

# JURISPRUDÊNCIA CIVIL E COMERCIAL

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### SOCIEDADES ANÔNIMAS – RATIFICAÇÃO DE BALANÇO

**- É anulável o ato da assembléia de acionistas que aprova o balanço social que omite bens do valor adquiridos pela sociedade.**

Cia. de Fiação e Tecidos Norte-Alagoas e outros *versus* Francisco de Assis Rodrigues de Vasconcelos

Rec. ext. nº 19.312 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.312, de Alagoas, sendo recorrentes a Companhia de Fiação e Tecidos Norte-Alagoas e outros e recorrido Francisco de Assis Rodrigues de Vasconcelos:

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

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 1º de outubro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente e relator.

#### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Pela sentença de fls. 03, o douto juiz da 2ª Vara da capital do Estado de Alagoas deu pela improcedência da ação ordinária promovida por Francisco de Assis Rodrigues de Vasconcelos contra a Companhia de Fiação e Tecidos Norte-Alagoas e seus diretores, a fim de

anular, parcialmente, a deliberação da assembléia geral da Sociedade que aprovou o balanço do exercício de 1947, eivado de êrro, com violação do art. 135 do dec.-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça local, sem unanimidade de votos, reformou aquela decisão, para julgar procedente a ação, sendo a seguinte a ementa do acórdão junto a fls. 131:

"Tanto o prejuízo efetivo, como a possibilidade de prejuízo, decorrentes do ato ilegal, justificam o interesse para a propositura da ação anulatória.

"É anulável o ato da assembléia de acionistas que aprova o balanço social que omite bens de valor adquiridos pela sociedade.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.166, da Capital, em que é apelante Francisco de Assis Rodrigues de Vasconcelos e apelados a Companhia Fiação e Tecidos Norte-Alagoas e outros:

"1. Na assembléia geral de acionistas da Companhia apelada, de 31 de março de 1949, ao ser pôsto em discussão o balanço social, o apelante reclamou contra o fato dêle não mencionar a importância de Cr\$ 2.712.970,00, retirada no exercício passado do fundo de "reserva para aquisição de uma turbina e de uma caldeira", nem a real aquisição dêstes maquinismos.

"O diretor-gerente respondeu que a falta notada não prejudicava aos acionistas, pois a aquisição dos referidos maquinismos havia sido efetivamente realizada, e que a diretoria não interfere na escrita da sociedade, a qual é elaborada por contabilista idôneo.

"A maioria, entretanto, contra o voto do apelante e de outro acionista, aprovou o balanço sem a reclamada retificação.

"Agora, fundado nos arts. 123 e 156 da Lei das Sociedades por Ações, propôs o apelante, contra a sociedade e seus diretores, a presente ação para que fôsse anulada aquela deliberação da assembléia dos acionistas e condenados os réus a lançar no ativo social, no título respectivo, a mencionada importância de Cr\$ 2.712.970,00, correspondente aos maquinismos, se realmente comprados, ou a

fazer retornar aos cofres da sociedade a mesma importância, na hipótese de não haverem sido adquiridos, custas e honorários de advogado, alegando: que possui a quinta parte das ações da sociedade, e, sendo assim, na hipótese de se retirar dela (art. 107 da Lei das Sociedades por Ações), teria que reembolsar o seu valor de acordo com o ativo da sociedade "constante do *último balanço apurado pela assembleia geral*", ou seja, com um prejuízo de Cr\$ 542.594,00; que o balanço, nos termos da lei citada, "deverá exprimir com clareza a situação real da sociedade"; que, em caso contrário, como ensina MIRANDA VALVERDE, ao comentar a mesma lei, pode ser anulada a deliberação da assembleia geral que o aprovou; que, na lição do mesmo tratadista, a prova do prejuízo atual não é requisito essencial da ação anulatória; que é pelo balanço que se constata a valorização ou desvalorização das ações; que, ainda no ensinamento do citado comentador, "o balanço é obra da diretoria, não podendo nenhum dos seus membros se eximir da responsabilidade com a alegação de que a sua confecção tocou ao diretor *a*, ou ao diretor *b*, no caso de não exprimir o mesmo a verdadeira situação da sociedade: que esta responsabilidade ainda decorre do artigo 10 dos estatutos sociais, segundo os quais "compete a qualquer dos diretores gerentes dirigir e fiscalizar a escrituração geral da Companhia.

