar a Sebastião Pereira da Silva os prejuízos que êste teve, pelo não cumprimento, por aquêle, de um contrato de parceria,, no ano agrícola 1950-1951. Esses prejuízos, o juiz de primeira instância decidiu muito bem, de acôrdo com as provas dos autos, serem os resultantes do não recebimento pelo exeqüente da percentagem na produção de 8.000, cafeeiros, do que podia ter ganho com a produção dos cereais, do valor das benfeitorias feitas pelo exeqüente e das despesas com a condução e refeição das testemunhas. Tendo em consideração os laudos periciais, tirando a média dos valores nêles dados, fixou o *quantum* de cada uma dessas parcelas e acrescentou à soma delas 15% para honorários de advogado, a que o executado tinha sido também condenado na sentença exeqüenda.

É de aceitar-se essa conclusão da sentença, não devendo ser modificada qualquer das parcelas enumeradas nela.

O executado, nas razões de apelação, pleiteia que se deduzam as despesas com o custo da lavoura e a colheita dos frutos por êle feitas, que são as correspondentes ao pagamento de colonos para a cultura e empregados para a colheita, argumentando com as opiniões de autores que mandam que no cálculo do valor dos frutos e rendimentos se faça a dedução das despesas.

Está dedução se justifica no caso do possuidor ter de indenizar ao proprietário do valor dos frutos e rendimentos percebidos. No de indenização pelo inadimplemento de' um contrato de parceria agrícola, ela não deve ser feita; é que, neste contrato, o parceiro agricultor entra com o seu serviço e recebe uma remuneração por êle. Dai a semelhança entre êle e a locação de serviços, o que fêz alguns autores afirmarem ser a parceria uma espécie de locação de serviços (CUNHA GONÇALVES, "Tratado de Direito Civil", vol. 7, pág. 374). Esta opinião, combatida por êste jurista português, não pode ser aceita, porque, se há semelhança,, outras há com outros contratos, como os de locação de coisas e sociedade, ao lado de caracteres próprios que lhe dão a natureza de um contrato especial. Mas não se pode negar que o parceiro agricultor trabalha, tem o direito de trabalhar, e se foi privado dêsse direito por ato ilícito do parceiro proprietário, deve ser indenizado do que ganharia com o produto do trabalho.

No caso dos autos, se o exeqüente pudesse trabalhar no ano agrícola 1950-1951 nas terras e lavoura do executado, se não fôsse impedido por êste de trabalhar, teria as vantagens apontadas na sentença.

Justo não é que delas se diminua o que o executado pagou pelo mesmo trabalho a outros.

Isto pôsto:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, negar provimento às apelações.

Custas pelos apelantes, na forma da lei.

São Paulo, 9 de setembro de 1952. - *Paulo Colombo*, presidente e relator; *Amorim Lima; Davi Filho.*

*

SERVIDÃO DE CAMINHO - TOLERÂNCIA

- Se não existe título comprobatório da servidão de caminho - servidão descontínua - nem prova da realização de obras visíveis e permanentes no prédio serviente, não pode o direito de livre trânsito pela estrada ser protegido pela ação possessória.

- Inteligência e aplicação dos artigos 497, 509 e 696 do Cód. Civil.

Alberto Ávila Ribeiro e sua mulher e Cide Alberto Ávila Ribeiro *versus* João Ribeiro da Silva e sua mulher

Ap. n. 59.260 - Relator: DESEMBARG. PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 59.260, da comarca de Catanduva, entre partes, apelantes Alberto Ávila Ribeiro e sua mulher e Cide Alberto Ávila Ribeiro (menor púbere) e apelados João Ribeiro da Silva e sua mulher:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotado o relatório de fls., rejeitar a preliminar de nulidade do processo, contra o voto do Sr. 8° juiz e contra o voto do Sr. revisor, e dar provimento às apelações, para reformar a respeitável sentença recorrida e julgar improcedente a ação, ficando cassado o mandado liminar da posse da servidão de caminho, concedido aos autores.

Custas de todo o processo pelos apelados.

Assim decidem, porque:

Diz o Dr. juiz de direito, a fls., de sua respeitável sentença, que os autores querem ver garantido o seu direito de livre transito pela estrada em questão, por via desta possessória, alegando que sempre por ali passaram, como outras inúmeras pessoas, sem qualquer impedimento. A possibilidade dessa garantia, diz S. Exª já ficou demonstrada no despacho de fls. e encontra apoio em lição de MENDES PIMENTEL, adotada, em seguidos julgados, pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado. E acrescenta: Não há dúvida que foram os autores que fizeram reconstruir a ponte, e que êles sempre tiveram passagem franca, pela estrada, através do imóvel dos réus. Pouco importa que algumas testemunhas afirmem que tal passagem se fazia, apenas, por tolerância dos réus, que, vez em quando, mantinha fechada a porteira, com um cadeado. Essa circunstância é desmentida por outras testemunhas, que esclareceram não ser sòmente os autores que passavam, com liberdade, pela estrada, mas inúmeras outras pessoas, entre as quais as próprias testemunhas (fls.).

A afirmativa de que não há dúvida que foram os autores que reconstruíram a ponte em questão, foi baseada na declaração dos peritos e nos depoimentos das testemunhas de fls.

Dizem realmente os peritos que, pelo madeiramento existente na ponte do rio São Domingos, podem afirmar ter sido essa ponte reconstruída, em data que não podem precisar. E acrescentam que, por informações, ficaram sabendo que essa reconstrução fora feita pelo autor (fls.).. Não esclarecem quais foram essas informações.

Afirma o réu que nunca soube de qualquer consêrto que essa ponte tivesse sofrido (fls.).

E estranhável também, como observam os apelantes, que, em seu depoimento pessoal, o autor nenhuma referência tenha feito a essa reconstrução, tendo, entretanto, declarado que, - quando entrou na posse efetiva da fazenda São Salvador, já existia uma ponte sôbre o rio São Domingos, ligando êsse imóvel ao dos réus, não sabendo precisar quem fêz essa ponte (fls.).

Com relação aos depoimentos das testemunhas, o que se deve concluir é que são êles conflitantes, nada autorizando a conclusão tirada pela respeitável

sentença recorrida, de que as testemunhas que afirmaram que tal passagem se fazia, por tolerância dos réus, foram desmentidas por outras, que declararam que essa passagem se fazia livremente. Sendo conflitante a prova testemunhal, a conclusão sòmente poderia ser favorável aos réus.

Acresce que a própria sentença reconhece que a ponte foi construída, em. 1927, pelo réu. A porteira è o mata-burros foram exclusivas do réu, que é quem conserva a estrada, desde a sede de seu imóvel até à rodovia estadual (fls.).. E, afinal, conclui dizendo que "a conservação da estrada deve ser feita, doravante, pelos autores (Cód. Civil, art. 700) e não pelos réus, como até agora vinha sendo" (fls.).

Por conseqüência, não tendo os autores provado que foram êles os construtores das referidas obras no prédio serviente, não podem valer-se da lição de MENDES PIMENTEL e dos venerandos julgados, por êle invocados.

Pela prova constante dos autos, é manifesta a improcedência da presente ação de manutenção de posse.

A servidão não se presume, diz o artigo 696 do Cód. Civil.

Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, declara o artigo 497 do mesmo Código. E o art. 509 esclarece que os artigos anteriores (referentes aos efeitos dá posse) "não se aplicam às servidões contínuas não aparentes nem às descontínuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor dó prédio serviente, ou daqueles de quem êste o houve".

Comentando esse dispositivo legal, diz ASTOLFO RESENDE que: "não é permitido o uso das ações possessórias para proteger o gôzo de servidões descontínuas, ou de continuas não aparentes, senão quando o que a invoca tiver um título provindo do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem êste o houve" ("Manual do Código Civil Brasileiro", vol. VII, pág. 258).

Copiosa também é á jurisprudência nesse sentido:

"Os remédios possessórios não são meios idôneos para proteger servidões descontinuas, como a de caminhos, desde que elas, não repousando sob títulos,

assentam apenas no uso, aplicando-se este preceito de modo geral, sem levar em conta a, data em que tenha sido iniciada a servidão, pelo que os tribunais devem depois da entrada em vigor do Código Civil, aplicar uniformemente êste preceito, isto é, que as ações possessórias são incabíveis nas hipóteses cogitadas no texto legal: acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 19 de junho de 1952" "Arq. Judiciário", t. XXV, pág. 112; *idem* do Tribunal de São Paulo, de 21 de março de 1933, "Rev. dos Tribunais", vol. 87, página 107, *apud* OLIVEIRA CASTRO, "Código Civil Aplicado", vol. V, n. 404, página 155).

No mesmo sentido foram proferidas as decisões, que se encontram em "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", 1941, vol. V, pág. 78, "Rev. dos Tribunais", vols. 98; pág. 195, e 107, pág. 582. Ainda recentemente, em acórdão unânime da egrégia 4ª Câmara de 3 de novembro de 1949, foi decidido que:

"Tratando-se de servidão descontinua e não aparente, os atos invocados como de posse se confundem, geralmente, com os de, mera tolerância, que não autorizaram a proteção possessória proteção possessória" ("Rev. dos Tribunais", vol. 184, pág. 72).

Este venerando acórdão pôs em relêvo a razão justificativa do art. 509 do nosso Cód. Civil, a qual também já havia fervido de fundamento ao art. 891 do Código civil francês.

Diz o art. 891 do Cód. Civil francês que:

"As servidões continuas, não aparentes, e as, servidões descontinuas, aparentes ou não aparentes, só podem ser estabelecidas por títulos. A posse, mesmo imemorial, não é suficiente para estabelecê-las...". O final do artigo ressalva as direitos já adquiridos.

Comentando o referido art. 891, diz ADRIEN BASTID que: "Relações de familiaridade e de boa vizinhança, explicam aqui a falta de impugnação oposta aquêle que exerce a servidão. Daí uma grande incerteza reina sôbre o caráter da posse. A servidão é exercida *jure servitutis, ou jure familiaritatis*? É a esta última interpretação que a lei se firma: "Nada assegura, nada pode mesmo fazer presumir, diz a exposição de motivos de BERLIER, que o proprietário vizinho

tenha tido um suficiente conhecimento de atos, às vêzes muito equívocos, e cuja prova é então inadmissível". Admitir essa prova que a posse era insuficientemente caracterizada, não seria, com efeito, suprimir os serviços diários prestados entre vizinhos é que a lei tem todo interêsse em manter? Se fôsse permitido invocar, em seguida, como o exercício de um direito, os atos praticados em virtude ùnicamente da tolerância do proprietário vizinho, a eqüidade seria profundamente atingida, a discórdia se ergueria entre os proprietários de imóveis contíguos, por causa da zelosa vigilância que êles exerceriam, um em relação ao outro" ("Etude sur la Possession des Servitudes Discontinues et des Servitudes non Apparentes", pág. 7).

Na mesma ordem de idéias, declara BELIME, que: "Conforme os melhores autores que escreveram sôbre a matéria e os próprios redatores do Cód. Civil, os fatos de passagem, tirada de água e outros semelhantes, são sempre entendidos, até prova em contrário, como sendo baseados na simples familiaridade, suportados por espírito de boa vizinhança. Não se vê todo dia um proprietário pedir permissão ao vizinho para tirar água, e obtê-la, sem que tenha a mínima idéia de exercer um direito? O legislador entendeu, com razão, que, se a êsses atos se atribuísse o efeito de produzir a prescrição, viria alterar o espírito de mútua tolerância que deve reinar entre vizinhos, lançando em suas relações a desconfiança que sempre nasce do temor de deixar adquirir um direito contra si mesmo.

"Declarai prescritíveis as servidões descontinuas e tão pronto tôdas as portas se cerrarão, cada proprietário exercerá uma ciumenta vigilância no limite de sua herdade; êle recusará as mais vulgares atenções, receando em cada serviço prestado um germe de prescrição, que poderá ser armado, mais tarde, contra êle. Daí as más atitudes, a acrimônia, os ódios, que justificam muitas vêzes o provérbio "*rara vicinorum concordia*". No interêsse da boa harmonia, o Código generalizou o que é verdadeiro na maioria dos casos, considerando que tôda servidão descontínua é exercida por mera tolerância e não como um direito. Tal é o significado do art. 891, que as declara imprescritíveis; razão por, que elas não produzem á ação possessória". ("Tráité du Droit de Possession et des Actions Possessoires", n. 256, pág. 275).

Ora, no presente, o único ato mencionado pela respeitável sentença como tendo sido praticado pelo autor, com referência à estrada em questão, foi a reconstrução da ponte sôbre o rio São Domingos.

E de se notar, porém, que o prefeito municipal de Pindorama atesta que: "A estrada que, partindo da Fazenda Santa Rita, dêste Município, e que vai ligar-se com a estrada intermunicipal que liga este Município ao Município de Santa Adélia, toda ela localizada em terreno da citada fazenda, foi construída, e desde então está sendo conservada, pelo proprietário das terras, Sr. Alberto D'Ávila Ribeiro, estando também a cargo do referido Sr., desde a sua abertura, a construção de pontes e mata-burros ali existentes. Atesta mais que, para serventia dos proprietários rurais ali existentes, Srs. João e Antônio Ribeiro da Silva, e outros, existe uma estrada municipal, conservada por esta Municipalidade, e que, partindo daquele bairro e passando por terrenos da Fazenda Experimental do govêrno, é a mais próxima e melhor conservada para aquêles que, partindo daquele bairro, para esta cidade se dirigem" (fls.).

Esse documento, vem; inquestionàvelmente, reforçar os depoimentos das testemunhas de fls., declarando que a passagem pela estrada em questão tem sido feita dor mera tolerância dos réus, sem que dêsse fato se possa induzir qualquer direito dos autores.

Aliás, aos autores é que cumpria á, prova dêsse direito, e tal prova não foi produzida, não podendo os mesmos valer-se da lição de MENDES PIMENTEL, sôbre a matéria, por ser a mesma inaplicável ao presente caso, como já foi dito.

Entretanto, sôbre êsse mesmo assunto; não se pode olvidar o ensinamento do professor da Universidade de Nápoles MATTEO GALDI, declarando que: "O exercício da servidão descontínua consiste "precisamente no fato do homem, de modo a confundirem-se e formarem uma só coisa o fato do homem e o exercício de servidão. Com efeito, quando o homem não exercita atualmente a passagem pode dizer-se que existe um caminhe sôbre o imóvel de outro, más não se pode nunca dizer que existe o direito de vizinho de passar por êle; vale dizer que existe o imóvel com a sua modalidade mas nenhuma coisa torna manifesto que aquêle caminho deva necessàriamente servir de passagem a outrem, que não seja o seu proprietário..."

Cita o mesmo autor a seguinte decisão da Côrte de Cassação de Nápoles: "É juridicamente impossível que uma servidão declarada descontínua por disposição de lei, se transforme em contínua por sinais que, em suma, são aspectos indeterminados e indefinidos, e não podem substituir o fato determinado e atual do homem, em, que reside o exercício da servidão, que por sua natureza é descontínua" ("Delle Servitú Prediali", volume II, págs. 214-215).

Se não existe um título comprobatório da servidão de caminho servidão descontínua, a passagem do homem e sua sombra desaparecem, sem deixar vestígios que demonstrem o direito à servidão.

Assim, a ponte, a porteira, o mata-burros, provam a existência do caminho, mas não provam o direito dos autores de transitarem por êle, sem permissão dos proprietários, que são os réus. Em resumo a servidão não se presume (art. 696 do Cód. Civil); os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse (art. 497); as servidões descontínuas não gozam de proteção possessória, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem êste o houve (art. 509 do citado Código).

Em face de todo o exposto, dão, por maioria de votos, provimento a ambas as apelações, para o fim acima mencionado.

São Paulo, 11 de setembro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*, *vencido*; *Francisco de Sousa Nogueira*, vencido, na preliminar, pois anulava parcialmente o feito, por falta de intervenção do Ministério Público.

*

COMPRA E VENDA – MERCANTIL - MERCADORIA EM DESACORDO COM O PEDIDO

- Não basta que o comprador denuncie ao vendedor o defeito da mercadoria, pondo-a à sua disposição sem pedir abatimento de preço ou a

respectiva substituição. Necessário se torna o reenvio ao vendedor ou o depósito judicial por ser o estabelecimento daquele em outra praça.

- Inteligência dos arts. 210 e seguintes do Cód. do Comércio.

R. Chouri & Cia. *versus* Jacob & Cia.

Ap. n. 59.694 - Relator: DESEMBARG. BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 59.694, da comarca de São Paulo, em que é apelante R. Chourl & Cia. e apelado Jacob & Cia.:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime; adotado como parte integrante deste o relatório de fls., em negar provimento à apelação, pagas as custas como de direito.

A apelada Jacob & Cia., estabelecida em Manaus, Estado do Amazonas, vendeu à apelante R. Chouri & Cia. uma partida de castanhas, remetendo-a ao estabelecimento da compradora, nesta Capital. Sob a alegação de que a mercadoria chegara em descôrdo com o pedido, pois encomendara castanhas graúdas, e as que lhe foram enviadas eram do tipo médio e miúdo, a compradora, incontinente, denunciou êsse defeito aos representantes da vendedora nesta praça, pondo à sua disposição a referida mercadoria. Tendo posteriormente se recusado a aceitar a respectiva duplicata, contra a compradora foi iniciada a presente ação de cobrança do preço da venda, ação julgada procedente pela sentença de fls.

Em face, todavia, da situação criada pela própria recorrente, limitando-se a pôr a mercadoria à disposição dos agentes da vendedora, nesta Capital, sem reenviar-lhe a mesma mercadoria e conservando-a em seu armazém durante longos meses, indubitável é que não podia a ação a ser julgada diferentemente.

Pergunta-se: Qual deve ser o procedimento do comprador, no caso de vício redibitório ou de defeito de qualidade da coisa vendida? A uma redação dos

artigos 210 e segs. do Cód. Comercial, já por muitos observada, tem permitido interpretações várias a respeito.

CUNHA GONÇALVES, por exemplo, ensina que, verificado o vício oculto ou defeito de qualidade da coisa, de duas providências pode lançar mão o comprador: ou reclama contra aquêle vício, ou defeito, pedindo redução do preço ou outra coisa igual em substituição, ou reenvia a coisa ao vendedor, exigindo a restituição do preço. Neste último caso, se o vendedor aceita a coisa, presume-se que consentiu na rescisão da venda. Se não a quer aceitar, terá de a fazer depositar judicialmente, por conta e risco do comprador, fazendo intimar a êste do depósito, sob pena de idêntica presunção ("Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro", ed. de 1950, pág. 454).

Já para CARVALHO DE MENDONÇA, a rejeição ou reenvio da mercadoria constitui simples providência complementar da denúncia ou reclamação que o comprador deve fazer ao vendedor dentro do prazo de 10 dias. O comprador, diz o insigne comercialista pátrio; depois de denunciar ou reclamar, e de preparar, no seu Interesse, a prova dos vícios e defeitos ocultos da mercadoria, tem o direito de rejeitar e reenviar a mercadoria ao vendedor ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", volume VI, parte 2ª, n. 886).

Ora, na espécie, quer se aceite o ponto de vista de um ou de outro tratadista, incontestável é que não agiu na conformidade dos dispositivos legais que disciplinam o caso.

Pela carta de fls. cingiu-se a apelante a denunciar aos agentes da vendedora o defeito da mercadoria, pondo esta à disposição dos mesmos, sem pedir abatimento do preço ou a respectiva substituição. Não podia fazê-lo, segundo o entendimento de CUNHA GONÇALVES, para quem a intenção de rescindir a venda, expressa naquela missiva, devia externar-se pelo reenvio da mercadoria à apelada. E, se se aceita o ponto de vista de CARVALHO DE MENDONÇA, devia a apelante, após a denúncia do defeito da coisa e do preparo da respectiva prova, remeter a mercadoria ao vendedor ou fazer o devido depósito judicial, por ser aquêle estabelecido em outra praça (ob. cit., n. 686, *in fine*).

Se assim não procedeu a recorrente, quedando-se inerte, durante muitos meses, com as castanhas depositadas em seus armazéns, permitindo agora que se

lancem dúvidas sôbre se se tratava da mesma mercadoria, como se infere dos vários laudos existentes nos autos, não pode agora pretender que a simples denúncia contida na carta de fls. acarretou a rescisão da venda, para o efeito de isenta-la do pagamento do respectivo preço.

Decidiu, pois, acertadamente a sentença inferior concluindo pela procedência da ação intentada, decisão que, por isso, fica confirmada.

São Paulo, 2 de outubro de 1952: - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente e relator; *Prado Fraga; Pedro Chaves.*

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - CHEQUE VISADO

- Não responde civilmente o Banco pela falta de recebimento de valor de cheque visado se os prejuízos não provieram da sua intervenção no título, mas do fato de ter sido furtado e feito seu desconto sem o necessário endôsso do favorecido.

Domingues, Gouveia & Cia. Ltda. *versus* Banco Noroeste do Estado de São Paulo.

Ap. n. 2.256 - Relator: DESEMBARG. GYGES PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível - processo n. 2.256, da comarca de São Paulo - entre partes, apelantes, os autores Domingues, Gouveia & Cia. Ltda., e, apelado, o Banco Noroeste do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por unanimidade da Turma julgadora, negar provimento ao agravo no auto do processo e prover, em parte, o recurso apenas para isentar os recorrentes da obrigação de pagar a verba de honorários de advogado que lhes foi imposta pela sentença apelada, que é mantida, no mais, pelos seus próprios fundamentos, que adotam.

Ao agravo é negado provimento porque o pretendido exame em nada melhoraria a situação dos autores, que se dizem prejudicados por ato do apelado ao visar o cheque de fls., no valor de Cr$ 7.055,00, emitido em favor de Miguel Faracco & Filhos, furtado à firma beneficiada e dado em pagamento de um rádio aos autores, por pessoa que se dizia empregada da referida firma. Ciente ou não o Banco da existência do furto ao tempo de ser colocado o "visto", não resultou dêsse fato o prejuízo dos autores, mas do recebimento do cheque, sem estar endossado por Miguel Faracco & Filhos, de pessoa não legitimada, e por isso não foi feito o pagamento da referida quantia no Banco. A recusa de pagamento não proveio da inexistência de fundos atestada pelo "visto", mas por falta de endôsso, que os autores procuraram obter dos beneficiários, mas não conseguiram, porque havia sido o cheque furtado e não tiveram os autores, ao negociarem com o suposto empregado, o cuidado de verificar essa qualidade e exigir o indispensável endôsso para receberem a quantia referida no estabelecimento bancário apelado.

Apenas em parte é provido o recurso. Foi a autora condenada a pagar honorários de advogado, mas injustificadamente. Veio ela a juízo para pedir indenização de prejuízo sofrido em razão do não pagamento do cheque, mas, não verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 63 do Cód. de Proc. Civil, não podia ser condenada em honorários de advogado.

Custas do recurso proporcionalmente.

São Paulo, 13 de outubro de 1952. - *L. G. Gyges Prado*, presidente e relator; *José Frederico Marques; Breno Caramuru*.

SENTENÇA

Domingues, Gouveia & Cia. Ltda. move a presente ação ordinária contra o Banco Noroeste do Estado de São Paulo, pretendendo seja o réu condenado a indenizar a autora em quantia que fôr liquidada em execução, custas, juros de mora e honorários de advogado, em virtude dos fatos seguintes: *a)* que, no dia 7 de maio de 1951, a autora foi visitada por uma pessoa que se dizia empregado da firma Miguel Faracco & Filhos, da cidade de Mineiros do Tietê, dêste Estado, pessoa essa que se mostrava interessada na aquisição de um rádio

marca Semp, Mod. A. C. 51, e, após efetuado o negócio pelo preço de Cr$ 2.700.00, conforme prova o documento de fls., a referida pessoa, alegando não possuir numerário, esclareceu que tinha em seu poder um cheque emitido pela firma irmãos Pagani, da, praça de Bauru, em favor de Miguel Faracco & Filhos, cheque êsse do qual era sacado o Banco-réu; *b)* que a autora concordou que a venda fôsse feita, mediante o pagamento com o referido cheque, uma vez que o mesmo fôsse devidamente visado pelo sacado, no caso o réu, e tendo o mencionado cidadão trazido o cheque de volta, devidamente visado, a autora fêz a venda entabulada, entregando o trôco ao mencionado cidadão, trôco êsse que corresponde exatamente entre o valor da mercadoria vendida e o montante do cheque; *c)* que a autora, uma vez recebido o cheque, depositou-o no Banco Mercantil, sendo certo, porém, haver recebido, alguns dias depois, aviso do Banco *supra* que o cheque em questão estava irregular, por falta de endôsso; *d)* que, em face dêsse aviso, a autora procurou entrar em contato com a firma Miguel Faracco & Filhos, a fim de que o cheque fôsse endossado, tendo recebido a informação de um representante da firma aludida que o cheque havia sido furtado; *e)* que, finalmente, cabe ao réu a responsabilidade pelo pagamento do cheque, pois, tendo recebido oportunamente aviso do emitente sôbre o furto, assim mesmo visou o cheque, considerando-o regular, e revelando, por tal proceder, invulgar imprudência, devendo, em conseqüência, responder por perdas e danos sofridos pela autora, como conseqüência do "visto" apôsto no cheque.

2. A ação foi contestada a fls., alegando a contestante, em resumo, o seguinte: *a)* que o cheque questionado, em absoluto, não poderia ser pago, visto tratar-se de um cheque nominativo com cláusula à ordem e que é sòmente transferível por meio de endôsso; *b)* que a conseqüência resultante dos cheques visados consiste sòmente em serem debitados nas contas dos sacadores, e, por outro lado, ficarem as provisões respectivas à disposição dos portadores legitimados, podendo achar-se entre êstes o próprio emitente.

3. O réu, a fls., reconveio, pretendendo na reconvenção seja a autora condenada no pagamento dos honorários de advogado, nos têrmos dos arts. 3°, 83 e 64 do Cód. de Proc. Civil, em virtude de ter havido culpa e má-fé na ação proposta, que, além de temerária, resulta de êrro grosseiro, pois a autora, sabendo da necessidade imprescindível de ser endossado dito cheque, ao invés de

providenciar o devido endôsso de quem de direito, intentara a presente demanda.

4. A reconvenção foi impugnada a fls., alegando a impugnante que a reconvenção não tem cabimento, pois o pedido da mesma devia ser formulado na própria contestação, e, por outro lado, que o cheque foi visado depois de haver o réu reconvinte recebido a comunicação de que a.cambial fôra furtada ou extraviada, bem como a competente contra-ordem de pagamento. Alega, ainda, a reconvinda que é patente a sua boa-fé, o que demonstra e se evidencia pelo contato que tivera em seguida com os emitentes e os beneficiários do título.

5. O processo foi saneado a fls., tendo a autora agravado no auto do processo, como se vê a fls., do despacho de fls., que indeferiu nova perícia;requerida pela autora, bem como a apresentação de quesitos suplementares. Procedeu-se a uma perícia nos livros do réu, tendo sido expedida a competente carta precatória a fim de ser ouvido o representante legal da firma Miguel Faracco & Filhos. Na presente audiência foi tomado o depoimento do representante legal da autora e ainda o depoimento de uma testemunha do réu, tendo as partes, em seguida, debatido a causa, conforme se vê do presente têrmo e do memorial apresentado pela autora.

6. É o relatório. Decido. Tôda a dúvida do presente processo resulta do entendimento que se deva dar à expressão "cheque visado". O eminente PAULO DE LACERDA, em sua clássica obra "O Cheque", é de uma clareza meridiana: "E por que o "visto" é formalidade que prova a apresentação do título e afirmação da existência da provisão, êle significa a concretização do direito do beneficiário a ser pago pela provisão e, assim, autoriza, ou antes, obriga o sacado, sempre na sua qualidade de *adjectus* do emitente credor da provisão, a reservar o necessário para o pagamento do cheque de preferência a qualquer outro posteriormente apresentado. Mas não se pode cogitar do efeito de obrigar o visador a pagar ao beneficiário contra a vontade do emitente". (cf. ob. cit., páginas 75 e 76).

Ainda que sé discorde do festejado PAULO DE LACERDA, equiparando-se, quanto à sua extensão, o cheque visado ao cheque marcado, no que diz respeito à reserva da provisão para pagar o cheque, que ficará à disposição do portador

legitimado, sem admitir-se qualquer atitude por parte do visador ou marcador, que, no caso, passará a ser devedor único, como têm entendido alguns juristas (cf. "Do Cheque no Direito Comparado Interamericano" - E. L. TEIXEIRA, ed. 1947, páginas 350-351), é óbvio que tal equiparação só pode dizer respeito à prova da apresentação do título e da existência de provisão, devendo o título ser pago ao legítimo beneficiário. Feitas estas considerações, como é de boa lógica, ressalta a improcedência do pedido da outra, que pretende se pagar de um cheque do qual não é beneficiária, pois, como se vê do documento de fls., endôsso algum foi feito nesse sentido. O acórdão mencionado a fls. do memorial da autora corrobora nossa assertiva, pois o mencionado julgado responsabiliza o sacado se deixou de verificar a firma do emitente com a devida atenção, ou se pagou o cheque, não obstante o aviso do emitente, no caso de desvio ou furto, ou ainda, acrescentamos nós, no caso do sacado pagar a outrem que não o legítimo beneficiário do cheque.

Agiu bem, pois, o Banco Noroeste do Estado de São Paulo não efetuando o pagamento reclamado pela autora. Admitindo-se, para argumentar, tenha o réu tido ciência do furto do cheque, e, assim mesmo, posteriormente o tenha visado, o que no processo não ficou devidamente provado, ainda assim, a nosso ver, tal irregularidade não facultaria o pedido de perdas e danos formulado pela autora, pela simples razão de que, como se mostrou linhas atrás, o viso apôsto no cheque tem por finalidade precípua autenticar a sua apresentação, bem como confirmar a existência da respectiva provisão.

Por outro lado, prova alguma fêz a autora, como lhe competia, de que o cheque visado o fôra irregularmente, em virtude de inexistir a competente provisão, ou por ser falsa a assinatura do emitente. Finalmente, merece reparo a explicação dada pelo representante da autora de não ter exigido o competente endôsso, muito embora soubesse de sua necessidade, alegando ser grande o movimento do estabelecimento comercial. Tal explicativa, em nada favorece a pretensão da autora, e, forçoso é afirma-lo, não satisfaz.

Acresce salientar ainda que a própria autora, avisada da necessidade do endosso pelo Banco Mercantil, procurou a firma Miguel Faracco & Filhos, a fim de que o cheque fôsse endossado, conforme esclarece o depoimento pessoal do seu representante, endôsso êsse que afinal não conseguiu. Tendo em vista a divergência existente na doutrina quanto à extensão e aos direitos resultantes do

cheque visado, bem como do cheque marcado, não vemos no procedimento da autora qualquer característico que configure o abuso do direito, por não se vislumbrar no processo a sua intenção de prejudicar o réu, bem como, outrossim, muito embora tenha a autora agido com culpa, no caso vertente, não há falar em lide temerária que faculte a penalidade pedida pelo réu em sua reconvenção, que, a rigor, bem poderia ter sido pedida na contestação.

Pelo exposto, considerando que a autora não é parte legítima para exigir a cobrança do cheque questionado, julgo-a carecedora da ação, e, em conseqüência, a condeno no pagamento das custas que, lhe couber e honorários de advogado, que arbitro em 20% sôbre o valor dado à causa, outrossim, pelas razões expostas, julgo improcedente a reconvenção.

Custas em proporção.

São Paulo, 2 de abril de 1952. - *Edmond Acar*.

*

SOCIEDADE IRREGULAR - DISSOLUÇÃO

- A dissolução das sociedades irregulares e das de fato deve ser requerida pela forma do processo ordinário, uma vez que umas se equiparam às outras.

- Aplicação do art. 673 do Cód. de Proc. Civil.

Maria Encarnação Fernandes *versus* Alexios Elian Kurche

Ap. n. 59.722 - Relator: DESEMBARG. OLIVEIRA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 59.722, da comarca de São Paulo, em que são partes, apelante Maria Encarnação Fernandes e apelado Alexios Elian Kurche:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado o relatório de fls., por votação unânime, dar provimento à apelação da ré, Maria Encarnação Fernandes, para anular o processo e determinar que, recebido sem contestação, seja o pedido processado em conformidade com o disposto no art. 873 do Cód. de Proc. Civil, na forma ordinária.

A decisão apelada não pode prevalecer. No processo, não se observaram as determinações da lei processual.

Entre o autor e a ré se formou uma sociedade, para a exploração de um hotel. Tal sociedade, por não ter sido devidamente registrado o instrumento de sua constituição, é uma sociedade irregular. CARVALHO DE MENDONÇA ensina que há profunda diferença entre a sociedade irregular e a de fato, ou seja, a sociedade afetada por vícios que a inquinam de nulidade e a fulminam com decreto de morte ("Tratado", vol. III, n. 885). Em geral, escreve ODILON DE ANDRADE ("Comentários ao, Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. VII, n. 374), "os escritores e a jurisprudência não fazem essa distinção, dando indiferentemente as denominações de sociedades irregulares, ou de fato, quer àquelas que se formaram sem nenhum contrato, quer às que, constituídas por contrato, não foi êste, entretanto, levado a registro. E a razão é que, realmente, a lei equipara umas às outras. Sem estar registrado o contrato social, acrescenta o citado comentador, é como se não existisse. É o que resulta, à tôda evidência, do artigo 301, última alínea, do Cód. de Comércio:

"Enquanto o instrumento do contrato não fôr registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a êstes contra todos os sócios solidàriamente".

Segundo o disposto no art. 873 do Código de Proc. Civil, "não havendo contrato ou instrumento de constituição de sociedade que regule os direitos e obrigações dos sócios, a dissolução judicial será requerida pela forma do processo ordinário"... Não assiste razão ao autor apelado, quando sustenta, com o amparo aliás, de CARVALHO SANTOS, que êsse dispositivo da lei processual só tem aplicação na dissolução judicial das sociedades de fato e não na das sociedades irregulares. A dissolução das sociedades irregulares e das de fato deve ser requerida pela forma do processo ordinário, uma vez que umas se equiparam ás outras.

O não ter sido feito o pedido de dissolução segundo a forma ordinária, acarretou grave e irreparável prejuízo para a ré-apelante, não só por ter sido sua contestação considerada oferecida fora do prazo legal, como também por não ter tido ela o ensejo de fazer as provas que requereu, ao contestar a ação.

Custas pelo apelado.

São Paulo, 30 de setembro de 1952. - *J. M. Gonzaga*, presidente, com voto; *A. de Oliveira Lima*, relator; *Frederico Roberto*.

*

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ESBULHO - PERDAS E DANOS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Sendo o esbulho ato ilícito, fica o réu, vencido, obrigado ao pagamento da verba advocatícia na ação de reintegração. Se o autor não formulou pedido nesse sentido, razão por que não houve, então, condenação a respeito, nada impede que êle a pleiteie em ação à parte.

- Aplicação do art. 157 do Cód. de Proc. Civil.

Julieta Migliano e outros *versus* Renato Trivela e sua mulher

Ap. n. 59.783 - Relator: DESEMBARG. BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 59.783, da comarca de São Paulo, em que são apelantes e reciprocamente apelados Julieta Migliano e Renato Trivela e sua mulher:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do, Estado, por votação unânime, adotado como parte integrante deste o relatório de fls., em dar provimento, em parte, à apelação da ré e integral à dos autores, nos têrmos adiante expostos, pagas as custas como determina a lei.

A procedência parcial da ação foi bem decretada pela sentença inferior e nem é a mesma agora formalmente impugnada pela ré Julieta Migliano em suas razões de recurso. Realmente, em face do que ficou julgado na ação anterior, onde com provado ficou, de maneira a não deixar a menor dúvida, o esbulho possessório sofrido pelos autores e a exploração do prédio Fala apelante Julieta Migliano, favorecida pelo réu José Cardoso Ferrão, a outra conclusão não se poderia chegar senão à de que são êsses réus responsáveis pelos prejuízos sofridos pelos autores.

Mas, condenou o Dr. juiz de direito os réus ao pagamento da quantia de..... Cr$ 75.000,00, sendo Cr$ 60.000,00, provenientes de lucros cessantes, e Cr$..... 15.000,00, relativos aos danos causados no prédio. Impugna a ré o *quantum* daquela verba e entende não ser devida a segunda, assistindo-lhe, inquestionàvelmente, razão.

Para o cálculo dos lucros cessantes, que dizem respeito aos aluguéis do prédio que os autores deixaram de perceber, em conseqüência do esbulho de que foram vítimas; tomou o magistrado, como base, o aluguel mensal de Cr$ 2.500,00, estimado pelos peritos, durante o prazo de 30 meses.

Mostra a ré-apelante, todavia, que não pode aquêle valor de Cr$ 2.500,00 mensais ser tomado como base para o cálculo dos lucros cessantes. Tendo sido a locação do prédio de que se, trata convencionada em junho de 1941, pelo aluguel mensal de Cr$ 450,00, desde que se encontrava êsse aluguel congelado por fôrça das leis da inquilinato, que entraram a vigorar em seguida, salvo a majoração de 15% permitida pelo dec. n. 9.669, de 20 de agôsto de 1946, o único aluguel que poderiam os autores cobrar pela locação do prédio em aprêço era aquêle de Cr$ 450,00, com o acréscimo autorizado de 15%, o que dá o total de Cr$ 517,50. E como os lucros cessantes devem corresponder, exatamente, ao não recebimento da renda que o prédio deveria produzir, é aquela quantia que deve servir de base para a aludida verba, calculada, não sôbre o período de dois anos, pretendido pelos autores, mas sôbre o de 21 meses e 12 dias, que vai desde a propositura da ação de reintegração de posse (7 de agôsto de 1948) até à imissão de posse nela concedida (19 de maio de 1950) (fls.). Se o próprio autor varão, em seu depoimento pessoal, admitiu que nenhum aluguel foi pago desde que foi requerida a reintegratória (fls.), de manifesto que os lucros

cessantes devem se cingir àquele período de 7 de agôsto de 1948 a 19 de maio de 1950, o que dá um total de Cr$ 11.067,78, assim especificados: 21 meses a Cr$ 517,50; Cr$ 10.867,50; 12 dias do mês de maio - Cr$ 200,28; total, Cr$ 11.067,78.

Também no que tange à verba para os danos causados no prédio, razão tem a ré quando contra a mesma se insurge. Não lograram os autores demonstrar, de modo cabal, que o prédio sofreu danos decorrentes do mau uso de sua ocupação pela ré. Ao que se infere dos vários laudos existentes no processo, bem como dos esclarecimentos prestados pelos peritos na audiência de instrução e julgamento, os danos verificados no imóvel resultaram de sua má construção e da deficiência de seus alicerces e por êles não pode ser responsabilizada a ré. Tanto isso é exato que, recebendo o prédio, não cuidaram os autores de requerer uma vistoria para a comprovação dos estragos que agora alegam terem no mesmo encontrado, sendo também de salientar-se a circunstância de que foi o imóvel vendido pelo mesmo preço que os vizinhos, também de propriedade dos autores.

No que diz respeito à apelação dêstes últimos, pleiteiam êles a inclusão, na condenação, dos honorários que tiveram de pagar a seu advogado na ação possessória.

Não foi essa verba concedida pela sentença apelada, sob o fundamento de que não houve tal condenação naquela ação. No entendimento unânime da Turma julgadora, não constitui isso motivo para se negar aos autores aquela verba. Sendo o esbulho ato ilícito, estavam os réus obrigados ao pagamento daquela verba na ação de reintegração. E, pelo fato de não haverem os autores formulado pedido nesse sentido, razão por que não houve, então, condenação a respeito, não estavam êles impedidos de pleiteá-la nestes autos, *ex vi* do que dispõe o art. 157 do Código de Proc. Civil.

A rigor, seria de determinar-se fôsse essa verba arbitrada em execução. Nada impede, todavia, que seja ela desde logo fixada pelo juiz, com o arbítrio de bom varão, desde que ministrem os autos elementos suficientes a respeito.

Na espécie, não é em absoluto exagerada a quantia de Cr$ 10.000,00, que os autoras dizem ter pago aos seus patronos. É até razoável, se se atender à

importância da causa, às dificuldades nela surgidas, com o tumulto e incidentes provocados pelos réus.

Em suma, impõe-se a reforma da sentença recorrida nos pontos acima objetivados: Para que se cinja a condenação imposta à ré à quantia de Cr$ 11.067,78, relativa aos lucros cessantes, com os acréscimos determinados, pagando ela, mais, a importância de Cr$ 10.000,00, para os honorários de advogado na ação anterior. Para êsse efeito, ficam providas ambas as apelações, sendo apenas em parte aquela da ré.

São Paulo, 9 de outubro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente e relator; *Prado Fraga; Pedro Chaves*.

*

DIREITO DE VIZINHANÇA – AÇÃO COMINATÓRIA – NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

- A linha divisória entre a cominatória e a nunciativa é fixada pela natureza da causa determinante da nocividade de um prédio aos moradores de outro. Se essa nocividade provém de uma obra nova em execução no prédio vizinho, a ação competente é a de nunciação; mas se a nocividade provém, não da obra mas do mau uso do prédio vizinho, a ação competente é a cominatória.

Jorge Ganini e outro *versus* Antônio Monfrinato

Ap. n. 59.795 - Relator: DESEMBARG. FERRAZ SAMPAIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e.discutidos êstes autos de apelação cível n. 59.795, da comarca de Assis, em que são apelantes Jorge Ganini e Alcides Becheli e apelado Antônio Monfrinato:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado como integrante dêste o relatório de fls., negar provimento à apelação e confirmar, por seus jurídicos fundamentos, a, sentença apelada.

O autor, valendo-se de ação cominatória, visou obter indenização pelos prejuízos sofridos no prédio de sua propriedade, na cidade de Assis, situado no cruzamento das ruas Armando de Sales Oliveira e 14 de Julho, danificado em virtude de uma construção que os réus estão erigindo no terreno vizinho.

Sem embargo de ser imprópria á ação, considerou-a, o juiz como indenização, dado o rumo que, tomou, uma vez que não resultou em sacrifício de defesa para os réus, tendo atingido, plenamente sua finalidade.

Possuindo á natureza análoga, não se confunde a ação cominatória com a ação de nunciação de obra nova, "decorrentes - no dizer de MACHADO GUIMARÃES - de situações jurídicas diferentes, entre titulares diversos" ("Comentários ao Código de Processo Civil", edição "REVISTA FORENSE", vol. IV, página 193, n. 204).

O Cód. Civil, no Liv. II, cap. II, seção V, ao dispor sôbre os direitos de vizinhança, investiu o proprietário, ou inquilino, de um prédio, da competente ação para impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que o habitam (artigo 554). Tal ação, outra não é que a cominatória, regulada pelo art. 302, VII, do Código de Proc. Civil.

A linha divisória entre as duas ações - a cominatória e a de embargo de obra nova - segundo CÂMARA LEAL, é fixada pela natureza da causa determinante da nocividade de um prédio aos moradores de outro. "Se essa nocividade provém de uma obra nova em execução no prédio vizinho, a ação competente é a nunciativa; más se a nocividade provém, não da obra, mas do mau uso do prédio vizinho, a ação competente é a cominatória" ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, pág. 127, n. 106).

A responsabilidade dos réus pelos prejuízos ocasionados na propriedade do autor emerge patente da prova dos autos. Agiram sem as devidas cautelas, permitindo que as águas pluviais se infiltrassem nas aberturas dos alicerces, dando causa ao evento, quando deviam saber, também, que, em Assis, como

consignou a perícia, dada a feição do terreno, são necessários cuidados especiais nas construções, a fim de que, com as chuvas fortes, sejam evitadas trincas nas paredes, como aconteceu na espécie.

A culpa dos réus decorre de omissão voluntária, prevista no art. 159 do Código civil.

São Paulo, 27 de outubro de 1952. - *Clóvis Morais Barros*, presidente, com voto; *R. F. Ferraz Sampaio*, relator; *Camargo Aranha*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL – MORTE POR ELECTROPLESSÃO – HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Nos casos em que a indenização é paga mediante pensões mensais a verba advocatícia deve ser calculada sôbre o total e não sôbre as pensões de um qüinqüênio.

Antônia Gomes de Lima *versus* Cia. Paulista de Fôrça e Luz

Ap. n. 59.797 - Relator: DESEMBARG. MORAIS BARROS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de apelação número 59.797, de Lins, em que são apelantes Antônia Gomes de Lima e Cia. Paulista de Fôrça e Luz e apelados os mesmos:

Abordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, em dar provimento à apelação da autora, para que os honorários, de advogado sejam calculados sôbre o total da indenização a ser paga, e não sôbre as pensões de um qüinqüênio. Assim decidem, por ser essa a jurisprudência dêste egrégio Tribunal, e negam provimento, também por votação unânime, à apelação da ré.

Custas pela ré apelante.

São Paulo, 3 de outubro de 1952. - *Clóvis de Morais Barros*, presidente e relator; *Vicente Sabino Júnior*; *Joaquim de Silos Cintra*.

SENTENÇA

Omissis...

I. Em que pêse ao esfôrço do patrono da ré, revelado em suas bem deduzidas alegações, não provou êle, convincentemente, fôsse o evento causado por culpa exclusiva da vítima, caso em que não haveria indenização.

A discussão sôbre a culpa exclusiva da vítima deve ser afastada, uma vez que a própria ré admite a concorrência de culpas, pretendendo, entretanto, tenha sido a vítima a "mais culpada", isto é, a que poderia ter evitado o acidente.

II. Analisemos; pois; cuidadosamente, esta alegação. Saliente-se, de início, que a hipótese, suscitada pela ré, de ter sido a vítima acometida de mal súbito, foi repelida pela prova dos autos. Igualmente, nenhuma prova foi feita de ter, aquela tocado os fios, por qualquer movimento brusco, como pretende a ré. Sua objeção de que a vítima foi imprudente, subindo ao telhado, sem necessidade, prova demais, porque, admitida, autorizaria a conclusão de que tão-só aquêle fato (subir ao telhado) era perigoso. Por outro lado, se a vítima, por excesso de zêlo, quis limpar externamente a casa, esta circunstância quando muito afasta à responsabilidade do proprietário, que o encarregara da limpeza, e não a da ré. Por outro lado, o próprio proprietário reconheceu haver, na casa, goteiras (fls.) e não ter tido ela reformas externas. Ou está êle encobrindo parte da combinação para se esquivar à indenização, ou a vítima quis cumprir seu dever plenamente, o que, evidentemente, não constitui imprudência ou negligência.

A objeção de que não deveria subir ao telhado, dado o perigo dos fios de alta tensão, conforme se afirmou, prova demais, acrescendo que está baseada na premissa de que a vítima tinha conhecimento do perigo. Mas esta alegação deveria ter sido provada pela ré, o que não ocorreu, no caso *sub judice*. Provemos esta assertiva. O princípio ontológico que inspira tôda a doutrina das provas judiciais é o de que "o ordinário se presume; o extraordinário se prova" (MALATESTA, "Logica delle Prove", vol. I, pág. 119). Princípio aceito

também no cível, sendo enunciado pelo eminente ministro MARIO GUIMARÃES da seguinte forma: "O que está no comum dos acontecimentos, presume-se, o que não está, prova-se" ("Estudos de Direito Civil", 1947, pág. 30). Ora, que um homem normal - como ressuma da prova colhida - como era a vítima, fôsse temerário, até à loucura, não é o que está no comum dos acontecimentos, pelo que deveria ser provado. E essa prova deveria ter sido feita pela ré, a quem aproveitava. É que, hoje em dia, não vige mais, plenamente, o brocardo "*onus probandi ei qui dicit*", e sim com a ressalva "*ei cui dicere prodest*", isto é, a quem interesse a afirmação, segundo demonstra o eminente CARNELUTTI ("Teoria Geral do Direito", 1942, § 187). E cumpre salientar que eminentes mestres da prova não se referem mais a "ônus da prova" e sim a "ônus da afirmação". Daí preferirem os juristas alemães - as expressões *Behauptungslast* e *Anfuhrungslast* a "ônus da prova" (*Beweislast*) - o que é aceito pelo eminente CARNELUTTI em monografia que abre novos horizontes na doutrina das provas. ("La Prova Civile", Roma, 1947, pág. 21). Ora, essa circunstância era decisiva para a defesa da ré; logo, tinha ela interêsse na sua prova. Acresce que, sendo a vítima pessoa normal, bom chefe de família, é "presunção" (embora relativa) de que não se exporia a perigo mortal, caso o conhecesse. Ora, a presunção relativa não necessita de prova, segundo a lição dos mestres: MARTIN, GENSLER, BAER, FORSTER, ECCIUS, UNGER, GARSONNET, CAMMEO (*apud* CARNELUTTI, "La Prova Civile", pág. 25).

III. A alegação de que deveria a vítima ter providenciado um tapume, a fim de evitar o acidente, ou mesmo pedir providências à ré, também parte do pressuposto de que a vítima conhecia o perigo o que não foi provado, e, portanto, não pode ser aceito.

IV. Demonstrou o ilustre perito desempatador - com brilho - que os fios de alta tensão deveriam estar mais afastados da casa, comprovando sua assertiva com ensinamentos de autores clássicos na matéria e com as, prescrições do Código Nacional Americano de Segurança Elétrica. Suas explicações, em audiência, afastaram quaisquer dúvidas sôbre a culpa da ré. Não colhe a objeção da ré, segundo a qual as normas reguladoras da construção de linhas, "à falta de disposições legais ou regulamentares, obedecem a princípios científicos, apenas, no interêsse de um bom serviço e de uma razoável garantia contra acidentes". É que as normas referidas pelo nobre e culto perito desempatador

são "científicas" e visam ao interêsse de um bom serviço e à segurança coletiva, tanto que são adotadas nos E. U. A. Esta objeção, pois, também prova demais. Se tinha a ré interêsse em seguir as normas cientificas que regem o assunto, teria afastado mais as linhas, seguindo, aliás, a praxe dos E.U.A. e a lição de autores acatados. Verdade é que o ilustre perito da ré fêz cálculos para demonstrar que a distância em que se achavam as linhas poderia evitar acidentes. Mas essa demonstração - que não foi destruída pelo perito judicial - não atentou para o aspecto jurídico da questão, em que se inculca o princípio de que nas coisas perigosas (e os fios de alta tensão são perigosíssimos) "a vigilância sôbre elas exercida deve ser maior do que a empregada para outras coisas".("Rev. dos Tribunais", vol. 193, pág. 718). Neste caso, o eminente desembargador JUAREZ BEZERRA se referia a "elevador" - que é menos perigoso do que fios de alta tensão.

Prova demais, por outro lado, a objeção de que não há, no Brasil, lei que regule o assunto. É que, verificada esta hipótese, se configuraria até um crime culposo, como, acontece nos E.U.A., que o consideram "*involuntary manslaughter*" (cf. JUSTIN MILLER, "Handbook on Criminal Law", 1934, § 3, "*negligence*"), a que pode ser sujeita até uma sociedade (*corporation*), como se vê através de alguns *leading cases*". (U. S. v. Van Schaick (c. c.); 134 F. 592; State *v*. Lehigh Valley R. R. Co. 94. N. J.).

Por outro lado, acolher a objeção seria admitir que os E. U. A. - onde a, técnica e a ciência elétrica são bem desenvolvidas - não seguem "princípios científicos". Dir-se-á que exageram na segurança. Mas só, se considerarão as cautelas por êles seguidas como exagêro; se se tomarem, como padrão, as que põem em perigo de vida qualquer homem médio, o que é a surdo. Concluiu-se, pois, que o perito da ré deveria ter atentado, não para a teoria, mas para a realidade, tomando como base o "homem médio" e não o homem excepcional, como aliás estatuem os juristas e tribunais americanos, conforme se demonstrará.

V. Suscita ó patrono da ré a hipótese de ter sido a vítima temerária, ao ponto de ficar de pé no telhado, imprudência tal - afirma êle - que leva a crer num desejo de suicídio. Mas esta hipótese, que não encontra apoio algum na prova dos autos, também deve ser repelida do ponto de vista científico. Como a parte fêz

aquela afirmativa, releve-se-nos digressão no campo da psicologia, que poderá projetar alguma luz sôbre o caso.

Conhecida é a teoria de FREUD sôbre a origem das psicoses, que pode ser considerada pansexualismo". Posteriormente, porém, admitiu êle um "instinto de morte" (cf. "Beyond the Pleasure Principle", International Psycho-Analytical Library, n. 4). Daí afirmarem alguns psicólogos, seus discípulos, que muitas pessoas que sofrem da chamada "vertigem das alturas", na realidade têm uma vontade Inconsciente de morrer. Mas, ainda que se admita esta hipótese, seria necessário provar que a vítima era uma pessoa "neurótica", uma vez que KAREN HORNEY demonstrou brilhantemente que aquêle "instinto de morte" está relacionado com a angústia ou a "ansiedade" (no sentido do filósofo KIERKEGAARD) (cf. "The Neurotic Personality of our Time", New York, 1937, págs. 187 e segs.). E os característicos da neurose brilhantemente descritos pela conhecida psiquiatra, discípula de FREUD - de forma alguma se encontrariam na vítima pelo menos como é esta retratada na prova dos autos. Verdade é que, hoje em dia, os limites entre o homem "normal" e o psicopático são "artificiais", no dizer do eminente MYRA Y LÓPEZ ("Psicologia Jurídica", 1947, pág. 17). Mas, na dúvida, deve prevalecer a presunção de normalidade, pois é princípio assente que aquêle que afirma a anormalidade, nas questões contratuais, é que deve fazer a prova (WIGMORE, "Code of Evidence", Boston, 1942, n. 2.886). No mesmo sentido, seu grande tratado ("A Treatise on the Anglo American System of Evidence in Trials at Comtgon Law", 1940, § 2.500). Ressalta-se que as obras de WIGMORE, embora aplicadas no direito anglo-americano, são consideradas as melhores existentes hodiernamente, pelo acatado FRANÇOIS GORPHE ("L'Appreciation des Preuves en Justice", Paris, 1947, página 21) e pelo eminente NÉLSON HUNGRIA ("A Prova Penal", *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 188, pág. 325). Fica, pois, repelida, com base na ciência, a hipótese do suicídio, consciente, ou mesmo decorrente de uma, vontade inconsciente. Tanto mais que a prova psiquiátrica do suicídio não é difícil. Dois terços aos casos podem ser provados (PACHECO E SILVA, "Psiquiatria Clínica e Forense", 1940, pág. 460).

VI. Um último ponto - aliás dos mais importantes, - deve ser ventilado. E o referente à apuração da "causa" do acidente. Ressalte-se, primeiramente, que ficou provado - o que contraria a alegação da ré quanto à culpa da vítima - que

no local do acidente há um poste sinuoso, aliás a 18 centímetros do "meio-fio", não havendo nêle "cruzeta de beco".

Como o patrono da ré se fundou na teoria americana da culpa - já admitida pelos nossos tribunais – argumentaremos tão-sòmente nela inspirados. Reconhece-se que um fato culposo pode não dar margem à imprudência - se era inócuo para a produção do evento". Mas a objeção se volta contra a ré. É que os fios de alta tensão, colocados bem próximos da casa, não são inócuos para o evento, ao contrário do que acontece com a atitude da vítima. Subir ao telhado, estando os fios bem afastados, é que era "Inócuo", a menos que a vítima ficasse de pé, estivesse em estado de embriaguez ou fizesse acrobacias.

1 Admitindo-se - apenas para argumentar - a concorrência de culpas, sirvamo-nos do critério dos americanos para determinar quem é o "mais culpado", que é aquêle que teve "*the last clear chance*", isto é, "quem estava em melhores condições de evitar o evento". Outros juristas americanos identificaram êste princípio com o manter "o domínio da situação", ("*the control of the situation*"). Ora, evidentemente, quem estava nestas condições era a ré e não a vítima. Acresce que "*the last clear chance*" não se analisa mediante um critério cronológico ("Bouvier's - Law Dictionary"; "vertam" "*cause*") e sim verificando quem influiu, decisivamente, na produção do evento e quem estava em melhores condições de evitá-lo. Ora, pretender que, por ter a vítima, sem conhecimento do perigo - como se demonstrou - subido ao telhado, teve "*the last clear chance*" e "*the control of the situation*", estando, pois, "em melhores condições de evitar o evento", seria confundir "condição" e "causa". Esta é aquilo que sempre é seguida de um efeito. "*Quod per se est causa alicujus, in omnibus causat illud*", diz SANTO TOMAS. Condição, porém, é "aquilo sem o qual a.causa não atuaria" (cf. GOBLOT, "Vocabulário Filosófico", tradução castelhana, "verbum" "condición"). E o caso dos autos. Evidentemente, se a vítima não subisse ao telhado, não seria atingida. Mas a "causa" do evento não foi o ter subido. Verdade elementar é que sempre os fios de alta tensão oferecem perigo mortal. O ato da vítima, pois, não passou de "condição".

Verdade é que seria possível objetar que, hodiernamente, não mais se faz distinção entre "causa" e "condição". Para os modernos autores - seguindo a lição dos positivistas STUART MILL, BAIN, SPENCER - a causa de um fenômeno se reduz ao conjunto de suas condições (*apud* MANUEL CARLOS,

"Apontamentos sôbre a Noção Ontológica do Processo", 1936, pág. 37). Mas a objeção, aparentemente aguda, não tem consistência. É que a "condição", que, para êssas autores, faz parte da causa, é tão-sòmente aquela que invariàvelmente é seguida, do evento. E o que se deduz através da lição do acatado dicionário filosófico de LALANDE - sôbre a "causa". *L'antecédent ou l'ensemble d'antecédents dont le phenomène appellê effet est invariablement et inconditionnellement le consequent*" ("Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie", Paris, 1947, "verbum" "*cause*"). Donde se concluir que, na prática, "condição" (tomada no sentido tomista) não é causa, nem para aquêles autores. Saliente-se, ademais, que esta conceituação sôbre a "causa" não foi ainda aceita no cível, como aconteceu no crime, acrescendo que, mesmo neste campo, se pode fazer aquela distinção, como demonstrou o eminente desembargador SILOS CINTRA ("Rev. dos Tribunais", vol. 159, pág. 95).

VII. Passemos, agora, ao argumento de autoridade, que, embora frágil ("*infirmissimus*", no dizer de SANTO TOMAS, "Sum. Theol", I-I a 8 ad II), - uma vez que o Direito não é mais "ciência verbal" e sim "ciência social" (MAXIMILIANO, "Hermenêutica", n. 170); pode corroborar a argumentação, aqui expendida, e, neste caso, se reveste de maior valor, por ser a interpretação dada pelos tribunais americanos sôbre a teoria de "causa próxima".

O acórdão invocado pelo patrono da ré não a ampara. Nesse caso se ventilava a hipótese em que a vítima ia "pendurada na grade externa da janela de um ônibus fechado", tendo-se apurado que o motorista não agiu culposamente. Apesar disso, porém, o acórdão teve voto vencido, da lavra do douto desembargador TEODOMIRO DIAS ("Rev. dos Tribunais", vol. 192, pág. 644).

Neste passo invocaremos alguns julgados ("*leading cases*") dos tribunais americanos, demonstrando que, pela teoria seguida pela ré - teoria da causa próxima - é ela responsável pelo evento. Assim, decidiu-se que "não se exige da vítima o mesmo cuidado que se exige daquele que tem amplas oportunidades de exercer a sua capacidade de julgamento" (quanto ao perigo) (143, Illinois 409, 155, pág. 279, 152, U.S. 262). Também se estatuiu que "o estar perto de um lugar perigoso (mesmo conhecendo o perigo) não constitui culpa concorrente" (12 U.S. App. 665). Ainda: "mesmo que a vítima seja imprudente, não é culpada se o foi por ter sido o perigo provocado por culpa de

outrem" (agente) (12 Q. B. 439. 15 Wall 401 Wis. 105, Alb. L.G. 304, 359). Hipóteses que se aplicam ao caso *sub judice*. Ainda mais: se o evento tiver duas causas - o que não se provou neste caso - se uma fôr anterior e não estiver relacionada com a (atitude culposa) da vítima, aquela é a "causa próxima" (149, pág, 222). Também se estatuiu que a negligência deve ser analisada tomando-se como padrão o "homem médio" e não um homem excepcional (cf. BOUVIER, ob. cit., "verbum" "*negligence*") e que não se exige tivesse o agente obrigação legal de proteger outrem - caso em que ocorreria crime culposo bastando verificar se cumpria sua "obrigação" de uma forma imperfeita (*apud* WHARTON, "Negligence", § 3), o que foi demonstrado, neste caso, pela prova pericial.

Concluiu-se, pois, que a ré foi culpada pela evento, devendo indenizar a autora, na forma da lei.

VIII. Pelo exposto e mais o que dos autos consta, julgo procedente a ação, para o fim de condenar a ré a indenizar a autora na forma da lei, garantindo-lhe uma pensão mensal, calculada na base pedida na inicial, para o que providenciará títulos da divida pública federar, que, aos juros legais, produza aquela. E como a modificação do pedido não foi provada, deve prevalecer o que se referiu na inicial. Em regra, a pensão alimentar é fixada na base de um têrço do que ganhava a vítima, admitindo-se, ainda, alguns acréscimos, como, por exemplo, para aluguel ("Rev., dos Tribunais", vol. 180, pág. 268), pelo que é razoável, uma vez que a autora tem uma filha, que aquela pensão seja fixada em 2/3 do que recebia a vítima, conforme se calculará em execução. Os honorários de advogado serão fixados em 15% sôbre as pensões relativas a cinco anos ("Rev. dos Tribunais", vol. 180, pág. 739).

Custas e demais acréscimos legais pela ré.

P. e I. na audiência de leitura de sentença, designada para o dia 18 do corrente.

Lins, 17 de abril de 1952. - *João Del Nero*.

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - IMÓVEL LOTEADO - RECURSO - FUNDAMENTOS DA DECISÃO

- Não se admite recurso que vise apenas aos fundamentos da sentença.

- Embora o loteamento e contrato de compromisso de compra e venda sejam anteriores ao dec.-lei nº 68 de 10 de dezembro de 1937, e não tenham sido registrados, estão sujeitos a normas da legislação especial sôbre terrenos loteados.

- Aplicação do art. 14 do dec.-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937.

Sátiro Ferreira da Rosa e sua mulher *versus* Catarina Stapaford e seu marido

Ap. n. 59.406 - Relator: DESEMBARG. PEDRO CHAVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 59.406, da comarca de São Paulo, em que são apelantes e reciprocamente apelados Sátiro Ferreira da Rosa e sua mulher e Catarina Stapaford e seu marido:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, não tomar conhecimento da apelação da ré, e, por maioria de votos; dar provimento em parte à apelação dos autores, para modificar a conclusão da sentença e declará-los carecedores da ação.

Custas da apelação, metade a metade.

Os autores, Sátiro Ferreira da Rosa e sua mulher, moveram a presente ação contra Catarina Stapaford e seu marido, visando a rescisão de um contrato particular de compra e venda que tinha por objeto um terreno descrito na inicial, cujo pagamento, na forma do aludido contrato, que era de compromisso, devia ser feito em 120 prestações Alegam os autores que a compromissária compradora, culposamente, incorreu em mora, pagando apenas as primeiras 23 prestações, devendo assim a ação ser julgada procedente; rescindido o contrato e a ré condenada a restituir a posse do terreno com o pagamento de custas e

honorários de advogado. Em contestação, e, preliminarmente, alegou a ré que o caso estava adstrito à legislação especial sôbre terrenos loteados, não podendo assim se cogitar de mora, sem a notificação exigida. pelo art. 14 do dec.-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937. Invocou ainda seu direito de purgar a mora, para convalidação do contrato. Em reconvenção, que foi impugnada; e não admitida por despacho que transitou em julgado, a ré alegou que tinha direito a adjudicação compulsória. Feitas as provas requeridas, proferiu o magistrado a sentença de fls., julgando a ação improcedente e condenando os autores nas custas. Dessa decisão apelaram ambas as partes. Por votação unânime, a Turma não tomou conhecimento da apelação da ré vencedora. É da conclusão da sentença e não de sua fundamentação que a lei admite recurso. É do gravame que nasce o interêsse de apelar e o vencedor não pode alegar gravame decorrente de uma decisão que lhe deu ganho de causa, sob fundamento de ter o juiz aplicado uma lei, em lugar de outra que a êle parecia mais própria. Dizer qual o direito aplicável à espécie, é função do juiz, na forma da conhecida parêmia - "*da mihi factum, dabo tibi jus*". Essa é a lição dos doutos (CHIOVENDA, "Instituições", n. 398, MACHADO GUIMARÃES, "Comentários", FRAGA, "Instituições", vol. III, pág. 18). Essa é também a jurisprudência dêste Tribunal, como se vê da "Rev. dos Tribunais", volume 84, pág. 296; vol. 97, pág. 208, e volume 111, pág. 547.

Quanto ao recurso dos autores, foi a êle dado o provimento enunciado acima, pelas razões a seguir' expostas, por maioria de votos. Sustentando que não era aplicável ao caso a legislação referente aos imóveis loteados, julgou o juiz improcedente a ação, porque lhe pareceu que, não havendo no contrato um prazo prefixado para a mora, esta só se poderia verificar depois da notificação, interpelação ou protesto, na forma do art. 960 do Cód. Civil e acrescentou que, considerando a citação para esta causa como notificação ou interpelação, não se podia deixar de considerar purgada a mora em que, porventura, tivesse a ré incorrido, pelo depósito das prestações.

Essas considerações do magistrado não justificam a conclusão da sentença, porque não se adaptam ao caso dos autos.

Trata-se de um caso típico de terreno, loteado compromissado à penda em prestações. Pela certidão de fls. e seguintes, da 1ª Circunscrição Imobiliária, verifica-se que, tendo o autor adquirido um grande terreno de grande dimensão,

vendeu-o em partes a diversos e da caderneta de fls. resulta expressamente que o terreno em questão é "o primeiro lote à esquerda, entrando na rua Particular certo que o loteamento, como o contrato, não foram levados a registro, mas como já foi – decidido em outro julgamento ("Rev. dos Tribunais", vol. 194, pág. 198), não é dado ao vendedor tirar proveito da inobservância da lei, e a legislação especial, tanto o dec. n. 58, como o de número 3.079, determina o registro dos loteamentos em curso de venda, como ainda se encontrava o do autor por ocasião do advento dessa legislação. É indiscutível, pois, que os autores são carecedores da ação que intentaram, para fugir aos dispositivos legais que regem a matéria, como não pode ser tida como notificação especial exigida pelo art. 14 do decreto n. 58, aquela que foi pelos autores feita à ré, para uma ação de despejo. Fica assim provido o recurso.

São Paulo, 25 de setembro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente, com voto; *Pedro Chaves*, relator; *Francisco de Sousa Nogueira*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - CONCORRÊNCIA DE CULPAS

- Sendo evidente a concorrência de culpas da vítima e do motorista, sem o que não teria ocorrido o evento danoso, julga-se procedente, em parte, a ação.

Maria José Cotrim Garaude e Pedro Garaude Júnior *versus* Cia. Municipal de Transportes Coletivos e outro

Ap. n. 59.427 - Relator: DESEMBARG. PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 59.427, da comarca de São Paulo, entre partes, apelantes Maria José Cotrim Garaude (menor púbere)e Pedro Garaude (menor impúbere)e apelada Cia. Municipal de Transportes Coletivos e outro:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls., por unanimidade de votos, dar em parte, provimento à apelação, a fim de reformar a respeitável decisão recorrida e julgar, em parte, procedente a ação, para condenar os réus a pagarem aos autores a pensão de... Cr$ 7.000,00 mensais, até, respectivamente, atingirem a maioridade, na proporção de dois terços para a menor púbere Maria José Cotrim Garaude e um têrço ao impúbere Pedro Garaude Júnior (lei n. 883, de 21 de outubro de 1949). A indenização deverá ser paga pela forma determinada no art. 912 do Cód. de Proc. Civil. Devem também os réus pagar os honorários de advogado, na base de 20% sôbre as prestações vencidas a partir do falecimento da vítima, e sôbre as vincendas, estas na conformidade do que dispõe o art. 25, n. 5, do Livro V, do Cód. de Impostos e Taxas, tudo depois de acrescidos os juros da mora contados da citação inicial.

Custas em proporção.

Assim decidem, porque:

Diz o Dr. juiz de direito que causa espécie os autores não tivessem apresentado qualquer testemunha presencial do acidente. Duas delas fazem referência a uma pessoa que teria assistido ao fato e lhes teria relatado as circunstâncias. Mas, nem mesmo essa apareceu no processo, por motivos que são ignorados (fls.).

O julgamento do presente processo terá que se basear, portanto, no depoimento pessoal do motorista Rezi Calil Aidar, nos depoimentos das testemunhas arroladas pelos réus e nos documentos juntos aos autos.

Quanto à vítima, esclarece a sentença que o Dr. Garaude foi ao chão e não se levantou e nem pronunciou qualquer palavra, devido ao seu estado grave. Da certidão de fls. a ilação a tirar-se é que a vítima, logo após o acidente, ingressou no Hospital das Clínicas em estado de inconsciência (fls.).

Não pôde, pois, a vítima a ninguém informar como se deu o desastre.

Mas o motorista Rezi Calil Aidar explica, em seu depoimento, que "trafegava com velocidade moderada própria do local e verificou que, junto à extremidade inferior da corrente divisória, estacionavam várias pessoas que aguardavam

momento para atravessar em direção à calçada central da praça; verificou também que mais atrás caminhava um senhor limpando os óculos, vindo mais ou menos dá direção da casa R. Monteiro e que, dada a circunstância de existirem outras pessoas paradas à sua frente, deveria também parar naquele ponto para atravessar na ocasião oportuna; no entanto, pouco além da extremidade, inferior da corrente divisória, essa pessoa, que, continuava findando, avançou sobre o trajeto do ônibus, que passava encostado ao grupo de pessoas estacionadas, colocando-se exatamente na frente do veículo e, a cerca de meio metro dêste; não teve o depoente tempo de fazer funcionar os freios, indo o veículo chocar-se na, sua parte esquerda com aquêle transeunte, derrubando que o depoente trafegava, a velocidade de cêrca de 20 quilômetros horários, fazendo funcionar o sinal de alarma, escapamento de ar comprimido dos freios; que não estava chovendo nesse dia; que o que chamou a atenção do depoente para a presença da vítima foi o fato de que pouco antes de atravessar a rua êle se abaixara para erguer o lenço com o qual limpava os óculos e que caíra; que os freios fazem os carros parar quase que instantâneamente; tanto que o veículo guiado pelo depoente estacou logo em seguida a ter atingido a vítima, que estava apenas a meio metro da frente do ônibus" (fls.).

Com pequena variante, a cena vem assim descrita pela testemunha João Batista Nunes, Ajudante de motorista da Prefeitura: "Junto à extremidade dá referida corrente estavam paradas 15 ou 20 pessoas à espera que o ônibus passasse para poderem atravessar; por trás dessas pessoas, vindo, da calçada de R. Monteiro, caminhava, distraído é limpando os óculos, um senhor, que não estacionou junto às demais pessoas paradas, mas foi passando e entrando na pista carroçável quando a ônibus já estava a dois metros de distância e sem que houvesse tempo sequer para o depoente, gritar; quando o motorista percebeu, já não houve tempo, senão para frear ó carro, que estacou imediatamente, mas sem tempo necessário para evitar de atingir aquela pessoa; que foi jogada ao chão" (fls.).

A testemunha João Bueno, que, ao tempo do acidente; trabalhava na C.M.T.C., disse que não certeza, elementos para informar com certeza a que distância estava a vítima quando surgiu à frente do veículo (fls.).

A testemunha Lázaro Antunes de Campos declara que viu a vítima descer do passeio fronteiro a R. Monteiro: & Cia., para iniciar a travessia da rua; que o

ônibus estava a uns 20 metros de distância da esquina, dando sinal com o escapamento dos freios; que parece ao depoente que êsse transeunte tinha qualquer coisa nas mãos, parecendo que estava limpando os óculos; que, quando o acidentado iniciava a travessia, o depoente estava a uns 40 metros de distância dêle; que o acidentado era no momento a única pessoa que estava atravessando a pista de ônibus; razão essa que contribuiu para chamar a atenção do depoente sobre ela"(fls.).

Moacir Moreira, funcionário da C.M.T.C. e que na ocasião do acidente se encontrava em serviço, como chefe do distrito, e que se achava "bem defronte ao ponto em que a vítima atravessava e onde o acidente se, deu" (fls.), disse que teve a sua atenção voltada para a vítima e percebeu sua maneira distraída pelo fato de ter pressentido o acidente, tanto que chegou a acenar para a mesma vítima, em vista do ônibus estar próximo, (fls.).

O professor de Psicologia Judiciária, ALBERTO PESSOA, anota que: "São também sempre muito inexatas às informações referentes a avaliações de grandezas, intervalos de tempo, velocidades, dimensões de objetos, distâncias, etc." ("A Prova Testemunhal (Estudo de psicologia judiciária)", 2ª edição modificada, página 42).

No presente caso, mesmo que estivesse o ônibus muito próximo, a meio metro ou dois metros dai vítima, o fato é que esta já tinha sido vista pelo motorista e, embora devesse parar onde estavam outras pessoas, esperando a oportunidade para passar, continuou andando e avançou sobre o trajeto do ônibus, conforme declarou o mesmo motorista (fls.).

Disse mais: que trafegava a uma velocidade de cêrca de 20 quilômetros horários.

E a Diretoria do Serviço de Trânsito certifica que os "ônibus "Coach", usados pela C.M.T.C., podem ser freados imediatamente, quando a velocidade é de 20 e 30 km. h., por serem seus freios acionados a ar comprimido" (fls. *in fine*).

O próprio motorista declara que, "na velocidade em, que ia o depoente, o carro pode estacar a meio metro, como de fato aconteceu, funcionando, portanto, o freio normalmente" (fls.).

Dadas essas circunstâncias, tem tôda procedência a interrogação dos apelantes.

"Assim, admitida a versão do próprio motorista, se êle vinha em marcha regular, viu a vítima distraída, a meio metro, e fêz uso dos freios, que seriam eficientes, como alega, pergunta-se:

"*a)* por que teria atirado a vítima três metros além?

b) por que somente parou dois metros adiante do ponto em que a vítima caiu?"

E os apelantes citam, a propósito, a opinião da testemunha Lázaro Antunes, quando disse:

"Sendo o depoente motorista, e vendo que o coletivo vinha em marcha normal, e sendo o atropelado atirado para a frente, presume que o motorista tenha feito uso do freio, após o ter colhido" (fls.).

Cabe, aqui, a lição de G. L. SAINCTELETTE, dizendo que: "Não é suficiente que os condutores, para ficarem a salvo de tôda responsabilidade, respeitem o máximo de velocidade regulamentar, advirtam em tempo útil, sigam sua direita e evitem imperícias diversas, como as que consistem, por exemplo, em raspar as calçadas em velocidade, roçar os pedestres ou adverti-los tardiamente. Os tribunais exigem que tomem medidas de prudência muito maiores, e, notadamente, que observem escrupulosamente as regras contidas no art. 14 do decreto de 1899. Esse artigo dispõe que o condutor deve reduzir a velocidade à de um homem ao passo, nas passagens estreitas ou movimentadas, e deve diminuir ou suster a marcha tôdas as vêzes que seu veículo pode causar acidente, desordem ou estôrvo para a circulação" ("Responsabilité des Propriétaires et Conducteurs d'Automobiles en Cas d'Accidents", página, 114).

Diz o mesmo autor que: "Quando, de uma parte, o pedestre tenha cometido a imprudência de deixar a calçada sem prestar, suficientemente, atenção, e que, de seu lado, o condutor tenha alguma falta a se censurar, chega-se a uma partilha de responsabilidade..." (ob. cit., pág. 122).

Entre vários julgados, menciona G. L. SAINCTELETTE uma decisão do Tribunal Civil de Toulouse, declarando: "*qu'un conducteur doit rester constamment maître de sa vitesse, ralentir et s'arrêter au besoin toutes les fois qu'un passant, dûment averti ne prends pas lui-même les précattions nécessaires pour se protéger*" (ob. cit., pág. 128).

A concorrência de culpas é impugnada, com veemência, pela apelante, Cia. Municipal de Transportes Coletivos.

Mas, como observa ANTONIO CAMMAROTA:

"*En todos esos casos llegar a la discriminación de la negligencia no es obra le los interesados sino de la justicia, aunque no se hubiese planteado la concurrencia de culpas en el instante de la articulación del litígio*" ("Responsabilidad Extracontratual", vol. I, n. 239, pág. 336).

Entre nós, declara o desembargador VIEIRA FERREIRA: "Se o concurso de culpas nos co-autores do dano torna divisível entre êles a indenização do prejuízo, a mesma, senão maior razão de decidir, existe quando o ofendido contribuir com culpa sua para o próprio dano" ("Da responsabilidade civil em acidentes de automóvel", pág. 172. Cf. AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", 2ª ed., número 221, pág. 286; HENOCH D. AGUIAR, "Hechos y Actos Jurídicos", vol. II, página 299; ANTONIO CAMMAROTA, ob. citada, vol. I, n. 241, pág. 339; SAVATIER, "Traité de la Responsabilité Civile", vol. 2, n. 483, pág. 43; MAZEAUD & MAZEAUD, "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile", t. II, n. 1.465, página 377).

Ora, no presente caso, sem isolar tópicos dos depoimentos das testemunhas, mas, pelo contrário, agrupando as passagens dos vários depoimentos referentes ao modo por que se deu o desastre, chega-se à conclusão de que houve evidentemente concorrência de culpas da vítima e do motorista, sem o que não teria ocorrido o evento danoso.

Ensina o desembargador VIEIRA FERREIRA que: "O dano causado por culpa recíproca se reparte com Igualdade entre os culpados" (ob. cit., pág. 172).

Quanto à culpa da preponente, explica ANTONIO CAMMAROTA: "Responsabiliza-se o comitente porque o mesmo feito ilícito está demonstrando que foi má a escolha do dependente ou sôbre êle não teve uma adequada vigilância, a indispensável para evitar que sua negligência provocasse um menoscabo. Culpa inicial, por má escolha. Culpa por omissão de adequada vigilância para impedir o prejuízo. Assim o entendia POTHIER, e em tal forma seguiu fundamentando a doutrina moderna e contemporânea - em um ou em ambos motivos por sua vez - a responsabilidade do patrão ou comitente. Razão imutável que subsistirá em tanto haja ação do dependente que por definição supõe a idéia de subordinação a outro, a quem concerne á, ação beneficiosa encomendada, e que, ao transformar-se em perniciosa, o torna responsável por ela, da mesma forma em que lhe teria aproveitado no caso contrário" (ob. cit., volume II, n. 315, págs. 444-445).

Merece especial menção o douto parecer da Procuradoria Geral da Justiça, da lavra do ilustrado subprocurador geral, Dr. AZOR MONTENEGRO, concluindo pela responsabilidade dos réus (fls.).

Em face do exposto, dão, em parte, provimento à apelação, para o fim acima mencionado.

São Paulo, 9 de outubro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*; *Francisco de Sousa Nogueira*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - DANO A TERCEIRO

- É pacifica a tese de que no caso de legítima defesa o agente não está obrigado a reparar os danos, sofridos pela vítima. Quando, porém, no uso regular de um direito é ofendido "bem jurídico" de terceiro, tem êste direito à indenização.

- Inteligência e apelação dos artigos 160, n. I, e 1.540 do Cód. Civil e 65 do Cód. Proc. Penal.

Abílio da Mata *versus* Elídia Viana Saar e seus filhos menores

Ap. n. 59.476 - Relator: DESEMBARG. JUSTINO PINHEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 59.476, da comarca de Campos.do Jordão, apelante Abílio da Mata e - apelados Elídia Viana Saar e seus filhos menores:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório de fls., repelir a preliminar de não se conhecer à apelação, negar provimento ao agravo no auto de processo de fls, julgar prejudicado o agravo de fls. e negar provimento à apelação, confirmando a sentença apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas pelo apelante.

A preliminar é repelida porque a sentença foi proferida na audiência de 20 de março. O prazo teve início em 21 e findou-se em 4 de abril. Nesse dia foi interposto o recurso, dentro, pois, do prazo.

Ao agravo de fls. é negado provimento porque a questão da carência da ação e ilegitimidade de parte foi deixada para a final, como ficou decidido. O agravo não tem objetivo. E o de fls, é julgado em face do julgamento do mérito.

As razões do recurso não elidiram os sólidos fundamentos da sentença.

Trata-se de ação reparatória de danos movida pelos autores ao réu, o qual, objetivando terceira pessoa; desfechou-lhe tiros de revólver, que atingiram o marido e pai dos autores. O réu foi julgado e absolvido, reconhecendo-se em seu favor a excludente da legítima defesa da honra: Entende o apelante que a ação devia ser movida contra o provocador e único visado pela sua repulsa e que, no momento do crime, se escondera atrás da vítima. Descabe a defesa. E pacifica a tese de que, no caso de legítima defesa,. o agente: não está obrigado a reparar os danos sofridos pela vítima, nos têrmos do art. 160, n. 1, do Cód. Civil e do art. 1.540 do mesmo Código. Quando, porém, no uso regular de um

direito, é ofendido "bem jurídico" de terceiro, tem êste direito à indenização. O art. 65 do Cód. de Proc. Penal não eliminou do Cód. Civil o art. 1.540. A tese mereceu excelente estudo do Prof. BASILEU GARCIA, na "Rev. dos Tribunais", vol. 191, pág. 3.

E assim tem sido julgado ("Rev. dos Tribunais", vol. 88, pág. 167; vol. 94, página 209, e vol. 155, pág. 127).

A ação foi, portanto, bem decidida, pela bem deduzida sentença apelada.

São Paulo, 10 de outubro de 1952. - *João M. C. Lacerda*, presidente; *Justino Pinheiro*, relator; *Edgar de Moura Bittencourt*; *Fernandes Martins*.

SENTENÇA

Vistos, etc.:

1. Elídia Viana Saar, brasileira, viúva, de prendas domésticas, domiciliada e residente em Pindamonhangaba, dêste Estado, por si e como representante legal dos seus filhos menores.impúberes, Celeste Aparecida, Edir e Paulo Roberto, propôs contra Abílio da Mata, brasileiro, casado, comerciante, domiliado e residente nesta cidade, a presente ação ordinária de indenização, na qual alega: que, no dia 25 de junho de 1950, seu marido, Heli Soares Saar, ferroviário, estava trabalhando num dos guichês. da Estação de Abernéssia, quando, em dado momento, sua repartição foi invadida por José Julião Machado, que era seguido de perto por Abílio da Mata; que êste, empunhando um revólver, passou a desferir tiros contra José Julião, que se escudou com o corpo de Heli; que, em conseqüência, seu marido faleceu; que, nessas condições, o réu deve indenizar a autora e seus três filhos, pagando-lhes as despesas com o funeral, luto de família e alimentos, êstes, representados pelo sustento, cura, vestuário e educação primária, secundária e superior dos, menores, na conformidade do art. 1.537, e, por analogia com o art. 1.687, ambos do Cód. Civil; que essas despesas e obrigações são orçadas em Cr$ 500.000,00, liquidáveis na execução, após o necessário arbitramento; que o réu deve pagar, também, os honorários de advogado, na base de 20%a sôbre o montante da obrigação, juros da mora e custas; que a ação tem por fundamento jurídico o art. 76, combinado com os

arts. 159, 1.518, 1.525, 1.537 e 1.687, todos do Código Civil, e art. 64, combinado com o artigo 66 do Cód. de Proc. Penal (fls.).

O pedido veio instruído com procuração (fls.), certidões de nascimento dos filhos (fls.) e prova da concessão da justiça gratuita, (fls.). Determinou-se a suspensão da causa até o julgamento definitivo da ação penal (fls.). A fls., a autora, cumprindo despacho anterior, exibiu nova procuração como representante legal dos menores (fls.), certidão de casamento (fls.) e peças do processo criminal, inclusive prova da absolvição do réu, por legítima defesa da honra (fls.). Expediu-se mandado de citação (fls.), que foi negativo, por residir o réu em outra comarca (fls.). Extraiu-se a competente precatória (fls.), remetida ao fôro de Londrina, Estado do Paraná. A fls., dentro do prazo legal, o réu contestou a ação sustentando, preliminarmente, a carência de ação, porque o art. 65 do Cód. de Proc. Penal; dizendo "que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em legítima defesa", exclui a presente demanda; que, por outro lado, o art. 160, n. I, do Cód. Civil, afirmando, que não constitui ato ilícito o praticado em legítima defesa, impede a aplicação do art. 159 do mesmo estatuto; que o único responsável pelos fatos foi José Machado, como a própria autora reconhece, ocorrente, na espécie, a ilegitimidade de parte; que não houve dolo ou culpa, razão pela qual o contestante nada deve; que, no mérito, não está obrigado a prestar alimentos, e nem pode ser responsabilizado pelas despesas de funerais e luto; que a ação deve ser julgada improcedente, impondo-se a condenação da parte contrária nas custas e honorários de advogado (fls.). Juntou-se, apenas, procuração (fls.).

Com vista dos autos, o representante do Ministério Público aduziu: que não procede a defesa do réu; que o mesmo se portou com culpa, disparando a arma na direção em que se encontrava o terceiro, atrás de quem 'se refugiava José Julião Machado; que na *aberratio ictus* o terceiro é equiparado à pessoa visada, enquanto que no direito civil a situação é diversa; que a sanção civil é destinada à tutela dos interêsses privados, ao passo que a sanção penal se propõe à tutela dos interêsses gerais ou sociais, sem cuidar dos direitos dos indivíduos; que não procede a preliminar do art. 65 do Cód. de Proc. Penal; que o art. 1.540 do Cód. Civil prevê a hipótese dos autos; que a lei adjetiva não tem força para revogar a lei substantiva; que os doutrinadores têm conciliado o art. 65 do estatuto processual penal com o art. 1.540 do Cód. Civil; que Heli Soares Saar era terceiro e não havia provocado os gestos do réu; que a argumentação do réu

improcede com relação à vítima Heli; que na hipótese Abílio da Mata é o responsável direto, porque deu causa ao evento; que o réu tem direito regressivo contra José Julião; que a ação deve ser julgada procedente (fls.).

Em seguida, a autora pleiteou o prazo de 10 dias para falar sôbre a contestação (fls.), que foi indeferido (fls.), em face do tríduo legal (art. 284, n. II, do Código de Proc. Civil). Juntou-se a precatória devolvida (fls.). Proferiu-se o despacho saneador (fls.). Neste, foi repelida a ilegitimidade de parte, ressalvada, para a sentença final, a análise da carência de ação, por constituir o mérito da demanda. A autora agravou no auto do processa porque êste Juízo não lhe concedeu 10 dias para falar nos autos e pelo fato de ter ressalvado melhor exame da preliminar (fls.). A fls., a autora arrolou testemunhas e requereu a nomeação de perito, sendo esta indeferida, nos têrmos do saneador. A fls., o réu solicitou adiamento da audiência e também agravou no auto do processo, pelo mesmo motivo (fls.). Na audiência designada, depôs a autora (fls.) e inquiriram-se cinco testemunhas (fls.). Anexou-se o depoimento pessoal do réu, obtido por carta precatória (fls.) A final, as partes e o Dr. curador repetiram a matéria já descrita, tendo o réu acrescentado, apenas, que a autora recebeu indenização por acidente do trabalho, nada mais lhe cabendo por direito (fls.).

É o relatório da sentença.

2. Passo a decidir:

a) Preliminarmente, com a devida vênia, de manifesta improcedência são os agravos no auto do processo. Este Juízo, embora considerando saneada a ação, ressalvou para esta oportunidade melhor estudo sôbre a preliminar. Semelhante procedimento tem o apoio do nosso egrégio Tribunal de Justiça, porque a *legitimatio ad causam* é matéria de mérito e pode ser reexaminada na decisão principal (cf. rec. rev. n. 39.576, acórdão de 5 de outubro de 1949, relator desembargador FERNANDES MARTINS, "Rev. dos Tribunais", vol. 183, pág. 360). E tanto é assim, que o próprio réu, tendo agravado (fls.), reconheceu, no seu memorial, que a preliminar deve ser decidida neste momento processual (fls.). Com referência ao prazo solicitado pela autora. (fls.), isto é, 10 dias, para se manifestar sôbre a contestação, a lei se incumbe de responder:

"No despacho saneador, o juiz:

.....