Os réus contestaram a ação, e alegaram: que não houve prejuízo causado à sociedade e aos acionistas, nem violação à lei; que os balanços são organizados pelos contadores de acordo com as regras de contabilidade, e os membros da diretoria, não podendo tomar parte na sua votação, não são responsáveis pela deliberação da assembleia geral; que não houve a desonestidade que o autor quis atribuir a um dos diretores da sociedade, nem também erro *substancial*.

Tendo sido julgada a ação improcedente foi interposta a presente apelação.

2. Não se trata de ação anulatória baseada em dolo, fraude ou simulação, caso em que seria necessária a prova da má-fé.

O que pretende o apelante é a anulação de ato errado e cujo erro lhe prejudica ou pode lhe prejudicar: a retificação de um balanço que, devendo mencionar com exatidão o ativo da sociedade, como recomenda a lei (art. 135), não o fez, omitiu bens sociais do valor de Cr\$ 2.712.970,00.

3. Não se tratando, como não se trata, de ação de indenização por dano causado, não é necessária a demonstração de prejuízo eletivo.

A ação pode ser proposta, como foi esta, para acautelar, prevenir prejuízos. Nisto pode consistir o interesse de agir em juízo.

EDUARDO ESPÍNOLA, comentando o art. 76 do Cód. Civil e citando COVIELLO, salienta que o interesse de propor ação se justifica também pelo receio de, sem ela, vir o titular do direito sofrer um prejuízo, que cabe ação para "se evitarem as possíveis conseqüências danosas" ("Manual do Código Civil", volume 3, parte 3<sup>a</sup>, pág. 113).

Em havendo necessidade de proteger, de resguardar ou conservar o direito", escreveu CARVALHO SANTOS, "há sempre o interesse atual, capaz de legitimar a ação" ("Código Civil Interpretado", vol. 2, pág. 248).

Pode-se agir em juízo, não só para obter a reparação de um direito violado ou de um dano atual, mas ainda para prevenir a lesão do direito e prevenir um dano eventual que possa surgir" (MATTIROLO).

"Não é necessário que o prejuízo em razão do qual se aciona tenha ocorrido, nem que o exercício do direito que se pretende defender seja desde já entravado, porque pode ser útil prevenir um prejuízo eminente ou pôr o direito ao abrigo de uma contestação ulterior" (GARSONNET) (CARVALHO SANTOS, "Código de Processo Civil", vol. 1, página 56).

"Uma ação pode ser intentada para fazer cessar um fato donde não resulta, é verdade, nenhum prejuízo atual, mas que não se poderia tolerar sem tornar a repressão mais difícil, no caso dêle se tornar prejudicial mais tarde" (DALLOZ, "Repertório de Doutrina e Jurisprudência", palavra *Action*, número 51).

"4. É evidente o erro do fato de o balanço não consignar entre os bens do ativo as novas máquinas adquiridas, limitando-se a mencionar o valor das antigas, erro que a diretoria e a assembléia dos acionistas inexplicavelmente recusaram-se e continuaram se recusando retificar, mas cuja retificação se torna conveniente para evitar possíveis prejuízos aos direitos do apelante.

"Com efeito, no caso de retirar-se da sociedade (hipótese do art. 107 da Lei das Sociedades por Ações), teria o apelante que reembolsar o valor das ações de acordo com o ativo descrito no "último balanço aprovado", e como este não inclui os Cr\$ 2.712.970,00 dos novos maquinários, tendo ele um quinto das ações sofreria um prejuízo superior a Cr\$ 500.000,00.

Não procede o argumento de que, em qualquer tempo, verificada essa hipótese, o apelante poderia, mediante exame da escrita e documentos da Companhia, demonstrar o erro do balanço. Tal prova poderia ser impugnada a pretexto de que a lei só admite, no caso, a do balanço, e também poderia falhar, como falhou agora, a que se pretendeu fazer quanto ao preço das máquinas antigas, através das faturas que não foram encontradas. O próprio diretor-gerente adiantou que a obrigação de conservar a escrita e documentos corresponde apenas ao tempo de duração das ações que lhe possam ser relativas (fôlhas 121).