II. 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".

Ora, se o réu levantou á questão do artigo 65 do Cód. de Proc. Penal, excludente do pedido, por haver coisa julgada, cumpria à autora responder, no prazo de três dias, de nada valendo a reconsideração (fls.) provocada, que não suspende nem interrompe prazos processuais (cf. ag. número 38.228, acórdão de 28 de maio de 1948, relator desembargador SILVA LIMA, "Rev. dos Tribunais", vol. 175, pág. 358). Cerceamento haveria, se não fôsse aberta vista à autora, e se êste Juízo, no saneador, tivesse trancado o processo (cf. recurso ext. n. 11.635, acórdão de 19 de maio de 1947, relator ministro BARROS BARRETO, "REVISTA FORENSE", vol. 114, página 113; rec. ext. n. 13.617, acórdão de 23 de agôsto de 1948, relator ministro RIBEIRO DA COSTA, "REVISTA FORENSE", vol. 120, pág. 431; apelação n. 7.633, acórdão de 24 de junho de 1946, relator desembargador OSCAR TENÓRIO, "REVISTA FORENSE", vol. 109, pág. 125), porém, não se verificou qualquer das hipóteses. De tudo se conclui que se observou rigorosamente a lei, negando dilatação de prazos fatais, que por natureza são improrrogáveis (cf. CARVALHO SANTOS, "Código de Processo Civil Interpretado vol. I, pág. 195, ed. 1940; JORGE AMERICANO, "Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil", vol. I, pág. 60, edição 1940; ANTÔNIO PEREIRA BRAGA. "Exegese do Código de Processo Civil", vol. III, pág. 201, tomo I, ed. 1944; SILVA LIMA, "Código de Processo Civil Brasileiro", vol. I, pág. 73, ed. 1940; PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. I, pág. 202, ed. 1947; PEDRO BATISTA MARTINS, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. I, pág. 134, ed. 1940).

b) No dia 25 de junho de 1950, por volta das nove horas e 30 minutos, mais ou menos, no interior de uma sala destinada à venda de passagens da Estrada de Ferro Campos de Jordão, localizada no pátio da Estação da Vila Abernéssia desta cidade, o réu Abílio da Mata, quando pretendia tirar a vida do seu desafeto José Julião Machado, alvejou o empregado da referida ferrovia - Heli

Soares Saar, matando-o com uma descarga de cinco tiros de revólver. Êste é o fato que justifica a presente ação! Como ensinam os mestres (cf. CLÓVIS, "Direito das Obrigações", página 209, § 79, ed. 1936; VICENTE DE AZEVEDO, "Crime, Dano, Reparação", pág. 177, ed. 1934; PERCIVAL DE OLIVEIRA, "Ação Civil e Ação Penal", artigo publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 89, pág. 847; OLIVEIRA FILHO, "Prática Civil", vol. 9, pág. 231, ed. 1941; CÂMARA LEAL, "Dos Efeitos Civis do Julgamento Criminal", página 153, § 82, cap. III, ed. 1930; MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO, "(coisa Julgada", pág. 97, ed. 1914; MANUEL DIAS DA SILVA, "Estudo sôbre a Responsabilidade Civil Conexa com a Criminal", vol. II, página 3, § 83, Coimbra, 1887; FLORIAN, "Elementos de Derecho Procesal Penal", pág. 205, § 37, trad. PRIETO CASTRO, Barcelona, ed. 1934, Casa Ed. Bosch; RICARDO NUREZ, "La Acción Civil para la Reparación de los Perjuicios en el Processo Penal", pág. 20, ed. 1948 Buenos Aires, Ed. Bib. Argentina; RENÉ DEMOGUE, "De la Reparation Cívile des Délits", págs. 35 e segs., cap. I (premier), ed. 1898, Paris, Librairie Arthur Rousseau; M. A. SOURDAT, "Traité Général de la Responsabilité", vol. I, pág. 1, § 2, Paris, Librairie Marchal et Billard, ed. 1887; GARDENAT, SALMON-RICCI, "De la Responsabilité Civile" ("Délits et quasi-délits"), pág. 2, edição 1927, ed. Godde, Paris; CARRARA, "Programa del Curso de Derecho Criminal", vol. I, parte general, trad. Soler, página 350, §§ 540 a 542, ed. Depalma, Buenos Aires), todo crime, - lesando duas ordens de interêsses, dá lugar a duas ações: uma criminal, que visa à punição do criminoso, o restabelecimento da ordem jurídica perturbada pela violação da lei penal; outra civil, fundada no princípio de que ninguém deve fazer mal a outrem e destinada a reparar o dano causado à vítima.

In casu, já se discutiu largamente o fato na esfera criminal. Lá, o réu Abílio da Mata foi pronunciado por crime de homicídio e tentativa de homicídio em concurso formal (fls.) e, uma vez submetido a julgamento perante o Tribunal popular (fls.), foi absolvido por unanimidade pelo reconhecimento da legitima defesa da honra (fls.). A sentença transitou em julgado (fls.). Entretanto, nesta demanda, a autora, por si e por seus filhos, pretende que o réu seja condenado ao pagamento de uma indenização. Tem direito a essa reparação? O prejuízo que está sofrendo, representado pela morte de Heli Saar, merece o amparo da lei? Negativamente responde o réu, acrescentando em alta voz - não houve dolo

ou culpa! Existe coisa julgada! O art. 65 do Cód. de Proc. Penal faz desaparecer qualquer obrigação de indenizar! Com quem está a razão?

c) Efetivamente, diz o inciso citado:

"Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício de um direito".

E, completando o princípio, o art. 160, n. I, do Cód. Civil sanciona:

"Não constituem atos ilícitos:

I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido".

Nessas condições, parece que o direito da autora se abala! Se aquêle que é absolvido por legítima defesa não age com dolo ou culpa, se a sentença criminal, na espécie, faz coisa julgada, conclui-se que o ato não é ilícito (art. 159 do Cód. Civil). E, sendo lícito (art. 160, n. I, do Cód. Civil), afasta a indenização, ou, como o douto procurador do réu sustentou na audiência final (fls.), não há direito contra direito Aquêle que está com o direito não viola direito! Realmente assim é, á primeira vista, mas consigno que não é José Julião o autor da causa! Se isso acontecesse fácil seria a resposta!

Aquêle que age em legítima defesa não é obrigado a pagar os prejuízos do seu agressor! É princípio tradicional no direito pátrio (cf. CARLOS DE CARVALHO, "Nova Consolidação das Leis Civis", art. 1.013, $ 2°, pág. 302, ed. 1899; VICENTE DE AZEVEDO, ob. cit., pág 231; PEDRO NUNES GUSMÃO, "A Indenização Civil dos Danos Oriundos do Crime", artigo publicado na "Rev. Judiciária", vol. 7, dir. SILVIO MARCONDES, pág. 260; CÂMARA LEAL, "Comentários, ao Código de Processo Penal", vol. I, pág. 250, § 249, ed. 1942; CARVALHO AZEVEDO, "Da Indenização por Ato ilícito", pág. 39, ed. 1945; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, "Doutrina e Prática das Obrigações", vol. II. pág. 488, 3 763, 2ª ed., aumentada; ag. n. 8.056, acórdão de 6 de junho de 1916, relator ministro F. SALDANHA, "Rev. dos Tribunais", vol. 18, página 127; apelação n. 20.522, acórdão de 5 de

setembro de 1934, relator desembargador MARIO MASAGÃO, "Rev. dos Tribunais", vol. 96, pág. 181), e estrangeiro (cf. HENRI LALOU, "Traité Pratique dela Responsabilité Civile", pág. 29 § 50, Paris, Librairie Dalloz, ed. 1949; RENÉ SAVATIER; "Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français", vol. I, pág. 73, § 61, ed. 1951, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente"; PICHON, DURAND-AUZIAS; PLANIOL-RIPERT, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", vol. VI, pág. 777, § 564, trad. Mario Dias Cruz, Cuba, 1946). Nem poderia ser de outro modo, porque, do contrário, hoje se atentaria contra a vida de um cidadão abonado para amanhã pedir indenização... E, verificada a morte do agressor, a ação passaria aos herdeiros... Seria profundamente imoral! Mas, o caso dos autos é muito diferente...

d) Como acontece na maioria das legislações (cf. SAVATIER, ob. cit., vol. I, pág. 205, § 161; LALOU, ob. cit., pág. 85, § 124; PLANIOL-RIPERT, ob. cit., vol. VI, pág. 666, § 477; LAURENT, "Cours Elémentaire de Droit Civil", vol. II, página 214, ed. 1887, Bruxelles,-Paris; AUBRY-RAU, "Cours de Droit Civil Français", vol. IV, págs. 746-748, § 444, ed. 1871, Paris, ed. Cosse-Marchal & Cia.; CHIRONI, "La Culpa en el Derecho Civil Moderno", volume I, pág. 40, § 9, trad. Posada, Madri, ed. Reus S. A. 1928; ANTÔNIO CAMMAROTA, "Responsabilidad Extracontractual", vol. I, pág. 373, § 263, Ed. Denalma, Buenos Aires, ed. 1947; GEORGES RIPERT, "O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno", trad. J. Cortesão, pág. 330, § 168, ed. 1937; COLIN-CAPITANT, "Curso Elemental de Derecho Civil", vol. III, página 798, trad. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madri, 1943, Ed. Reus; COELHO DA ROCHA, "Instituições de Direito Civil Português", vol. I, pág. 90, § 133,. ed. 1907, Lisboa,. Liv. Clássica Editôra; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, "A Responsabilidade Civil baseada no Conceito da Culpa". págs. 70-71, ed. 1906, Coimbra; GUILHERME ALVES MOREIRA, "Instituições do Direito Civil Português", vol. I, parte geral, pág. 588, § 45, sec. III, Coimbra, 1907), o nosso direito esteia a responsabilidade na culpa (cf. VICENTE DE AZEVEDO, ob. cit., página 231; AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil","REVISTA FORENSE", vol. I, pág. 139, § 66, ed. 1944; ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, "Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão", ed. "REVISTA FORENSE", pág. 163, § 117, 2ª ed., 1943; LIMO DE MORAIS LEME, "Da Responsabilidade Civil fora do Contrato", pág. 86, § 16, ed. 1927; JOSÉ LUÍS SALES, artigo "Sentença Penal e Reparação Civil do

Dano", "Rev. de Direito", fund. BENTO DE FARIA, vol. 151, pág. 219: PEDRO NUNES GUSMÃO, trab. cit., "Rev. Judiciária", vol. 7, pág. 257).

Contudo, em certos pontos, abandonando o princípio geral, adota a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, que uns também denominam da responsabilidade legal, que pode ser resumida: o homem é responsável por todo o dano de que foi causa física, ainda que nenhuma culpa lhe seja imputável. É mais justo fazer suportar o dano pela parte que lhe deu causa do que por aquela que em nada contribuiu para produzi-lo (cf. VIEIRA FERREIRA, "Da Responsabilidade Civil em Acidentes de Automóvel", págs. 105-106, § 77, ed. 1944; PLANIOL-RIPERT, ob. citada, vol. VI, pág. 668, § 478, "Teoria del riesgo"; GEORGES RIPERT, "A Regra: Moral nas obrigações Civis", trad. Osório de Oliveira, §§ 113-115, págs. 209-212, edição 1937). Semelhante teoria aparece na Lei de Acidentes do Trabalho, no Código do Ar (art. 98) e em vários dispositivos do estatuto civil, inclusive no art. 1.540.

Se assim é, se a pretensão da autora está alicerçada no art. 1.540 do Cód. Civil, que dispensa a culpa (cf. CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. 21, pág. - 160, ed. 1938), não basta, para isentar o réu, que êle negue o elemento subjetivo (fls.). A idéia de dano ressarcível é mais alta que a de ato ilícito. Todo ato ilícito é danoso e cria para ó agente a obrigação de reparar o dano causado. Mas, nem tôda obrigação de ressarcir o dano provém de ato ilícito, de ato praticado sem direito. Acata-se, pois, integralmente, a coisa julgada da excludente criminal (art. 65 do Cód. de Processo Penal), ato lícito por excelência (artigo 160, n. I, do Cód. Civil), reconhecendo ao mesmo tempo o direito da autora. Isto porque Heli Saar não agrediu o réu, antes, era seu amigo (fls.) e estranho aos fatos, merecendo o apoio do art. 1.540:

"As disposições precedentes se aplicam ainda ao caso em que a morte ou ferimento resulte de ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido".

Aliás, a meu ver, o inciso protege exatamente o terceiro na *aberratio ictus*.

e) Também não discrepam os autores. CARVALHO SANTOS doutrina, com base em magnífica decisão do Dr. MANUEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ: "Seria um êrro ver nesse preceito uma derrogação àqueles

princípios. Os atos praticados em legítima defesa são lícitos e não obrigam' à indenização o ofensor. Quem mata ou fere o próprio agressor nas condições previstas no art. 34 do Código não fica obrigado a indenizar. É isto uma verdade evidente. A indenização ai prevista refere-se ao dano sofrido por terceiro, estranho à agressão injusta que deu causa à repulsa. Exemplo: A agride a B. - B defende-se. Mas o golpe desferido por êle em A vai atingir a C, que passava pelo local. B fica obrigado a indenizar a C, muito embora o ato se considere crime justificável. Não se pode atribuir ao art. 1. 540, no que respeita à legitima defesa, outro conceito senão êste" (cf. ob. cit., vol. 21, págs. 164-165; *idem* "Rev. dos Tribunais", vol. 75, página 570). EDUARDO ESPÍNOLA prossegue:

"O Cód. Civil, porém, proclamou, no art. 1.525, independência completa e geral das duas responsabilidades, e ainda, de modo expresso e preciso, determinou a responsabilidade civil em casos de crimes considerados justificáveis" (artigo 1.540). "Outras vêzes, o indivíduo não "será criminoso, ante a lei penal; entretanto, será obrigado a indenizar o dano causado, prescreve a lei civil: assim, no próprio caso de legítima defesa, quando a repulsa tenha sido determinada por "agressão de outrem que não a vítima" (cf. "Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro", vol. I, pág. 461, ed. 1918).

Acrescenta ÁLVINO LIMA: "Não se ateve exclusivamente, entretanto, ao princípio da culpa, o legislador átrio. Em vários dispositivos relativos a responsabilidade extracontratual, é evidente "a consagração da responsabilidade sem culpa" (pág. 196). "O Cód. Civil, depois de definir, no art. 159, o ato ilícito, dispõe, no art. 160, ns. I e II, que não constituem "atos ilícitos os praticados em estado de necessidade, reportando-se aos artigos 1.519 e 1.520, nos quais, abrindo exceção ao dispositivo do art. 159, proclama à "responsabilidade dos que agiram em legítima defesa ou em estado de necessidade, em determinadas hipóteses" (página 197).

"Verifica-se o mesmo nos casos dos arts. 1.520, parág. único, e 1.540 do Código, em que o agente, no exercício de um direito, como a legítima defesa, causa dano a terceiro e hão ao seu agressor. A despeito de nos parecer incontestável que, nas hipóteses analisadas, a responsabilidade resulta exclusivamente do ato danoso, sustentam alguns dos nossos Juristas que não se

trata, nos casos referidos, de responsabilidade objetiva" (página 198, § 44, "Da Culpa ao Risco", edição 1938).

CLÓVIS continua: "Crimes Justificáveis são os praticados em legítima defesa e em estado de necessidade. Como a isenção da responsabilidade pena (não importa a da civil, as pessoas, que praticarem morte, ou lesão, em legítima defesa, ou em estado de necessidade, terão de reparar o dano, se aquêles fatos não forem conseqüências de agressão do ofendido" (cf. "Código Civil", vol. V, página 326, ed. 1939).

Escreve ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA: "Finalmente, não é exato que, em face do nosso próprio Código, a responsabilidade civil esteja sempre condicionada à existência de culpa. A legitima defesa, ou a deterioração ou destruição da coisa alheia para remover perigo iminente, são atos lícitos. Todavia, "nem por isso aquêle em defesa de quem se danificou a coisa, ou o autor do dano, no caso de perigo, ficam exonerados da "obrigação de indenizar o dono da coisa danificada, não culpado do evento, pelos "prejuízos dêste resultantes" (cf. ob. cit, págs. 164-165).

Comenta VICENTE DE AZEVEDO: "O crime justificado (na técnica do Código) não dá lugar à indenização; mas a "morte ou ofensa de terceiro, no ato - de repelir a agressão, obriga à indenização. A disposição se conjuga com os arts. 160, n. I, e 1.520, parág. único, porque é justo que o provocador, causador mediato da reação violenta, sofra as conseqüências de seu procedimento. Mas seria injusto, *ipso jure*, sofresse o dano aquêle que nada tem que ver com o ato. Oferece o art. 1.540 a originalidade de, dentro do sistema do Cód. Civil filiado à teoria da culpa, adotar a responsabilidade sem culpa, oriunda de crime justificável, como praticado em legítima defesa". (cf. ob. cit., pág. 264).

GIORGI, abordando a questão, expõe: "*Los romanos han dejado en esto el recuerdo de que la necesidad de la defensa no excusa siempre el dano causado cal tervero inocente*" (cf. "Teoria de las Obligaciones en el Derecho Moderno", vol. V, pág. 260, ed. 1929, rad. "Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia", ed. Reus, Madri). VON TUHR, apreciando dispositivo semelhante no direito alemão, cita: "*Hay ciertos casos en que la ley, desviando-se del princípio de la culpa, obliga a responder de Los danos causados sin incurrir en ella, sin que el responsable se puede eximir por ninguna prueba de descargo. En algunos de*

estos casos tratase de dados objetivamente ilícitos, euyo resarcimiento se impune a ciertas personas por entender el legislador que el objeto de que son duenos, la industria que exploran o el acto que realizan supone un riesgo especial para los demás. *En otros casos se trata de exercicio de un derecho que lleva aparejada la obligación de resarcir los danos que origina*" (pág. 291). "*De estos grupos de casos, en que la ley obliga a indemnizar las consecuencias de actos ilícitos, aunque no conturra culpa, hay que distinguir aquellos supuestos en que los danos de obligatorio resarcimento proceden de un acto lícito, y principalmente del ejercicio de un derecho. Estos casos obedecen todos al princípio de que, tolerada la intromisión en un derecho ajeno por justificarlo así un interés superior, es de equidad que el interesado cargue con las consecuencias*" (cf. págs. 293-294, "Tratado de las Obligaciones", trad. W. Roces, tomo I, 1ª edición, ed. Reus S. A., Madri, 1934).

JOÃO LUIS ALVES anota: "Neste artigo, estabelece, ainda, que o dano causado pela morte ou lesão obriga à indenização, mesmo em caso de crime justificável (Cód. Penal, arts. 32 a 35), porque a isenção de responsabilidade criminal não implica a da civil (art. 1.525); "mas torna claro que a morte ou ofensa do agressor, em repulsa da sua agressão, não determina a obrigação de indenizar, desde que essa repulsa reúna os requisitos da legítima defesa, porque o dano é conseqüência mediata da própria culpa do ofendido, da sua injusta agressão. A morte ou ofensa, porém, contra terceiro, no ato de repelir o agressor, pode obrigar a indenização, assim como a morte ou ofensa para evitar mal maior" (cf. Código Penal, art. 32, § 1°), desde que êsse mal não seja provocado pelo ofendido" (cf. "Código Civil", vol. II, pág. 582, edição 1935).

MENDES PIMENTEL opina: "Se, defendendo-se, o agredido atingir, por aberração, um terceiro inocente, a êste deverá indenização, ainda que tenha escapa do à punição pelo reconhecimento da legítima defesa. É princípio já consagrado em direito romano: "*Sed si defendendi mei causa, lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed prae tereuntem percussero, tenebor lege Aquilia illum enim solum, qui vim inferit, ferire consceditur*" (PAULO, Dig. II, 45, § 4°) - e expressamente reconhecido no Cód. Civil, art. 1.540" (cf. parecer, "Influência da decisão penal absolutória na instância civil da reparação do dano. Absolvição pelo reconhecimento da legítima defesa", Belo Horizonte, em 10 de outubro de 1918, "REVISTA FORENSE", volume 31, pág. 28). LAUDO FERREIRA DE CAMARGO decidiu: "Quem se defende, mediante repulsa

regular, a nada se obriga para com o agressor, por tudo que lhe causar. Responderá, porém, para com terceiro, pela ofensa que lhe fizer, embora não desejada. E êsse terceiro só contra o autor da ofensa poderá agir" (cf. "Rev. dos Tribunais", vol. 55, pág. 189). BASILEU GARCIA preleciona: "Em legítima defesa, fica o agente dispensado de reparar o dano patrimonial sofrido pela vítima, porque a reação que êle opôs é ato justo elícito. Pode dar-se, entretanto, que, defendendo-se, tenha atingido bem jurídico de terceiro, desferindo, na sua legítima defesa, tiros de arma de fogo contra A, fere B, em *aberratio ictus*. E, então, B tem ou não direito a ver reparados pelo agressor os prejuízos decorrentes? Tem direito, e tal solução e especialmente acolhida no art. 1.540 do Cód. Civil, que manda indenizar o dano, ainda no caso em que a morte ou lesão resulte de ato considerado crime Justificável se não foi perpetrado pelo agressor em repulsa de agressão do ofendido" (cf. "Efeitos Civis da Sentença Penal", artigo publicado na "REVISTA FORENSE", volume 133, pág. 337; *idem* "Rev. dos Tribunais", vol. 191, pág. 6). E COSTA MANSO arremata: "Mesmo o dano praticado no exercício de um direito reconhecido é sujeito ao princípio da reparação".(cf. "Casos Julgados", pág. 254, ed. 1920).

f) Não se alegue, nesta fase, que o art. 65 do Cód. de Proc. Penal revogou o art. 1.540 do Cód. Civil. Em primeiro lugar, porque o art. 1.525 dêste último registra: "A responsabilidade civil é independente da criminal", confirmado pelo, art. 66 do estatuto processual penal:

"Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categòricamente, reconhecida;a inexistência material do fato":

Ora, se existe essa independência relativa (subordinada, apenas, à autoria e ao fato), pregada tanto na doutrina (cf. VAMPRÉ, "Manual de Direito Civil", volume III, pág. 264, § 109, ed. 1920; *idem* Coment., "Rev. dos Tribunais", vol. 36, paginas 143-150; COSTA MANSO, "Votos e Acórdãos", pág. 211, ed. 1922; CÂMARA LEAL, ob. cit., pág. 195, § 103; MANUEL DIAS DA SILVA, ob. cit., vol. II, pág. 130, § 128; PONTES DE MIRANDA, "Manual do Código Civil", vol. P. LACERDA, volume 16, parte III, pág. 522, § 343; DUARTE DE AZEVEDO, "Controvérsias Jurídicas", pág. 421, § LXXXVII, ed: 1907; ESPÍNOLA, "Questões Jurídicas", "Pareceres", pág. 139 (nova série); MÁRIO GUIMARÃES, "Estudos de Direito Civil", página 224, ed. 1947;

FRANCISCO MORATO, "Miscelânia Jurídica", vol. II, pág. 814, ed. 1945; FILADELFO AZEVEDO, "Um Triênio de Judicatura", vol. III, pág. 373, voto 843; FERNANDO MENDONÇA, "Reparação do Dano *Ex Delito*", artigo publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 94, página 174, §§ 21-23; FRANCISCO EUGÊNIO DO AMARAL, "Da Ação Civil", *in* Cong. Ministério Público, vol. 7, pág. 96, edição 1943; LEOPOLDINO AMARAL MEIRA, "Ações de Indenização ou de Reparação do Dano", pág. 130, § 105, ed. 1937; CESARE BALDI, "Responsabilità Civile e Risarcimento di Danni", Turim, 1908, página 91, Fratelli Bocca Editore; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., vol. II, pág. 488, § 763; ETIENNE SALOMON, "La faute civile et la faute pénale", pág. 35, § III, Librairie Sirey, 1918; BICHOT, "L'Autonomie de la Responsabilité", página 48, sct. III, Librairie du Recueil Sirey, Paris, ed. 1933), como na jurisprudência (cf. apelação n. 7.865, acórdão de 31 de agôsto de 1915, relator, ministro SORIANO DE SOUSA, "Rev. dos Tribunais", vol. 15, pág. 201; sentença do Dr. MANUEL CARLOS, São Paulo, 19 de agosto de 1929, cf. apelação n. 18.406, acórdão de,15 de agôsto de 1931, relator ministro ANTONINO VIEIRA, "Rev. dos Tribunais", volume 73, pág. 4, e vol. 80, pág. 483; apelação n. 18.509, acórdão de 19 de fevereiro de 1932, relator desembargador AFONSO DE CARVALHO, "Rev. dos. Tribunais", volume 84, pág. 415; apelação n. 21.763, acórdão de 6 de novembro de 1935, relator desembargador VICENTE PENTEADO, "Rev. dos Tribunais", vol. 104, pág. 263; apelação n. 14.172, acórdão de 11 de novembro de 1941, relator desembargador PERCIVAL DE OLIVEIRA, "Rev. dos Tribunais", vol. 135, pág. 179; apelação número 14.068, acórdão de 6 de novembro de 1941, relator desembargador MACEDO VIEIRA, "Rev. dos Tribunais", vol. 1.37, página 608; ag. n. 50.385, acórdão de 19 de outubro de 1950, relator desembargador TEODOMIRO DIAS, "Rev. dos Tribunais", vol. 190, pág. 251), se as ações têm feições próprias (cf. FLORIAN, ob. cit, pág. 207; NUÑEZ, ob. cit., pág. 53; CARRARA, obra cit. §§ 546-547), não se concebe a revogação do Cód. Civil pelo estatuto processual penal, quando pertencem a esferas - diversas, e, sobretudo, na ausência de dispositivo expresso! A vontade do legislador, "faz coisa julgada no cível", deve ser aceita, no sentido de afastar a possibilidade de nova discussão na sentença da ação privada, como se dava antigamente. Antes da lei vigente, a sentença criminal que absolvia o réu por legítima defesa, podia ser atacada! A excludente (outrora justificativa) era freqüentemente recebida como presunção *juris tantum* da inocência do réu (cf. embs. n. 8.056, acórdão de 12 de abril de 1918, relator ministro F. WHITAKER, "Rev. dos Tribunais",

vol. 25, pág. 581) e certos autores chegavam a distinguir a legítima defesa verdadeira, perfeitamente caracterizada, da que não era, propondo até a revogação do Cód. Civil, para evitar dúvida, acrescentando-se no art. 160, n. I, "legítima defesa, perfeitamente caracterizada" (cf. PEDRO NUNES GUSMÃO, trab. cit., "Revista Judiciária", vol. VII, pág. 262).

Hoje, a situação é diferente! Transitada em julgado a sentença que a reconheceu, não pode o juiz do cível reexaminá-la. Aqui está a inovação, que não traduz qualquer revogação! EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, examinando o assunto, escreve: "Tem o juiz do cível de aceitar, como coisa julgada, a sentença do seu colega criminal, que proclamou a inexistência dê crime, por ter algum daqueles motivos determinantes justificado o ato do agente. Mas, dando como ponto assente essa inocência do ato, não pode, *ipso facto*, considerar o agente isento da responsabilidade de reparação do dano. Cumpre-lhe examinar se, nos têrmos do art. 1.540 do Cód. Civil, a inexistência de crime e de ato ilícito tem o alcance de excluir a indenização do dano real e efetivo, que o ato proporcionou a outrem: E, desde que êste não tenha provocado a ofensa, mas haja sofrido as conseqüências da ação, a que foi perfeitamente estranho, não há desconhecer o seu direito de ter;reparado o prejuízo" (cf. "Código de Processo Penal Anotado", volume II; pág. 43, § 180, ed. 1945). JOSÉ LUÍS SALES indaga: "Teria o art. 65 da lei processual, na parte em debate, abolido aquelas exceções previstas no artigo 1.540 e parág. único do art. 1.520 do Cód. Civil? Acreditamos sinceramente que não. Em primeiro lugar, os casos em aprêço são especialíssimos. Constituem, como mostramos, uma das poucas fugas da nossa lei civil à teoria da culpa, para se ir abrigar na teoria do risco. Há de se concluir, portanto, sob esse prisma que sem qualquer referência expressa, nada pretendeu inovar o diploma de processo penal, quanto ao assunto. A principal razão, porém, está em que, se é certo que faz coisa julgada no cível o reconhecimento da legítima defesa, tal circunstância não se há de traduzir pela afirmativa de que já não podará a vítima em tendo direito, segundo a lei civil, reclamar a indenização devida. O corolário lógico do reconhecimento da legítima defesa, em regra (Cód. Civil, art. 160, n. I), constitui isenção do agente de indenizar o dano. Sem embargo, casos há em que malgrado o aludido reconhecimento, a dita isenção não se verifica. Em tais hipóteses, não importa que a sentença penal faça coisa julgada no cível, porque o ressarcimento do prejuízo se verifica por circunstância alheia ao aludido fato" (cf. trabalho citado da "Rev. de Direito", vol. 151, pág. 408). E o douto BASILEU GARCIA, em recente

trabalho, completa: "Não percebemos, todavia, inconciliabilidade nos referidos preceitos da legislação privada, em face do art. 65 do Cód. de Proc. Penal,. que não pode ter tido o intuito de contrastá-los. A linguagem de que a sentença penal absolutória por estado de necessidade, legítima defesa etc. faz coisa julgada no cível, não tem outro objetivo, que o de enunciar a impossibilidade de reabrir-se, no setor civil, a discussão sôbre a intercorrência dessas justificativas no caso concreto.

"Mas o legislador processual penal não dispôs - nem era sua missão fazê-lo - acêrca de não caber ou caber sempre, ou às vêzes, a indenização, em havendo alguma daquelas justificativas. A tal respeito, o Cód. de Proc. Penal pressupôs o direito civil e tôdas as suas distinções, como, aliás, é normal entender, sempre que o antagonismo não seja indubitável. Ainda que se queira entrever no art. 65 a declaração de que, nas hipóteses de justificativa, a conduta se considera civilmente inculpável, disso também não surgirá óbice à persistência dos artigos 1.519 e 1.540 do Cód. Civil, visto como a "inculpabilidade já antes fôra proclamada pelo mesmo Código, no art. 160, ns. I e II" (cf. art. cit., "REVISTA FORENSE", volume 133, pág. 338; "Rev. dos Tribunais", vol. 191, pág. 7).

g) Cumpre analisar a jurisprudência especifica do caso. O nosso egrégio Tribunal já se manifestou sôbre questão idêntica: "Aquêle que se defende legitimamente, mediante repulsa regular, a nada se obriga.para com o ofendido, mas responde para com terceiro pela ofensa que lhe fizer, embora não a tivesse desejado. Na *aberratio ictus* o autor é sempre responsável pelo ato delituoso; o fato de ter sido êle absolvido no crime, não o isenta da responsabilidade civil, porque esta é independente da criminal" (cf. apelação n. 19.141, acórdão de 19 de maio de 1933, relator ministro URBANO MARCONDES, "Rev dos Tribunais", vol. - 88, pág. 167, que conf. sentença do Dr. ALBERTO JORGE DE OLIVEIRA FAUSTO, proferida em Ribeirão Prêto, em 15 de maio de 1931; embs. n. 19.141, acórdão de 24 de agôsto de 1934, relator ministro MAMEDE DE FREITAS JÚNIOR, "Rev. dos Tribunais", vol. 94, pág. 209). No seu livro, OTAVIO KELLY registra: "O autor de um homicídio, em pessoa outra que não a visada na repulsa de uma agressão, está obrigado a ressarcir o dano causado à família do morto, pela supressão de alimentos a que o desaparecimento da vítima deu lugar, muito embora o acusado fôsse absolvido, por se lhe não reconhecer intenção dolosa" (cf. "Interpretação do Código Civil no. Supremo Tribunal Federal", vol. II, pág. 122, § 1.531, ed. 1944; rec. ext. n.

2.665, acórdão de 7 de novembro de 1938, relator ministro LAUDO DE CAMARGO, "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", vol. XXXVI, pág. 605).

E, finalmente, o nosso egrégio Tribunal, na vigência das novas leis, julgou: "Por outro lado, é de preceito que a responsabilidade civil é independente da criminal. E a ação civil sòmente não poderá ser proposta quando no juízo criminal ficar reconhecida a inexistência material do fato. Ainda que o crime seja justificável, o agente só se isentará da responsabilidade civil quando o ato tenha sido praticado em repulsa da agressão do ofendido - art. 1.540" (cf. ag. n. 23.042, acórdão de 31 de agôsto de 1944, relator desembargador MEIRELES DOS SANTOS, "Rev. dos Tribunais", vol. 155, pág. 127).

h) Ainda, considerando mais de perto a defesa do réu, reafirmada a autoria (fls.), que não pode ser discutida (artigo 1.525 do Cód. Civil), estabelecido o nexo entre a "ação" e o "evento" (coisa julgada), provada a existência de prejuízo (cf. MUTEAU, "De la Responsabilité Civile", pág. 1, ed. 1898, Paris, ed. CHEVALIER MARESCQ), atual e certo (cf. LALOU, ob. cit., pág. 94, § 137), que diz respeito à supressão de alimentos por parte do marido e pai (art. 397, c/c o art. 233, n. V, do Cód. Civil), resta, tão-sòmente, decidir a influência da indenização trabalhista sôbre a presente. E, neste ponto, também improcede a alegação. De fato, a viúva de Heli teve direito à indenização por acidente do trabalho, mas, sendo superior a Cr$ 10.000,00. por fôrça do art. 1° da lei n. 599-A, de 26 de dezembro de 1948, que deu nova redação ao art. 22 da lei n. 7.036, de 10 de novembro da 1944 (lei de acidentes do trabalho); a importância foi recolhida a Caixa de Aposentadoria dos Ferroviários, para aumento da pensão.

Por conseguinte, essa indenização, que se converteu em pensão, não altera direito da autora e de seus filhos. O egrégio Tribunal paulista já apreciou a espécie: "Dada a finalidade social dos pecúlios das pensões pagas pelos institutos de previdência não deve o seu *quantum* ser deduzido das indenizações devidas pelo autor do ato ilícito aos beneficiários da vítima" (cf. apelação n. 44.745, acórdão de 4 de outubro de 1949, relator desembargador AMORIM LIMA, "Revista dos Tribunais", vol. 184, pág. 129; *idem*, embs. n. 44.745, acórdão de 11 de abril de 1950, relator desembargador OLIVEIRA LIMA, "Rev. dos Tribunais", volume 186, pág. 647). No mesmo sentido julgou

o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal: "Da indenização não se abatem as parcelas que a vítima de desastre haja recebido, em virtude dêste, de qualquer Instituto ou Caixa de Previdência" (cf. apelação cível n. 1.360, acórdão de 16 de abril de 1948 relator desembargador ALMEIDA SODRÉ, "Rev. dos Tribunais", vol. 182 pág. 351). Nada mais é preciso acrescentar para acatar o direito da autora!

3. Isto pôsto: Julgo procedente a ação, e, com base no art. 1.540 do Cód. Civil, que manda aplicar os princípios dos atos ilícitos, condeno o réu Abílio da Mata a pagar à autora e aos seus filhos aquilo que fôr liquidado em execução regular, girando a indenização em tôrno do artigo 1.518, c/c o art. 1.537, ns. I e II, do Código. Civil, além dos juros da mora (cf. artigo 166, IV, do Cód. de Proc. Civil, c/c o artigo 1.536, § 2°, e art. 1.062 do Cód. Civil), custas e honorários de advogado da parte contrária, na base de 20% sôbre o que, realmente, se apurar. Para ser publicada na audiência prèviamente designada.

Campos do Jordão, 20 de março de 1952. - *Mílton Evaristo dos Santos*.

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DO CÁLCULO - RECURSO

- Da decisão homologatória do cálculo, o recurso próprio é o agravo de instrumento. Pela circunstância de se atribuir ao despacho envolvimento de matéria que não pròpriamente de erro de conta ou de cálculo, não se justifica a mudança do recurso, pois essa circunstância não altera a natureza e a finalidade da decisão recorrida.

Roberto Roberti *versus* Serafina Vanda Roberti de Oliveira Cruz, assistida de seu marido

Ap. n. 59.492 - Relator: DESEMBARG. PEDRO CHAVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 59.492, da comarca de São Paulo, em que é apelante Roberto Roberti e apelada Serafim banda Roberti de Oliveira Cruz:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, não tomar conhecimento da apelação, recurso inadmissível na espécie.

Trata-se de apelação interposta de sentença homologatória de cálculo, proferida em processo de inventário. As decisões dessa natureza são agraváveis de instrumento, na forma expressa do artigo 842, X, do Cód. de Proc. Civil, devendo ser o recurso interposto no prazo de cinco dias. No caso, intimado da decisão no dia 31 de janeiro, veio o recorrente interpor a presente apelação no dia 9 de fevereiro, fora, portanto, do prazo para agravar. Sendo assente que em matéria de recursos a interpretação deve ser restritiva, não se deve conhecer de apelação, quando a lei estatui expressamente para a hipótese outro recurso, cujo prazo de interposição já decorreu. Pela circunstância de se atribuir ao despacho homologatório envolvimento de matéria que não pròpriamente de erro de conta ou de cálculo, não se justifica a mudança do recurso, pois essa circunstância não altera a natureza e a finalidade da decisão recorrida. Por essas razões, até se tem tomado conhecimento do recurso de agravo de instrumento, com fundamento no n. X do art. 842, de sentenças homologatórias de cálculo, mesmo sem haver êrro específico de conta ou de cálculo, como quando, em espécies semelhantes à dos autos, resolve a decisão questões que indiretamente possam afetar a conta e o calculo.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 16 de outubro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente; *Pedro Chaves*, relator designado; *J. R. A. Valim*; *Prado Fraga*, vencido: tomava conhecimento do recurso interposto. No presente caso não se trata pròpriamente de êrro de conta ou de cálculo, mas sim de cálculo em que foram incluídas parcelas que ainda dependiam de uma prestação de contas, ordenada pelo juiz do inventário,(fls.).

*

NOME COMERCIAL – ANULAÇÃO DE REGISTRO - COMPETÊNCIA

- Se o réu está abroquelado em um registro no competente Departamento Nacional e se êsse registro lhe assegura o uso do nome nêle declarado, a pretensão do autor importa, em última análise, pedir o cancelamento ou anulação daquele registro, sem embargo de pleitear sòmente a alteração e o não uso da denominação. Competente, para solução da hipótese, é o Juízo da Fazenda Nacional.

- Aplicação do art. 157 do Cód. de Propriedade Industrial.

Sotto Maior & Cia. *versus* Casa Sotto-Mayor S. A. Comercial Importadora

Ap. n. 59.493 - Relator: DESEMBARG. SOUSA NOGUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 59.493, da comarca de São Paulo, em que são apelantes e reciprocamente apelados Sotto Maior & Cia. e Casa Sotto-Mayor S. A. Comercial e Importadora:

Acordam, em 6ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., como parte integrante dêste e por votação unânime, dar provimento ao agravo no auto do processo interposto pela ré, pára o fim de reconhecer a incompetência do Juízo cível.

A autora pretende que a ré modifique, e se abstenha de usar, o nome "Casa Sotto-Mayor", por entender que ela, autora, registrou no Departamento Nacional de Propriedade Industrial a denominação comercial "Sotto Maior", o que lhe assegura o uso exclusivo dêsse nome em todo o território nacional.

O exame dos autos revela, entretanto, que a firma ré também tem registrada a denominação "Sotto-Mayor" naquele Departamento (fls.), e assim uma decisão

favorável ã autora afetará êsses registros. E, nos têrmos do art. 157 do Cód. de Propriedade Industrial, a ação para anular qualquer registro naquele Departamento deve ser processada perante a Vara da Fazenda Pública Nacional.

É exato que a autora não pede expressamente a anulação daquele registro, mas que a ré altere a denominação atual e não mais a use. Se a ré está abroquelada em um registro no competente Departamento Nacional, e se êsse registro lhe assegura o uso do nome nêle declarado, a pretensão da autora importa, em última análise, pedir o cancelamento ou à anulação daquele registro. Do contrário, inócua seria qualquer decisão contra a ré, que continuaria com seu registro em vigor, e produzindo todos os efeitos legais.

A questão se prende, em resumo, a nome comercial registrado no Departamento Nacional de Propriedade Industrial. A competência é da Vara da Fazenda Pública Nacional, com recurso para o egrégio Tribunal Federal de Recursos. Este, em recente decisão, teve oportunidade de declarar que a matéria escapa à sua competência quando se tratar de registro na Junta Comercial, exclusivamente; não assim quando se referir a nome registrado no Departamento Nacional (apelação cível n. 1.688, "Diário da Justiça", da União, de 11 de junho do corrente ano).

Por tais fundamentos, a Turma julgadora anula a sentença (Cód. de Processo, art., 279) e determina que os autos sejam remetidos, oportunamente, ao Juízo competente.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 26 de setembro de 1952. - *João M. C. Lacerda*, presidente, com voto; *Francisco de Sousa Nogueira*, relator; *José Geraldo Rodrigues de Alckmin*.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

RESPONSABILIDADE CIVIL - ATROPELAMENTO

- Tem lugar a indenização uma vez provado que o veículo escapou à direção de seu guarda interferindo ativamente no desastre, mormente demonstrada a, má organização dos serviços da emprêsa de transporte.

Cia. Municipal de Transportes Coletivos S. A. **versus** Jovens de Almeida Barros

Embs. n. 51.382 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. do 29 Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 17 de maio de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.583)

*

AÇÃO "QUANTI MINORIS" – AÇÃO REIVINDICATÓRIA.

- Proposta a ação **quanti minoris** e Julgada procedente, não pode o adquirente intentar a reivindicatória. para ver a restituição de parte de área não entregue.

Irineu Froner e sua mulher **versus** Fioravante Tonelli e sua mulher

Ap. n. 53.063 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE".- Cív. 8.584)

*

COMPETÊNCIA – CASSAÇÃO DE MANDATO DE VEREADOR - MANDADO DE SEGURANÇA

- A competência da Justiça Eleitoral, fixada pelo art. 119 da Constituição federal, se exaure com a diplomação e posse dos eleitos, cabendo à Justiça comum dirimir as questões que se verificarem quanto ao exercício de suas funções.

Benedito Lara de Almeida **versus** Misael Sobrinho e outros

Ap. n. 56.216 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 4 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.585)

DUPLICATA - PRORROGAÇÕES - FALTA DE ANUÊNCIA DO AVALISTA - NOVAÇÃO

- Não constituem novação, que desobrigue o avalista, as sucessivas prorrogações do prazo de pagamento de duplicatas.

Espólio de D. Escolástica de Almeida Barros **versus** Banco de São Paulo S. A.

Ap. n. 56.226 - Relator: DESEMBARGADOR SABINO JÚNIOR - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 30 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.586)

*

APELAÇÃO – PETIÇÃO APRESENTADA AO ESCRIVÃO, NO ÚLTIMO DIA, ÀS 23 HORAS

- O prazo para a interposição do recurso de apelação termina com o último instante do derradeiro dia civil. Assim, entregue como foi ao escrivão depois de encerrado o expediente forense e apresentado em cartório na primeira hora do dia seguinte, deve-se considerar o recurso dentro do prazo.

Cezostenes Medeiros da Silva e outros **versus** Lázaro de Sousa Mendes

Embs. n. 56.649 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA - Ac. do 3ª Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.587)

*

POSSESSÓRIA - PERDAS E DANOS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- Se a sentença omite um ponto pedido pelo autor, deve êste entrar com embargos de declaração, porque, às vezes, a omissão do aresto equivale a repelir implicitamente a pretensão sobre que se silenciou.

Pedro de Sousa **versus** Cia. Brasileira de Cimento Portland

Embs. n. 56.678 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA - Ac. do 2ª Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.588)

*

LEGITIMIDADE "AD CAUSAM" - DESPACHO SANEADOR

- O juiz deve, no despacho saneador, além de examinar a convergência dos pressupostos processuais, verificar se se acham integradas as condições da ação, declarando-a inadmissível se o réu requerer, quando da exposição dos fatos e da indicação das provas, em que se fundar a pretensão do autor, resultar que seu interesse é imoral ou ilícito.

- O direito de ação condiciona-se, quanto ao sujeito, pelo interesse, pela qualidade e pela capacidade de agir. O interesse apura-se no próprio curso da

ação; a qualidade apura-se ou em relação ao título, na verificação dos documentos sem os quais a lei não admite a ação, ou em relação ã pessoa, na verificação da identidade entre a pessoa do autor, a do réu e aquela a quem a lei concede a ação.

Namem Patah e sua mulher **versus** Lídia Rosa Miranda e outro

Ap. n. 57.134 - Relator: DESEMBARGADOR OLIVEIRA LIMA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Justiça de São Paulo, em 4 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE - Cív. 8.589)

*

EMPREITADA - PRESCRIÇÃO

- A empreitada não está sujeita à prescrição de prazo curto do art. 178 do Código Civil, ou do art. 445 do Cód. Comercial. A sua prescrição é a comum, por não haver o Código determinado outro prazo.

Serafim Loureiro Sobrinho **versus** Aurélio Coimbra Teixeira

Ap. n. 57.142 - Relator: DESEMBARGADOR SABINO JÚNIOR - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.590)

*

INVENTÁRIO - APURAÇÃO DE HAVERES - DESPACHO - APELAÇÃO

- Se a decisão não se limitou a traçar normas ao perito para o levantamento do balanço, mas mandou também, e de modo definitivo, atualizar os valores do ativo social, caso é de apelação.

Acúrcio Alberto do Nascimento e outros **versus** Paulo Artur Nascimento e outros

Embs. n. 57.187 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO CHAVES - Ac. do 29 Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 13 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.591)

*

DESQUITE LITIGIOSO - SEVÍCIA - PROVA

- Sevicia é o mau tratamento que o cônjuge dá ao outro, excedendo os têrmos da correção doméstica. A sevicia importa em crueldade traduzida na dor física ou no ferimento.

- Em relação ao desquite, o sistema de provas abre notável exceção no direito comum, quanto à qualidade das pessoas chamadas a depor. Se se desprezar o depoimento dos parentes, das pessoas ligadas por amizade intima, ter-se-á chegado à prova impossível.

F. A. K. **versus** U. E.

Ap. n. 57.428 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac. unânime da 164 Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.592)

*

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PROVA DO CONCUBINATO E DAS RELAÇÕES SEXUAIS

- Julga-se improcedente a ação de investigação de paternidade. senão se fêz de modo satisfatório a prova do concubinato e das relações sexuais entre os indigitados pai e mãe.

José Maria de Jesus **versus** Vicentina da Aparecida

Ap. n. 59.011 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA - Ac. da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 6 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.593)

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO PREÇO

- Recusando o recebimento antecipado, o promitente-vendedor não revela arrependimento do negócio. Usa de um direito, visto como, estabelecido prazo para o cumprimento da obrigação, não é dado ao promitente-comprador antecipar o pagamento sem anuência do promitente-vendedor.

Nino Daniele **versus** Nicola Scatino

Embs. n. 59.102 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA - Ac. do 3° Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.594)

*

ARREMATAÇÃO - LEVANTAMENTO DO PREÇO – PRÊMIO DO DEPOSITÁRIO - RECURSO

- A vista da vacilação da jurisprudência a respeito do recurso cabível da decisão que subordina o levantamento de preço de arrematação ao pagamento do

prêmio do depositário, é de conhecer da apelação interposta em cinco dias pelo prejudicado.

José Adipe Chedide **versus** Paulo Novais de Barros

Embs. n. 59.331 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS - Ac. do 2° Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Justiça de São Paulo, em 13 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.595)

*

DESQUITE LITIGIOSO - INJÚRIA GRAVE

- Considera-se injúria grave o pedido de internação e de interdição do outro cônjuge, quando feito sem base alguma e com o fito de humilhá-lo e prejudicá-lo.

V. F. S. **versus** A. H. F. S.

Ap. n. 59.562 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO - Ac. da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 4 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.596)

*

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CÁLCULO

- hão tendo sido admitida a fixação de honorários de advogado sobre o capital necessário para produzir a renda mensal estabelecida a favor da vítima, não devem êles ser calculados sôbre as pensões vincendas. Devem ser fixados tendo por base o valor global da a condenação, cujo montante haja sido efetivamente apurado.

Orlando Fumelle Monti **versus** Cia. Municipal de Transportes Coletivos e outra.

Ap. n. 59.788 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.597)

*

PERITO - SALÁRIOS - PRESCRIÇÃO

- O prazo prescricional para cobrança de salários de perito só se contará da decisão final do processo se êle não tiver sido substituído no curso da causa.

Gustavo Teixeira **versus** Francisco Di Pasquale

Ap. n. 59.819 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ao unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 23 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.598)

*

FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA

- A fiança, prestada sem consentimento da mulher é nula, e o é inteiramente, mesmo no que respeita à meação do marido, por quanto é corrente que, no regime dá comunhão de bens, s meação de cada cônjuge é puramente ideal. A sua concretização só é possível nos casos de dissolução da sociedade conjugal, previstos na lei.

Itália Conzo Bartolo e outro **versus** Antônio Gêmio

Ap. n. 59.820 - Relator: DESEMBARGADOR DAVI FILHO - Ao. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.599)

*

PERMUTA - PRÉDIO CLAUSULADO - HASTA PÚBLICA - IMÓVEIS DE VALORES DESIGUAIS

- Aplicam-se ã permuta as disposições sôbre a compra e venda, salvo pequenas modificações. É necessário que naquela não haja torna em dinheiro, é sim pura troca dos imóveis objetivados, porque senão confundir-se-iam os dois institutos.

Apelante: Jorge Mário Speers

Ap. n. 59.840 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS – Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.600)

*

INTERMEDIÁRIO DE NEGÓCIO - COMISSÃO

- O corretor tem direito à remuneração ou corretagem convencionada, ou, na falta de convenção, à que é de uso corrente, desde que o negócio é concluído entre as partes aproximadas por seu intermédio, dentro do prazo fixado na opção.

Carlos Vieira Martins **versus** Otacílio Piedade Gonçalves e outros

Ap. n. 59.870 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Justa de São Pauto em 14 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.601)

*

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - JUSTIÇA GRATUITA

- O beneficiário da justiça gratuita tem direito a honorários de advogado, pagos pelo vencido não havendo que cogitar da ocorrência de dolo ou culpa.

Osmar Pereira Pinto **versus** Mário Pereira Pinto e outros

Ap. n. 59.953 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO - Ac. da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 10 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.602)

*

AÇÃO DE DEPÓSITO - ARMAZÉNS GERAIS

Não pode o depositário, Companhia de Armazéns Gerais, alegar que os títulos emitidos em nome do depositante representam mercadoria depositada por, terceiros e a êles pertencentes. Semelhante argüição não pode ser levantada pela Companhia, porque o depositário, mero guarda da mercadoria, tem a obrigação de a restituir àqueles que figuram como depositantes nos conhecimentos de depósito, sem lhe assistir, ò direito de indagar se são, ou não, os proprietários da coisa "que lhe foi confiada.

Cia. Nacional de Armazéns Gerais e outros **versus** Continental Coffee Corporation

Ag. n. 59.466 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO DO AMARAL - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 28 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.603)

*

FALÊNCIA - COMPETÊNCIA

- O domicílio para os efeitos da Lei de Falências é o lugar onde estiver a sede administrativa dos negócios. Pouco importa quanto às pessoas jurídicas, que.os.estatutos, contrato ou ato constitutivo hajam fixado um outro lugar, um domicilio especial.

Banco de Crédito Real - de Minas Gerais, S. A. **versus** Falência de Peirão S. A. Comércio e Navegação

Ag. n. 60.703 - Relator: DESEMBARGADOR MORAIS BARROS - Ac. unânime. da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.604)

*

JUROS DA MORA - EXECUÇÃO

- Os juros da mora, ainda quando omisso o julgado, podem ser exigidos na execução como acessórios que são do capital.

Cia. Cipam de Intercâmbio Pan-Americano **versus** José de Campos Ribeiro

Ag. n. 60.905 - Relator: DESEMBARGADOR J. M. GONZAGA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 18 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.605)

*

ACIDENTE DO TRABALHO - MORTE

- Se ambos os pais sobrevivem ao filho morto em serviço e dêle dependiam econômicamente, ainda que parcialmente, forçoso concluir que têm direito à indenização prevista em lei.

Luís Frota e sua mulher **versus** João Mattaraia

Ag. n. 60.497 – Relato DESEMBARGADOR FERRAZ SAMPAIO – Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.606)

*

DESPEJO - PURGAÇÃO DA HORA PELO FIADOR

O terceiro, quer tenha interêsse ou não, pode pagam a dívida. O pagamentos não pode deixar de produzir, todas, as conseqüências diretas ou indiretas que a lei lhe atribui.

Mounir Zaitoune **versus** Antônio Pereira e sua mulher

Ag. n. 60.644 – Relator DESEMBARGADOR AMORIM LIMA – Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. De Just. De São Paulo, em 28 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.607)

*

DESPEJO – SUBLOCAÇÃO

- Não se equipara a sublocação, e muito menos proibida, para autorizar ação de despejo, à permanência de concubina em prédio ocupado por ela e pelo amasio desde o comêço do arrendamento.

Antônio da Silva Santos **versus** Benedito Alves da Silva

Embg. n. 2.151 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO – Ac. das Câmaras Cíveis Reunidas do Trib. De Alçada do Estado de São Paulo, em 5 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.608)

*

DESPEJO - INQUILINO RELAPSO E REINCIDENTE NA MORA

Não é justo se conceda purgação da mora ao inquilino relapso e reincidente que, desvirtuando a finalidade ontológica do favor legal que lhe é dado no art. 15 da Lei do Inquilinato, transforma uma garantia de exceção em arma para sustentação de capricho.

Vicente Izzo **versus** Clotilde Felice de Lima

Ap. n. 8.303 - Relator: DESEMBARGADOR LUÍS MORATO - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada do Estado de São Paulo, em 5 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.609)

*

LOCAÇÃO – RESPONSABILIDADE DO INQUILINO

- O inquilino, tenha ou não contrato escrito, responde pelos danos causados ao prédio, desde que não resultem do simples uso da coisa de acôrdo com o seu destino e não atribuídos os estragos a inquilino anterior.

Antônia Cecília Araújo **versus** Luís Juliano

Ap. n. 3.344 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO – Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada do Estado de São Paulo, em 12 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.610)

*

PROMISSÓRIA - FALECIMENTOS DO PORTADOR - PAGAMENTO

- Não se pode afirmar tenha o devedor pago mal, pelo fato de haver efetuado o pagamento de nota promissória à viúva do credor, falecido, se ela estava na posse e administração dós bens do casal, Com o consentimento tácito de todos os herdeiros, é se dito pagamento reverteu em beneficio do espólio.

Espólios de Pedro Pazin e D. Florínda Capelo Pazin **versus** Luís Scolari

Ap. n. 3.415 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada do Estado de São Paulo, em 19 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.611)

*

ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO - CARACTERIZAÇÃO

Na estipulação a favor de terceiro, a ação para exigir o cumprimento da obrigação se transfere ao beneficiário, sem, aliás, perde-la o estipulante.

Raul Guedes de Melo e outros **versus** Fernandes Olmos & Cia. Ltda.

Ap. n. 56.65 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA -. Ac. da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 5 de dezembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.612)

*

SOCIEDADE POR AÇÕES - PROVA DA QUALIDADE DE ACIONISTA

- A ação é o título que comprova a qualidade de sócio, nas sociedades cujo capital á representado por títulos dessa espécie, e a sua posse pressupõe a integralização do capital que ela representa. Sem essa integralização, lògicamente, não pode o acionista reclamar a entrega e a posse do título.

Vidrasil S. A., Comércio e Beneficiamento de Vidro **versus** Lúcio Fidalgo

Ap. n. 57.268 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 11 de novembro, de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.613)

*

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CONSTRUÇÃO EM TERRENO ALHEIO – MÁ-FÉ

Quem levanta edificações de vulto tem a obrigação de verificar, valendo-se dos necessários auxílios técnicos do engenheiro, se a sua propriedade está situada no local exato. Age com culpa grave - e conseqüentemente com má-fé - quem assim constrói sem prévia cautela, visando a evitar a invasão de terreno alheio.

Samuel Golfetti e sua mulher **versus** Francisco Andriello

Embs. n. 57.783 - Relator: DESEMBARGADOR AMORIM LIMA - Ac. do 1ª Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 2 de dezembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.614)

*

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - PROVA

- A formação do contrato da abertura de crédito está sujeita às mesmas condições que a de qualquer outro contrato e prova-se por todos os meios em direito permitidos para os negócios jurídicos. Não tem forma especial.

Camilo Guedes Pinto **versus** Barros & Cia

Ap. n. 59.858 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 28 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.615)

*

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - APELAÇÃO - CHEQUE VISADO - CONTRA-ORDEM

- Na ação de consignação, o mérito diz respeito à legitimidade de quem deve receber a coisa consignada, sendo, pois, definitiva a sentença que a julga.

- Embora haja a lei abolido o cheque visado, continua essa modalidade a ser usada nos meios comerciais.

- Entre os usos e, costumes da praça, existe o de serem os cheques visados debitados imediatamente nas contas dos sacadores, sendo inadmissível a contra-ordem de pagamento.

G. Lunardelli S. A., Agricultura, Comércio, Exportação **versus** Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S. A. e outro

Ap. n. 59.985 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.616)

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - RESCISÃO DO CONTRATO - JUROS DA MORA

- A obrigação de restituir importâncias recebidas em virtude de compromisso de venda e compra de terreno, motivada pela rescisão do contrato não implica na obrigação de pagar juros moratórios, desde que o inadimplente seja o outro contratante.

Espólio de João Mário Benedito de Oliveira Barreto **versus** Dr. Domício Pacheco e Silva e sua mulher

Ap. n. 60.306 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DORIA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 11 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.617)

*

SOCIEDADE CIVIL - ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA - ELIMINAÇÃO ARBITRÁRIA DE SÓCIO REMIDO

- A expulsão é um ato capaz de causar danos morais e até materiais contra o associado. Para evitar ou reparar êsses danos, não se lhe pode negar a garantia constitucional da invocação dó Poder Judiciário.

- O direito associacional, além das normas estatutárias, é também informado pelo direito público, quê impõe certos rumos e condições para à existência e disciplina da associação. Importante, é a observação de que o direito comum é subsidiário e preenche todas ao lacunas das regras estatutárias.

Clube Atlético Paulistano e outro **versus** Dr. Frontino Guimarães Júnior

Ap. n. 61.100 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO CHAVES - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 18 de dezembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.618)

*

INTERDIÇÃO - DISCRETA DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE MENTAL

- Na dúvida, é preferível não decretar a interdição, medida excepcional, só possível no caso de incapacidade comprovada.

Gins Ramalho Weigi **versus** Angelina Alge Ramalho

Ap. n. 56.025 - Relator: DESEMBARGADOR PINTO DO AMARAL - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.619)

*

ACIDENTE DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO – PEDIDO GENÉRICO

- O pedido genérico de indenização, por parte do acidentado; inclui, òbviamente, tôdas as parcelas que, constando expressamente da lei, integram o seu direito, não se podendo exigir, na sumária e especialíssima justiça da infortunística do trabalho, o mesmo rigor do Cód. de Proc. Civil, lei processual aplicável apenas subsidiàriamente.

S. A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo **versus** Pedro Correia da Silva Ag. n. 60.321 - Relator: DESEMBARGADOR J. M. GONZAGA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de. Just. de São Paulo, em 7 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.620)

*

EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA DE BENS JÁ VENDIDOS

- Tratando-se de penhora posterior à venda, cumpre ao exeqüente-embargo promover primeiramente a anulação dessa venda, sob o fundamento de fraude pauliana ou simulação, para em seguida penhorar as coisas vendidas.

Tomás Belley **versus** Nicola Marino

Ap. n. 4.501 - Relator: DESEMBARGADOR J. FREDERICO MARQUES - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 3 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.621)

*

FIANÇA - ABUSO DA RAZÃO SOCIAL

- E válida á, fiança prestada embora com abuso da razão social; se a sua proibição não absoluta, foi invocada em nome da firma representada pela mesma pessoa que tomou parte no contrato.

Nagão & Senma Ltda. **versus** Orfeu Simi

Ap. n. 2.036 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 8 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.622).

*

LOCAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO LOCADOR

- As reparações de que necessitar a coisa locada incumbem ao senhorio, não apenas quando há contrato escrito e por tempo determinado, mas, ainda, nas locações verbais e sem prazo, prorrogadas pelas leis do inquilinato, por não existir qualquer distinção na lei.

Ettore Suriano **versus** Guerino Capo Di Monti

Ap. n. 2.136 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 13 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.623)

*

DESPEJO - LOCAÇÃO - RETOMADA - MENOR PÚBERE

- Não falta à menor púbere legitimidade **ad causam** ativa para propor ação de despejo visando à retomada de prédio para uso próprio, para nêle instalar o seu futuro lar.

João Batista Pereira **versus** Maria Helena Franco do Amaral

Ap. n. 2.402 - Relator: DESEMBARGADOR EUCLIDES DA SILVEIRA - Ac. da. 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de setembro de 1962.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.624)

*

DESPEJO - RETOMADA PARA REFORMA SUBSTANCIAL

- Quando o aumento da capacidade de utilização não decorre evidente, do exame da planta oferecida liminarmente, faz-se necessária, em tais casos, a

realização da vistoria, que é a prova especifica para a verificação de fatos de tal natureza.

Arlindo Ortiz **versus** José Francisco Escoura

Ap. n. 2.429 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada e São Paulo, em 17 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.625)

*

LOCAÇÃO - ALUGUÉIS

- O locatário é obrigado a pagar aluguéis durante o tempo em que exerce o direito de retenção reconhecido em decisão judicial.

Afonso Novelo **versus** Vicente Ermido Panizza

Ap. n. 2.538 - Relator: DESEMBARGADOR EUCLIDES DA SILVEIRA - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.626)

*

FIANÇA - ALUGUÉIS - TOLERÂNCIA OU INÉRCIA DO LOCADOR

Não vale moratória a simples tolerância ou inércia do credor na exigência da prestação que lhe é divida. Como moratória apenas se entende a concessão de prazo dentro do qual fique suspensa a exigência da prestação.

João Bussolotti e sua mulher **versus** João Pires Lopes

Ap. n. 2.568 - Relator: DESEMBARGADOR VASCO CONCEIÇÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 8 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.627)

*

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – MOLÉSTIA DO ADVOGADO

Viola flagrantemente o dispositivo do art. 266, parág. único, do Cód. de Proc. Civil, a decisão que subordina o adiamento de audiência, solicitado por advogado em virtude. de moléstia devidamente comprovada, à anuência e, concordância da parte contrária.

João Caputo **versus** Antônio Galdi e outros

Ap. n. 2.631 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 10 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.628)

*

DESPEJO - PERDAS E DANOS - EXECUÇÃO ESPECÍFICA

- Se o locatário, sem constrangimento, no curso da apelação por êle interposta, desocupa o prédio, concorre para a desaparecimento do vinculo contratual. Não lhe cabe, em caso de êxito do recurso, pleitear a volta ao, prédio pelo processo de execução de sentença, senão exigir o ressarcimento de prejuízos pelas vias normais;

João Louvadini **versus** José Angeli

Ap. n. 2.642 - Relator: DESEMBARGADOR PEREIRA DA COSTA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.629)

*

DESPEJO - PROVA - VISTORIA - INSPEÇÃO OCULAR

- As inspeções pessoais são de grande utilidade para o esclarecimento do juiz, para que bem possa apreciar os fatos revelados pela prova, mas não a substituem.

Benjamim Glosa **versus** Francisco Campi

Ap. n. 2.662 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 17 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.630)

*

DESPEJO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - PRÉDIOS GEMINADOS PEDIDOS SIMULTANEAMENTE

- Admite-se a retomada simultânea de prédios geminados, quando apenas um dêles não seja suficiente para satisfazer às necessidades do proprietário-retomante.

Artur Francisco Lourenço **versus** José de Carvalho César

Ap. n. 2.680 - Relator: DESEMBARGADOR VASCO CONCEIÇÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, de 24 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.631)

*

LOCAÇÃO - ABANDONO DO PRÉDIO

- Enquanto não rescindida a locação pela entrega das chaves ao senhorio, exigível é o aluguei, pouco importando ter o inquilino deixado o prédio por motivo à primeira vista aceitável.

Adolfo Brunner **versus** Edward Myazha Cholonjewesky

Ap. n. 2.855 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO - Ac. unânime da 2% Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.632)

*

CITAÇÃO COM HORA CERTA – CARTA DO ESCRIVÃO – CÔNJUGE

- Não é nula a citação com hora certa, por falta de envio de carta do escrivão, quando a pessoa cientificada é o cônjuge, com interêsse igual ao do procurado e atingiu a diligência o seu objetivo, ante a presunção de que não poderia pausar o fato sem o conhecimento do citando.

Domingos Orlando **versus** Antenor Stamato

Ap. n. 2.862 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo em 24 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.633)

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

REIVINDICAÇÃO – CONDOMÍNIO - RESTITUIÇÕES

- A incerteza sôbre se o reivindicante não é proprietário exclusivo não obsta à procedência da ação de reivindicação, quando não surge dúvida quanto à que êle tem, pelo menos, quinhão de condomínio.

Jerônimo Veloso do Carmo e outro *versus* Francisco Estêvão Soares

Ap. n. 6.408 (embs.) - Rel.: DESEMB. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Piranga, em que são embargantes Jerônimo Veloso do Carmo e Antônio Eduardo de Freitas e é embargado Francisco Estêvão Soares:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, não conhecer dos embargos, para desprezá-los, mantendo o aresto recorrido, que julgam conforme ao direito e à prova dos autos.

Rejeitam a tese da nulidade porque ela só poderia favorecer á mulher do autor-apelado, mas, como o cônjuge foi vencedor na lide a falta do seu firmamento não lhe ocasionou prejuízo algum.

E, nessas condições, não poderia ser invocada para inutilizar o processo.

Custas pelos embargantes.

Belo Horizonte. 23 de novembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *A. Vilas Boas*; *Newton Luz*; *Lopes da Costa*, vencido, nos têrmos do voto no acórdão embargado.

RELATÓRIO

Ao acórdão de fls. 79 v., que negou provimento à apelação interposta contra sentença do juiz de Piranga em causa movida por Francisco Estêvão Soares e sua mulher a Antônio Eduardo de Freitas e outro foram oferecidos oportunos embargos. Trata-se duma ação de reivindicação julgada procedente. Preliminarmente, foi vencido o Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA, que, segundo o texto do aresto, convertia o julgamento em diligencia, para que, ouvida na primeira instância, dissesse a mulher do autor-apelado se estava de acôrdo com a defesa oferecida pelo marido na sua ausência. O texto do voto é o seguinte: "Vencido na preliminar: Não se trata de nulidade de ato processual, mas de nulidade do processo, como um todo. Há um litisconsórcio, necessário. Sem se integrar a lide, com a presença em juízo de todos os interessados, não há processo. E não se entende que o juiz possa proferir sentença de mérito em processo inexistente".

Os embargos não sofreram contestação.

Ao Exmo. Sr. revisor.

Belo Horizonte, 6 de novembro de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação n. 6.408, de Piranga, em que são apelantes Jerônimo Veloso do Carmo e Antônio Eduardo de Freitas e é apelado Francisco Estêvão Soares:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal doe Justiça de Mirras Gerais, negar provimento.

Custas pelos apelantes.

O Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA, preliminarmente, convertia, o julgamento em diligência, para ser ouvida, em primeira instância, a mulher do autor apelado, a fim de declarar se está de acôrdo com a defesa que por ela fêz o marido, de vez que quem se apresentou para pedir assistência judiciária

gratuita foi apenas o marido. A maioria dispensou a diligência por solucionar a apelação em favor do casal que o marido se apresentou para defender em seus interesses.

O réu Jerônimo restituirá os frutos relativos ao tempo da ocupação. O réu Antônio também restituirá correspondentemente a êsse tempo, salvo, porém, o período entre a escritura da compra que fêz e a contestação da lide.

Ainda que se não possa considerar dono único, o apelado é sem contestação condômino, como sucessor de um dos tios, caso não o seja também quanto ao outro tio, que será o pai da que cedeu direitos hereditários aos apelantes.

Na qualidade de condômino, pode reivindicar.

O documento da cessão não está apoiado em prova, que se devera dar na instrução da causa, relativamente à existência da cedente e sua condição de filha de um dos tios do apelado fatos êsses postos em dúvida, a qual o registro de nascimento e a cessão não dissipam, porque foram processados depois de ajuizada a presente reivindicação.

Belo Horizonte, 10 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *A. Vilas Boas*; *Lopes da Costa*, vencido na preliminar: Não se trata de nulidade de ato processual, mas de nulidade de processo, como todo. Há um litisconsórcio necessário. Sem se integrar a lide com a presença em juízo de todos os interessados, não há processo.

E não se entende que o juiz possa proferir sentença de mérito em processo inexistente.

RELATÓRIO

Esta apelação n. 6.408, de Piranga, regularmente processada e preparada, é interposta por Jerônimo Veloso do Carmo e Antônio Eduardo de Freitas contra sentença final que julgou procedente ação de reivindicação movida aos apelantes por Francisco Estêvão Soares e sua mulher, no gôzo de gratuidade de justiça.

O apelado se apresenta para reivindicar, com pagamento de quinhão hereditário de que é cessionário e também como adjudicatário em arrolamento, por êle mesmo promovido de bens deixados por dois tios seus, estando a adjudicação transcrita no registro imobiliário.

Os apelantes, que estão de posse do imóvel opõem aos títulos dos autores título processado após a citação inicial para a causa, isto é, uma cessão de direitos hereditários outorgada por Maria Joaquim de Jesus, que se diz residente em outra comarca e alega ser filha de um daqueles tios dos apelados, qualidade de filha que quer provar com uma certidão de registro civil fornecida também após o início da demanda e sem declaração da data do registro (fls. 22).

Houve inquirição de uma testemunha dos autores e juntada de documentos, inclusive na apelação.

Vão os autos à revisão.

Belo Horizonte, 16 de cunho de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

*

DIVISÃO - OMISSÃO DE DIREITO DE CONDÔMINO - PRESCRIÇÃO

- É nula a divisão em que se omite direito de um condômino.

- Não corre prescrição alguma contra atos insanàvelmente nulos ou inexistentes.

Maximiano Cândido Mendonça e outro *versus* Francisco Serafim da Silva

Ap. n. 6.465 - Relator: DESEMBARG. A. VILAS BOAS

ACÓRDÃO

Vistas etc.:

Acordam em 1ª Câmara Civil; relatados e discutidos êstes autos de Carmo do Rio Claro, sendo apelantes e apelado, respectivamente, Maximiano Cândido Mendonça e outro e Francisco Serafim da Silva, negar provimento ao recurso.

Custas pelo vencido.

A divisão não é anulável mas nula, porque nela se fêz omissão de direito de um condômino, o antecessor do apelado.

A causa não está prescrita, uma vez que, como acentuou o juiz *a quo*, contra atos insanàvelmente nulos ou inexistentes não corre prescrição alguma.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas* relator; *Aprígio Ribeiro*, vencido: Entendo que se verificou a prescrição, porque o autor teria firmado a procuração iludido quanto ao seu conteúdo real. Mas o instrumento estava bem formalizado e autorizava o mandatário aos poderes que exercitou. Se o êrro foi subjetivo, como se falar em falso, procurador? O que se quanta e acusa é a hipótese de procurador bem constituído, mas derivando a outorga doe um ato viciado por êrro, coisa muito diversa. (E nem é possível se decretar nulidade em relação a um condômino, subsistindo o processo no tocante aos mais). Sendo, assim, o contrato lavrado com todos os sacramentos por mandatário coza poderes irrecusáveis, não há nulidade alguma de pleno direito a Considerar, e a relativa, entrosada no vício subjetivo do êrro, sucumbe o direito de postular-lhe a decretação em quatriênio. Pareceu-me êle irremediàvelmente prescrito.

RELATÓRIO

Em Carmo do Rio Claro, Joaquim Serafim de Mendonça passou uma procurar o dando ao mandatário poderes para alienação de terras.

Falecendo êle, Francisco Serafim da Silva, seu herdeiro, filho propôs contra o comprador, Tancredo Lamounier Godofredo, ação para anular tal procuração e, em conseqüência, a venda das terras e posterior divisão por que elas passaram.

Este Tribunal, por acórdão que consta a fls. 7 e segs., julgou em parte procedente a ação para decretar, como decretou, a nulidade da procuração e a

venda a Tancredo na parte relativa ao autor, um dos herdeiros do transmitente. Não anulou, entretanto, a divisão, pois que para a ação de nulidade não se havia citado todos os condôminos.

O autor, vencido nesta parte, volta agora a juízo pedindo a nulidade da divisão.

O fundamento pelo qual o Tribunal anulou a venda foi o ter sido a procuração extorquida ao mandante por dolo do futuro comprador. Os réus contestaram, alegando: 1) que havia coisa julgada, eis que o referido acórdão recusou a anulação que se pedia para a divisão; 2) que a ação está prescrita, pois em quatro anos prescreve ação para anular os contratos viciados por dolo.

O juiz, a final, desprezou a preliminar de prescrição e, julgando a ação procedente, decretou a nulidade pedida. O ato não era anulável, por dolo, mas nulo, por ter sido realizado por falso procurador.

Os vencidos apelaram a tempo, tendo tido o recurso processo regular.

A revisão.

Belo Horizonte, 14 de agôsto de 1950. - *Lopes da Costa.*

*

MANUTENÇÃO DE POSSE – DOAÇÃO - ARRENDATÁRIO

- Doado o imóvel com a cláusula de ser administrado por outra pessoa, esta pode fazê-lo explorar mediante arrendamento pelo que o administrador e o arrendatário têm, por igual, qualidade para repelir a turbação à sua posse, praticada por terceiros, inclusive a donatária.

Almir Teixeira e outro *versus* José Ribeiro Teixeira e outro

Ap. n. 6.429 - Relator: DESEMBARG. J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 6.429, de Andrelândia, sendo apelante Almir Teixeira e outro e apelados José Ribeiro Teixeira e outro, 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.

Se o imóvel foi doado com a cláusula de ser administrado pelo autor José Ribeiro Teixeira, êste é pessoa legítima para fazê-lo explorar mediante arrendamento, como está, acontecendo. Desta sorte, êle e o arrendatário têm, por igual, qualidade para repelir a turbação à sua posse, praticada por terceiro, inclusive pela donatária, que não pode intervir na administração do imóvel nem anular a ação do administrador nomeado pela doadora falecida. O que a lei concede à donatária é o direito de chamá-lo à prestação de contas pelos atos de sua gestão, de molde a apurar se êle vai, como deve, desempenhando regularmente o cargo de confiança que lhe foi atribuído.

Belo Horizonte, 21 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz; Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de manutenção que, na comarca de Andrelândia, José Ribeiro Teixeira e Ernâni Teixeira Guimarães propuseram contra Paulo Fernandes e Almir Teixeira Guimarães. A marcha do processo está descrita na sentença de fls. 48, sentença que concluiu julgando procedente a ação e condenando nas custas os réus. Estes apelaram em tempo e forma e, processado o recurso, os autos vieram regularmente à Secretaria do Tribunal, onde foram preparados no prazo legal.

Assim vistos e relatados, passo-os ao Exmo. Sr. revisor.

Belo Horizonte, 19 de junho de 1950. - *J. Benício*.

*

DESPEJO - DEPÓSITO EM BANCO - PURGAÇÃO DE MORA

- O locador não pode repudiar o depósito feito pelo locatário em banco e não em cartório, desde que aceitou, sem protesto, a versão do dinheiro em sua conta.

Eurico Ladeira Loures *versus* Alberto Medeiros

Ap. n. 6.432 - Relator: DESEMBARG. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Caratinga, em que é apelante Eurico Ladeira Loures e apelado Alberto Medeiros:

Acordam em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, negar provimento.

O réu purgou a mora nos têrmos exatos do mandamento judicial, e fê-lo a tempo, pois que requereu no prazo da contestação, não lhe sendo imputáveis delongas da Justiça na fixação da soma a pagar. E releva a alegação de ter sido parte do depósito feita irregularmente no banco, e não no cartório; o autor não pode repudiá-la pela razão simples de haver aceitado sem protesto, a versão do dinheiro em sua conta; e a alegação de ser o apelado reincidente não pode ser apreciada, à míngua de prova.

Custas pelo apelante.

Belo Horizonte, 31 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de despejo movida pelo Dr. Eurico Ladeira Loures a Alberto Medeiros, na comarca de Caratinga. O réu purgou a mora e o juiz mandou

encerrar o litígio, mas como o autor entenda não haver sido ela regularmente extinta, apelou. Preparo regular; à revisão.

Belo Horizonte, 3 de agôsto de 1950. Em tempo: Verifica-se do documento a fls. que o prédio é dos filhos menores do autor. - *Aprígio Ribeiro*.

*

SERVIDÃO DE TRÂNSITO - POSSE PERMANENTE - ATRAVESSADOURO

- Não constitui servidão o trânsito eventual por atravessadouro, sem prova de posse permanente, exercida sem favor.

Joaquim Teixeira de Carvalho Bastos e sua mulher *versus* Manuel Ferreira da Silva e sua mulher

Ap. n. 6.478 (embs.) - Rel.: DESEMB. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Ponte Nova, em que são embargantes Joaquim Teixeira de Carvalho Bastos e sua mulher e embargados Manuel Ferreira da Silva e sua mulher:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer e desprezar os embargos, confirmando a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, que estão de acôrdo com o direito E a prova dos autos.

Custas pelos embargantes.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho; Lopes da Costa; Autran Dourado; A. Vilas Boas*, vencido.

RELATÓRIO

Para alcançar a rodovia Jequeri-Grota, o agricultor Joaquim Teixeira de Carvalho Bastos se servia de um caminho que atravessa a propriedade vizinha, de Manuel Ferreira da Silva: Por ali, algumas vêzes, passavam caminhões carregando produtos da terra de Joaquim Teixeira.

Mas, ultimamente, Manuel Ferreira fez, no que é seu, duas porteiras tão estreitas que vedam o trânsito de caminhões.

Veio, por isso, Joaquim Teixeira a juízo pedir manutenção de posse da servidão. Em primeira instância, obteve ganho de causa. Mas a ilustre Turma julgadora da apelação resolveu reformar a sentença, por considerar. o caminho um atravessadouro, que o apelante poderia *ad nutum* eliminar.

Os embargos se fundam no voto vencido do eminente desembargador LINCOLN PRATES.

À revisão. - *A. Vilas Boas.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de apelação n. 8.478, de Ponte Nova, Juízo Municipal, em que são apelantes Manuel Ferreira da Silva e sua mulher e apelados Joaquim Teixeira de Carvalho Bastos e sua mulher:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dar provimento para julgar a ação improcedente e condenar os apelados nas custas, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Os autores ministram prova de se haverem escoado pelo caminho em questão produtos das terras dêles algumas vêzes, nos últimos sete anos, por meio de caminhões.

Trata-se de um atravessadouro; como se vê pelo croquis que os peritos apresentam à fls. 28. Houve há pouco mais de um ano um serviço de raspagem de terra para facilitar o trânsito de veículos a motor.

Os réus não querem continuar a consentir em que os autores eventualmente se sirvam do caminho. Estreitaram, por isso, duas porteiras, ao consertá-las. Em conseqüência, o trânsito só é praticável para automóveis de passageiros.

Não há prova de posse permanente, exercida sem favor, nem de se haver instituído servidão.

Belo Horizonte, 31 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*, vencido.

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA.

RELATÓRIO

Esta apelação n. 6.478 é interposta por Manuel Ferreira da Silva e sua mulher contra sentença final do MM. juiz municipal de Ponte Nova, que julgou procedente ação de manutenção de quase-posse de trânsito movida aos apelantes por Joaquim Teixeira de Carvalho Bastos e sua mulher. Não encontro irregularidade no processo e preparo.

A espécie está exposta na veneranda sentença apelada.

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 13 de agôsto de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho.*

*

PROMESSA DE VENDA – EXECUÇÃO ESPECÍFICA - CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO

- É de execução específica o contrato de promessa de venda, sem cláusula de arrependimento, de imóvel, loteado ou não, cujo preço foi totalmente pago estando a respectiva escritura revestida dos requisitos e formalidades legais.

Sebastião Brasileiro e sua mulher *versus* Raimundo de Azevedo Santos

Ap. n. 6.501 - Relator: DESEMBARG. J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 6.501, de Patos de Minas, apelantes Sebastião Brasileiro e sua mulher e apelado Raimundo de Azevedo Santos, etc.:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incorporado neste o relatório *retro*, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada por seus fundamentos, pagas as custas na forma da lei.

O autor-apelado recebeu dos apelantes escritura pública da qual não consta cláusula de arrependimento, de promessa de venda de uma casa e terreno por preço que foi, no ato, integralmente pago. Pretende o compromissário a execução compulsória de contrato de promessa.

Atualmente, não há, margem para discussão sôbre se pode ou não ser dado à execução especifica o contrato de promessa de venda de imóvel não loteado. Está incorporada no nosso direito positivo e em pleno vigor lei n. 649, de 11 de março de 1949, que deu nova redação ao art. 22 da lei n. 58, consagrando a corrente jurisprudencial que vinculava àquele regime jurídico os contratos de promessa de venda, sem cláusula de arrependimento, de imóveis, loteados ou não, cujo. preço. como no caso, fôra totalmente paga. Na hipótese vertente, a escritura pública, de promessa está revestida de todos os requisitos e formalidades legais, inclusive a sua transcrição no registro imobiliário, e a defesa dos apelantes peca, ou por falta de prova, ou por sua irrelevância como, *verbi gratia*, a alegação de fraude de credores, da qual, se existiu, teriam êles tomado parte, outorgando a escritura e recebendo o preço convencionado, na forma de que dão notícia os autos.

Belo Horizonte, 4 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Trata-se de uma cominatória para execução específica de um contrato de promessa de venda de imóvel. A espécie está fiel e minudentemente exposta no relatório da sentença de fls. 84, a qual concluiu por julgar procedente a ação e condenar o réu a outorgar ao autor, no prazo de 30 dias, a escritura definitiva de compra e venda, sob pena de valer a sentença escritura pública e levada ao registro imobiliário, pagas as custas pelos seus: promitentes. Êstes oportunamente, apelaram em tempo e forma, e seu recurso, recebido em ambos os efeitos, avós processo regular, veio devidamente à Secretaria do Tribunal, onde foi preparado no prazo legal.

Assim vistos e relatados, passo-os ao Exmo. Sr. revisor.

Belo Horizonte, 14 de agôsto de 1950 - *J. Benício*.

*

PROMESSA DE VENDA DE IMÓVEL - CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Não é nula a promessa de venda de imóvel de valor superior à taxa legal, feita sem escritura pública nem consentimento da espôsa do promitente vendedor, porque não há transmissão de propriedade, mas apenas se constitui uma obrigação de fazer, cujo inadimplemento se resolve em perdas e danos.

- Consignação em pagamento não é remédio próprio para dirimir dúvidas e controvérsias surgidas entre as partes, com referência às relações contratuais entre elas existentes.

Antônio e Odálio Barrak *versus* Toufik Rahd

Ap. n. 6.552 - Relator: DESEMBARG. J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de apelação n. 6.552, de Araçuaí, sendo apelantes Antônio e Odálio Barrak e apelado Toufik Rahd, etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada, corrigido, porém, o seu dispositivo para carência da ação, pagas as custas na forma da lei. O apelado prometeu vender aos apelantes, conforme documento de fls. 4, uma usina de eletricidade e uma carpintaria mecânica, inclusive casa em que estava instalada, pelo preço de Cr$. 200.000,00, pagável em prestações representadas por nelas promissórias de emissão dos compromissários. Vencidos dois dos títulos, cada um do valor de Cr$ 10.000,00, os compromissários, já de posse do imóvel, propuseram contra o promitente-vendedor ação de consignação em pagamento dos valores dos dois referidos títulos vencidos. O réu alegou que a promessa de venda é nula, porque não se formalizou por escritura pública e não teve o consentimento oportuno da espôsa, a qual, de resto, o nega. Acrescentou que, de fato, recebeu dos autores Cr$ 30.000,00, não, porém, por conta do preço da venda prometida, como alegam os autores, mas em pagamento de materiais que lhes vendeu. Vê-se bem que o réu se arrependeu do negócio feito e discute matéria de fato referente ao negócio subjacente. O documento de fls. 4 não é nulo, porque, na promessa de venda de imóvel de valor superior à taxa legal, não há transmissão de propriedade, mas apenas se constitui uma obrigação de fazer cujo inadimplemento se resolve em perdas e danos. Dúvidas e controvérsias entre as partes surgem com referencia às relações contratuais entre elas existentes, e a consignação em pagamento não é remédio próprio para dirimi-las, como é sabido.

Se o réu-apelado se recusa a cumprir o contrato de promessa, aos autores só resta compeli-lo à declaração judicial da sua rescisão, com as conseqüências decorrentes de perdas e danos e mais pronunciamentos de direito.

Belo Horizonte, 11 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de consignação em pagamento. O relatório da espécie está exposto na sentença de fls: 97 v., a qual concluiu julgando improcedente, a ação e insubsistente o depósito, e condenou nas custas os autores. Estes, inconformados, interpuseram, oportunamente, apelação, a qual, recebida em ambos os efeitos, foi contra-arrazoada a fls. 58. Os autos vieram regularmente à Secretaria do Tribunal, onde foram preparados no prazo legal.

Passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

Belo Horizonte, 24 de agosto de 1950. - *J. Benício.*

*

INVENTÁRIO-PARTILHA - IGUALDADE DOS QUINHÕES – DIVISÃO FEITA A OLHO

- Em processo de inventário-partilha, para se verificar se se fêz a divisão com igualdade e consultou os interêsses dos herdeiros, é necessário saber se as terras descritas constituem um só ou vários imóveis.

- A divisão de um imóvel em glebas, feita a filho, para o cálculo do valor, não oferece segurança à igualdade da partilha.

José de Morais Prêto e outro *versus* Eduardo Camargo de Sousa e outros

Ap. n. 6.577 - Relator: DESEMBARG. LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 6.577, de São Sebastião do Paraíso, apelantes José de Morais Prêto e Sebastião Camargo de Sousa, apelados Eduardo Camargo de Sousa e outros:

Acordam, os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls. dar provimento ao recurso para, cassando a sentença que julgou a partilha, mandarem que outra partilha se faça em quotas ideais, que servirão de base a posterior partilha geodésica.

Custas pelos vencidos.

O imóvel é um só, que os avaliadores dividiram em glebas apenas para o cálculo do valor. Essa divisão não pode oferecer; segurança à igualdade da partilha, medidas a ôlho as áreas em que se repartiram as terras.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator: *A.Vilas Boas; Eduardo de Meneses Filho*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 6.577, de São Sebastião do Paraíso, apelantes José de Morais Preto e Sebastião Camargo de Sousa, apelados Eduardo Camargo de Sousa e outros:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, converter o julgamento em diligência, para que o inventariante e os avaliadores informem se o imóvel "Morro Velho" é um só, uma só gleba de terras, embora de qualidades diversas, ou se as glebas que descreveram não são anexas, mas representam imóveis distintos.

Custas a final.

Belo Horizonte, 19 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira* presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*.

Foi voto vencedor o do Exmo: Sr. desembargador LINCOLN PRATES.

RELATÓRIO

Na comarca de São Sebastião do Paraíso, procedeu-se ao inventário-partilha dos bens, deixados por falecimento de Mariana Antônia de Jesus.

Feito o esbôço da partilha, com êle concordaram os herdeiros. Pouco tempo depois, a herdeira Maria Benedita Borges vendeu seus direitos a José de Morais Preto, que pediu retificação do esbôço, sem precisar êsse pedido. Explicou-se, porém, depois declarando pretender que todos os bens fôssem igualmente partilhados entre os herdeiros e não como se havia feito, fixando-se o pagamento do requerente numa parte do imóvel. Acrescentou que pagaria as despesas com a reforma do esbôço.

Os outros herdeiros a isso se opuseram.

O Dr. juiz indeferiu a pretensão, pelo fundamenta de que o esbôço já havia sido aprovado pelo antecessor do requerente. E julgou por sentença a partilha:

José de Morais Prêto apelou a tempo, nada havendo a notar no processo do recurso, em cujas razões esclarece melhor os fundamentos do pedido que fizera: o imóvel consta de terras de cultura e de campo e a êle deram apenas pagamento em terras dessa última qualidade, acrescendo que, fixado assim o lugar de seu pagamento êste não fica anexo a terras outras limítrofes e de sua propriedade. Apelou também o herdeiro Sebastião Camargo de Sousa.

A inventariante descreve as terras do "Morro Velho", situadas no Município de São Sebastião do Paraíso, como um só imóvel, com a superfície de 90 alqueires, mais ou menos. Os avaliadores falam em.cinco glebas: uma, de terras cultivadas e em pastagens, com 40 alqueires avaliados à razão de Cr$ 2.000,00 cada um; a outra, com 20 alqueires, de terras de cerrado, avaliados à 1.500,00 o alqueire; a terceira, com 24 alqueires, avaliados à razão de Cr$ 500,00 cada um; a quarta, de seis alqueires de terras de campo, avaliados em Cr$ 200,00 o alqueire; a quinta, um alqueire de campo por Cr$ 100,00.

À revisão.

Belo Horizonte, 6 de agôsto de 1950. - *Lopes da Costa*.

*

AÇÃO DE DESPEJO - PURGAÇÃO DA MORA - DEPÓSITO INCOMPLETO

- Faz justiça a sentença que decreta o despejo se foi incompleto o depósito relativo à purgação da mora, por não haver atendido à parcela relativa a custas.

Isaltino de Oliveira Reis *versus* João Batista Monteiro de Castro

Ap. n. 6.620 - Relator: DESEMBARG. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é apelante Isaltino de Oliveira Reis e apelado João Batista Monteiro de Castro:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e lhe negar provimento.

Fêz a sentença anelada rigorosa justiça às partes, decretando o despejo, visto como foi incompleto o depósito relativo à purgação da mora, por não haver atendido à parcela relativa a custas. Também não logrou o apelante provar a rebeldia do senhorio em receber o aluguel.

Pague as custas.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo ale Meneses Filho*; *Lopes da Costa*.

RELATÓRIO

Ação de despejo movida por João Batista Monteiro de Castro a Isaltino de Oliveira Reis e julgada procedente pelo juiz municipal da 3ª Vara Cível da capital. Fundamentou-a a *mora debendi* e a defesa alegou dolo do credor, ocultando-se para não receber os aluguéis. Houve pedido, embora obscuro, de

purgação. O réu apelou sem preparar. Pediu o beneficio da justiça gratuita, mas a súplica não foi apreciada na primeira instância.

Autos à revisão.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

BUSCA E APREENSÃO DE MENOR PROVAS – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

- Marcada audiência, o juiz não pode prolatar sentença sem primeiro atender aos pedidos de produção de provas, feitos pelas partes.

Helena Aparecida Ribeiro de Castro *versus* Claudemiro Pedretti

Ap. n. 6.657 - Relator: DESEMBARG. NEWTON LUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação n. 6.657, da comarca de Juiz de Fora, em que é apelante Helena Aparecida Ribeiro de Castro e apelado Claudemiro Pedretti:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrando neste o relatório dar provimento à apelação para cassar a sentença apelada.

O Dr. juiz de direito, não obstante haver a autora protestado por provas, e o réu, na contestação, arrolado testemunhas, e a despeito de já marcada a audiência, mandou lhe fôssem os autos conclusos e sentenciou, indeferindo o pedido: Não podia fazê-lo.

Mandam, pois os juízes componentes da Turma julgadora que, realizada a audiência de instrução e julgamento, com as formalidades legais, outra sentença seja proferida, dando-se recurso às partes.

Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 1951. - *Batista de Oliveira, presidente; Newton Luz*, relator; *Autran Dourado; Amilcar de Castro*._

RELATÓRIO

D. Helena Aparecida Ribeiro de Castro requereu busca. e apreensão da menor sua filha Ilca Máris Ribeiro de Castro, que se encontra em poder de Claudemiro Pedretti, que se arrima num ilegal título de tutela, que lhe concedeu o entro juiz de direito da 1ª Vara; Dr. RAIMUNDO GONÇALVES DA SILVA, sem sequer ouvir a requerente.

O pedido foi contestado a fls. 15. Alega o contestante, em síntese, que a autora deixara a menor em abandono quando contava esta quatro anos (conta hoje seis), e D. Hercília Rocha, entro noiva do contestante, é que passou a cuidar da menor, que era doente, melhorando de saúde com o tratamento que lhe dispensara Hercília.

Mais tarde, após o casamento assinou o réu contestante tutela da menor Ilca.

Ouvido, salientou o órgão do Ministério Público reputar conveniente a audiência das testemunhas arroladas na contestação, mas o Juízo, embora tenha mandado marcar tempo para a audiência de instrução, contentando-se, ao que parece, com o documento de fls. 33, sem realização dá audiência já designada, exarou a sentença de fls. 35, pela qual indeferiu o pedido inicial, mandando continuara menor em poder do tutor nomeado.

Tempestiva a apelação e normalmente processada, por seu provimento opinou o Dr. procurador geral.

É o relatório.

Conclusão ao Exmo. Sr. desembargador AUTRAN DOURADO.

Belo Horizonte, 2 de dezembro de 1950. - *Newton Luz*.

Adendo: Também a autora, na petição inicial, protestou por provas, inclusive testemunhal e vistoria, e por essas, igualmente - por sua produção,- julgou conveniente o órgão do Ministério Público, em seu parecer de fls. 29.

Na mesma data. - *Newton Luz*.

DESPEJO - CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

- Só expressamente convencionado o pagamento é que poderá ficar o inquilino sujeito a pagar contribuição de melhoria; a lei não lhe impõe essa obrigação.

Ariovisto Andrade de Carvalho *versus* Maximiano Nunes da Rosa

Ap. n. 6.754 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de Juiz de Fora, entre partes, Ariovisto Andrade de carvalho, como curador de D. Isabel de Andrade Gama, apelante, e Maximiano Nunes da Rosa, apelado:

Acordam, unânimemente, 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, pois só expressamente convencionando o pagamento é que poderá ficar o inquilino sujeito a pagar contribuição de melhoria; a lei não lhe impõe essa obrigação.

Custas, pelo apelante, na forma da lei.

Belo Horizonte, 9 de abril de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado*; *Costa e Silva*.

RELATÓRIO

Ariovisto Andrade de Carvalho, como curador de D. Isabel de Andrade Gama, pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Civil da comarca de Juiz de Fora, moveu ação

de despejo contra Maximiano Nunes da Rosa, por haver êste deixado de pagar à Prefeitura Cr$ 288,00 de taxa de calçamento.

A causa, contestada a fls. 10, foi regularmente processada pela forma descrita na parte expositiva de fls. 46, e concluiu o juiz por julgar a ação improcedente, visto não estar o réu por lei obrigada a pagar nova contribuição de melhoria.

Dessa decisão apelou o autor tempestivamente, e a anelação, recebida em ambos os, efeitos, foi arrazoada pelo apelado, depois do que, no prazo legal, vieram os autos a esta instância e aqui foi a apelação regularmente preparada.

Afinal, foi ouvido o Exmo. Sr: procurador geral, do Estado e opinou pela confirmação da sentença apelada.

Vistos e assim relatados, restituo êstes autos à Secretaria a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 12 de março de 1951. - *Amílcar de Castro*.

*

SOCIEDADE COMERCIAL - SUBSTITUIÇÃO DE SÓCIOS

- Não importa transformação de sociedade comercial a retirada de sócios, nem a entrada de novos, na mesma qualidade dos que já existem, nem a mudança de firma ou denominação da sociedade.

Resende, Ayupe & Cia. Ltda. *versus* Maria Batista Estêves

Ap. n. 6.783 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de São João Nepomuceno, entre partes, Resende, Ayupe & Cia. Ltda., apelante, e D. Maria Batista Estêves, apelada:

Acordam, em 1ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, dar provimento à apelação para cassar a sentença apelada e mandar que o juiz profira outra sôbre o mérito da causa.

O contrato que se pretende renovar foi feito com a firma Dias Resende & Cia. Ltda., que se compunha de quatro sócios: Francisco Correia Dias, José Carlos Resende, Dr. Nagib Camilo Ayupe e Dr. Crisóstomo Ferreira. Depois, essa sociedade e alterou, como se vê a fls. 6, *retirando-se* os sócios Francisco Correia Dias. Dr. Nagib Camilo Ayupe e Dr. Crisóstomo Ferreira, *permanecendo* o sócio José Carlos Resende e *entrando* os sócios Vicente Camilo Ayupe e Camilo Ayupe Neto; e por isso mesmo a antiga razão comercial; Dias, Resende & Cia. Ltda. foi *substituída* pela nova razão comercial Resende, Ayupe & Cia. Ltda. Mas nada disso importa *transformação* da sociedade comercial, ou melhor, da pessoa jurídica que firmou o contrato de locação com o falecido Ladislau Estêves. Ensina CARVALHO DE MENDONÇA que não importa *transformação* da sociedade comercial a retirada de sócios, nem a entrada de novos sócios na mesma qualidade dos que já existem, nem a mudança da firma ou denominação da sociedade, ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. III, ns. 579 e 580, páginas 64 e 65).

No caso. dos autos, portanto, nem houve dissolução de uma sociedade (Dias, Resende & Cia. Ltda.), nem *constituição* de nova sociedade (Resende, Ayupe & Cia. Ltda.), como supõe o juiz *a quo*. A sociedade, a pessoa jurídica, continuou sendo a mesma, com sócios diferentes e razão comercial diferente: houve apenas *modificação* da sociedade, o que não importa *mudança da pessoa jurídica* (CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., n. 677, e nota 2ª pág. 142).

Por conseguinte, se não se bem outra pessoa jurídica á explorar no prédio o mesmo ramo de negócio, mas sim a mesma pessoa jurídica a continuar explorando o mesmo negócio; se o que a Lei de Luvas protege é o *fundo de comércio* do locatário, ou sua *atividade comercial como fonte de riqueza*; se *o* fundo de comércio é o mesmo; se a atividade comercial é a mesma, em continuação, claríssimo fica que não há, no caso dos autos, carência de ação, e o juiz *a quo* deve se pronunciar sôbre o mérito da causa.

Custas, pela apelada, na forma da lei.

Belo Horizonte, 2 de abril de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado; Costa e Silva*.

RELATÓRIO

Resende, Ayupe & Cia. Ltda., pelo Juízo de Direito da comarca de São João Nepomuceno, moveu contra D. Maria Batista Estêves, como inventariante do espólio de Ladislau Estêves, ação renovatória de locação comercial.

A causa, contestada a fls. 22, foi regularmente processada pela forma descrita na parte expositiva da sentença de fls. 83, que é fiel, e o juiz concluiu por julgar a autora carecedora de ação, não só porque o contrato foi feita com sua antecessora, Dias, Resende & Cia. Ltda., e para sua transferência não houve consentimento do locador, como porque, a contar do registro do contrato de fls, 6 até a propositura da ação, não decorreram três anos.

Dessa decisão apelou tempestivamente a autora e a apelação, recebida em ambos os efeitos, foi arrazoada pela apelada. Logo em seguida foram os autos remetidos, no prazo legal, à Secretaria do Tribunal, e foi a apelação regularmente preparada.

Vistos e assim relatados, restituo êstes à Secretaria a fim de serem conclusos ao revisor.

Belo Horizonte, 12 de março de 1951. - *Amílcar de Castro*.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - RECURSO

- Da decisão que julga a decadência do direito, antes da audiência de instrução e julgamento, cabe o recurso de agravo e não apelação.

Paulo Rosa Nazaré *versus* Departamento de Instrução da Polícia Militar Estadual

Ap. n. 6.765 - Relator: DESEMBARG. NEWTON LUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação n. 6.765 da comarca da Capital, em que é apelante Paulo Rosa Nazaré e apelado o comandante do Departamento de Instrução da Policia Militar:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrando neste o relatório, não conhecer da apelação, porque, não tendo havido audiência de instrução e julgamento, a decisão. exatamente nos têrmos do art. 846 do Cód. de Processo Civil, pôs têrmo ao processo, sem resolver-lhe o mérito. Agravo, portanto, é o recurso que devia ter sido interposto, e não o de apelação. Assim julgaram o revisor e o vogal. O relator também não conheceu do recurso, mas por outro motivo: pela tardia remessa dos autos à superior instância.

Custas, na forma da lei, pelo apelante.

Belo Horizonte, 3 de abril de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Newton Luz*, relator: Equivoquei-me, admitindo como cabível, no caso, o recurso de apelação, aliás, contra meus próprios votos anteriores, em hipóteses semelhantes Sempre, pois, tenho julgado que agravo, e não apelação, é que cabe da decisão proferida antes da instrução e julgamento, pondo fim ao processo; *Amilcar de Castro*; *Autran Dourado*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Paulo Rosa Nazaré cursou, em 1949, o C.P.-2 do Departamento de Instrução da Policia Militar do Estado, e nos exames, terminadas em 17 de dezembro de 1949, obteve média 4,55, em Instrução Militar, logrando, portanto, aprovação, nos têrmos da lei n. 206, de 1937, que exigia, apenas, a média 4.

Tendo sido, entretanto, aplicada a lei n. 553, de 23 de dezembro de 1949, posterior aos exames, foi considerado reprovado, porque, por essa lei, que desdobrou em três a cadeira de Instrução Militar, obtivera numa das três nota inferior a 4.

Daí haver impetrado êste mandado para que possa cursar o 2° ano do C.P.-2 do Departamento de Instrução da Polícia Militar do Estado, visto como a aplicação, retroativamente; da lei n. 553 é que determinou a queda da sua nota.

O pedido mereceu contestação do Estado de Minas Gerais; por seu advogado geral, Dr. DARCI BESSONE, que alegou: *a)* preliminarmente: falta de citação do governador; *b)* ainda preliminarmente: extinção do direito de pedir, pelo decurso do prazo de 120 dias estabelecido no artigo 331 do Cód. de Proc. Civil; *c) de meritis*: improcedência do pedido.

A sentença não conheceu do mandado, sob o fundamento de haver, efetivamente, decorrido o prazo para o requerimento de segurança.

In tempore opportuno, apelou o impetrante, e o Estado, contra-arrazoando, argüiu, em preliminar, que o recurso próprio seria de agravo de petição, de vez que a decisão não apreciou o mérito do pedido.

No dia 1° de dezembro, baixaram os autos com o despacho ordenando a remessa dêstes, o que, entretanto, só se fêz a 27 de janeiro. Certificou o escrivão que os autos se achavam extraviados em cartório e foram procurados várias vêzes, a fim de serem remetidos, só sendo encontrados na data da remessa.

Recebidos nesta superior instância, no dia 2 de fevereiro o secretário os remeteu à Tesouraria, datando o preparo do dia 13 seguinte. Declarou o tesoureiro que "a culpa do prazo perdido cabe à Tesouraria".

Ao Exmo. Sr. procurador geral parece procedente a preliminar de descabimento do recurso interposto o qual, por isso, a seu ver, não merece conhecimento. E, quanto ao mérito, opina pelo provimento, para que o juiz julgue como entender de direito.

É o relatório.

Ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

Belo Horizonte, 9 de março de 1951. - *Newton Luz*.

*

PAGAMENTO POR TERCEIRO - GESTOR DE NEGÓCIOS – REEMBÔLSO

- O terceiro que, em nome e por conta do devedor, pagar a dívida, tem direito, como gestor de negócios, a reembolsar-se do que houver despendido.

Jovino Moura *versus* Januário Henrique de Sousa

Ap. n. 6.788 - Relator: DESEMBARG. LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 6.788, de Itapecerica, apelante Jovino Moura, apelado, Januário Henrique de Sousa:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., dar em parte, provimento ao recurso para condenar o apelado a pagar ao apelante a importância que na execução se liquidar, dentro do limite da despesa feita, dos honorários pagos ao procurador do recorrido, com os juros legais a contar do desembôlso.

Custas a meia.

O apelado, como êle mesmo confessa na inicial, constituiu o Dr. Alberico Ferraz Durão seu procurador, para requerer autorização para pesquisa de uma lavra de grafite. O mandato foi levado a bom têrmo, tendo sido satisfeita a pretensão do requerente.

Diz e prova o recorrente que pagou àquele procurador honorários e despesas por êle cobrados por seu intermédio: Cr$ 800,00 destas e Cr$ 8.000,00 daqueles.

Qualquer terceiro pode pagar a dívida em nome e por conta do devedor (Código Civil, art. 930). E, assim, como gestor de negócios, tem direito a reembôlso da.importância despendida, acrescida dos juros legais a contar do pagamento (Código Civil, art. 1.339).

Das parcelas que somam a importância de Cr$ 800,00, o apelante não deu prova. E era no processo da ação que deveria fazê-la.

Quanto, porém aos honorários, se é certo que não foi o apelado, mandante, quem os convencionou com o mandatário, não é moral, nem por isso mesmo pode ser jurídico; que o recorrido, liberado da dívida, se locuplete com o alheio.

Belo Horizonte, 12 de abril de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas; Aprígio Ribeiro*.

RELATÓRIO

Januário Henrique de Sousa constituiu seu procurador Alberico Ferraz Durão, para requerer no Ministério da Agricultura o registro de umas jazidas de grafite e sua exploração (fls. 5). Foi obtida a autorização para, a pesquisa (fls. 16). O procurador apresentou a conta de fls. 8; na importância de Cr$ 8.800,00, sendo Cr$ 800,00 de despesas de selos, taxas, telegramas e telefonemas, e Cr$ 8.000,00 de honorários.; Jovino Moura foi intermediário entre Januário e o procurador (fls. 9, 10, 11 e 16). A referida conta foi apresentada ao intermediário, que a pagou (fls. 7) em nome e por conta do devedor Januário, porém, não quis depois reembolsa-lo dessa despesa.

Contra êle, então, Jovino, o intermediário, propôs a presente ação para reaver a importância que havia despendido.

O réu contestou: *a)* em verdade, passou procuração a Alberico para os fins declarados na procuração e que foram alcançados (fls. 24); *b)* que a ação está prescrita; *c)* que não autorizou o pagamento alegado pelo autor; *d)* que passou a

procuração porque José de Araújo Melo, que também pretendia autorização para pesquisa, lhe disse que poderia fazê-lo, pois não pagaria coisa alguma, fato conhecido do autor; *e)* contestou o mais por negação geral.

Na instrução da causa foram inquiridas várias testemunhas, inclusive José de Araújo Melo, o que possuía também jazidas de grafite contíguas às do réu, e minuciosamente informa sôbre a questão em lide (fls. 80).

O juiz a final julgou a ação improcedente: *a)* não deu pela prescrição alegada; por não se tratar de honorários advocatícios; *b)* não agiu o autor como mandatário do réu; *c)* o pagamento feito por terreiro pressupõe uma duvida líquida e certa; *d)* o autor não tinha poderes para acertar com o procurador os honorários devidos; *e)* que o autor não agiu como gestor de negócios, não tendo dado aviso algum ao réu.

O vencido apelou a tempo. Foi processado regularmente e teve preparo oportuno.

À revisão.

Belo Horizonte, 3 de março de 1951. - *Lopes da Costa*.

*

MORATÓRIA PECUARISTA - HABILITAÇÃO SIMULTÂNEA – RECEBIMENTO A MAIS

- O avalista de nota promissória é devedor solidário, e o credor pode acionar todos os devedores solidários pela integralidade da dívida, habilitando-se em moratória do emitente e do avalista, simultaneamente.

- Contra, também, aquele que recebe mais do que o devido, a sanção está ao art. 1.531 do Cód. Civil, pois, se se deve aplicar à cobrança a pena cominada nesse dispositivo, com maior há de corrigir o recebimento excessivo.

Banco da Lavoura de Minas Gerais *versus* Aureliano Fernandes Ruas

Rec. de rev. n. 271 - Rel.: DESEMBARG. LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista n. 271, de Pedra Azul, recorrente o Banco da Lavoura de Minas Gerais, recorrido Aureliano Fernandes Ruas:

Acordam os do Tribunal de Justiça, em Câmaras Civis Reunidas, incorporando a esta decisão o relatório de fls. para servir-lhe de parte expositiva, desprezar, por maioria, a incompetência do Tribunal para é julgamento, vencidos os desembargadores AUTRAN DOURADO, MENESES FILHO e LOPES DA COSTA, e, contra o voto dos desembargadores COSTA E SILVA e AUTRAN DOURADO, dar provimento ao recurso, pagas as custas pelo recorrido.

O avalista é devedor solidário. O andor pode acionar todos os devedores solidários pela integralidade da dívida.

O risco de poder receber mais do que o devido também pode haver na, falência e no concurso de credores.

Se o fizer, a sanção estará no artigo 1.531 do Cód. Civil, pois se a pena que ali se comina deve aplicar-se à cobrança, com razão maior deve também corrigir o recebimento.

Deve, assim, prevalecer a doutrina do acórdão apontado como padrão.

Belo Horizonte, 17 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator, vencido na preliminar: Entendi que, podendo a decisão, como sucedeu, mandas incluir um credor na concordata regulada pela lei n. 209, a competência para julgar o recurso devia ser de Tribunal Federal, por fôrça da responsabilidade assumida pela União na lei número 1.002.

É certo que, no recurso de revista, há duas finalidades: uma, de ordem pública, que é a de uniformizar a jurisprudência do Tribunal que proferiu a decisão

recorrida; a outra, de interêsse particular da parte: obter que se melhore a situação em que a colocou a decisão contra a qual reclama.

A primeira finalidade desapareceu, sem dúvida. Não cabendo mais a êste Tribunal o julgamento dos recursos, interpostos de sentença que decidir pedido de moratória pecuarista, não há que uniformizar jurisprudência.

Permanece, porém, a outra finalidade, pois não é possível violar o direito adquirido da parte, inutilizando o recurso que a lei do tempo lhe permitia interpor; *Amílcar de Castro*; *J. Benício; Newton Luz; A. Vilas Boas; Eduardo de Meneses Filho*, vencido: Cessou a competência da Justiça comum, conforme jurisprudência nossa e do egrégio Tribunal Federal de Recursos, por sobrevir a criação de encargo, para o Tesouro Federal, instituído na lei n. 1.002. A decisão que agora proferimos não obriga, é inócua, terá caráter acadêmico. Se errada, não a podemos corrigir mais, porque não o fizemos a tempo enquanto competentes; *Autran Dourado*, vencido; *Costa e Silva*, vencido.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Na comarca de Pedra Azul, na moratória da lei. n. 209, requerida por Aureliano Fernandes Ruas, o Banco da Lavoura de Minas Gerais habilitou-se com duas promissórias avalizadas pelo pecuarista.

A sentença final exclui êsses créditos, pelo fundamento de que o Banco com êles já se habilitara no processo da moratória requerida pelo emitente.

Êste Tribunal, em 2ª Câmara civil, negou provimento ao recurso interposto pelo Banco, sendo voto vencido o do Exmo. Sr. desembargador AMÍLCAR DE CASTRO, em acórdão publicado a 22 de novembro de 1949 (fls. 16 v.).

A 2 de dezembro, o Banco entrou com êste recurso de revista, em que aponta como acórdãos divergentes os que se encontram por certidão a fls. 6 e 36, nos quais se admitiu a habilitação simultânea.

O Dr. procurador geral é pelo provimento (fls. 50).

À revisão do Exmo. Sr. desembargador AMÍLCAR DE CASTRO.

Belo Horizonte, 6 de março de 1950.- *Lopes da Costa*.

*

CITAÇÃO DE INVENTARIANTE NÃO DATIVO - PENHORA DE BENS HIPOTECADOS

- É válida a causa para a qual se não fêz citação dos herdeiros do devedor, mas foi citado o inventariante não dativo, pois representa judicialmente o espólio "ex vi legis" (Cód. de Proc. Civil, art. 85).

- Improcede a argüição de excesso de penhora, quando recai sôbre bens hipotecados.

Pedro Celestino Pinheiro e sua mulher *versus* Fábio Vidigal de Vasconcelos e outro

Ac. resc. n. 86 - Relator: DESEMBARG. MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de ação rescisória de julgado, de n. 86, de Carangola, em que são autores Pedro Celestino Pinheiro e sua mulher e réus Fábio Vidigal de Vasconcelos e Olavo de Sousa Costa, êste sucedido *causa mortis* no correr da causa por sua viúva e filhos:

Acordam, em sessão de Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgar improcedente a ação e condenar os autores nas custas.

Trata-se de rescindir sentença e subseqüente execução processadas em executiva hipotecária. Não falta validade à causa rescindenda por não terem sido citados para ela os herdeiros do devedor, uma vez que o feito correu com a viúva, que é inventariante não dativa, e, pois, representa judicialmente o espólio *ex vi legis* (Cód. de Proc. Civil, art. 85).

Improcede a argüição de excesso de penhora, o qual não constituiria irregularidade, se acaso ocorresse, porque a penhora recaiu sôbre os bens hipotecados, e, como quer que fôsse, não afetaria a validade do processado, porque o corretivo seria uma oportuna exclusão da parte excessiva e não de todos os bens penhorados.

Da mesma forma a desistência dos favores do reajustamento, se se tivesse verificado, não abalaria a regularidade da executiva. Seria um caso a se resolver entre quem houvesse desistido em nome dos devedores e êstes, como prejudicados.

Nos autos se vê que não houve assistência, mas arquivamento de reajustamento proposto pelo devedor (fls. 25). Apenas não houve recurso para reajustamento compulsório (fls. 80)

A distribuição das sobras entre quirografários, se irregular, não traria nulidade à execução hipotecária. Em tôrno do assunto, o litígio só se poderia travar contra os quirografários que tivessem sido sem direito atendidos, e - nenhum dos portadores de créditos malsinados foi citado para esta rescisória. Aliás, vê-se pelos autos que foram atendidos os quirografários cujos créditos estavam descritos no inventário do falecido devedor hipotecário (fls. 8) e o procurador dos herdeiros tinha poderes para confessar dividas (fôlhas 8 e 7).

Não deram os autores prova de conluio da viúva do devedor com os credores. Se lesivo o executivo, também ela seria sacrificada. E, segundo a prova, a viúva é pessoa simples, uma analfabeta, contra quem não se informa uma circunstância que convença de conluio fraudulento gravemente malicioso e inverossímil, como seria o conchavo, com pessoa estranha e, contra os filhos.

O fracasso do preço na praça não é matéria para nulidade. Houve ampla publicidade prévia da hasteação.

Se no rateio foram atendidos títulos prescritos, nem por isso faltaria regularidade ao executivo e nem sequer ao rateio apenas, de vez que é pagamento irrepetível (Cód. Civil, art. 970).

Consta nos autos que a executiva correu, tendo dela ciência os herdeiros (fôlhas 118 v.).

Belo Horizonte, 23 de agôsto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Newton Luz; J. Benício; Autran Dourado; Costa e Silva; Lincoln Prates; A. Vilas Boas; Aprígio Ribeiro.*

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

RELATÓRIO

Para facilitar a apreciação dos Exmos. vogais, faço aqui um relatório desta rescisória n. 86, movida por Pedro Celestino Pinheiro e sua mulher, Raimunda Pinheiro, Heitor de Matos Reis e sua mulher, Maria Pinheiro, e Cândida Pinheiro contra Olavo de Sousa Costa e sua mulher e Fábio Vidigal de Vasconcelos, tendo no curso da lide se habilitado para integrá-la, por motivo do falecimento do réu Olavo de Sousa Costa, sua viúva, Zizi de Sousa Costa, e seus filhos, por ela assistidos, menores relativamente incapazes, Roberto, Olavo e Peruando.

Os autores ajuizaram o feito, na qualidade de herdeiros do finado. Antônio: Joaquim Pinheiro, para anulação de uma executiva hipotecária do réu Fábio Vidigal de Vasconcelos, que correu em Carangola, com citação e comparecimento apenas da viúva e inventariante do espólio do devedor, dito *de cujus* Antônio Joaquim Pinheiro. Entendem que era indispensável a citação dos herdeiros também.

Querem, outrossim, que se decrete a nulidade, por haver a penhora recaído na totalidade dos bens hipotecados, os quais tinham valor excessivo em relação ao débito.

Igualmente, querem que se reconheça a nulidade, em vista do imóvel ter sido arrematado, por menos do que valia, pelo réu Olavo de Sousa Costa.

Querem ainda que seja proclamada a nulidade, porque, na distribuição do produto da arrematação, foram contemplados créditos de pessoas que concorreram e que os autores têm, por prescritos e por sujeitos ao

Reajustamento Econômico, de que a viúva, do devedor comprometedoramente desistiu para facilitar O pagamento aos concorrentes, pagamento aliás que foi determinado sem citação dela viúva e dos herdeiros e sem que o advogado que os representava tivesse poderes para confessar dívidas sem validade e prescritas e para desistir do empréstimo de Reajustamento Econômico. Acrescentam que o credor hipotecário veio a receber mais do que pouco tempo antes informara ser o montante de seu crédito.

Contestaram a ação, separadamente, o arrematante Olavo, que veio depois a falecer, e o exeqüente Fábio.

Alegam que não há nulidade decorrente de excesso de penhora e nem êste ocorreu, porque a penhora recaiu precisamente na coisa hipotecada; que o crédito hipotecário foi atendido por sua importância regularmente computada; que se nulidade houvesse na distribuição das sobras, ela não afetaria a executiva mas, apenas, o rateio; que o Reajustamento Econômico foi denegado pela respectiva Câmara ao devedor hipotecário; que a executiva correu validamente sem citação dos herdeiros do devedor, porque foi citada a inventariante do espólio do devedor.

Esta rescisória foi iniciada perante o Juízo de Direito de Carangola. Antes de realizar audiência de instrução e julgamento, o juiz, por despacho, se declarou incompetente e mandou os eretos para êste Tribunal, em vista de estar, em pleito a validade de tôda uma, ação executiva lá terminada.

Por delegação minha o MM. Juiz de direito de Carangola presidiu à produção de prova, que consistiu em testemunhas.

No prazo destinado à razão, só as autores se manifestaram.

O Exmo. Sr. procurador geral, em parecer, analisa as pretensões e a prova e opina pela improcedência.

Vão os autos à revisão, publicando-se logo depois êste relatório.

Belo Horizonte, 28 de junho de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

MEDIÇÃO - DIVISÃO - DEMARCAÇÃO - CONTEÚDO REIVINDICATÓRIO

- A demarcação tem caráter reivindicatório. Mas êsse conteúdo é subordinado à necessidade de demarcar.

Veríssimo Gonçalves *versus* Carlinda Chaves da Silva e outros

Ap. n. 7.890 - Rel.: DESEMBARGADOR NEI WIEDEMANN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos: Acorda a 1ª Câmara Cível negar provimento à apelação, interposta contra a sentença de fls. 96 a 98 v., que julgou improcedente a ação instaurada por Veríssimo Gonçalves, ora apelante, contra Carlinda Chaves da Silva e outros.

Ingressou o autor em juízo com pedido de medição, divisão e demarcação de terreno seu, situado na cidade de Rio Grande, para fixação de rumos novos nas divisas, requerendo a citação dos "condomínios e confrontantes", que nomeou, para contestar a ação, acompanhá-la e abonarem *pro rata* as custas da causa. Expondo os fatos, em que baseou o pedido, disse que "há muito tempo, uma parte do lado norte do terreno dêle, autor, se acha ilegalmente ocupada por confrontantes e condomínios (que individua), e também a confrontante pelos fundos do lado leste" (fls. 2). Decidindo a causa, frisou o Dr. juiz de direito que é incabível ação de divisão, pois que não se trata de uma prédio único e nem se constata condomínio; que, entre o prédio do autor e os confrontantes, há divisas ou tapumes hábeis, demarcando-os perfeitamente, o que torna inaceitável o processamento dos pedidos de demarcação e ele fixação de rumos novos; que, na verdade, a pretensão do autor é puramente reivindicatória, mas esta pretensão é irrealizável por meio das ações, que êle ajuizou.

Examinados os elementos probatórios, verifica-se que improcede, como se decretou na primeira instância, o pedido formulado pelo autor. Ainda que se aceite que a ação de demarcação tem como finalidade tanto reavivar limites

apagados, quanto retificar limites existentes, o que incluirá conteúdo reivindicatório na ação *finium regundorum* (ENRICO REDENTI, "*Il giudizio civile con pluralità di parti*"; Regolamento di confini e revendica"; MAURICE PICARD, "Traité Pratique", de PLANIOL, cujos ensinamentos cita e adota ARNÓBIO TENÓRIO VANDERLEI, no parecer publicado no "Diário da Justiça", Rio, de 28 de novembro de 1951, pág. 11.623), é evidente que, na espécie, a acumulação das ações ou o prosseguimento de alguma delas é inadmissível, pois que a própria exposição inicial torna certo que não há condomínio sôbre o terreno do autor, nem há tapumes a erguer, nem demarcação a traçar.

Conseguintemente, desde que foi precisada a intenção do autor, seria de se aplicar a regra consignada no art. 276 do Cód. de Proc. Civil, para se conhecer da procedência, ou improcedência, da pretensão reivindicatória. Entretanto, não é possível lançar mão dêsse provimento processual. Na ação de reivindicação, devendo a coisa ser restituída em espécie, "cumpre seja o bem reivindicando individuado com precisão, para que se possa tornar efetiva a restituição, sem injustiça nem excesso", como firmou a 2ª Câmara Cível dêste Tribunal, na apelação cível n. 4.463, apoiada em CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. 7°, página 286 ("Justiça", vol. 30, págs. 208 a 209). Mas o autor não forneceu elemento algum que permita fixar a pretendida Localização dos vizinhos nomeados no terreno dêle: informou, apenas, que cinco confinantes na parte norte de seu terreno e uma na parte leste há muito tempo têm seus fundos de muitos metros dentro do terreno de legítima propriedade dêle autor" (fls. 2).

Custas pelo apelante.

Pôrto Alegre, 31 de março de 1953. - *Homero Martins Batista*, presidente; *Nei Wiedemann*, relator; *Lourenço Mário Prunes*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

*

DIVISÃO - PRESCRIÇÃO

- O direito de exigir a divisão se extingue tôda a vêz que o estado de condomínio cessou efetivamente, em conseqüência da posse exclusiva e localizada de um condômino, sobre uma porção determinada do imóvel, durante 80 anos.

João Cândido do Amaral e outros, assistidos *versus* João de Deus Prates de Araújo e sua mulher

Ap. n. 8.563 - Rel.: DESEMBARGADOR MELO FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos:

Acordam, em 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório de fls. 94 negar provimento ao recurso, para confirmar a sentença apelada, que julgou prescrita a ação de divisão movida pelos autores contra os réus.

Êstes últimos exercem posse mansa e pacifica, em caráter exclusivo, sôbre a área de terras mencionada na inicial. Dita posse data de mais de 50 anos.

A doutrina dominante - escreve CARVALHO SANTOS - repele o usucapião na coisa possuída em comum, por ser a pretensão viciada de precariedade. Mas o usucapião extraordinário, em favor de um condômino contra outro, é possível desde que o estado de condomínio cessou efetivamente, em razão de posse exclusiva e localizada de um dos consortes, sôbre uma parte materialmente determinada da coisa comum, durante 30 anos ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. VIII, páginas 434 e 312; ac. da 1ª Câmara Cível, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 119, pág. 497).

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 7 de janeiro de 1953. - *Erasto Correia*, presidente; *João Clímaco de Melo Filho*, relator; *Darci Pinto*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

*

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - TERMO EXTINTIVO

- Não cabe ação reintegratória fundada em título resoluto pelo advento de têrmo extintivo.

Alfredo Lammel *versus* Juvêncio Rodrigues da Silva Sobrinho e outra

Ap. n. 8.476 - Rel.: DESEMBARGADOR NEI WIEDEMANN

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam, em 1ª Câmara Cível, negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação, para confirmar a sentença que julgou Alfredo Lammel, ora apelante, carecedor da ação de reintegração de posse que instaurou contra Juvêncio Rodrigues da Silva Sobrinho e Ananísia Gomes de Oliveira.

I. Os réus, ora apelados, venderam a Nunes, Ritter & Cia. certo número de pinheiros em determinadas condições, sitos no lugar denominado "Butiá", no Município de Soledade. Lavrando-se a escritura em 8 de novembro de 1943, estabeleceu-se que "o prazo para retirada do pinhal é de cinco anos, a contar desta data" (fls. 7 v. e 78). Nunes, Ritter & Cia. transferiram o contrato para Alfredo Lammèl em 5 de fevereiro de 1947, "ficando o outorgado-comprador (Lammel) como prazo de cinco anos a contar da escritura aquisitiva dos mesmos pinheiros acima referidos, isto é, a contar de oito de novembro de 1943" (fls. 9 e v.). Escoado o prazo, verificando os réus que Lammel, sem consentimento dêle réus, continuava mandando abater pinheiros, arrasta-los, levando-os para sua serraria, notificaram Lammel para que não prosseguisse nessas atividades, pois se vencera o prazo concedido e estava êle cometendo esbulho (fls. 10-11 e 73-83). Entretanto, Alfredo Lammel requereu providências à policia e vistoria, *ad perpetuam rei memorìam*, e, finalmente,

ajuizou a presente ação de reintegração de posse, visando obter a restituição da posse dos pinheiros, dos quais se declara legítimo senhor, ilegalmente esbulhado.

II. A espécie é regida pela cláusula inscrita no instrumento de 1943 e explicitamente mencionada naquele, de 1947: "o prazo para retirada do pinhal é de cinco anos, a contar de 8 de novembro de 1943". Pretendeu o autor haver obtido "prorrogação do prazo" em entendimento verbal com os réus. Entanto, mesmo se abstraindo da forma irregular pela qual se teria alterado o contrato, verifica-se que o autor não trouxe comprovação da ocorrência do assentimento dos réus a essa prorrogação, e, mais, constava-sé que os réus, desde que findou o prazo, pugnaram pela cessação das atividades do autor. Nessas condições, desnecessários e inadequados se apresentam o arrolamento e a inquirição de testemunhas, o que torna irrelevante o incidente, que deu origem à formulação do agravo no auto do processo: a dispensa da inquirição de uma testemunha. Formulado tempestivamente, e regularmente processado, cumpre tomar conhecimento dêle, mas não merece ser provido.

III. Configura-se, na cláusula citada, fixação de têrmo final. Dentro a conceituação formulada no art. 635, do "Esbôço", dêle disse TEIXEIRA DE FREITAS que é aquêle designado para, em seu vencimento, ter lugar a extinção de um direito. Na hipótese, trata-se de têrmo final "certo": indica momento devidamente fixado, ou seja, aquêle que assinala o escoamento de determinado número de anos. Sua aposição ocorre, comumente, quando o objeto da obrigação é uma prestação de uso contínuo ou uma série de prestações sucessivas, e não afeta a existência da obrigação, mas tão-sòmente a execução dela (BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis de droit civil", 12ª edição, 1919, vol. 1, pág. 75). Por isso, segundo EDUARDO ESPÍNOLA, "enquanto não chegar o dia marcado, ou se não realizar o fato certo previsto pelo declarante, o ato jurídico subordinado a um têrmo final vigorará em tôda a sua plenitude, podendo o respectivo titular exercer desde o momento da declaração de vontade os direitos dela resultantes, ou, como diz a lei, os direitos estabelecidos pelo ato. Logo que se vença o têrmo, extingue-se para todos os efeitos (mas sòmente em relação ao procedimento futuro das partes, e não quanto aos atos passados, no exercício normal do direito temporário) o direito que vinha exercendo o respectivo titular desde o dia da constituição do ato até o dia do vencimento" (EDUARDO ESPÍNOLA, "Dos fatos jurídicos", pág. 562, *in*

"Manual do Código Civil Brasileiro", de PAULO DE LACERDA, vol. III, 2ª ed., pág. 1.926). Essa extinção, porém, não implica o desaparecimento, a invalidade, dos atos praticados pelo titular temporário, no exercício de seus direitos, como ficou acentuado. É a lição de COVIELLO, a de CAPITANT, a de GIORGI, que ESPÍNOLA (loc. cit.) coleciona e aceita, excetuada, obviamente, a hipótese de constituição de direitos reais concedidos na pendência do domínio resolvido pelo advento do têrmo (Cód. Civil, art. 647). São palavras de COVIELLO: "*consiste el efecto del término final no en destruir la eficacia del negocio celebrado, como lo hace la condición resolutoria, sino en poner un limite a la prolongación de los efectos que nacen del negocio jurídico*" ("Doctrina general del derecho civil", trad. J. TENA, 1938, página 484).

IV. Na espécie, portanto, ocorreu a aposição de têrmo extintivo no contrato celebrado em 1943. Essa modalidade foi, expressamente relembrada na transferência do contrato, realizada em 1947. Venceu-se o têrmo, e os réus, a cujas mãos retornaram ("*il opere de plein droit*", dizem BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *apud* ESPÍNOLA, ob. cit., pág. 561) os direitos dominiais, passaram a exercer êsses direitos plenamente. Em conseqüência, quando, posteriormente, a 8 de novembro de 1948, pretendeu o autor continuar a exercer atividades nos têrmos do contrato de 1943, agiu êle escudado em título de domínio cuja vigência findara, e os réus se opuseram a êle, exercitando, em forma regalar, seu direito dominial: não praticaram os réus ato ilícito, como expressa o artigo 160, n. I, *in fine*, do Cód. Civil. Donde resulta que não se integraram os requisitos necessários para a propositura de ação de reintegração de posse, enunciados pelos ns. I e II do art. 371 do Cód. de Processo Civil.

Custas pelo apelante.

Pôrto Alegre, 31 de março de 1953. - *Homero Martins Batista*, presidente; *Nei Wiedemann*, relator; *Lourenço Mário Prunes.*

*

EMBARGOS A EXECUÇÃO – AGRAVO DE PETIÇÃO

- Da decisão que rejeita "in limine" os embargos à execução, o recurso cabível é o agravo de petição.

- Tratando-se de matéria já decidida nas decisões exeqüendas, não pode ser objeto de discussão nos embargos, devendo assim serem rejeitados "in lamine".

Antônio Barbo, assistido, *versus* Luís de Barros Sabóia

Ag. n. 4.453 - Rel.: DESEMBARGADOR ALVES DAIELLO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n. 4.453, de São Francisco de Assis; em que é agravante Antônio Barbo, assistido, e agravado Luís de Barros Sabóia:

Acordam, em 2ª Câmara Cível, por unanimidade, tomar conhecimento do agravo de petição, por ser cabível na espécie, interposto tempestivamente e negar-lhe provimento, para confirmar a decisão recorrida, por sua conclusão.

Custas na forma da lei.

I. O recorrente na ação de reintegração de posse intentada contra êle fôra condenado a restituir a posse da casa, sítio e arvoredos.

Citado para fazê-lo, no prazo de 10 dias, opôs embargos por benfeitorias, embargos êsses rejeitados *in lamine*, por entender o juiz que pelas benfeitorias levantadas antes da ação não teria direito, pois não era possuidor e sim agregado, e quanto às posteriores as teria feito de má-fé.

Assinalou que na ação possessória não protestara pelo exercício eventual do direito de retenção e nem a sentença o ressalvara, restando-lhe a ação *in rem verso*.

II. A regra no processo dos embargos à execução é a de recebê-los para ter o, seu curso regular. Entretanto, cabe o indeferimento liminar não só quando o pedido é inepto, oposto fora do prazo, ou não houver prévio seguro do juízo, e bem assim quando se tratar de matéria já discutida e vencida na ação, cogitando-se de tal arte de embargos claramente protelatórios.

Ora, na espécie, ainda que não se ajustasse ao pedido de execução do julgado o rito dos arts. 992 e segs. do Cód. de Processo Civil, em virtude de se tratar de execução de sentença em ação possessória, de reintegração com fôrça executiva, o certo é que as benfeitorias que se dizem indenizáveis, ao que se verifica, foram mandadas restituir pelas decisões anteriores, não podendo ser mais renovada a matéria na execução. E se ainda restam ao embargante quaisquer outras indenizações, deverão ser reclamadas pelas vias ordinárias, como acenou a decisão recorrida.

Pôrto Alegre, 1° de abril de 1953. - *João Clímaco de Melo Filho*, presidente; *Maurílio Alves Daiello*, relator; *Moreno L. Lima*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

*

CONDOMÍNIO - DIVISIBILIDADE

- Se o prédio, em seguida à divisão, se torna um prédio partido e não dois prédios, não há possibilidade de divisão, que visa a passá-lo do estado de unidade ao de pluralidade.

Alfredo Bottaro e sua mulher *versus* Guilherme Ritzel e outros

Embs. n. 8.142 - Relator: DESEMBARG. LOURENÇO PRUNES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes n. 8.142, de Alegrete, sendo embargantes Alfredo Bottaro e sua mulher e embargados Guilherme Ritzel e seu filho menor é outros:

Acordam os juízes das Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria de Votos, dar acolhida aos embargos, para reformar a decisão de fls. 180 e 181.

Os autores, como condôminos, escudando-se no art. 1.139 do Cód. Civil, querem exercitar o direito de preferência à aquisição de partes ideais de um imóvel, alienados pelos outros co-proprietários, pedindo sua adjudicação, feito o depósito prévio do preço da venda. A egrégia 2ª Câmara Cível, por maioria de votos, depois de mostrar que o citado dispositivo legal tem como pressuposto a indivisibilidade da coisa, proclama a divisibilidade do imóvel, acrescentando que pouco importa que a divisão não seja cômoda, se a lei, exige que ela seja impossível. A razão, porém, está com o voto vencido, que melhor apreciou a prova e aplicou o direito, principalmente quando mostra que o prédio está atualmente partido, não dividido. A ocupação de partes, por alguns condôminos; não quer dizer que o imóvel esteja dividido. Os condôminos - sejam 13 ou dois (depois da transação incriminada) - nunca poderão receber *sine damno* a fração que lhes corresponde: se não se pode dar a cada um dêles a porção a que têm direito, impossível, juridicamente, falar em coisa, divisível. Quase sempre há possibilidade material de dividir qualquer coisa; mas a lei não se satisfaz com a possibilidade da divisão física, quer, como ensina GIANTURCO, citado no mencionado voto vencido, que a coisa passe do estado de unidade, para o de pluralidade, sem destruição de sua substância e sem considerável diminuição do seu valor. Na espécie, isso não é possível. Não há modo de conciliar os interêsses dos condôminos, através de uma simples divisão. Deve ficar assegurado, portanto, aos embargantes, o direito de preferência, que tempestivamente manifestaram.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 9 de janeiro de 1953. - *Homero Martins Batista*, presidente; *Lourenço Mário Prunes*, relator; *Erasto Correia*; *Loureiro Lima*; *Décio Pelegrini*, vencido: Mantinha o acórdão embargado, por seus fundamentos; *João Clímaco de Melo Filho*; *Nei Wiedemann.*

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

*

NOME PATRONÍMICO - INALTERABILIDADE SALVO ERRO PROVADO

- A pessoa, depois de maior, que fez as declarações para o registro de seu nascimento; não pode alterar o seu nome patronímico, sem que prove êrro de sua parte, ou do oficial do registro.

Embargante: Cícero Geraldini Guerra, assistido

Embs. n. 7.781 - Relator: DESEMBARG. LOUREIRO LIMA

ACÓRDÃO

vistos, etc.:

O embargante, depois de maior, valendo-se da faculdade do dec. n. 19.710, de 1931, não estando ainda registrado, compareceu a cartório e fêz, as declarações necessárias ao registro de seu nascimento, dizendo-se chamar Cícero Geraldini Guerra. Agora, alegando haver engano em tais declarações, pretende alterar o nome para Cícero Guerra Geraldini, por ser êste último o patronímico de seu pai e Guerra o de sua mãe. O juiz indeferiu o pedido de alteração, por entender não ser isso possível, pois implicaria modificação do nome de família, o que só é permitido quando haja êrro no assentamento, e isto não se verificou na hipótese. Em apelação foi mantida a sentença pela 1ª Câmara Cível, por maioria, tendo o voto vencido do desembargador PRUNES se manifestado no sentido da correção pretendida, pois o nome patronímico da pessoa, quer por nossos costumes, quer pela lei, é o pai, quando se trate de filho legitimo, e é isso o que quer fazer o requerente. A êsse acórdão foram opostos os presentes embargos, mas as Câmaras se dividiram, entendendo uma corrente que a alteração não pode ser feita, como decidiu o acórdão, pois o próprio requerente, depois de maior, foi quem fez, livremente, as declarações para o registro de seu nascimento, e agora quer alterá-lo, a seu alvedrio, sem que tenha havido êrro no respectivo assentamento, e o que é mais, tal alteração traria prejuízo ao apelido de família, o que é defeso pelo art. 70 dos Registros Públicos. A outra corrente se manifestou em sentido contrário e provia aos embargos, para fazer a alteração requerida, sustentando que é evidente o engano, embora se trate.de

declarações de pessoa maior, para ó registro; pois o nome de família do indivíduo, sé filho legítimo; é o do pai, tanto que, em caso de omissão, o próprio oficial, deverá lançá-lo adiante do nome de batismo, como determina o artigo 69 daquele regulamento. É incontestável que o nome patronímico do requerente é Guerra Geraldini, e não Geraldini Guerra, e, portanto, a correção deveria ser feita.

Isto pôsto, tendo havido empate na votação, acordam negar provimento, para prevalecer o acórdão embargado, que negou a alteração pretendida pelo requerente-embargante.

Custas pelo embargante.

Pôrto Alegre, 9 de janeiro de 1953. - *Homero Martins Batista*, presidente; *Loureiro Lima*, relator vencido; *Décio Pelegrini; João Clímaco de Melo Filho*, vencido; *Nei Wiedemann*; *Darci Pinto; Lourenço Mário Prunes*, vencido; *Erasto Correia.*

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

Tribunal de Justiça do Paraná

PRENOME - RETIFICAÇÃO

- De acôrdo com a lei, o prenome é imutável e a sua retificação só pode ser autorizada nos casos de êrro de assento, ou quando se tratar de denominação imoral ou ridícula.

Apelado: Gildo Marchiorato

Ap. n. 5.569 - Relator: DESEMBARG. SEGISMUNDO GRADOWSKY

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 5.569, de Campo Largo, em que é apelante o Dr. Promotor público e apelado Gildo Marchiorato:

A questão que se agita nos autos é a referente à imutabilidade do prenome.

Em princípio, o prenome é imutável. Isto é da lei expressa.

Excepcionalmente, entretanto, admite-se a retificação ou a própria mudança, como nos casos de êrro de assento, ou quando se trate de prenome imoral ou ridículo.

Essas, efetivamente, as únicas exceções à regra da imutabilidade.

Existem decisões judiciárias permitindo a mudança ou a retificação do prenome, mas com fundamento em qualquer das exceções admitidas pela lei.

Cita o ilustre Dr. juiz *a quo* alguns julgados, entre os quais um do culto Tribunal de Minas, em que se decidiu: "Atenta a finalidade da lei, fôrça é concluir-se que prenome imutável é aquêle que foi pôsto em uso, embora não conste do registro e não o constante do registro e jamais usado".

Estribado nesse respeitável acórdão e em outros de igual valia, o eminente prolator da brilhante decisão recorrida permitiu a mudança do nome de Gildo, constante do assento de nascimento, para o de Hermenegildo.

Também o relator dêste acórdão, quando juiz da comarca de Campo Largo, em caso semelhante ao focalizado pelo Tribunal de Minas, teve ocasião de deferir pedido de retificação de prenome.

Mas, essas decisões previam hipóteses em que o assento se apresentava isolado. O prenome *sempre usado*, fôra outro.

Na espécie, não é exatamente isso o que ocorre. O requerente da retificação foi registrado no Cartório do Registro Civil, com o nome de Gildo. Com êsse nome foi que contraiu seu casamento. Era e é conhecido pelos parentes e amigos, como afirmam as próprias testemunhas que arrolou e foram inquiridas, com o prenome de Gildo.

Por outro lado, tendo sido batizado com o nome de Hermenegildo, praticou atos da vida civil com êsse nome, adquirindo propriedades e fazendo assim declarar nos assentos de nascimento de seus filhos.

Há, sem dúvida, divergência de prenomes relativamente ao mesmo indivíduo.

O que, todavia, não é possível, é fazer prevaler o nome de batismo sôbre o do Registro Civil, mormente se é êste o prenome por que é geralmente conhecidos o requerente. São as suas próprias testemunhas que assim o afirmam.

Se o requerente era e é conhecido, quer pelo nome de Hermenegildo, quer pelo der:

Gildo, ambos nomes próprios e de uso corrente, a própria lógica está a indicar que deve prevalecer o último, porque é o legalmente certo.

Corrijam-se os documentos onde aparece o outro prenome; mantenha-se o do assento constante das notas do Registro Civil.

Por estas razões e de acôrdo com o douto parecer da Procuradoria Geral do Estado:

Acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça dar provimento ao recurso para, reformando a decisão de primeira instância, indeferir a inicial, facultando-se, entretanto, ao requerente pedir nestes autos, oportunamente, a expedição de mandado para a retificação dos documentos e atos onde se torne necessária a retificação do nome de Hermenegildo, pelo de Gildo.

Custas na forma da lei.

Curitiba, 16 de maio de 1953. - *Cid Campelo*, presidente; *Segismundo Gradowsky*, relator; *Aprígio Cordeiro*.

Ciente. - *Moisés de Oliveira*.

SENTENÇA APELADA

Vistos, etc.:

Hermenegildo Marchiorato, brasileiro, moleiro; casado, residente no quarteirão Passo, desta comarca, requereu neste Juízo, por intermédio de seu advogado, a retificação dos seus assentos de nascimento e casamento, feitos no Registro Civil da sede desta comarca, pelos seguintes motivos: que o suplicante, ao nascer, foi levado à pia batismal, onde recebeu o nome de Hermenegildo; que, como Hermenegildo, praticou todos os atos de convivência social é econômica: adquiriu imóveis por compra e por herança, transcreveu-os no Registro Imobiliário, habilitou-se em inventário, registrou os nascimentos dos seus filhos, freqüentou a escola primária, relacionou-se com parentes, amigos, vizinhos e clientes; que, como Hermenegildo, é mencionado e instituído legatário no testamento deixado por seu finado pai; que, no entanto, ter o suplicante registrado com o nome de Gildo, fração gráfica do nome verdadeiro é diminutivo de tratamento familiar, na ocasião em que se lavrou o seu assento de nascimento; que, correlacionando-se com êste equívoco, o têrmo de casamento do suplicante tornou a grafar o nome de Gildo; que dos fatos expostos resulta a dualidade de nomes do suplicante, em forma entre si conciliáveis, de vez que se entenda ser uma o diminutivo da outra; que, finalmente, não sofre, dúvida, entretanto, de que o nome verdadeiro do suplicante é Hermenegildo, devendo, por conseguinte, ser retificados o registro de nascimento e o têrmo de casamento, Sara dêles ficar constando a forma correta da sua grafia.

A inicial, além de arrolar três testemunhas, instrui o pedido com 16 documentos.

Inquiridas as três testemunhas (fls. 36, 36 v. e 37), foi dada vista dos autos ao Dr. promotor público, que pediu a juntada, da certidão do casamento religioso.

Este Juízo, além de deferir o requerimento dó Dr. promotor público, determinou que se juntasse também uma certidão de inteiro teor do termo de casamento do justificante e que fôssem apensos a este processo os autos de habilitação do requerente.

Novamente, foi dada vista dos autos ao Dr. promotor público, e êste, às fls. 44, em longo e jurídico parecer, se manifestou contrário à pretensão do justificante.

Tudo visto e atentamente examinado.

O caso dos autos é de retificação do assento de nascimento e do têrmo de casamento. E retificação, no conceito de CÂMARA LEAL, consiste na emenda feita no assento que contiver êrro ou engano.

Antes do advento do dec. n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, que fixou regras normativas para os registros públicos, o princípio da unidade e imutabilidade dos personativos foi consagrado entre nós, aliás, princípio pacífico nas legislações de todos os países cultos. Assim, no conjunto, era imutável o nome do indivíduo. Mas o dec. n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, aboliu, em parte, essa restrição, isso porque, por êsse decreto, apenas o prenome é imutável. Convém acentuar que a legislação vigente é o decreto n. 4.857, de 9, de novembro de 1939 modificado pelo dec. n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, que assim dispõe: "Artigo 72. O prenome será imutável". O artigo 117 diz que será permitida a retificação no caso de necessidade: "suprir a sua falta, retificar ou restaurar o registro que contiver engano; êrro ou omissão", desde que sejam obedecidas certas formalidades legais.

O princípio da imutabilidade do nome compreende ambas as partes da composição do nome, mas fôrça é convir que o prenome e os apelidos de família possuem origens e finalidades diversas. O primeiro - o prenome - serve para individuar a pessoa em face dos demais membros da família. Nasce de um critério arbitrário, em regra, a vontade paterna ou dos tutôres do recém-nascido. Os apelidos de família, ao contrário, são extraídos dos apelidos paternos e maternos, servindo a manifestar a, família a que o seu portador está vinculado. Daí, considerar-se o princípio da imutabilidade do nome mais rigoroso em relação aos apelidos de família, tomando-se em consideração, não só as diversas sílabas constitutivas do nome e de sua individualidade, mas a própria ortografia, onde tudo é essencial, como a forma maiúscula ou minúscula das letras, a justaposição ou a separação das silabas, os traços de união, acentos, tremas, apóstrofes, em síntese, todos os sinais gráficos (HUMBLET, "Traité des Noms", n. 21, pág. 1.617).

O patronímico, refere outro escritor de nomeada, característica exterior da família, como se qualificou, servirá de elemento decisivo, nas circunstâncias em que, para determinar a situação jurídica de seu possuidor, se torna necessário apoiar-se sôbre as manifestações do parentesco mais visíveis aos olhos do público (PERREAU, "Le Droit au Nom", pág. 204).

"Não é de mister encarecer a importância que desempenha o nome na vida social e particular do indivíduo: falo a todo momento a necessidade que temos de viver em sociedade, de individualizar com precisão o nosso semelhante.

Já se disse, e muito bem, que o nome é o atributo essencial da personalidade e sem êle não poderia haver sociedade organizada".

"É natural, pois, que a onomástica seja objeto de pretensão legal, a fim de não deixar ao indivíduo a prerrogativa de, a seu talante, modificar ou alterar o nome de nascimento.

Ao nascer, imprime a lei um nome ao ser humano, nome êste que o há de acompanhar pela vida afora: é o *signum fiduciae et credulitatis.*

"Assim, é o princípio firmado que, em regra, o nome é imutável; motivos de ordem prática assim o exigem.

Pelo comprovar, ouçamos FADDA e BENSA, no testemunho autorizado de GONÇALVES DE OLIVEIRA: "*La inmutabilidad del nombre se funda en consideraciones prácticas indiscutibles; siendo el nombre la designación oficial de la persona, diremos así, si pudiera modificarse arbitrariamente, bien pronto sobrevendria el desorden*" ("REVISTA FORENSE", vol. 83, pág. 259).

"É de notar que em direito não há normas absolutas; estas sofrem as restrições impostas pela contingência humana.

Daí a possibilidade da mudança ou alteração do nome, a retificação ou suprimento do registro de nascimento, quando devidamente justificado.

Antes de tudo, cumpre-nos fixar os elementos componentes do nome, a fim de orientarmos com segurança a solução do presente caso.

Todo aquêle que se aventurar em pôr estudo neste setor do Direito, há de sentir o desentendimento que lavra entre os juristas, de vez que as normas legais fomentam tal confusão, em ordem a estabelecer sérias dúvidas por parte de quem queira interpretar.

Senão, vejamos.

A falta de uniformidade na técnica onomástica é um fato que, existente no corpo do nosso estatuto civil, nada melhorou na vigência do reg. n. 18.542, e ainda perdura com o dec. n. 4.857, de 19 de novembro de 1939.

Um golpe de vista sôbre os arts. 324, 195, ns. I, II, III e VI, 240 e 1.039 do Código Civil, bem como os arts. 68, n. 5, 70, 71, 81, n. 8, e 130, n. 1, convence desenganadamente a quem o lance da disparidade de conceitos no referente aos têrmos acima enumerados" ("REVISTA FORENSE", vol. 89, pág. 549).

"Nome, na lei, ou com mais propriedade prenome e exatamente como o prenome romano, seria, portanto, o primeiro nome individual; sobrenomes, seriam os outros nomes individuais quando múltiplos, o que, aliás, cremos até estar de acôrdo com a semântica; e apelidos, seriam os patronímicos ou nomes de família" ("Rev. de Crítica Judiciária", vol. 6, pág. 77).

"Prenome é o primeiro nome ou nome de batismo, também chamado nome próprio.

Sobrenome é o nome de família, materno ou paterno".

Apelidos "eram denominações características, indicativas de indivíduos ou de certa família, e que lhes eram apostos, nos círculos das pessoas íntimas, ou pelo povo, ao nome, em conseqüência de uma particularidade, de um ato saliente em sua vida, de uma profissão ou da residência em conhecida propriedade ou em determinada zona" ("Rev. dos Tribunais", vol. 29, pág. 371).

O art. 72 do dec. n. 4.857 tem o seguinte teor: "O prenome será imutável":

A análise apressada nos rumaria para uma negativa.

Merece salientado, entretanto, que, no caso presente, não se trata de mudar o prenome, e sim retificá-lo; e a retificação do prenome é 'admitida pela doutrina, correndo-lhe ao encontro a jurisprudência.

Casos idênticos ao dos autos, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado tem julgado favorável, bem como outros tribunais do país decidiram da mesma forma.

"A imutabilidade do prenome não pode ser entendida num sentido absoluto, de maneira a tornar portador de efeitos jurídicos aquilo a que a moral e a eqüidade demonstram ser inadmissível" (SERPA LOPES, *in* "Tratado dos Registros Públicos", vol. I, pág. 194).

"Não há mudança no caso de retificação dos atos do estado civil, em que se trata de corrigir erros ou reparar omissões ocorridos na redação do ato de nascimento, pois, nesse caso, não se muda um nome por outro, mas se restaura um nome verdadeiro, eliminando as alterações ou omissões havidas" (FERRARA e AUBRY et RAU - citados por SERPA LOPES).

Dois respeitáveis acórdãos, ambos do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, servem como uma luva, para o caso em espécie, senão vejamos:

"No caso dos autos, porém, há duas razões de direito a autorizar a alteração do registro:

Primeira: o apelante nunca foi conhecido por "Jaime"; foi batizado em 1915 com o nome de "Ciro"; tôda a vida foi tido e havido por "Ciro"; prestou serviço militar como "Ciro"; e de fato nunca foi conhecido senão por "Ciro".

E o que será contrário ao interêsse público, o que poderá prejudicar terceiros, será forçar-se o apelante a abandonar o prenome "Ciro", que já se ligou à sua pessoa, para começar a assinar "Jaime", prenome que lhe é estranho.

O apelante, de fato, não está pretendendo "mudar de prenome"; não está pretendendo "alterar o seu prenome".

Ao contrário, sem o concurso de sua vontade, lhe deram, pelo batismo, o prenome "Ciro", e tendo em tôda a sua vida usado êsse prenome, não quer mudá-lo, não quer alterá-lo, e por isso vem pedir ao Estado autorização para conservá-lo, retificando-se para êsse efeito o registro.

"E, se o prenome "Ciro", atribuído ao apelante, é um fato notório, conhecido de todos há 27 anos, enquanto o prenome "Jaime", lançado no livro de registro, não ê um fato assim conhecido, denegar-se a retificação do registro em caso como esse lerá causar o mesmo mal que a lei pretende evitar, quando não admite a alteração do prenome, pois o inconveniente está apenas na possibilidade de ser, a pessoa conhecida por um nome, e vir depois se apresentar com nome diverso, estabelecendo dúvida sôbre a identidade.

Vale dizer, uma vez que não haja possibilidade de dúvida quanto à identidade da pessoa, mal nenhum haverá em se alterar o prenome registrado, quando, não se fazendo a alteração, a possibilidade de dúvida se apresente" ("REVISTA FORENSE", vol. 92, págs. 481 e 482).

"No exato dizer de ERICH DANZ, "a vida não está a serviço de conceitos, mas sim êstes ao serviço da vida"; e seria absurdo que, pelo respeito supersticioso da letra de um artigo da lei, se forçasse uma pessoa a mudar de nome. *Littera occidit, sensus vivificat*. Prenome imutável é aquêle que foi pôsto em uso, em hora não constante do registro; e não o constante do registro e nunca usado. O que a lei não quer é que haja alteração do prenome no meio social, e não no livro de registro. Ora; se o apelante nunca foi conhecido senão por Jarbas, fêz o curso primário com esse nome e adquiriu imóveis com esse nome, é claro que "não pode, de um dia para outro, passar a ser Julito, pois a lei não permite que se altere o prenome. E se a própria sentença apelada chama o apelante de Jarbas Lopes de Sá, como pode pretender que o apelante passe a ser Julito Lopes de Sá? E como poderá continuar a ser Jarbas, ficando Julito no registro? Custas pelo apelante, na forma da lei" ("REVISTA FORENSE", vol. 117, pág. 193).

No caso dos autos, os depoimentos das testemunhas provam a identidade, isto é, ser a mesma á, pessoa que praticou todos os atos, constante dos documentos de fls. a fls. e a que foi registrada com o nome de Gildo Marchiorato. Só num ato da vida civil o justificante usou êste último nome: para casar-se, o que se

explica fàcilmente por ter a respectiva habilitação de ser instruída com a certidão do registro de nascimento.

É de se concluir, como alega o lustre advogado do justificante, que, no caso em espécie, Gildo é fração gráfica e simplificação do nome verdadeiro Hermenegildo, e também diminutivo de tratamento familiar, assim como outros exemplos: Ave-Lino; Da-Lila; Bel-Miro; Leo-Nilda; Emi-Lia; Bernar-Dino, etc.

"A lei não fabrica o fato social. Antes, o reconhece e o disciplina, ordenando-o a um fim superior. Não é o registro que nos dá o nome.

A lei diz, realmente, que o prenome é imutável. Essa imutabilidade deve ser entendida, contudo, em sentido menos rígido. Assim, ao invés de resguardar a intangibilidade do prenome inscrito no registro, mas que jamais foi usado, deve-se favorecer a permanência do prenome pelo qual o cidadão sempre foi conhecido, que constitui a característica de fato da sua personalidade civil" ("Rev. dos Tribunais", vol. 192, páginas 717 e 718).

Avaliando-se ponderadamente o conteúdo da prova testemunhal, em perfeita consonância com a prova documental, e tendo em vista os conceitos doutrinários e arestos, de alto valor, dos nossos tribunais, perfeitamente aplicáveis à espécie:

Julgo procedente a justificação requerida e mando que, na sua conformidade, se expeça o competente mandado para a devida retificação.

Custas na forma da lei.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Campo Largo, 25 de maio de 1952. - *Henrique Nogueira Dorfmund*, juiz de direito.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

AÇÃO DECLARATÓRIA – DIREITO EVENTUAL

- O que se busca, com a ação declaratória, é esclarecer relações jurídicas, para que se evitem futuros litígios entre as partes; se se trata de "direito eventual", problemático, não tem ela cabimento, pois a sua função é apenas a de declarar e não criar direitos.

Dr. Vallois Souto e sua mulher *versus* S. A. Martinelli

Ap. n. 2.366 - Rel.: DESEMBARGADOR TOLEDO PIZA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 2.366, de Petrópolis, entre partes, apelantes Dr. Vallois Souto e sua mulher e apelada S. A. Martinelli:

S. A. Martinelli moveu contra o Dr. Vallois Souto e sua mulher ação declaratória, alegando que se tornara credora do Jóquei Clube de Petrópolis da quantia de Cr$ 5.000,00, por empréstimo garantido com hipoteca de bens adquiridos aos réus, constando da escritura que o imóvel, dado em garantia, se achava livre e desembaraçado de quaisquer ônus, a não ser o fôro devido a D. Maria Teresa de Queirós Vieira.

Acontece, entretanto, que, posteriormente, verificou que essa enfiteuse já não existis, pelo que a ressalva, aposta na escritura de compra e venda outorgada pelo Dr. Vallois Souto ao Jóquei Clube de Petrópolis, de que a venda se referia ao domínio útil do imóvel, é de ser tida como não-escrita.

Adianta que, como credora hipotecária, tem legitimo interêsse, pelo seu eventual direito à execução do imóvel, de provar que o bem, que lhe está hipotecado, é do domínio pleno do devedor e não está sujeito ao ônus enfitêutico.

Pede, assim, que seja declarada, por sentença, inexistente a relação jurídica de enfiteuse entre os réus e o Jóquei Clube de Petrópolis com referência ao terreno e, por via de conseqüência, inexistente a qualidade de senhor direto, por ser o imóvel de domínio pleno daquela sociedade:

Os réus, citados, empós fixarem a irregularidade decorrente da falta de poderes para que a autora estivesse em juízo, alegaram ser patente a carência da ação intentada, cuja função não é criar direito, senão declarar direito preexistente.

O Jóquei Clube de Petrópolis, chamado a integrar a contestação, reportou-se às alegações nesta contidas.

É o processo correu os seus trâmites legais, proferindo o Dr. juiz o despacho saneador de fls., que ensejou o agravo no auto do processo (fls. 65), no qual se sustenta que a autora não tem interêsse moral e econômico no pleito, pelo que é carecedora da ação, o que, deve, de ser reconhecido.

Sentenciando, afinal, juiz *a quo* julgou a ação procedente e declarou inexistente a enfiteuse, na conformidade do pedido.

A sentença não deu maior relêvo à posição da autora, encravilhando-se, como estranho, num contrato em que não figurara como parte.

Deu assim à ação declaratória extensão que refoge, por completo, aos seus princípios basilares.

Porque a verdade é que o que se busca, com a ação declaratória, é esclarecer relações jurídicas, evitando-se possíveis litígios entre as partes pela definição de seus direitos (OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, "A ação declaratória", "REVISTA FORENSE", vol. 101, pág. 36).

Pressupõe, como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, "um *vinculum juris* entre os litigantes" (ac. de 13 de agôsto de 1946, "REVISTA FORENSE", vol. 109, pág. 470), e jamais poderá versar sôbre uma simples expectativa de direito, ou relação jurídica que poderá ter eventualmente uma existência no futuro (TORQUATO CASTRO, "Ação Declaratória", n. 25).

Ora, a própria autora confessa que "tem legitimo interêsse pelo seu *eventual direito* à execução do imóvel", o que vale dizer, que êsse direito é problemático, porque dependente de um acontecimento incerto.

Tem aqui inteiro cabimento a lição de COSTA MANSO:

"Se não houver necessidade da declaração imediata, isto é, não havendo interêsse presente e atual, pode a parte aguardar o vencimento da obrigação ou o implemento da condição suspensiva, para agir contra o réu pela ação executória" ("Projeto do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo", vol. IV, pág. 374).

Acentue-se, por outro lado, que, para o exercício da ação declaratória, é de mister ainda que a incerteza jurídica traga, a para o autor, como doutrina ALFREDO BUZAIN, "um dano originado de tal "incerteza" e a idoneidade da sentença para eliminar tal dano" ("Ação Declaratória no Direito Brasileiro", pág. 157).

TORQUATO CASTRO esposa a mesma tese, adiantando que a incerteza deve de ser tal que, sem a sua eliminação por efeito da sentença declaratória ou da coisa julgada, o autor viria a sofrer um dano.

A sentença declaratória visa justamente a impedir o dano ("Ação declaratória", n. 34, pág. 88).

A incerteza, que se proclama, não traz à autora prejuízo algum. Não lhe enseja dano de qualquer espécie. E que, firmando á escritura hipotecária, não o fêz na presunção de que os bens estavam livres de ônus enfitêuticos. Sabia que o domínio não era inteiramente livre. Mesmo assim, não teve dúvidas em entrar em negociações para a hipoteca dêles. A escritura deixou claro que a hipoteca só abrangia o domínio útil. Não se falou ali em domínio pleno. Não se cogitou disso. Se algum litígio possa vir em conseqüência da má redação dada à cláusula aposta na escritura em que figura o Dr. Vallois Souto, como promitente-vendedor, isso é coisa a ser apreciada em outra oportunidade; mas, de qualquer maneira, o que é certo é que a autora, como credora hipotecária, seja qual fôr o resultado, não terá prejuízo algum, pois transacionou convencida

de que os bens hipotecados eram alcançados na parte referente apenas ao domínio útil.

O que quer, portanto, não é apenas declarar um direito marcado de incerteza, mas criar um novo direito, com o envolver, na garantia que lhe fôra dada, o domínio direto dos bens hipotecados. A ação declaratória, entretanto, não tem tal amplitude.

Nestas condições, acordam, em 1ª Câmara, por unanimidade de votos, dar provimento à apelação, para reformar a sentença apelada e julgar a autora carecedora da ação proposta.

Custas pela, apelada.

Niterói, 2 de outubro de 1952. - *Flávio Fróis da Cruz*, presidente; *M. de Toledo Piza*, relator; *Horácio Braga*.

*

REIVINDICAÇÃO – USUCAPIÃO – TRANSCRIÇÃO

- Não pode a reivindicatória anular sentença, proferida em ação de usucapião e já devidamente transcrita.

Belmiro José de Lima e sua mulher *versus* Dr. Paulo Pestana de Aguiar e sua mulher

Ap. n. 1.705 - Rel.: DESEMBARGADOR TOLEDO PIZA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 1.105, de Três Rios, entre partes, apelantes Belmiro José de Lima e sua mulher e apelados Dr. Paulo Pestana de Aguiar e sua mulher:

Acordam os juízes da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, integrando neste o relatório de fls., negar provimento à apelação e confirmar, por seus fundamentos, a sentença, apelada.

A espécie é de ação de reivindicação, baseada em título devidamente transcrito, focalizando área sôbre a qual os réus oferecem igualmente título de domínio, nascido de ação de usucapião, julgada procedente, e cuja sentença passara em julgado e fora regularmente inscrita.

Ora, reivindicar, segundo a conhecida lição de CORREIA TELES, é tirar o que é nosso das mãos de quem injustamente o possui ("Doutrina das Ações", § 68), ou, na linguagem do ministro LAUDO DE CAMARGO, "de quem mal possui" (*in* ac. de 2 de agôsto de 1948, "REVISTA FORENSE", vol. 120, pág. 135).

Não possuirá mal e nem Injustamente, ao menos *si et in quantum*, o que está munido de um título de domínio regular, de íntegra conformação jurídica, eis que não atacado por maneira adequada.

"Se o terceiro, de quem se pretende reaver a coisa; tem em seu favor domínio resultante de justo título e posse trintenária, não pode ser incomodado nessa posse, isenta de qualquer dos vícios de violência, precariedade ou clandestinidade que caracterizam a posse injusta" (acórdão de 1°, de fevereiro de 1931, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, "Brasil-Acórdãos", vol. X, pág. 425, n. 27.919).

Porque o direito de reaver a coisa tem limites. Não é absoluto. Encontra embaraços e fronteiras que o esmaecem e muitas vezes o anulam. Atinge-lhe a prescrição.

Extingue-se naqueles mesmos prazos estabelecidos para o exercício da ação de usucapião.

Donde resulta que a sentença, em usucapião, se foi transcrita, constitui prova de domínio e impede seja julgada procedente a ação de reivindicação (CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. VII, pág. 285).

"Provado o usucapião, quando ainda não verificada a reivindicação, êsse não desaparece e a sentença que o reconhece equivale àquela que o declara; daí poder a defesa, na ação reivindicatória, fundar-se na prescrição aquisitiva" (ac. de 6 de setembro de 1946, da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, "REVISTA FORENSE", vol. 112, pág. 444).

E, se a reivindicação esbarra diante de uma sentença, que vale por um decreto judicial, já não poderá prosperar, visto que o remédio legal para anular a sentença que contravém preceitos legais é a ação rescisória (ac. de 13 de janeiro de 1916, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, "Brasil-Acórdãos", vol. I, pág. 186).

E é por via de ação rescisória que se pode atacar a sentença que, em usucapião, reconhece o domínio (ac. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, citado).

Não seguiu assim o apelante o caminho adequado. A sentença, proclamando o equivoco, andou conforme ao direito.

Custas na forma da lei.

Niterói, 2 de outubro de 1952. - *Flávio Fróis da Cruz*, presidente; *M. de Toledo Piza*, relator; *Horácio Braga*.

*

CONCURSO DE CREDORES – INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DE CRÉDITOS - RECURSO - ESCRITURAS HIPOTECÁRIAS

- O agravo de instrumento é o recurso cabível das decisões que julgam concurso de credores, incluindo ou excluindo créditos, mas, em face da vacilação dos tribunais, não se deve repelir a apelação, se interposta dentro do prazo para aquêle recurso.

- As escrituras hipotecárias, celebradas em período que não alcança aquêle prazo de 40 dias anteriores à instauração do concurso de credores e apontadas como fraudulentas, são apenas anuláveis e só podem ser atacadas por ação adequada.

Banco de Barra do Pirai S. A. e outros *versus* Banco dos Estados S. A.

Ap. n. 652 - Rel.: DESEMBARGADOR TOLEDO PIZA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 652, de Barra Mansa, entre partes, apelantes Banco de Barra do Piraí S. A. e outros e apelado Banco dos Estados S. A.:

Acordam os juízes da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos e adotando o relatório de fls. como, parte integrante dêste, conhecer do recurso como agravo de instrumento é, no mérito, negai-lhe provimento e confirmar a sentença apelada, por seus fundamentos.

O agravo de instrumento é o recurso cabível das decisões que julgam concurso de credores (art. 842, n. XIII, do Cód. de Proc. Civil), incluindo ou excluindo créditos.

Tem, é certo, havido acentuada Vacilação em referência ao recurso adequado, pois há também os que propendem para a apelação.

Donde, não se pode Classificar de êrro grosseiro a interposição de um por outro recurso (ac. de 8 de novembro de 1949, da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, "Rev. dos Tribunais", vol. 185, página 183; *idem*, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4ª Câmara, de 21 de novembro de 1950, "Diário da Justiça", de outubro de 1951, pág. 3.455, cit., "Ementário Forense", n. 37).

O recorrente, sentindo isso mesmo e ó proclamando, atacou a sentença ainda dentro do prazo para o agravo e assim afastou a possibilidade de não ser êle devidamente apreciado.

E, quanto ao mérito, o que se alega $ que a escritura hipotecária de fls., firmada entre o agravado e o devedor, é inteiramente nula, *ex vi* do disposto no artigo 823 do Cód. Civil.

Seria realmente nula de pleno direito e não simplesmente anulável se estivesse dentro daquele período a que se refere o dispositivo (MARTINHO GARCÊS, "Da Hipoteca e das Ações Hipotecárias", pág. 34; CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. X, pág. 384;. JOÃO LUÍS ALVES, "Código Civil", 2ª edição, vol. I, pág. 717).

Porque o que o art. 823 estabelece é que

"São nulas, em beneficio da massa, as hipotecas celebradas em garantia de débitos anteriores, nos 40 dias precedentes à declaração da quebra, ou à instauração do concurso de credores".

Instaura-se o concurso pela citação e não pelo simples despacho que o requer.

Ora, a escritura hipotecária é de 14 de maio de 1947, tendo sido inscrita a 16 do mesmo mês. A citação, para a instauração do concurso, teve início a 15 de julho (fls. 61) e fôra feita com o prazo de 30 dias, com o que se demonstra, por simples operação aritmética, que o ato impugnado escapou àquele circulo traçado no art. 823 do Cód. Civil.

Pode, é bem verdade, mesmo assim ser atacado, as com base no art. 111 do Código Civil e por via de ação adequada, já que o ato se torna apenas anulável (CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. II, pág. 447).

Para isso, entretanto, há de ser reunida prova convincente do *consilium fraudis*, do intuito de lesar a terceiros, que ai é que se assenta a fraude contra credores.

A sentença é de ser, por isso, confirmada.

Custas na formada lei.

Niterói, 13 de outubro de 1952. - *Flávio Fróis da Cruz*; presidente; *M. de Toledo Piza*, relator; *Horácio Braga*.

Tribunal de Justiça do Ceará

AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO - INTERPOSIÇÃO VERBAL

- Só mediante requerimento ao juiz é possível a interposição verbal do agravo no auto do processo.

Abraão Otoch *versus* José Abdias Ferreira

Ap. n. 4.354 - Relator: DESEMBARG. LEITE DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, de Fortaleza, em que são apelantes: primeiro, Abraão Otoch, e segundo, José Abdias Ferreira, sendo apelados os mesmos apelantes, etc.:

Dêles se verifica, consoante os têrmos do relatório *retro*, adotado como parte integrante desta decisão, que nos autos da ação executiva proposta pelo primeiro apelante contra o segundo, no Juízo de Direito da 4ª Vara Civil, desta Capital, para cobrança de aluguéis, de que êste se teria tornado devedor, pela ocupação de um prédio de sua propriedade durante três anos, procedimento que tomou o rito ordinário em face da contestação; proferiu o juiz a sentença de fls. 33 a 34, com a qual julgou o autor dela carecedor, porque, estando depositada a importância destinada ao pagamento pretendido, cumpria ao autor promover o levantamento do depósito, em vez de utilizar-se do processo executivo ajuizado, incabível na espécie.

Vem daí a dupla apelação, em que o autor pleiteia a reforma da sentença para que lhe seja assegurado o direito aos aluguéis pretendidos e o réu quer o seu provimento, no sentido de ser aplicada àquele a pena cominada no art. 1.531 do Código Civil ao credor que demanda por dívida já paga.

Ao conhecer de uma exceção de incompetência, processada em autos apartados, o juiz julgou-a improcedente, motivando essa decisão um recurso de agravo no auto do processo, interposto em cartório perante o escrivão, de que se lavrou o têrmo respectivo a fls. 25.

Isto pôsto:

Acordam os juízes da Turma julgadora da Câmara Civil do Tribunal de Justiça, sem discordância, de votos, não conhecer do agravo no auto do processo e, tomando conhecimento das apelações, dar provimento à primeira para julgar procedente a ação e condenar o réu na forma do pedido, ficando, conseqüentemente, prejudicada à segunda, pelas razões adiante expostas.

Quanto ao recurso preliminar: O Código de Proc. Civil, em seu art. 852, permite a interposição verbal do recurso de agravo no auto do processo, apenas com a exigência de se mencionarem a decisão e as razões de sua ilegalidade.

Está evidente, porém, como esclarece ODILON DE ANDRADE, nos "Comentários ao Código de Processo Civil", edição "REVISTA FORENSE", vol. VIII, pág: 299, que a interposição verbal só é possível no decorrer de uma audiência ou de qualquer ato a que esteja presente o juiz. O agravante não poderá comparecer a cartório e pedir verbalmente ao escrivão que tome por têrmo o seu agravo.

Nesse sentido tem sido pacifica a jurisprudência dos tribunais, considerando a intervenção do juiz como indispensável à interposição do recurso, sem a qual não se pode dêle conhecer ("Rev. dos Tribunais", vol. 171, pág. 255; vol. 172, pág. 188; vol. 176, pág. 833; "REVISTA FORENSE", vol. CXIV, pág. 429; vol. CXVI, pág. 506; vol. CXXI, pág. 513, além de muitos outros).

Sobre o mérito, está provada a responsabilidade do réu, segundo apelante, sobre a dívida ajuizada, por êle mesmo tantas vêzes confessada, já ao fazer o depósito judicial em pagamento, já, por último, atribuindo ao autor a cobrança de divida já paga, o que a própria sentença reconheceu, indicando o levantamento da importância depositada como meio de que se utilizara o credor para a quitação de seu crédito.

A falta de relação contratual, *ex locato*, entre as partes contendoras, não podia eximir o ocupante do prédio da obrigação de pagar-lhe os aluguéis, tanto mais existindo uma sublocação anterior, embora irregular, por ter sido feita sem o consentimento expresso do locador, e que motivou a rescisão do contrato de locação. Quando muito, seria imprópria para o caso a ação executiva de cobrança de aluguéis, por falta de contrato escrito, ou verbal, entre as partes contendoras, mas, tendo prosseguido a ação com o rito ordinário, em virtude da

contestação, cumpria ao juiz julga-la definitivamente, de conformidade com as provas produzidas na instrução a que se procedeu.

O levantamento da importância depositada em Juízo é que não se justificava, depois de julgada improcedente a ação de consignação em pagamento.

Dos fundamentos expostos deduz-se logicamente a improcedência da segunda apelação, por não se tratar de dívida já paga.

Assim decidindo, condenam ainda o segundo apelante nas custas e honorários de advogado, na razão de 20% sôbre o valor da condenação:

Fortaleza, 31 de março de 1952. - *Virgílio Firmeza*, presidente; *Leite de Albuquerque*, relator; Avelar *Rocha Boanerges do Amaral*.

*

INCOMPETÊNCIA – VINCULAÇÃO A CAUSA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

- Só a incompetência "ratione materiae" pode ser alegada em qualquer tempo ou instância.

- O juiz só está vinculado ao processo enquanto não assume o cargo para que foi transferido ou promovido.

- O Estado responde pelos danos causados aos particulares em movimentos multitudinários.

Estado do Ceará *versus* Frederico João Lundgren

Ap. n. 3.862 - Relator: DESEMBARG. BOANERGES DO AMARAL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 3.862, de Fortaleza, nos quais figuram, como apelantes, o Dr. juiz de direito da 2ª Vara

Civil da Capital e o Estado do Ceará, e, como apelado, Frederico João Lundgren:

Contra o Estado do Ceará, propôs Frederico João Lundgren; n. Juízo da 2ª Vara Civil da Capital, a presente ação ordinária de indenização, visando ao ressarcimento dos prejuízos que sofrera com o saque e incêndio do prédio n. 262, de sua propriedade, situado na rua Floriano Peixoto, nesta cidade, no qual funcionavam os escritórios da matriz da firma Lundgren & Cia. Ltda. e uma das suas filiais, sendo esta no pavimento térreo e aquêles no pavimento superior.

Foi a demanda intentada sob a alegação de que se realizavam em Fortaleza, no dia 18 de agôsto de 1942, manifestações populares de protesto contra o torpedeamento de cinco navios mercantes nacionais por submarinos alemães, em águas territoriais brasileiras, quando um grupo de exaltados passou a atacar, depredar, saquear e incendiar os estabelecimentos comerciais e casas de súditos das nações então chamados de eixistas.

É acrescenta o autor, na sua inicial, que, embora a firma Lundgren & Companhia Ltda. fôsse, como ainda o é, uma firma genuinamente nacional, constituída de brasileiros inatos, naturais do Estado de Pernambuco, sôbre a qual, por isso mesmo, jamais recaíra qualquer suspeita, tanto assim que se não achava incluída nas chamadas "listas negras", teve saqueados e incendiados, nesta Capital, os seus armazéns, os escritórios da matriz e as suas duas filiais, no dia 18 de agôsto, reproduzindo-se êsses fatos no dia seguinte, no interior do Estado, onde, foram, também, saqueadas e incendiadas ás suas filiais de Sobral, Baturité e Quixadá.

Na vistoria judicial a que se procedeu no prédio incendiado, foram os danos calculados em Cr$ 115.874,50.

O douto procurador judicial do Estado, Dr. PLÁCIDO ADERALDO CASTELO, contestou a ação; mas o Dr. juiz *a quo* Julgou-a procedente, mandando pagar os danos que se liquidarem na execução, inclusive os honorários do advogado, e recorrendo de ofício para esta egrégia Côrte de Justiça.

O réu, inconformado com essa decisão, também apelou, argüindo, preliminarmente, nulidade do processo, por não ter sido a instrução ultimada pelo juiz que a iniciara; e, *de meritis*, a sua irresponsabilidade, sob color de que não foram os agentes do poder público, no exercício de suas funções, os causadores dos danos narrados na inicial, e, sim, o povo em pêso, num momento de revolta e exasperação, ao ter ciência do bárbaro é desumano torpedeamento de cinco navios mercantes brasileiros, repletos de passageiros, levado a efeito por submarinos alemães e italianos.

Nesta superior instância, o ilustrado 2° subprocurador geral do Estado, Dr. UBIRAJARA CARNEIRO, opina, no seu lúcido e criterioso parecer, pela confirmação da sentença apelada, fazendo; porém, restrição, no tocante aos honorários do advogado.

Cumpre, antes de tudo, salientar a manifesta improcedência da preliminar suscitada pelo réu.

A esta coleada Câmara Civil já se rendeu o ensejo de se pronunciar sôbre essa mesma preliminar, quando foi aforada na apelação cível n. 3.861, de Fortaleza, em que eram apelantes o Dr. juiz de direito da 2ª Vara Civil da Capital e o Estado do Ceará, sendo apelados Lundgren & Cia.. Ltda., fazendo-o, aliás, através do aresto unânime de 16 de novembro de 1950, prolatado pelo relator dêste acórdão e subscrito pelos eminentes desembargadores OLÍVIO GAMARA e DANIEL LOPES, no qual se grafaram êstes conceitos:

Diz o réu que a ação devera ter sido julgada pela juiz que iniciou a audiência de instrução.

Na verdade, assim o exige o art. 120 do Cód. de Proc. Civil:

"O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos, cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo",

Não há negar, que o princípio da identidade da pessoa física do juiz está consagrado, hoje, no Cód. de Proc. Civil.

Não fulminou, porém, o legislador de nulidade a inobservância do disposto nesse artigo.

Consideram-se válidos os atos, quando a lei prescreve determinada forma, sem a cominação de nulidade, dês que praticados por outra forma, tenham atingido o fim colimado.

No caso em exame, nenhuma nulidade foi argüida, *opportuno tempore*, pelo interessado na observância da formalidade, ou na repetição do ato.

Ouviram-se tôdas as testemunhas com á aquiescência tácita da Procuradoria Judicial, donde se infere, iniludìvelmente, a validade dos seus, depoimentos, frente ao preceituado em o n. III do art. 273 do Cód. de. Processo.

Não houve exceção de incompetência, nem conflito de jurisdição.

A incompetência pode *ser ratione materiae*, *ratione personae e atione loci*.

Mas, consoante o disposto no art. 182, § 1°, do Cód. Unitário, só a incompetência *ratione materiae* é, que poderá ser alegada em qualquer tempo ou instância.

A incompetência *ratione materiae* é absoluta enquanto que são relativas as incompetências, *ratione personae* e *ratione loci*.

A sentença será nula, mas quando proferida por juiz peitado, impedido ou incompetente *ratione materiae*.

Não sé trata, no caso em tela, de incompetência absoluta, ou *ratione materiae*.

JORGE AMERICANO, tratando do assunto, pondera:

"A incompetência relativa resulta acidentalmente da violação de atribuições, quando não hajam sido estabelecidas precìpuamente em razão da ordem pública. Na hipótese de incompetência relativa, entende-se que a designação de fôro tem por fim a utilidade ou conveniência, de assegurar ao réu os melhores

meios de se defender. Por isso mesmo, desde que, dada a incompetência, ele não argúi em tempo útil, prorroga-se a competência do juiz, pois a lei interpreta o silêncio do réu como consentimento irrevogável para o fôro escolhido pelo autor. Permitir a argüição a qualquer tempo, será habilitar a parte a inutilizar o processo, quando assim lhe aprouver" ("Código de Processo Civil do Brasil", vol. 1°, pág. 285).

Nenhum dos juízes era impedido por incompetência *ratione materiae.*

Serôdia, por sem dúvida, foi a preliminar aflorada de incompetência dos juízes.

Válidos são todos os atos por êles praticados.

Acresce, todavia, que os então juízes de direito AVELAR ROCHA e ARNAUD BALTAR, hoje conspícuos desembargadores dêste Tribunal de Justiça, uma vez promovidos, prestaram compromisso e tomaram posse do cargo de desembargador.

Com a investidura em o novo cargo perderam êles a jurisdição.

Não pode o juiz ter competência sem ter jurisdição.

Pode, entretanto, ter jurisdição sem ter competência.

O juiz só está vinculado ao processo enquanto não assume o exercício do cargo para o qual foi promovido ou transferido.

Outra não pode ser a exegese do artigo 120.

Não se deve dar a êsse artigo uma interpretação caturra.

Tem-se verificado, na prática, a impossibilidade de o juiz promovido ou removido concluir o julgamento dos processos cuja instrução tenha sido por êle iniciada em audiência.

Os seus afazeres judiciários, em a nova comarca, impedem-no de retornar à comarca de origem.

Daí, certamente, o motivo por que a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais; julgando um caso simílimo, no aresto de 27 de setembro de 1943, da lavra do desembargador AUTRAN DOURADO, assim se externou:

Quando a lei processual exige que o juiz transferido ou promovido conclua o julgamento dos processos cuja instrução iniciou, não quer estabelecer que o juiz volte à comarca, para julgar os feitos nessas condições, mas que permaneça nela enquanto não cumpre tal recomendação" ("REVISTA FORENSE", vol. 97, pág. 421, *apud* ALEXANDRE" DE PAULA, "O processo civil à luz da jurisprudência", vol. III, pág. 142, n. 2.755).

E a mesma 2ª Câmara, noutro acórdão, datado de 23 de fevereiro de 1943, relatado, ainda, pelo desembargador AUTRAN DOURADO, num conflito de jurisdição, já havia resolvido de modo idêntico:

Desde que o juiz, removido ou promovido, entre. no exercício de suas funções, não poderá voltar à comarca de origem, para julgar feito cuja instrução foi perante à, Perante êle iniciada. As determinações do 1° art. 120, sua alínea e parágrafo único, devem depender da proibição do juiz promovido só poder assumir as suas novas funções depois de concluir os julgamentos que tive iniciado em audiência, o que deve ser previsto na Lei de Organização Judiciária. do Estado" ("Mensário Forense", vol. I, pág. 21; ALEXANDRE DE PAULA, "O processo civil à luz da jurisprudência", vol. VII, pág. 147, número 8.462-A).

Também nenhum direito assiste ao réu, ora apelante, no que diz respeito ao mérito.

As manifestações populares de protesto contra o torpedeamento de cinco navios da Marinha Mercante, por submarinos alemães, em águas nacionais, degeneraram em depredações, saques e incêndios nos estabelecimentos comerciais e casas de súditos alemães, italianos e japonêses.

A tudo, porém, a polícia assistira impassível e inerte, não intervindo, como lhe cumpria, no sentido de debelar o tumulto popular.

No Ceará, ao que consta dos autos, sem resquício de dúvida, a polícia presenciou, como mera espectadora, essa cena de vandalismo.

Desidiosa; por sem dúvida, foi a polícia do Estado no cumprimento do seu dever.

Indiferente a tudo, também, foram as autoridades policiais, que nenhuma providência tomaram, no sentido, mesmo, de evitar os atentados que estavam sendo previstos.

E foi do descaso da polícia, da negligência dos delegados, que nasceu, indubitavelmente, a responsabilidade do Estado.

Houve, realmente, nos têrmos do artigo 15 do Cód. Civil, omissão de um dever prescrito por lei.

Ensina CLÓVIS BEVILÁQUA que a responsabilidade do Estado pode proceder de uma ação ou de uma omissão.

Corporifica-se, assim, na espécie dos autos, a culpa *in omittendo*.

Ao Estado, como é óbvio, assiste a obrigação de manter a ordem pública e de garantir o direito de propriedade.

Nesse particular, aliás; tranqüila e remansosa é a doutrina indígena e alienígena, já sufragada pela jurisprudência dos tribunais do país.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, por exemplo, tratando da matéria, assim pontifica:

Há uma corrente de opinião que reconhece a obrigação de indenizar os danos causados por movimentos multitudinários, quando tenha havido prévio aviso ou solicitação de garantia A por parte da vítima, ou quando se demonstre, (como, aliás, é o caso vertente) que o govêrno, funcionando regularmente, podia evitar danos e não o fêz. Consagra-se, aí, a teoria da culpa nos mais acanhados limites. Preferível é o critério de alguns julgados que decidem, no sentido da inversão da prova, que o Estado responde pelo dano causão aos particulares, por movimentos multitudinários, sempre que não prove haver empregado todos

os meios ao, seu alcance para evita-los" ("Da Responsabilidade Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, n. 205).

Vejam-se, ainda, no mesmo sentido, CARVALHO TANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", 3ª ed., 1942, vol. I, pág. 364, n. 9; AMARO CAVALCANTI; "Responsabilidade Civil do Estado"; página 215; LINO DE MORAIS LEME, "Da responsabilidade civil fora do contrato pág. 101, § 22; LAFAYETTE, "Princípios de Direito Internacional", tomo I, pág. 275, § 227; CLÓVIS BEVILÁQUA, "Soluções Práticas de Direito", vol. IV, pág. 86; LUÍS DE MORAIS CORREIA, "O Estado e a obrigação de indenizar", pág. 33; ALCIDES CRUZ, "Direito Administrativo", pág. 137, n. 67.

E M. A. SOURDAT, a seu turno, ocupando-se do assunto, esposa a mesma doutrina:

"*L'Etat, exerçant des droits de police qui lui appartiennent, soit à titre preventif, soit pour la recherche des délits; est responsable des abus de pouvoir, des cictes illegaux, imprudence ou negligente de ses agents*" ("Traité, Générale de la Responsabilité", vol. §, n. 1.310).

Êsses princípios estão cristalizados, hoje, na jurisprudência dos tribunais judiciários.

Sôbre um caso simílio, êste Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, há mais de 28 anos, no acórdão de 27 de novembro de 1923, do qual foi relator o emérito desembargador FÉLIX CÂNDIDO DE SOUSA CARVALHO, de saudosa e imorredoura memória, assim decidindo:

"De conformidade com os verdadeiros e jurídicos fundamentos da sentença apelada e respectivos argumentos, o fato alegado, quanto ao ataque à casa do autor e depredações a que se refere, está exuberantemente provado pelas testemunhas que depuseram no, processo e, por outro lado, *a atitude em que se conservaram os agentes de polícia*, não prevenindo nem ao menos obstando ou procurando obstar êsse ataque, antes incentivando, assim, com êsse manifesto indiferentismo, o espírito da desordem, do vandalismo, que costuma atuar no populacho quando se acha êste perfeitamente à vontade, - acentua, com essa insofismável culpa *in omittendo*, a responsabilidade do govêrno e, por

conseguinte, por parte do Estado a obrigação de indenizar" ("Revista Anual dos Julgados e Decisões", 1926, págs. 65, *in fine*, e 66).

E, recentemente, não julgou de outro modo esta augusta Câmara Civil, como o atesta o aresto unânime de 16 de novembro de 1950, prolatado pelo relator dêste acórdão, na apelação cível n. 3.861, de Fortaleza.

Essa jurisprudência tem a chancela do Supremo Tribunal Federal.

A 1ª Turma do Pretório Excelso, no aresto de 30 de janeiro de 1946, relatado pelo ministro ANÍBAL FREIRE, no recurso extraordinário n. 8.572, assim resolveu:

"O Estado responde pelo danos causados aos particulares pelos movimentos multitudinários, contra os quais lhe cabe o dever de garantir a propriedade privada" ("REVISTA FORENSE", 1946, volume CVII, pág. 275).

E a 2ª Turma, à sua vez, não julgou de outro modo, no acórdão recente de 1° de julho de 1949, redigido pelo ministro EDGAR COSTA, no recurso extraordinário n. 14.649:

"O Estado, e não a União, responde pelos verificado com o dano à propriedade, alheia, em período de estado de guerra, não valendo, em contrário, a circunstância de estar o país sob domínio discricionário" ("REVISTA FORENSE", 1950, vol. CXXVIII, pág. 456).

E, diga-se de passagem, em se tratando de indenização, incluem-se na condenação os honorários de advogado e juros da mora.

Torrencial, sôbre o assunto, é a jurisprudência dos nossos tribunais.

Na verdade, o que importa para o artigo 64 do Cód. de Proc. Civil é que a ação resulte de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual.

No caso em tela, a ação deriva de culpa *in omittendo*.

Bem é de ver, pois, que, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, o Estado do Ceará não pode eximir-se à reparação do dano causado.

Por êsses motivos:

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em Câmara Civil, pelos juízes de sua Turma julgadora, por votação unânime, desprezada a preliminar suscitada, negar provimento à apelação, confirmando, assim, a decisão recorrida.

Custas na forma da lei.

Fortaleza, 27 de março de 1952. - *Virgílio Firmeza*, presidente; *Boanerges do Amaral*, relator; *Boanerges Facó; Daniel Lopes.*

Fui presente. - *Ubirajara Carneiro*, 2° subprocurador geral do Estado.

Tribunal de Justiça de Alagoas

CÂMARA DE VEREADORES - PERDA DE MANDATO - COMPETÊNCIA

- Câmara de Vereadores não tem competência para decretar perda do mandato de prefeito.

Câmara de Vereadores de Palmeira dos índios *versus* Manuel Sampaio Luz

Ag. n. 3.926 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do agravo de petição de mandado de segurança, procedentes de Palmeira dos índios, em que é agravante a Câmara de Vereadores de Palmeira dos índios e agravado Manuel Sampaio Luz:

Acorda a Turma julgadora do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, com o fim de manter a sentença que concedeu o mandado de segurança definitivo a Manuel Sampaio Luz, por ser conforme ao

direito e provas dos autos, pelos seguintes fundamentos: em primeiro lugar, exclusivamente e indelegàvelmente cabe ao Poder Legislativo ou Assembléia Estadual decretar a perda do mandato de prefeito, conforme o art. 40 da Constituição estadual, em sua disposição textual e irredutível, e, em segundo lugar, não existe absolutamente lei de processo normalizando a perda de mandato do prefeito, não podendo essa falta ser suprida lògicamente e tècnicamente por analogia. Dêste modo não se pode reconhecer ao intérprete a faculdade de sobrepor as suas conjeturas, por mais fortes, mais extensas que sejam, à intenção explícita dos textos legais, sob pena de se contrapor, a contrário senso, o subjetivismo jurídico ao objetivismo legal, contradição essa que o senso técnico repele e o senso comum não aceita.

Custas pela agravante.

Maceió, 18 de dezembro de 1952. - *Augusto Galvão*, presidente; *Mário Guimarães*, relator; *Meroveu Mendonça*, com o seguinte voto:

1. A Câmara de Vereadores de Palmeira dos Índios, não achando devidamente prestadas as contas do prefeito Manuel Sampaio Luz, levou o fato ao conhecimento da Assembléia Legislativa do Estado, para que esta decretasse a perda do seu mandato, nos têrmos do art. 40, inciso VI, da Constituição estadual.

A Assembléia do Estado declarou que cabia originàriamente à Câmara dos Vereadores julgaras contas dos prefeitos e decretar a perda do seu mandato, no caso de não poderem ser aprovadas, cabendo dêstes atos recurso pára a Assembléia. E neste sentido devolveu o respectivo processo à Câmara de Vereadores.

Esta, então, fêz o exame e julgamento das contas, como achasse que o prefeito aplicasse mal os dinheiros públicos, concluiu pela não aprovação das contas e perda do respectivo mandato.

Daí a medida de segurança impetrada pelo prefeito.

2. Quanto ao julgamento das contas, não resta dúvida que compete originariamente à Câmara de Vereadores, e, em grau de recurso, à Assembléia

Legislativa do Estado (Constituição, art. 98, ns. VII e XIII, parág. único, e art. 40, n. VI).

Quanto à perda do mandato, porém, não existe nenhuma, disposição legal conferindo competência às Câmaras Municipais. Existe, ao contrário, o art. 40, n. XI, dando "*competência exclusiva*" à Assembléia:

"Art. 40. É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

.....

XI - decretar a perda do mandato dos prefeitos municipais, nos têrmos do art. 103".

É o art. 103 dispõe:

"Perderá ò cargo o prefeito que não apresentar contas documentadas da sua administração, ou as não tiver aprovadas sob o fundamento de má aplicação dos dinheiros públicos".

Se a Constituição confere *privativamente* à Assembléia competência para decretar a perda do mandato dos prefeitos, não podia esta cindir esta competência para delega-la também à Câmara de Vereadores.

3. Admite a Câmara agravante que o citado art. 40, n. VI, é contrário à Constituição federal, que assegura a autonomia municipal.

É verdade que a Constituição federal assegura a autonomia dos municípios. Mas esta autonomia não tem a amplitude da autonomia estadual. O poder estadual pode estabelecer os seus limites desde que respeite o art. 28 da Constituição federal.

E a fiscalização financeira, diz a mesma Constituição federal, será feita pela forma estabelecida nas Constituições estaduais. Por isso, o Supremo Tribunal Federal de acôrdo com o parecer de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, declarou não contrariar a Constituição federal o dispositivo da Constituição do Piauí que

atribuiu à Comissão Permanente da Assembléia Legislativa do Estado o julgamento das contas dos prefeitos ("Arq. Judiciário", volume 85, pág. 162).

E a atribuição de declarar, neste caso, a perda do mandato, também conferida à Assembléia pela Constituição do Piauí, é o complemento da primeira.

Foi voto vencedor o do desembargador ARAÚJO SOARES.

*

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - SERVIDÃO

- Condição para o exercício da ação de nunciação de obra nova é que ela esteja em fase de construção. Se não foi ainda iniciada ou se já foi terminada, não cabe a nunciação.

- A nunciação de obra nova não se presta à defesa de servidão.

Amara da Mota Rios *versus* Antônio Cordeiro Manso e outros

Ap. n. 3.346 - Relator: DESEMBARG. BARRETO CARDOSO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, procedentes da Capital, sendo apelante Amara da Mota Rios e apelados Antônio Cordeiro Manso é outros:

Acorda a Turma julgadora em negar provimento ao recurso para confirmar, por seus jurídicos fundamentos, a sentença apelada, que ficará integrando o presente acórdão.

Maceió, 23 de maio de 1952. - *Augusto Galvão*, presidente; *Barreto Cardoso*, relator; *Meroveu Mendonça; Artur Jucá*; *Carlos de Gusmão*.

SENTENÇA A QUE SE REFERE O ACÓRDÃO "SUPRA"

Vistos os autos:

Amara da Mota Rios, brasileira, solteira, maior, doméstica, residente nesta cidade, por intermédio de seu assistente judiciário, propõe esta ação de nunciação de obra nova contra José Cordeiro, brasileiro, proprietário, residente nesta cidade, alegando o seguinte: que, devidamente licenciada pela Prefeitura Municipal, conforme alvará de 25 de setembro de 1950, construiu uma casa, com fachada de alvenaria, sendo dado o alinhamento com 40,40 m., à avenida Pedro Paulino (antiga Rêgo da Mata), distrito do Poço, nesta cidade; que, por si e seus antecessores, tem a posse do terreno desde 1896, sendo o domínio direto pertencente ao patrimônio de Nossa Senhora dos Prazeres; que, construída a casa em aprêço entre a citada avenida Pedro Paulino e a rua Minas Gerais, o réu edificou uma garagem, e, ùltimamente, fechou o terreno pelo lado desta rua, isso em janeiro de 1951, quando a casa está edificada desde setembro do ano de 1950; que, ainda não satisfeito, o réu, no dia 27 de outubro de 1951, deu início à construção de um muro junto à parede lateral da casa da autora, fechando uma janela ali existente; que o réu, fechando o terreno pela rua Minas Gerais, proibiu uma servidão antiga, além de contrariar o Cód. de Posturas do Município; que o réu está obrigado a demolir o muro que prejudica a janela da autora, bem como a abrir o terreno da rua Minas Gerais, de conformidade com o art. 573 do Código Civil, em combinação com os arts. 384 e segs. do Cód. de Proc. Civil, e a pagar a quantia de Cr$ 3°00,00, no caso de Inobservância do preceito, e a suspender, imediatamente, o serviço que está fazendo junto à casa da autora.

Expedido o mandado de fls. 8, o oficial de justiça, após citar o réu, lavrou o auto de fls. 9 v.

O réu contestou dizendo, preliminarmente, que a autora é parte ilegítima, por não ter provado a sua qualidade de herdeira de José Paulino de Albuquerque Rios; que, se os herdeiros dêste obtiveram alvará de licença da Prefeitura para construir a obra nunciante, só êstes é que poderiam defendê-la em sua substância, posse, servidão, natureza. *De meritis*: que é improcedente a ação, porque não existe servidão alguma do prédio em construção sôbre o prédio dos réus e por ser uma ação imprópria, por estarem as obras nunciadas concluídas e

não concluída a obra nunciante. Pretende a autora, não que seu prédio seja dominante do prédio dos réus para obter acesso às vias públicas Pedro Paulino e Minas Gerais, e sim que seja restaurada uma antiga passagem, beco ou viela, que existia no local onde se está edificando a casa nunciante e os réus construíram a garagem e o muro.

É sabido que vias públicas só podem ser abertas,.restauradas ou fechadas pelo poder competente, tendo em vista o planejamento da cidade: Se a Prefeitura de Maceió concedeu alvará, não só aos herdeiros de José Paulino de Albuquerque Rios, e ainda aos réus, para construírem na antiga passagem, é porque a mesma não tinha razão, especialmente porque a 40 m., pouco mais ou menos, existe outra artéria, a rua Inácio Calmon, ligando as ruas Minas Gerais e Pedro Paulino.

É, convém notar, foram os herdeiros de José Paulino, ou a própria autora, os primeiros que concorreram para a supressão da mesma passagem na largura de 4,40 m., ao passo que os réus apenas com a largura de 2,66 m., aforados ao mesmo patrimônio de Nossa Senhora dos Prazeres. Para ser restaurada a antiga passagem, portanto, é preciso que seja demolida também a obra nunciante; que, no; espécie, não existe a alegada servidão de passagem, que só se dá quando indispensável ao acesso do prédio, na lição dos expositores, e o prédio nunciante tem frente para a avenida Pedro Paulino e fundos numa profundidade de apenas 150 palmos, e não fundos até a rua Minas Gerais ou para a mesma rua. Se as servidões não se presumem e o prédio nunciante tem a frente numa via pública, está cumprida a exigência da lei; que, quanto ao pretendido direito do artigo 573 do Cód. Civil sôbre a janela, o mesmo não existe. Este mesmo artigo condiciona o direito a um prazo de decadência, que se dá quando o proprietário, que anuiu na abertura da janela sôbre o seu prédio, deixou expirar o lapso de um ano e dia, após a conclusão da obra, sem exigir que se desfaça, o que é feito pela presente contestação. A casa nunciante ainda não foi concluída; que, assim, a ação deve ser julgada improcedente. Ao falar sôbre os documentos exibidos com a contestação, a autora requereu a citação de Antônio Cordeiro Manso e sua mulher, que também contestaram a ação (fls. 42).

Na audiência de instrução foram ouvidas a autora e três testemunhas por ela arroladas e bem assim o réu e as suas testemunhas. Afinal, as partes deram suas razões, reforçando os argumentos anteriores.

Isto pôsto:

Não procede a preliminar da ilegitimidade *ad causam*. O terreno em que a autora construiu a casa, pertencente ao patrimônio de Nossa Senhora dos Prazeres, estava aforado desde 1896 a José Paulino de Albuquerque Rios (fls. 5), o qual, antes de falecer, transferiu o seu direito de posse à autora (fls. 6).

Esta, por intermédio do seu companheiro, vem pagando os foros, ainda que em nome dos herdeiros daquele cidadão, isso por exigência do fabriqueiro (fls. 50 v.). Dêsse modo, não se pode duvidar que a autora seja a possuidora do terreno em que construiu. E, como salienta CARVALHO SANTOS, não sòmente o proprietário, mas também o possuidor, pode embargar as construções a que se refere o art. 573 do Cód. Civil. Aliás, o art. 384 do Cód. de Proc. Civil, afasta de modo completo qualquer dúvida sôbre o assunto, quando estabelece que:

"A ação de nunciação de obra nova compete a quem pretenda impedir que o prédio de sua propriedade, ou posse, seja prejudicado em sua natureza, substância, servidões ou fins por obra nova em prédio vizinho".

Ora, a autora declara na inicial que a proposta é a de nunciação de obra nova, e com fundamento no citado art. 573 do Cód. Civil.

De meritis: o que a autora pretende é defender servidões. Escolheu a ação de nunciação de obra nova. Mas, como bem esclarece CÂMARA LEAL, são condições para o exercício da ação nunciativa que a obra tenha sido iniciada, achando-se em execução, mas que não tenha sido concluída. E acrescenta:

"Pela primeira condição, segue-se que a nunciação é preventiva do prejuízo, mas não preventiva da obra, de modo que não pode ser intentada para impedir uma obra cuja construção não se iniciou, embora haja certeza de que irá ser iniciada. O meio de que dispõe o possuidor, para impedir o início da obra, quando certa sua próxima iniciação, é o interdito proibitório.

"Pela segunda condição, segue-se que, deixada concluir a obra, sem embargá-la, perde o proprietário ou possuidor do prédio vizinho o direito de impedi-la,

porque, quando estava em tempo para o fazer, não o fêz" ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, pág. 129).

Tais condições não foram levadas em consideração no caso *sub judice*. É o que se depreende da leitura do auto de fls. 9 v., onde se declara que o muro embargado tem 1,50 m. de altura e já se acha rebocado é caiado", o que é confirmado pelas fotografias de fls. 25 e 26. Assim, pois, quando proposta á ação, a obra já estava concluída. Quanto à garagem, as demais provas dos autos atestam, sem sombra de dúvida, que fôra construída há muito tempo.

Mesmo que assim não fôsse, a autora ainda poderia lograr acolhimento.

Esta, ao construir a casa, abriu uma janela sôbre o prédio dos réus; êstes teriam deixado correr o lapso de ano e dia, após a conclusão da obra, sem exigir coisa alguma, ficando, destarte, constituída a servidão, *ex vi* do disposto no art. 576 do Cód. Civil. As provas dos autos, entretanto, esclarecem que a autora iniciou a construção em 25 de setembro de 1950, desenvolvendo os trabalhos aos poucos, com o auxílio de amigos, que lhe forneceram madeira e muito material, e até agora não a terminou, como ela própria confessa e atestam as fotografias de fls. 25 e 26.

Assim, merecem crédito as testemunhas que afirmam ter sido a janela em aprêço aberta no mês de fevereiro de 1951, de modo que, quando os réus construíram o muro, em outubro ou novembro do mesmo ano, ainda não havia decorrido o lapso de tempo (ano e dia) a que se refere o Código. A servidão não chegara a se constituir; conseqüentemente, a autora não podia dispor de qualquer ação para prevenir ou reprimir a atitude dos réus. O mesmo ocorre quanto à servidão de passagem; tanto mais quanto a casa da autora tem a frente e saída para a rua Pedro Paulino.

Nessas condições:

Julgo improcedente a ação. Sem custas, por se tratar de assistência judiciária.

Maceió, 22 de fevereiro de 1952. - *J. X. Gomes de Melo*, juiz de direito da 1ª Vara.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

JUÍZO DE DIREITO DE PARAISÓPOLIS, ESTADO DE MINAS GERAIS

RESPONSABILIDADE CIVIL - EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA - CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIDADE

- A emprêsa que explora o fornecimento de energia, elétrica e se reserva rigoroso contrôle das instalações particulares, responde civilmente pelos danos resultantes de incêndio, causado por defeito dessas instalações.

- Não é lícito ao explorador industrial da energia elétrica impor ao consumidor cláusula de contrato pela qual se exima de responsabilidade pelos danos resultantes do serviço.

Sociedade Agrícola Industrial *versus* Cia. Sul Mineira de Eletricidade, S. A.

SENTENÇA

Vistos e examinados êstes autos de ação ordinária, entre partes, Sociedade Agrícola Industrial, autora, e Companhia Sul Mineira de Eletricidade, S. A., ré, dêles consta que a autora, Sociedade Agrícola Industrial, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida nesta cidade, à praça Venceslau Brás, com serraria, carpintaria, fábrica de caixotes, forros, soalhos e seção agrícola de cultura, em geral, reflorestamento e pecuária, que gira sob a firma ou razão social de Dias & Rosas, representada por seus sócios, Leônidas Pereira Dias e Dr. Pedro Rosas, brasileiros, casados, industriais, residentes nesta cidade, com fundamento nos arts. 159, 1.521 e 1.522 do Cód. Civil, ajuizaram a presente ação contra a Companhia Sul Mineira de Eletricidade, S. A., com sede na Capital Federal, Rio de Janeiro, à praça Getúlio Vargas n. 2, 9° and., salas 917 a 924, e com filial nesta cidade, representada, pelo seu presidente, o Dr. Ricardo Xavier da Silveira, brasileiro, casado, industrial, residente na mesma Capital, alegando o seguinte:

1°, que a suplicante é estabelecida nesta cidade, à praça Venceslau Brás, com serraria, carpintaria; fábrica de caixotes, forras, soalhos e com uma seção

agrícola de cultura, reflorestamento e pecuária, girando sob a firma ou razão social de Dias & Rosas;

2°, que as suas oficinas e máquinas eram movidas por fôrça ou corrente elétrica fornecida pela Companhia Sul Mineira de Eletricidade, S. A., com agência e filial nesta cidade;

3°, que as instalações elétricas foram feitas por preposto da ré, por Joaquim Soares e com material fornecido pelo seu próprio gerente, João Lopes de Paiva (documentos juntos);

4°, que, realizadas as instalações, por prepostos da ré, esta, por seu gerente, sem mandar proceder uma vistoria técnica nas instalações, especialmente na parte de entrada da corrente, mandou ligar a mesma, movimentando assim a maquinaria da suplicante;

5°, que, desde o início, os motores se esquentavam, quando em funcionamento, fato êste agora verificado, em conseqüência da saturação da derivação para a serraria, que foi feita com fio n. 10, numa distância de 50 metros, sendo a carga de 31,8 H.P.;

8°, que, também, os fusíveis de proteção se queimavam constantemente, dando lugar a que fôssem trocados quase sempre, até que, em certo dia, ali compareceram dois eletricistas da Companhia Sul Mineira de Eletricidade, e o de nome Joaquim Soares foi logo dizendo: "aqui está queimando muitos fusíveis, agora eu pus um que é mais fácil queimar o transformador do que êle". Ainda acrescentou: "isso é bom, porque o transformador não presta e a Companhia Sul Mineira então nos dará um bom";

7°, que, sendo a carga da serraria de 31,8 H.P., a Companhia Sul Mineira de Eletricidade não podia usar e ter usado, na derivação, fio n. 10, mas, no mínimo, fio n. 7 B&S;

8°, que, entretanto, a Companhia Sul Mineira usou, nessa derivação, fio n. 10;

9°, que a Companhia, empregando para o fornecimento da corrente o seu próprio transformador, é responsável pela proteção da derivação;

10°, que havia defeito na instalação da serraria (mufa do medidor como, também, o conduíte empregado não tinha capacidade para conter os cabos), provocando intermitentes curtos que se refletiam nos fusíveis da chave do transformador, quando o defeito devia fazer fundir os fusíveis das castanhas (proteção aérea). Por isso em conseqüência dos curtos intermitentes, queimando os fusíveis da chave do transformador, é que resolveu o eletricista da Companhia Sul Mineira de Eletricidade colocar fusíveis fio de cobre n. 10, forçando assim o pronunciamento do defeito no medidor da serraria, dando-se o curto-circuito violento, que a incendiou;

11°, que, além disso, a derivação para a serraria não estava totalmente protegida, pois faltava uma castanha em uma das fases, ficando esta como passagem direta, além das outras duas terem como fusíveis, dois fios e cobre n. 15 B&S. Diante do fenômeno que se deu e que foi fusão por curto-circuito de mau contato, as fusíveis encontrados resistiram, porque o seu ponto de fusão está muito acima da corrente consumida pelos motores, da serraria, isto é, 100 amperes, como também porque a saturação da linha de derivação concorreu grandemente para que os fusíveis não se queimassem, eis que a mesma passou a funcionar como resistência;

12°, que, a resistência dos fusíveis se constatou pelo fato do seccionamento dos três cabos da entrada da corrente, na parte externa do prédio sinistrado e pelas faíscas de que dão notícia as testemunhas, como também pelo corte da derivação, por estar esta ainda oferecendo perigo, após 30 minutos, do incêndio do referido prédio;

13°, que o eletricista, cortando a derivação, retirou do local os fios, para assim encobrir a responsabilidade da Companhia, decorrente da sua própria culpa, pela imprudência com que sempre agiu e ficou exposta desde a instalação por êle feita até o pronunciamento do curto-circuito que incendiou o prédio e destruiu a fábrica, material, instalações e maquinaria da suplicante;

14°, que, ainda, a instalação da suplicante não estava bem protegida, porque o conduíte não fôra imbutido na parede, como sempre foi aconselhável, o que poderia impedir, em caso de curto-circuito, o incêndio do prédio;

15°, que, indiscutivelmente, o incêndio do prédio, da fábrica, do material, foi ocasionado por curto-circuito;

16°, que outra causa não teve êsse incêndio: a máquina da estrada de ferro tem extintor de chamas e, dada a distância da estrada ao prédio sinistrado, e a sua altura, as suas faíscas não podem alcançar o referido prédio, nem pontas de cigarros existiam aí;

17°, que, ainda, o fogo do material existente na serraria, provocado por curto-circuito, não tinha consistência para fundir cobre ou ferro, como aconteceu com o que se verificou no medidor;

18°, que o incêndio começou, justamente, na entrada da corrente, no alto do prédio, na madrugada de 8 de janeiro do corrente ano, danificando o prédio, maquinaria e consumindo madeira em bruto, aparelhada e industrializada, conforme relação junta;

19°, que o incêndio, provocado por curto-circuito começou na parte de cima do prédio, onde funcionava a serraria, no seu engradamento, justamente no canto da entrada da corrente e se estendeu por todo o telhado, destruindo tudo que existia na mesma serraria;

20°, que, no prédio sinistrado, onde funcionava a indústria da suplicante, funcionavam as seguintes máquinas: uma serra francesa; uma desempenadeira triface; uma fita de fabricação "Maf" Ambrósio; uma destoupadeira pêndula Matumby; uma serra-circular montada; um tôrno para cabos de vassoura; um esmeril com mandril; duas prensas pára caixas; uma máquina de arquear para empacotamento; um motor Brown Beverp 21 H.P.; dois motores AEG (2 e 3 H.P.); um motor Skoda blindado 3 H.P.; eixos, transmissões, polias, mancais e correias, e havia aí, em depósito: 4.000 caixas de madeira, já empacotadas; 25.000 cabos de vassoura empacotados; 60 dúzias de ripas; 20 dúzias de caibros; 20 metros cúbicos de pedaços de tábua aparelhados; 60 dúzias de tábuas de primeira de 0,30m; cinco dúzias de tábuas de primeira de 0,23m; 130 dúzias de tábuas desdobradas para caixas e 80 pranchões;

21°, que o valor do maquinário, seus pertences e madeiras especificadas e destruídas pelo incêndio é de Cr$ 266.860,00;

22°, que o maquinário ficou completamente imprestável para o fim a que era destinado;

23°, que o prédio ficou, também, totalmente destruído e o seu valor era de Cr$ 150.000,00;

24°, que a destruição do medidor, do conduíte e o tempo em que permaneceu a corrente no circuito provam que o curto-circuito foi o único causador do incêndio do prédio e serraria da suplicante;

25°, que outros curtos se têm verificado, nesta cidade, em virtude de descuido de prepostos da Companhia, como aconteceu em um poste do largo da Soledade, tendo morrido um animal, e no Hotel Central, de propriedade do Sr. José Gonçalves;

26°, que a parte da instalação, onde se pronunciou o curto-circuito, que destruiu a serraria da suplicante, foi justamente na parte que a Companhia Sul Mineira de Eletricidade reputa inviolável e de sua exclusiva fiscalização;

27°, que, ainda, todos os fusíveis de alta e baixa tensão não se queimaram e nem a chave automática da usina desligou, o que prova que, apesar da corrente, no circuito, os fusíveis resistiram;

28°; que os motores estavam parados desde cinco horas mais ou menos antes do início do incêndio da serraria da suplicante;

29°, que a derivação do poste até o prédio sinistrado pertence à Companhia Sul Mineira de Eletricidade e a outra parte até o medidor é considerada inviolável;

30°, que houve um curto-circuito bem demorado e que, dias antes do incêndio, como na madrugada do mesmo, foram observados na chave de corrente da baixa tensão a expedição de faíscas;

31°, que, nos têrmos do art. 1.521, n. 3, combinado com o art. 1.522, ambos do Cód. Civil, é a ré, Companhia Sul Mineira de Eletricidade, S. A., obrigada, por

seus bens, à - reparação civil e deve ser condenada a esta reparação, em virtude de imprudência, e culpa de seus prepostos;

32°, que a satisfação deve compreender não sòmente a indenização, que a autora estima em Cr$ 418.880,00, mas também os juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, lucros cessantes e danos emergentes e mais a percentagem de 20% sôbre o valor da responsabilidade devida para honorários de advogado, sujeitando-se a autora, tanto nessa verba, como na estimação da indenização, ao que fôr provado e arbitrado no processo;

33°, que os presentes artigos devem ser recebidos e afinal julgados provados para o efeito de ser a Companhia Sul Mineira de Eletricidade condenada a pagar à suplicante a importância de Cr$ 418.880,00, juros de mora desde a data do sinistro, lucros cessantes e danos emergentes e mais a percentagem de 20% para honorários de advogado, ou o que se apurar na execução, custas e outras pronunciações de direito.

A inicial veio instruída com vários documentos, entre os quais se destacam os autos da vistoria *ad perpetuam memoriam*, requerida pela autora, os autos de inquérito policial instaurado também a requerimento da autora, fotografias, notas fiscais, duplicatas, faturas e a relação do maquinário e material existentes no prédio sinistrado.

No prazo legal, depois de regular citação, a ré ofereceu artigos de exceção de incompetência dêste Juízo (fls. 177 a 178 do 1º volume), baseada na cláusula 20ª do contrato de concessão dos serviços públicos de eletricidade que celebrou com a Prefeitura local. O incidente foi devidamente processado e, afinal, pelo despacho de fls. 201 a 208 do 1° volume, foi a exceção julgada improcedente. Inconformada, agravou a ré. Formado o Instrumento e apresentada a contraminuta, foi, mantida a decisão agravada. Tomando conhecimento do agravo, houve o egrégio, Tribunal de Justiça do Estado por bem negar provimento ao recurso.

Ainda no prazo legal, a ré ofereceu a contestação de fls. 207 a 219 do 1° volume, alegando, preliminarmente, que a autora é carecedora da ação intentada, por isso que não lhe assiste o direito de demandar a ré para a reparação dos danos que alega haver sofrido;

- que a Prefeitura Municipal de Paraisópolis, ao outorgar concessão para á ré explorar os serviços públicos de eletricidade do Município, estatuiu - conforme está expresso no contrato celebrado em 7 de dezembro de 1934, - que: "Nem a Prefeitura nem a. Companhia assume responsabilidade alguma pelas instalações do consumidor ou por qualquer dano a pessoas ou coisas resultantes do respectivo uso, sejam estas instalações por ela feitas ou sòmente inspecionadas" (cláusula XX);

- que, atualmente, não é mais a Prefeitura Municipal o poder concedente da concessão para exploração dos serviços públicos de eletricidade do Município de Paraisópolis, mas a União, por isso que aquela foi, automàticamente, por esta substituída no referido contrato de 7 de dezembro de 1934, por fôrça do disposto no art. 1° e seu § 1° do dec.-lei n. 5.784, de 19 de agosto de 1943: "Enquanto não forem assinados os contratos a que se referem os arts. 202 do Cód. de Águas e 18 do dec.-lei n. 825, de 11 de novembro de 1938, os direitos e obrigações das emprêsas de energia elétrica, coletivas e individuais, continuarão a ser regidos pelos contratos celebrados, com as derrogações expressas na presente lei". "A União substituirá automàticamente nesses contratos, desde a publicação desta lei, os Estados, o Distrito Federal, o Território do Acre e os Municípios, salvo quanto às obrigações e pagamentos decorrentes do fornecimento de energia elétrica para iluminação e outros serviços públicos ou de natureza local";

- que, quando a concessão assenta num contrato, êste se torna lei entre o poder concedente (no caso a União) e o concessionário (ou seja, a ré), isto é, as estipulações, cláusulas e condições constantes do instrumento ficam sendo a regra e a medida dos direitos dos contratantes, de modo que dêsse ato jurídico é que decorrem os direitos e os seus efeitos conseqüentes, tanto para o poder concedente, como para o concessionário (AMARO CAVALCANTI, "Responsabilidade Civil do Estado", 1905, pág. 573); assim,

- que, em face da estipulação constante da cláusula XX do contrato de concessão, em que a administração pública, dirigindo a vontade dos contratantes, regulamentou a situação contratual entre o concessionário e os consumidores, à autora não assiste o direito de demandar a ré por qualquer dano decorrente do uso das instalações, por isso que aceitou o contrato de

fornecimento de energia elétrica, que celebrou com a mesma ré, com a mencionada exoneração de responsabilidade a esta assegurada pelo poder concedente, já que, conforme observa SÉRGIO ARMANDO FRAZÃO, em tese premiada pelo instituto da ordem dos Advogados,. Invocando a lição de JOSSERAND: "A doutrina vê aqui um contrato de adesão: o particular para usar "o serviço aceita a norma imposta... recebe-a, como ela é, e a ela se sujeita, se quiser contratar" ("Da Autonomia da Vontade", pág. 78).

Quanto ao mérito, alega a ré que manifesta é a improcedência da ação ajuizada, o que resulta inquestionável do próprio articulado da petição inicial, de vez que as premissas estabelecidas pela autora, tôdas elas lastreadas no inconseqüente e inexistente terceiro laudo de vistoria *ad perpetuam memoriam*, para deduzir que o curto-circuito foi a causa do incêndio, não autorizam senão a conclusão de que o incêndio é que foi a causa do curto-circuito.

A seguir, a ré desenvolve a sua defesa, alegando, entre outros fatos, que nada tem que ver com o que foi articulado na, inicial de fls., não lhe assistindo nenhuma responsabilidade pelo incêndio.

Afirma a contestante que, excluída por dedução técnica a possibilidade do incêndio ter sido causado pelo curto-circuito alegado, terá que ser, forçosamente, admitida outra causa, possivelmente uma das mencionadas, sendo de notar-se que o fato de o piso da serraria da autora ser de soalho, tendo-se em vista a possibilidade da combustão espontânea dos montes de serragem, constitui, consoante observação das companhias de seguros, causa reiterada de incêndios; aliás, que, segundo decorra de fotografias juntas aos autos da vistoria *ad perpetuam memoriam*, o incêndio da serraria da autora teria se iniciado no lado oposto do prédio em que estava instalada a entrada da corrente elétrica; finalmente, que a simples constatação do evento danoso não acarreta por si só a obrigação de sua reparação, mas é indispensável a prova da culpa e, como demonstrado ficou, culpa não pode ser imputada à ré pela ocorrência do incêndio que destruiu o prédio e a serraria da autora; nestas condições,

- que, sendo procedentes e fundamentalmente jurídicas as razões deduzidas pela ré, deve ser recebida e, afinal, julgada provada, a presente contestação e, em conseqüência, declarada a improcedência da ação, se a autora não fôr, desde

logo, no despacho saneador, considerada carecedora da mesma ação, condenada nas custas, honorários de advogado e mais pronunciações de direito.

Pelo despacho saneador de fls. 221 v. a 222 do 1° volume, as partes, seus patronos e os interêsses econômico e moral foram considerados legítimos, ficando para ser decidida, afinal, a questão suscitada como preliminar, por envolver a questão do mérito.

Procedeu-se, a seguir, à vistoria requerida pela autora, tendo os peritos apresentado seus laudos. Em seqüência, foram tomados os depoimentos das partes e das testemunhas arroladas, conforme termos que se acham a fls. e fls. Finalmente, a questão foi debatida em audiência, depois de fixado o seu objeto e os pontos em que se manifestou a divergência. Os ilustrados advogados das partes sustentaram suas alegações e ofereceras memoriais.

Relatados e devidamente examinados, passo a decidir:

Preliminarmente e para logo, é de assinalar que, nos autos (fls. 42 do 2° volume), há um agravo no auto de processo interposto pela ré, com fundamento no art. 851, n. II, do Cód. de Proc. Civil, contra o despacho proferido a fls. 40 do mesmo 2° volume, indeferindo o requerimento de fls. 39 (20 volume), da ré, que pleiteou o desentranhamento do laudo apresentado pelo perito indicado pela autora, Dr. José de Almeida Granado, sob a alegação de que o referido laudo foi apresentado fora do prazo.

Se bem que esteja evidentemente demonstrado que o laudo foi apresentado dentro da prorrogação concedida, é de ponderar-se ainda, que o laudo foi apresentado antes da primeira audiência designada para a instrução da causa. Por êste motivo, assaz persuasivo, e pelo mais que já foi considerado e pôsto em relêvo, tenho para mim, *data venia*, que não houve cerceamento no direito de defesa da agravante.

Por outro lado, e ainda no pórtico dêste julgamento, cumpre salientar que a questão suscitada como preliminar, na contestação, com base na cláusula 20ª do contrato de concessão dos serviços públicos de eletricidade que a contestante celebrou com a Prefeitura local, não tem procedência e nem consistência jurídica.

Com efeito, a matéria transportada para os autos e focalizada com aparato e perluxidade, a despeito dos cádimos e destros argumentos aduzidos pelo ilustrado patrono da ré, não podia e nem pode, ainda neste lance, ser acolhida como prejudicial e determinar o fechamento da contenda ajuizada. A argüição da contestante, exposta com vivacidade e arrôjo, num estilo elegante e distinto, nada modifica, nada miudeia, contudo, á situação jurídica da espécie, e não altera nada a tese a ser equacionada, por isso mesmo que á doutrina, a jurisprudência e a própria lei, repudiam-na, por descabida, injusta e absurda. A preliminar levantada, ao que tenho, já não comporta maior debate, já que a exegese acêrca da aludida cláusula já se acha fixada explícita e positiva, pelo venerando acórdão da colenda 1ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado (fls. 72 e segs. do 2° volume), proferido no agravo de instrumento interposto pela ré, onde ficou estabelecido que se trata de uma disposição "estranha". Assim a denominando, o excelso Tribunal, em pronunciamento luzidio, deixou assentado o verdadeiro sentido e o exato alcance da mencionada cláusula.

Entretanto, convém ao caso uma ligeira digressão sôbre a matéria metida em discussão. De feito, a cláusula de irresponsabilidade, ou: cláusula de "não-indenizar", como a; intitula o ilustre juiz JOSÉ DE AGUIAR DIAS, tem provocado sérias polêmicas e, na verdade, prestasse a intermináveis controvérsias, pois versa assunto dos mais delicados em matéria de responsabilidade civil. Monografias alentadas, de autoria de juristas renomados, têm sido publicadas com o intuito de aclarar dúvidas e elucidar certos e determinados aspectos do problema relacionado com os efeitos e aplicação da referida cláusula. Todavia, não obstante os ingentes esforços empregados, os acurados estudos feitos, as prolongadas lucubrações, as discussões travadas à, porfia nos colégios judiciários e a perseverança de quantos dela cogitam, anais difusa se torna a questão, uma vez que comporta extenso e amplo tratamento.

Entre nós, no setor da doutrina, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, o tratadista da responsabilidade civil, em excelente e substancial monografia - "Cláusula de Não-Indenizar", ed. da "REVISTA FORENSE", escrita com a mesma acuidade e brilho com que escreveu o prestadio tratado acêrca "Da Responsabilidade Civil", emitiu sábios conceitos a respeito da aludida cláusula. Também o

preclaro jurista ADAUTO FERNANDES, em seu precioso estudo sôbre a "Cláusula de Não-Responsabilidade", teve azo de expor, com carinho e exuberância, os princípios marcantes da mencionada cláusula.

Por sua vez, os tribunais, os juízes e, de um modo geral, os juristas pátrios têm consagrado ao assunto todo o desvêlo e argúcia, procurando afastar as dúvidas que giram em tôrno da validade e da aplicação da cláusula exclusiva ou limitativa da responsabilidade contratual.

De tudo que se tem escrito, porém, pode-se resumir no seguinte: uns negam, em tese, a possibilidade da referida cláusula. Negam de um modo absoluto a possibilidade de a. parte se escusar da responsabilidade para com terceiros das conseqüências, da sua própria culpa. Outros sustentam opinião diametralmente oposta. Admitem a validade da cláusula. E, entre uma e outra corrente, colocam-se sistemas intermediários, que a admitem em parte, em certas condições e, principalmente; desde que a cláusula seja minorada por outras que atendam às circunstâncias em que seria respeitado o princípio da liberdade contratual.

Segundo CAPITANT e ESMEIN, citados por AGUIAR DIAS, consiste a cláusula de irresponsabilidade em estipulação pela qual uma parte contratante declara que não será responsável perante a outra pelo dano resultante da inexecução de sua obrigação, dano êsse que, sem a cláusula, seria indenizado à segunda. CASSVAN, igualmente citado par AGUIAR DIAS, acrescenta a essa definição, por êle tida como a mais próxima da realidade, o requisito da aceitação da declaração de não-responsabilidade pelo credor. Outras e muitas outras definições poderiam ser lembradas neste ensejo. Todavia, a extensão dêste trabalho não permite maior longura, no que tange à cláusula de irresponsabilidade, a fim de que a argumentação desenvolvida não caia no vicio de sobejo. Não seria razoável tornar esta decisão perluxa, simplesmente pelo gôsto de macerando, ostentar fingida erudição.

Assim, resumindo, pode-se dizer, sem afoiteza e sem receio de séria contestação, que ninguém deixará de ser responsável, ainda que tenha sido estipulada disposição exclusiva, porque a responsabilidade corresponde, necessàriamente, ao ato ou fato jurídico. A responsabilidade civil é uma resultante precisa e inevitável do ato ou fato originador do dano.

Ensina AGUIAR DIAS que "a cláusula de irresponsabilidade é, por definição, uma convenção e, também por definição, pressupõe uma obrigação eventual e futura de indenizar, que ela antecipadamente afasta. Sendo assim, a sua construção jurídica usual é a de estipulação integrante de uma convenção, isto é, de cláusula acessória de um contrato".

"O mesmo jurista ilustre afirma: "Intervindo no contrato, para afastar efeito do inadimplemento, ou declarada, genericamente, em face de obrigação legal, para suprimir o resultado da infração, a cláusula, em qualquer caso, é emanação da liberdade de contratar, em cujos limites se fixa rigorosamente a sua validade.

"Estabelecido que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições impostas pela ordem pública, tem-se que as cláusulas de irresponsabilidade não vigoram senão quando se refiram a obrigações legais passíveis de modificação convencional, isto é, só podem ser estipuladas quando a regra legal aplicável, meramente supletiva da vontade das partes, admite a livre manifestação destas" (*vide* "Cláusula de Não-Indenizar", de AGUIAR DIAS, pág. 33).

O primeiro limite dessa cláusula está, portanto, na manifestação da vontade dos contratantes. Não seria mesmo possível, por contrariar os princípios dominantes na sistemática jurídica, que a disposição limitativa ou exclusiva da responsabilidade civil se estendesse e se prorrogasse de tal forma que, na sua aplicação, fôssem envolvidos terceiros, que não tomaram parte na convenção.

De fato, se as cláusulas de não Indenizar sòmente prevalecem quando não ofendem o primado da ordem pública e os bons costumes, e, ainda, se para serem estipuladas são necessárias certas condições, essenciais e indispensáveis; A capacidade das portes, objeto licito, forma prescrita em lei, e ainda requisitos de solenidade, consentimento ou acôrdo de vontades, - é de concluir-se, forçosamente, que nula é a disposição constante do contrato celebrado pela contestante com a Prefeitura local, uma vez que a obrigação de não lesar a outrem, no dizer de FROMAGEOT, é imperativo da vida em sociedade e constitui, só por isso, norma de ordem pública. Daí resulta que essa obrigação não pode ser modificada por estipulação dos contratantes e, ainda mais,

qualquer disposição que visasse modificar essa obrigação não teria valor em relação a terceiros.

Considero, pois, inválida a cláusula impressa no contrato celebrado pela ré com a Prefeitura local, elidente da responsabilidade de indenizar os danos causados a pessoas ou coisas, resultantes do fornecimento de energia elétrica pela ré. Assim considero, porque, a meu ver, apesar da cláusula impressa, a obrigação de indenizar os danos causados a terceiros continua intacta. A restrição inserida no contrato; visando atingir a terceiros, alheios ao que foi convencionado, - no caso, a autora, - não pode surtir efeito jurídico algum, em, relação àqueles e, por isso mesmo, não estão inibidos de; pelas vias legais, demandar os prejuízos resultantes de atos culposos dos contratantes.

Finalmente, sem embargo da sedutora argumentação desenvolvida pela ré, a mim me parece desarrazoada e inteiramente sem valor, em face do direito ajustável à espécie, a alegação de que se trata, aqui, de um contrato de adesão. Com efeito, o particular não pode ficar sujeito às avenças lavradas em termos técnicos e a pactos que receberam a assinatura descuidada de contratantes desavisados e que redundam numa situação de visível desigualdade.

O certo é que, no caso em lide, a cláusula contratual, em que se arrima a contestante, com afoiteza, é ineficaz contra terceiros. Neste sentido, em caso idêntico, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado, já teve azo de decidir, na apelação n. 5.051, da comarca de Belo Horizonte, confirmando, por unanimidade, a sentença da primeira instância, prolatada pelo juiz JOÃO PROCÓPIO DE CARVALHO ("Diário, Forense" de 19 de abril de 1949).

E, à derradeira, releva ainda observar que, no caso presente, não se trata de um "contrato de adesão". Este contrato, tal como o figura a doutrina, na opinião autorizada de AGUIAR DIAS, viria a ser aquêle em que a parte que o aceita só o faz porque não tem escolha, isto é, por que não lhe é dada a alternativa de recusar. De forma que é apresentado como a expressão mais perfeita do capitalismo dominador, em plena vitória do exercício da opressão econômica.

Diz o mesmo jurista que o "contrato de adesão" é assim chamado porque as cláusulas já estão impressas e não são modificadas, via de regra. Não há discussão, já se vê, mas a ausência de discussão não estabelece, de si só,

ausência de liberdade de contratar. Essa modalidade de contrato, ao fim de contas, só se distingue das demais em que suprime a variedade, uniformizando a fórmula.

É preciso não esquecer que o contrato de adesão não foge ao regime geral dos contratos. Quer isso dizer que, como acontece com os contratos em geral, o de adesão não está isento dos pressupostos da sua validade.

Por isso, como sustenta AGUIAR DIAS, quando a disposição reveste a forma de adesão, não pode ser validada, se não há liberdade de escolha, porque, se o aceitante não pode deixar de utilizar o serviço monopolizado, pode, sem dúvida, recusar exonerar o proponente de responsabilidade, uma vez que a isenção não deve ser reconhecida senão quando a aceitação seja inequívoca e corresponda a uma causa ou vantagem na contra prestação (vide "Cláusula de Não-Indenizar", pág. 55).

Diante do exposto, a menos que mal me engane, é de concluir-se que a prejudicial levantada pela contestante, com o propósito de ser a autora declarada carecedora da ação proposta, é manifestamente irrelevante e sem procedência.

De meritis: A presente ação tem seu fundamento principal no art. 159 do Código Civil, *verbis*:

"Aquêle que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo, a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O preceito legal invocado no átrio do libelo inicial cogita do "ato ilícito" que, para o insigne e emérito CLÓVIS, "é a violação do direito ou dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. 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 *extra-contratual*, ou *aquiliana*" ("Código Civil Comentado", vol. 1°, pág. 419, 4ª ed.).

Não resta a menor dúvida, portanto, que a base da responsabilidade civil é a culpa. Esta idéia está implícita nas palavras "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência". Pouco importa, porém, como se infere do texto legal, que se trate de "ação" ou de "omissão". Vê-se, ainda, que o legislador não estabeleceu distinção entre "delito" e "quase-delito".

O Código engloba-os, diz JOÃO LUIS ALVES, sob o ponto de vista da reparação do dano, único que interessa à lei civil, sob a denominação genérica de "atos ilícitos", cuja noção se deduz dêste artigo.

São ilícitas, escreve o citado jurista, as ações ou omissões pelas quais, voluntàriamente, ou por negligência ou imprudência, alguém viola o direito ou causa dano a outrem.

Ao revés, quando alguém pratica um ato no exercício legal de seu direito, ofenda ou não a outrem, êste ato é lícito e, por isso, é garantido por lei, como efeito do direito que assiste a seu, autor.

Por conseguinte, quando a prática do ato não assenta em lei, o ato se torna ilícito e o seu autor responde pelos danos causados a outrem. Nesta hipótese, a lei garante ao ofendido, por êste ato, o direito de ação contra o autor da ofensa ou dano.

CHIRONI, na sua monografia Arestimosa. sôbre "La Colpa", dedica ao assunto estudo cuidadoso e sustenta, com autoridade, que "a injúria é a lesão injusta do direito de outrem ("*quod non jure fit*"); a garantia que a lei inclui na formação do conceito de "direito" protege êste poder, que está na pessoa do titular, contra qualquer ofensa que "lhe seja feita ilicitamente ("*qui jure suo utitur neminem laedit*"); por isso, "da lesão injusta nasce, o encargo do agente, a obrigação de por ela responder e conseqüentemente de reparar o dano causado. O efeito da injúria é a responsabilidade, da qual se origina a obrigação, o, débito da indenização".

Segundo observa. CARVALHO SANTOS, a propósito da matéria em estudo, não se afastando da doutrina tradicional, conserva a responsabilidade civil com fundamento na culpa, provada ou presumida, não acolhendo a nova teoria da

responsabilidade sem culpa, tal como a querem UNGER e outros juristas de não menor porte. Não mais se justifica a controvérsia em saber se a culpa levíssima é ou não imputável ou se pode lindar-se à culpa *ex delicto*, com a diligência do bom pai de família; ou se, como querem outros, se a maior ou menor gravidade da culpa, e especialmente a diferença entre dolo e culpa, pode influir sôbre o *quantum* da indenização. Determinando o Código que, quem violar o direito ou causar prejuízos a outrem, ainda que por imprudência ou negligência, fica obrigado a reparar o dano, deixa esboçados lineamentos gerais da doutrina a aplicar. O juiz, em seu arbítrio, verificará, em cada caso, até onde vai a culpa do agente e quando esta desaparece, para os efeitos da responsabilidade civil, confundindo-se com o caso fortuito ou a fôrça maior ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. III, pág. 34).

Desde, pois, que o ato seja praticado fora da esfera do direito e que por extensão das raias da vontade ofenda direitos de outrem, o agente será responsável civilmente.

Cumpre, porém, distinguirá responsabilidade por ato próprio, daquela resultante de ato praticado por outrem, em situação de dependência ou subordinação.

Na espécie *sub judice*, a autora incrustou o pedido também nos arts. 1.521 e 1.522 do Cód. Civil, que cogitam da culpa indireta.

Não pretendendo, aqui, ciliar-me nas torturas que adviriam de um estudo mais aprimorado acêrca dos sistemas jurídicos existentes a respeito da responsabilidade civil indireta, tentarei, de um modo perfunctório, bosquejar apenas os princípios básicos do sistema adotado em o nosso diploma civil.

O projeto CLÓVIS (art. 1.646) e o revisto (art. 1.817) seguiram o sistema que admite a presunção *juris tantum* da culpa do preponente e a exoneração de responsabilidade pela prova do emprêgo de tôda a diligência necessária e precauções para que o dano se não desse. Após a redação de RUI BARBOSA, a disposição foi alterada, invertendo-se, com maior facilidade, o sistema adotado.

Para CLÓVIS BEVILÁQUA, a responsabilidade das pessoas indicadas no artigo 1.521 é indireta. Por isso, acrescenta o mestre insigne, o Código sòmente

a torna efetiva quando se lhes puder imputar culpa, isto é, quando essas pessoas não empregaram a diligência necessária, nem tomaram precauções para que o dano se não desse. Essa prova deverá incumbir aos responsáveis, por isso que há contra êles presunção legal de culpa; mas o Código, modificando a redação dos projetos, impôs o ônus da prova ao prejudicado. Essa inversão dos princípios é devida à redação do Senado.

A doutrina do Código, para CLÓVIS, é a seguinte: a responsabilidade das pessoas referidas nos arts. 1.521, ns. I-IV, e 1.522, funda-se na culpa; esta, porém, deve ser objetivamente provada ("Código Civil Comentado", vol. 5°, pág. 304, 3ª ed.).

Por seu turno, não é outro o pensamento do autorizado jurista e douto professor JOÃO LUIS ALVES:

"A responsabilidade estabelecida neste artigo não é absoluta, salvo em relação ao n. V; depende da culpa, *in vigilando*, ou *in eligendo*, do responsável por fato de terceiro" ("Código Civil", comentário ao art. 1.521).

Ao comentar o art. 1.523, referindo-se à palavra de ANDRADE FIGUEIRA, que transcreve, o citado jurista, professor JOÃO LUIS ALVES, sustenta:

"Estas justas considerações ficaram sem resposta e mais procedentes se tornaram, se atendermos a que o Código, "modificando o Pr. Cam., não incumbiu ao responsável a prova de que não teve culpa, quando esta, na hipótese, devia ser "presumida; ao contrário, deu ao prejudicado o ônus de provar que o responsável por fato de terceiro (art. 1.521), procedeu com culpa, modificando, para pior, solução"

Quer isto dizer que, para CLÓVIS e JOÃO LUIS ALVES, a responsabilidade do preponente só é admissível se, por sua vez, proceder com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por isso que, no entender dêles, a culpa não se presume, ao contrário, deve ser provada pelo prejudicado.

Em sentido contrário, porém, se manifesta PONTES DE MIRANDA, para quem há um choque violento entre os arts. 1.521 e 1.523 do Cód. Civil:

"O art. 1.521 não constitui exceção ao princípio da culpa, nem cria responsabilidade por culpa alheia; regula apenas o ônus da prova, estabelecendo, para o lesado, a presunção de que foram culpadas as pessoas que êle enumera nos incisos I a IV".

E, ainda:

"No direito brasileiro, é fora de dúvida o princípio da culpa, "culpa *in vigilando*", "culpa *in eligendo*". Por isso mesmo, feita esta presunção, deve ter-se por inoperante a referência do artigo 1.523. Esta, a boa doutrina" ("Manual do Código Civil", vol. XVI, 3ª parte, página 268, n.174).

A opinião de PONTES DE MIRANDA filia-se CARVALHO SANTOS. Escreve o festejado, jurista:

"A culpa do patrão, portanto, se presume. Mas aqui, além do fundamento da vigilância, a culpa se baseia também na obrigação de bem escolher. Êsse critério, que é o da lei brasileira, é porfiadamente negado, por alguns comentadores, apegando-se à letra do art. 1.532, que a seu tempo apreciaremos. Não tem fundamento a oposição ao entendimento dado por PONTES DE MIRANDA à responsabilidade das pessoas enumeradas no artigo 1.521: "O ônus da prova deixado ao que sofreu o dano constitui a doutrina desejada pelos industriais, pelos agricultores: mas a política social-democrática quer a solução extrema e oposta: a exclusão da possibilidade de desoneração dos patrões. A solução tècnicamente conciliante e justa é a da presunção de culpa, elidível pela prova de haver tido todos os cuidados reclamados pelas circunstâncias" ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. XX, pág. 227).

MENDES PIMENTEL, jurista emérito, já teve oportunidade de sustentar:

"Se a prova da culpa extracontratual incumbe a quem pede a indenização, basta provar a culpa do substituto, para ter-se como provada a do substituído" ("REVISTA FORENSE", vol. 68, pág. 586).

A mesma opinião emitiu o eminente ministro e notável civilista OROZIMBO NONATO, quando, em luminoso voto, proferido na antiga Côrte de Apelação de nosso Estado, onde o mesmo tinha assento, declarou:

"Em regra geral, quando o preposto pratica um ato nocivo contra terceiro, o preponente responde pelas conseqüências dêsse ato porque o procedimento culposo do empregado revela que êle foi mal escolhido para o desempenho do cargo". ("Arq. Judiciário", vol. 38, pág. 436).

Em outra oportunidade, ao proferir voto não menos notável, o assunto mereceu do douto jurista esta síntese doutrinária definitiva:

"O nosso Código não chegou ao rigor do Código francês e do italiano, que estabelecem a responsabilidade civil de certas pessoas por atos de outros, e sem escusa possível. Aproximou-se, entretanto, do sistema alemão e do suíço, admitindo a responsabilidade indireta e presumindo *legis tantum* a culpa do indiretamente responsável. O art. 1.523 não deve, *data venia*, ser visto como uma inversão dos princípios" a que se tem de obedecer *de lege lata*, como ensina CLÓVIS BEVILÁQUA, não sendo curial atribuir-se ao legislador a balda de contraditório e inconseqüente, através dos artigos 1.521, n. III, e 1.523. Interpretando êste último como dispositivo que exige a prova da culpa do patrão, que sentido poderá ser atribuído ao art. 1.521, número III?" ("REVISTA FORENSE", vol. 70, pág. 559).

Esta é, por sem dúvida, a opinião dominante e mais correntia, que vem sendo sufragada pela, jurisprudência de nossos colégios judiciários.

É perfeitamente consentâneo com a sistemática de nosso direito civil e o senso comum de justiça, atendendo-se à finalidade social da lei, admitir-se que o texto do art. 1.523 tolera a presunção de culpa do preponente, uma vez positivada a culpa do preposto, deslocando-se para aquêle, então, o *onus probandi*.

Neste sentido têm decidido os Tribunais de Justiça de Minas e São Paulo (vide "REVISTA FORENSE", vol. 71, pág. 561; vol. 131, pág. 189; "Rev. dos Tribunais", vol. 177, pág. 408; vol. 179, pág. 701, e volume 182, pág. 466).

O Supremo Tribunal Federal, ùltimamente, em reiterados pronunciamentos, tem apadrinhado a doutrina defendida por PONTES DE MIRANDA e seus partidários.

Em suma: provada a culpa do preposto, fica estabelecida a responsabilidade do preponente.

Aplicando, agora, a doutrina exposta, que perfilho sem restrição, ao caso em julgamento, e tendo-se em conta as provas coligidas nos autos, constantes dos laudos apresentados pelos peritos indicados pelas partes e nomeados por êste Juízo, analisados em harmonia com os depoimentos das partes e das testemunhas, colhidos no curso da causa, verifica-se que é manifesta a responsabilidade da Companhia Sul Mineira de Eletricidade, S. A., pelos danos sofridos pela Sociedade Agrícola Industrial, em virtude do incêndio que, além de destruir totalmente o prédio onde funcionavam as oficinas e a serraria desta, inutilizou tôdas as máquinas, acessórios e instalações elétricas ali existentes e arruinou, igualmente, tôda a madeira, beneficiada e manufaturada, ali depositada e relacionada na petição inicial, incêndio ocasionado por faíscas elétricas, resultantes do mau funcionamento do transformador e da derivação que forneciam energia elétrica à autora, instalações essas com defeitos e sem proteção adequada contra as conseqüências do curto-circuito que ocorreu.

Segundo consta dos autos, a ré, por seus prepostos, estava a par dos defeitos da linha e da derivação e do mau funcionamento do transformador.

Verifica-se, por outro lado, à vista dos documentos de fls. 102 a 105, ajuizados pela. autora, que as instalações elétricas das oficinas e da serraria foram feitas por prepostos da ré, sendo certo, igualmente, que o material empregado nessas instalações foi fornecido pelo gerente da Companhia.

Nessa parte, além dos documentos referidos, existe no processo o depoimento insuspeito da testemunha Joaquim Soares.

Quanto ao fato pròpriamente dito, não subsiste a menor dúvida, pois está exuberantemente provado. Aliás, a ré não o nega. Apenas, procurando eximir-se de responsabilidade, alega que o curto-circuito não foi a causa do incêndio, mas, ao revés, que o incêndio foi que deu causa ao curto-circuito.

Acontece, porém, que a prova pericial, corroborada pela testemunhal, demonstra justamente o contrário.

Note-se, desde logo, que três vistorias foram procedidas no local do incêndio.

Logo que se verificou o fato, a requerimento da autora, a polícia local indicou os engenheiros eletricistas, Drs. Pedro Mendes dos Santos e José de Almeida Granado, de reconhecida competência e idoneidade, para, como peritos, examinarem o local e as instalações elétricas e determinarem a causa provável do incêndio, e, depois de minucioso exame, *in loco*, aquêles ilustres engenheiros chegaram à conclusão de que o incêndio foi ocasionado por um curto-circuito, proveniente de defeito da instalação (fls. 22 e verso do 1° volume).

Procedeu-se, depois, a uma vistoria *ad perpetuam*, tendo a autora indicado como seu perito o Dr. Ari Faria e a ré indicou o nome do Dr. João Luís Carneiro Renó, ambos residentes em Itajubá e dignos engenheiros.

Depois de realizadas as diligências necessárias, os dois ilustres peritos apresentaram os seus laudos (fls. 130 a 138 e 141 a 148).

A vista das divergências existentes, nomeou êste Juízo o Sr. João Correia Guimarães, residente em Pindamonhangaba, Estado de São Paulo, para funcionar como desempatador. Antes do mais, devo assinalar que a cidade de Pindamonhangaba, apesar de estar situada no Estado de São Paulo, é de fácil acesso. Procurando êste Juízo o nome de um técnico estranho ao meio em que se debatia a questão e sem ligação com qualquer das partes, para, colmo perito de sua confiança, exercer as funções de desempatador, foi informado, por pessoa honrada, que o Sr. João Correia Guimarães estaria em condições de atender o chamado judicial e desempenhar aquela função de grande responsabilidade. Nomeado e compromissado, o digno perito apresentou o seu laudo, concluindo que o incêndio foi ocasionado por curto-circuito, em conseqüência do defeito existente nas instalações da oficina da autora, instalações essas feitas pela ré (fls. 151 a 157).

Respondendo aos quesitos formulados pela autora, o desempatador afirmou:

"Tendo o incêndio iniciado na parte de cima do prédio, ou no engradamento do telhado exclui por completo a possibilidade de ter sido o incêndio a causa de

pontas de cigarros acesas, deixadas pelos operários da fábrica ou serraria sinistrada. E a hipótese de ser fagulhas das locomotivas da estrada de ferro também "não pode ser, tendo-se em vista o novo horário de trens em vigor, que tendo sido mudado de 22,30 para as 17,40 horas para o último trem, isto já no dia 7, véspera do dia do incêndio, não mais havendo manobras das locomotivas das 18 horas em diante. Considero, portanto, a causa do incêndio o curto-circuito ocorrido nos cabos isolados n. 6. B&S da entrada da corrente próximo ao quadro de medidores, produzindo fortes labaredas pela corrente elétrica entre condutores e, dêstes ao conduíte flexível, fundindo-o na parte não embutida na parede em 1,80 metros de comprimento e soldando-o em outro pedaço de conduíte em posição transversal, foto n. 1, pág. 47, anexa aos autos, e pela queima do material isolante dos próprios cabos".

Consta, ainda, do referido laudo:

"Os cabos isolados n. 6 B&S de entrada apresentam vestígios de fusão por corrente do curto-circuito e todos secionados na mesma altura. Os cabos apresentam vestígios de fusão pela corrente do curto-circuito e vestígios de fuligem pelas chamas do incêndio. Os fusíveis do transformador resistiram, e quanto aos fusíveis das castanhas colocadas no poste da Cia. Sul Mineira de Eletricidade para o último lance de linhas não se queimaram, continuando as faíscas nos fios por corrente elétrica até a chegada do pessoal da Cia. Sul Mineira de Eletricidade, depois de 30 minutos do início do incêndio".

O perito desempatador, ao depois, passa a consignar o que observou com relação aos fusíveis colocados na derivação e chega à conclusão. de que não eram adequados.

Proposta que foi a ação e, *opportuno tempore*, a contestante requereu nova vistoria e indicou o nome do Dr. João Luís Carneiro Renó para funcionar como seu perito, tendo a autora indicado o nome do Dr. José de Almeida Granado.

Mais uma vez os peritos se divergiram e, *ex vi leges*, êste Juízo se viu na contingência de nomear um terceiro para desempate. Se houve dificuldade para nomear o desempatador na vistoria *ad perpetuam*, maior se tornou essa dificuldade no correr da ação, uma vez que a nomeação devia ser feita em curto prazo. Depois de tomadas as mesmas precauções e informes, êste Juízo nomeou

desempatador o Sr. Francisco Ramori, técnico residente na cidade de Taubaté, Estado de São Paulo.

Depois de compromissado regularmente, o desempatador apresentou o seu laudo (fls. 44 a 47 do 20 volume), que, integralmente, concorda com o laudo apresentado, pelos peritos que funcionaram no inquérito policial e com os laudos oferecidos pelos peritos João Correia Guimarães e Dr. José de Almeida Granado.

O desempatador foi exato e assaz preciso em seu laudo, concluindo que o incêndio foi ocasionado pelo curto-circuito e que êste se verificou devido aos defeitos da instalação que a ré fêz para a autora e ainda por causa da deficiente defesa aérea da derivação.

A ré, porém, acometeu o laudo do desempatador Francisco Ramori, ou melhor, atacou a sua nomeação, alegando que se trata de um "leigo" e que o mesmo "não está registrado no CREA e por isso não está legalmente habilitado a funcionar em perícias sôbre eletricidade".

Sôbre ser reles, injusta e despropositada, a alegação é despicienda, por falta de consistência jurídica.

Dos autos ficou esclarecido que, além de ser um técnico em matéria de eletricidade, o desempatador nomeado é portador de um título, que o recomenda. Ademais disso, a lei não exige que o perito seja inscrito no CREA. Bem ao contrário, sempre se entendeu que o desempatador é da livre escolha do juiz. A êste e exclusivamente a êste cabe escolher e nomear o terceiro perito, no caso de divergência dos indicados pelas partes, sem precisar, para tanto, ficar adstrito a regulamentos ou exigências não previstas ou inaplicáveis ao caso. O desempatador é um "perito de confiança" do juiz. Pouco importa que seja um "leigo" ou um "professor". O essencial é que seja digno, honesto e hábil. E, pêlo que consta dos autos, nada pode ser argüido contra o perito nomeado por êste Juízo.

O certo é que a conclusão a que chegou o Sr. Francisco Ramori é a mesma a que chegaram os peritos João Correia Guimarães, Dr. Pedro Mendes dos Santos e Dr. José de Almeida Granado, todos êles competentes e técnicos. Tal

conclusão, por.outro lado, está perfeitamente confirmada pela prova testemunhal organizada. De tudo resulta que a contestante é, civilmente, responsável pelo prejuízo sofrido pela autora.

Basta notar, como já foi pôsto em destaque, que as instalações elétricas das oficinas e máquinas da autora foram feitas pelos empregados da ré e, ainda, que o material empregado nas referidas instalações foi fornecido pelo Sr. João Lopes de Paiva, seu gerente nesta cidade. Ficou igualmente provado que as defesas aéreas da derivação e o transformador que fornecia energia naquele setor da cidade não estavam em condições de inutilizar qualquer conseqüência anormal que ocorresse.

De ponderar-se, ainda, que a ré não procedeu, como devia, a uma inspeção técnica nas instalações elétricas feitas nas oficinas e máquinas de propriedade da autora, especialmente na parte da entrada da corrente.

Na cláusula XVI do contrato que a ré celebrou com a Prefeitura local para exploração dos serviços públicos de eletricidade do Município, a ré se reservou o direito de inspecionar as instalações nos prédios dos consumidores, "quer para luz, quer para fôrça".

Quer isso dizer que, reservando a ré o direito (senão obrigação) de fiscalizar as instalações e verificar seu perfeito funcionamento, devia ter tomado as providências necessárias, a fim de que os defeitos, existentes nas instalações da autora fôssem removidos. E, pelo que ficou provado, *ex abundantia*, os prepostos da ré tinham pleno conhecimento de que os motores da oficina da autora esquentavam, quando em funcionamento de modo anormal, e que os fusíveis de proteção se queimavam freqüentemente.

Portanto, em face da, cláusula XVI referida, não vingaria, como alegação de defesa, dizer-se que as instalações da autora eram internas, uma vez que tais instalações, ainda que particulares, não eram vedadas ou fechadas ao exame e fiscalização da ré.

Antes, como já teve ensejo de afirmar o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso semelhante, cumpria à ré instruir à autora quanto ao modo ou condições

para o bom funcionamento das suas instalações ("REVISTA FORENSE", vol. 70, página 553).

Verifica-se, porém, que a ré, por seus prepostos, sabia do.que se passava na oficina da autora e, apesar disso, nenhuma iniciativa tomou para evitar o evento. Antes, pelo que ficou provado, à saciedade, o empregado da ré colocou nas seguranças aéreas fusíveis de fio de cobre n. 10 B&S, tornando, assim, direta a passagem da corrente.

Ora, baseada em "Standard Handbook for Electric Engineers", a própria ré reconhece que "os fusíveis nas instalações elétricas são verdadeiras válvulas de segurança, destinadas a interromper a corrente, nos casos de sôbre-carga e curto" circuitos; sua função, Portanto, é de proteção às instalações elétricas e prédios "onde se achem".

Entretanto, precisa deixar bem claro que os fusíveis devem obedecer certas condições e, no caso, a ré, por seus prepostos, colocou como fusíveis fios impróprios. Ficou positivado que os fios empregados, fio de cobre n. 10 B&S, não podiam, nos casos de sôbre-carga e curto-circuitos, servir de "válvulas de segurança".

Houve, portanto da parte da ré, não só negligência, como também evidente Imprudência, verdadeira omissão culposa, por cujas conseqüências não pode deixar de responder.

Como salientaram, com razão, os ilustres patronos da autora, houve também imprudência da ré, pois, da última vez que seus empregados foram chamados à serraria da autora para trocar os fusíveis, o empregado da ré, de nome Joaquim Soares, disse ao gerente da serraria da autora que "êstes agora (referindo-se aos fusíveis) não mais viriam a se queimar e que era zoais fácil queimar o transformador do que os fusíveis que ali haviam pôsto" (vide depoimentos das testemunhas Joaquim José Fernandes, fls. 84 v. a 86, e Luís Pinto, fls. 86 a 87).

O certo é que, se o curto-circuito foi causado por defeito das instalações da autora, instalações essas feitas por prepostos e com material fornecido por prepostos da ré, conforme ficou apurado, e se o curto-circuito foi a causa do incêndio, conforme evidenciou a perícia, corroborada pela prova testemunhal,

e, ainda, se as seguranças aéreas não eram adequadas, é evidente, evidentíssimo mesmo, que a ré se descuidou, culposamente, não providenciando para corrigir os defeitos da instalação e das defesas aéreas.

Tais defeitos, que não podiam ser ignorados pela ré, sem patente negligência na fiscalização das instalações, do transformador e das seguranças aéreas, conforme já foi salientado, foram mais de uma vez comunicados aos seus prepostos nesta cidade.

Pretende a ré que, nos têrmos da cláusula XXVIII do contrato de concessão, não está obrigada a fiscalizar as instalações existentes dentro da propriedade do consumidor.

Não resta dúvida que, segundo a mencionada cláusula, "os prepostos da Companhia, por esta devidamente autorizados, terão o direito (e não a obrigação) de entrar nos prédios dos consumidores..."

Mas, ainda nesta parte, parece-me, *data venia*, que falece razão à contestante.

Em caso símile, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em brilhante acórdão relatado pelo desembargador TEODOMIRO DIAS, sustentou:

"Concessionária de um serviço público, explorando uma indústria de que colhe copiosos proventos, à apelante incumbia, antes de tudo, tomar providências rigorosas para evitar que o objeto de sua rendosa indústria se transformasse em ameaça constante à incolumidade do público. E, assim, não devia, em primeiro lugar, fazer a ligação da corrente a linha adutora que não oferecesse todos os requisitos técnicos de segurança, o que na hipótese não se verificou; e, ao depois, não devia consentir em suprir o fornecimento de energia, sem que fôssem perfeitas as condições da conservação do ramal" (apel. n. 22.084, ac. de 26 de agôsto de 1936).

No caso sujeito a julgamento, a prova testemunhal organizada pela autora demonstra, cabalmente, a culpa da contestante.

A testemunha João Garcia Simões, a fls. 82 a 83 do 2° volume, declara: "...que ouviu dizer que a instalação do quarteirão onde estava a sede da autora era mal

feita... que freqüentemente queimavam-se fusíveis...que as instalações elétricas, nesta cidade, são feitas por empregados da ré e sem assistência de engenheiros".

Por sua vez, a testemunha Sebastião. Inácio Vieira, a fls. 83 a 84 do 2° volume, diz: "... que, quando se deu o incêndio, o depoente chegou ao local no momento em que o mesmo iniciava no canto onde entra a derivação que, no dia em que se deu o incêndio, mais ou menos, às 16 horas, o depoente passou, em companhia de José Cardoso de Paula e Onofre Ferreira da Silva, nas proximidades das oficinas e serraria da autora e viu sair, centelhas do transformador, colocado nas proximidades, até o chão, pelo poste abaixo, e nesse momento o fusível queimou... que das pontas dos fios saíam fagulhas... que, nesta cidade, a ré não mantém engenheiro-eletricista e as instalações são feitas por seus empregados."

A testemunha Joaquim José Fernandes, a fls. 84 v. a 86, declara: "... que, os conduítes estavam soltos e não embutidos na parede... que os fusíveis se queimavam quase tôda a semana e os motores aqueciam todos os dias...que a Companhia não mandou nenhum engenheiro verificar as instalações feitas nas máquinas e oficinas da autora".

A testemunha Luís Pinto, a fls. 86 a 87 do 2° volume, diz: "... que os conduítes não tinham capacidade para conter os cabos...que os cabos entraram no conduíte forçados".

A testemunha José Cardoso de Paula, a fls. 87 v. a 88, afirma: "... que, de madrugada, estava na janela de sua casa, situada próximo ao prédio onde funcionavam as oficinas e máquinas da autora, quando viu centelhas nos fios da derivação da oficina, perto da entrada dos mesmos no prédio, e logo em seguida estas centelhas deram início ao incêndio...que, quando viu o fogo originar no canto do prédio, não viu nenhuma outra chama... que o incêndio no canto (naturalmente foi omitida a palavra "começou") em cima e logo se propagou "pelo prédio todo... que o incêndio começou no canto, em cima, junto a um poste encostado dentro do prédio".

A testemunha José Bernardes Rangel Júnior, a fls. 88 e 89 do 2° volume, declara: "... que o incêndio começou em cima... que a ré não mantém nesta

cidade engenheiro-eletricista para examinar as instalações... que os eletricistas da Companhia não são técnicos, mas apenas indivíduos práticos e não sabem o que fazem".

A seu turno, a testemunha José Francisco Damásio, a fls. 92 a 93 do 2° volume, afirma: "... que sabe que o transformador da linha que fornecia fôrça às oficinas e máquinas da autora estava enguiçado e exigindo reparos...que sabe também que os fusíveis da derivação freqüentemente se queimavam... que de vez em quando dava faíscas no poste do transformador...que ouviu um estalido que chamou a atenção do declarante e levantando-se o declarante viu uma chama no poste e já iniciado o incêndio no lado que fica o relógio...que percebeu que o mesmo iniciou no canto onde fica o relógio".

As testemunhas ouvidas na assentada de fls. 100 a 102 v., a requerimento da autora, em justificação processada neste Juízo, apenas se referem a declarações de outras testemunhas.

As testemunhas arroladas pela ré, na sua totalidade, são pessoas subordinadas a ela. Entretanto, seus depoimentos não contrariam a prova organizada pela autora. Haja vista o que declarou a de nome Joaquim Soares (fls. 110 a 112 v. do 2° volume).

O depoimento dessa testemunha, aliás um dos mais longos, corrobora plenamente muitas das alegações da autora e mostra que os defeitos das instalações da oficina e da serraria da autora e bem assim do transformador eram do conhecimento da Companhia.

Benedito Norberto, testemunha ouvida a fls. 138 a 138 v. do 2° volume, declara ser empregado da ré e, ainda, que na noite em que ocorreu o Incêndio não estava nesta cidade. Nestas condições, de ciência própria, nada sabe. Com efeito, a aludida testemunha se limita a fazer suposições, sem fundamento nos fatos provados.

Convém notar, porém, que a citada testemunha; vangloriando-se de sua "prática", afirma que "os fusíveis se queimam quando entra em circuito a linha".

No caso presente, pelo que ficou apurado, os fusíveis, ou melhor, os fios colocados à guisa de fusíveis, não se queimaram. Quer isso dizer, portanto, que os empregados da Companhia não colocaram fios próprios para, como defesa aérea, impedir qualquer acidente no prédio da autora.

Alaor dos Santos Barbosa, também empregado da ré, a fls. 138 v. a 139, declara que não se encontrava nesta cidade quando ocorreu o incêndio. A testemunha, em síntese, alude apenas às experiências técnicas feitas em Itajubá pelos peritos Drs. João Luís Carneiro Renó e José de Almeida Granado. Trata-se, pois, de um depoimento inútil e que nada pode influir na decisão da causa. Por último, encontra-se nos autos, a fls. 139 a 139 v. do 2° volume, o depoimento de Alberto Rapôso Siqueira. Trata-se de um depoimento que nada esclarece, pois a testemunha, afirmando que "viu um clarão em baixo do telhado da serraria e que o clarão ia de baixo para cima", não pode pretender tirar uma conclusão de que o incêndio foi a causa do curto-circuito.

O seu depoimento está, não cresta dúvida, em situação incerta e não pode modificar aquilo que afirmaram as testemunhas arroladas pela autora, cujos depoimentos são precisos, uniformes e claros.

Nestas condições, vê-se que a prova coligida no processo evidencia a culpa dos prepostos da ré. E, provada a culpa de seus prepostos, é fora de dúvida que o fato deve ser imputado à ré, de modo a dever responder pelas conseqüências, como efeito de falta ou culpa de sua parte.

A jurisprudência de nossos tribunais é copiosa no tocante à responsabilidade, por culpa, das emprêsas fornecedoras de energia elétrica e aos deveres a que são obrigadas.

O antigo Tribunal da Relação de nosso Estado, em acórdão relatado pelo eminente desembargador BARCELOS CORREIA, elucidando a questão, teve oportunidade de sustentar:

"Sendo a eletricidade um agente natural de uso perigosíssimo, pelos acidentes, que pode causar aos bens e às pessoas, é claro que nos contratos de fornecimento, uma cláusula natural, que, por isso, se salientando necessàriamente e cuja exclusão seria inadmissível por imoral e contrária à

ordem pública, é a de que a emprêsa se obriga, a fornecer a luz com tôdas as cautelas e garantias, para que esta nenhum dano cause às "coisas e pessoas. Sem essa certeza, ninguém se abalançaria a ter em sua casa um perigo de tal ordem, inevitável e permanente" ("REVISTA FORENSE", volume 37, pág. 19).

Outro acórdão do mesmo Tribunal, porém, mais recente, assim foi relatado:

"Assim, no caso, trata-se de culpa aquiliana que, leve ou levíssima, quem nela incide fica obrigado a ressarcir o dano causado, quer como causador indiretamente dêle, quer para êle tenha dado ocasião, princípio êsse aplicável não só à pessoa natural como jurídica, que, sendo capaz de direito, o é, também, das obrigações passivas e ativas. A hipótese é regulada pelos arts. 1.521, n. 3, 1.522 e 1. 523 do Cód. Civil, que preceituam a reparação civil que o patrão, amo ou comitente devem por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dêle, uma vez que provado que concorreram para o dano por culpa ou negligência" ("REVISTA FORENSE", vol. 46, página 479).

A eletricidade é, na expressão de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, uma fonte de perigos ("Da Responsabilidade Civil", pág. 39).

ANTÔNIO CAMMAROTA, ilustre e emérito professor da Universidade de Buenos Aires, escreve:

"*Desole el punto de vista jurídico no intéresa establecer quê es la electricidad; trátase de algo inanimado cuya peligrosidad es notoria. Sin embargo, los peligros se alejan mediante adecuados conductos*; *de su eficiencia dependerá eliminar los riesgos propios de su uso. De ello se sigue que tas instalaciones deficientes, deterioradas, etc., pueden ser el factor causal del dano cuya reparación se persigue*".

E ainda:

"*Así, las empresas deben tender y aislar sus lineas en forma tal de precaver a las personas expuestas a tener contacto con ellas, solución explicable porque el serviço deve prestarse bien, diligentemente y sin peligros superiores a las*

previsibles, a lo exigible por la naturaleza del mismo" ("Responsabilidad Extracontractual", volume II, n. 467, págs. 622-623).

Todavia, pelo que ficou apurado, a Companhia Sul Mineira de Eletricidade não tomou, no caso em aprêço, as precauções recomendadas em tais conjunturas e nem as cautelas necessárias, a fim de que fôsse evitado o sinistro. Não procurou "*eliminar los riesgos propios*" do uso da energia elétrica. Não foi necessàriamente diligente e nem procedeu com zêlo e cuidado, sendo certo que, como já afirmou o Dr. JOSÉ CORREIA DE MEIRA, em lúcida e erudita sentença: "É inegável que todo aquêle que assume para com um terceiro a obrigação de um certo trabalho, deve de executa-lo com dedicação, com esfôrço e segundo as prescrições da boa técnica. Por outras palavras, é inquestionável que, se uma emprêsa qualquer assume para com o público o dever de, mediante retribuição, prestar-lhe determinado serviço, deve de fazê-lo com esfôrço, com escrúpulo, com honestidade, na aplicação dos ensinamentos da ciência".

Continua o eminente magistrado: "Bem é de ver-se que a cada cidadão não se poderá exigir o conhecimento de tôdas as especialidades para se tomar fiscal de uma emprêsa que lhe venha a "prestar serviços, seja de transporte, habitação, diversões, fôrça, luz, etc. Se essas emprêsas, desprezando as boas formas da ciência, negligenciando nas medidas garantidoras da saúde e da integridade física dos cidadãos, só olharem para o seu interêsse econômico e, com êsse seu irregular modo de agir, vierem a causar-lhes dano, não ha dúvida, devem de indeniza-los. Se tinham ao seu alcance meios científicos que viriam diminuir a probabilidade do dano, e os esqueceram, não há negar, cometeram omissão punível, a indenização se impõe".

Resumindo: as emprêsas exploradoras, de energia elétrica respondem, necessàriamente, pelos danos ligados à exploração.

A matéria ou objeto de que trata a presente ação tem merecido de juristas e tribunais tôda atenção e agudeza intelectual. Compulsando os repertórios de jurisprudência e os compêndios de doutrina, encontram-se, a cada passo, decisões, conceitos e sentenças magistrais.

Seduzido pelo assunto, ao mesmo tempo inesgotável e empolgante, o ilustre jurista patrício OLIVEIRA E SILVA, num precioso e bem elaborado trabalho - "Das Indenizações", ed. de 1940 - enfeixou no mesmo uma cópia de excelentes julgados relativos à culpa decorrente do fornecimento de energia elétrica.

Ajustando os sábios e justos ensinamentos condensados nesse prestantíssimo livro ao caso *in specie*, em harmonia com as alegações das partes e com a prova produzida nos autos, acabo por reconhecer a responsabilidade da Companhia Sul Mineira de Eletricidade, uma vez que ficou provada a sua culpa. Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

E, pondo aqui remate a estas considerações, que já se tornam tediosas, adoto, irrestritamente, como razões de decidir, nesta parte, os fundamentos todos do brilhante memorial da autora, apresentado pelos seus ilustrados patronos.

Ante o exposto e atendendo a tudo mais que dos autos consta e princípios legais e jurídicos aplicáveis à espécie,

Julgo procedente a presente ação e, em conseqüência, condeno a Companhia Sul Mineira de Eletricidade, S. A., a pagar à autora a importância a ser fixada em execução, correspondente aos danos resultantes do incêndio a que alude a inicial, acrescentando-se-lhe a importância correspondente aos lucros cessastes e danos emergentes pleiteados, os quais serão, igualmente, apurados em execução, mais os juros de mora e honorários de advogado, à razão de 20% sôbre o líquido que se apurar em execução e custas. Arbitro em Cr$ 600,00 os emolumentos de cada perito. Contem-se os autos e, a seguir, ouça-se o Sr. coletar estadual. Registre-se, oportunamente. Lida e publicada na audiência designada para hoje.

Paraisópolis, 24 de setembro de 1951. - *Gérson de Abreu e Silva*.