O interesse legítimo do apelante em obter a retificação do balanço ainda decorre da cotação das ações, pois para ela influi a situação do ativo, que o público conhece através dos balanços aprovados e divulgados.

5. O balanço é assinado, não só pelo contador, como pela diretoria (artigo 136, § 2º). A responsabilidade desta, no seu erro, é irrecusável. Se a diretoria não toma parte na votação do balanço é exatamente porque é ato desta.

6. Em face do exposto, acorda a Turma julgadora do Tribunal dar provimento à apelação para julgar procedente a ação.

Custas pelos apelados.

Maceió, 25 de fevereiro de 1951. - *Carlos de Gusmão*, presidente; *Meroveu Mendonça*, relator designado; *Barreto Cardoso*, vencido: Neguei provimento à apelação. O alegado erro da contabilidade, além de não causar prejuízo imediato e direto ao apelante nem ao patrimônio social e podendo ser, em balanço posterior, devidamente reparado, não me pareceu suficiente para declarar nula a deliberação da assembléia geral aprovada pela maioria do conselho fiscal da Cia. de Fiação e Tecidos Norte-Alagoas - *Edgar de Lima*".

Opostos embargos, foram êstes rejeitados, nos têrmos do aresto a fls. 145:

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos ao acórdão da Capital, em que são embargantes Cia. de Fia ao e Tecidos Norte-Alagoas e outros e embargado Francisco de Assis Rodrigues de Vasconcelos:

"Pelo reexame dos autos verificamos não terem os embargantes oferecido matéria nova, quer jurídica, quer de fato. Em resumo, observamos que bastam três fatôres fundamentais para solu ao do caso que se nos oferece: a lei, o fato e a capacidade legal do reclamante, condi oes estas que não foram elididas pelos embargantes. Quanto ao primeiro aspecto, a Lei das Sociedades Anônimas faculta ao acionista o direito de anular as delibera oes tomadas em assembleia geral ordinária quando tais delibera oes incidem em erro e violam disposi ao legal. Quanto ao segundo aspecto, um ativo numerário ou em dinheiro convertido em ativo de bens deve figurar legalmente e essencialmente num balanço. Quanto ao último aspecto, impõe-se-nos considerar que o acionista é um dos interessados clássicos, t picos e específicos para legitimidade da fun ao anulatória. Eis o que é visto sob o ângulo das autoridades de opiniões enfeixadas nos tratados, sem preconceitos intelectualizantes. O balanço é o term metro legal jurídico econ mico e moral da sociedade e   por  le que se espelham as condi oes vitais da sociedade fator graduador do ativo e passivo da mesma, devendo o mesmo balanço cientificar os elementos consubstanciados no mesmo para se chegar   evidência da evolu ao progressiva ou regressiva da sociedade. Quando o balanço não comporta estas condi oes conjugadas e evidencia um erro, êste deve acarretar prejuízos irremediáveis, que podem ser imediatos ou futuros, podendo êsses ser atualizados conforme as circunstâncias oferecidas, como sejam, no caso da liquida ao da sociedade, na hipótese da sociedade mudas de objeto, e desejando o acionista dissidente querer retirar-se, nesta última hipótese. É claro que o prejuízo do acionista é manifesto porque o valor das suas a oes é proporcional ao valor do ativo líquido. As delibera oes das assembleias gerais das sociedades an nimas s o soberanas quando respeitam os direitos legalizados porque a contrário senso elas s o nenhuma em face da lei.

O embargado Francisco de Assis Rodrigues de Vasconcelos reclamou primeiramente e de modo administrativo contra a exclusão da quantia de Cr\$ 2.712.970,00 do balanço, quantia esta retirada das reservas para compra de

maquinismo, e, como não fôsse atendido, usou da medida judicial anulatória, aludindo o mesmo embargado que com a exclusão referida teria um prejuízo na base de Cr\$ 542.594,00, na hipótese de querer retirar-se da sociedade.

"Nestas condições, atendendo ao que mais consta do acórdão embargado, acordam em Tribunal de Justiça rejeitar os embargos por unanimidade a fim de manter o acórdão embargado por seus fundamentos jurídicos e legais condenando os embargantes nas custas.

Maceió, 13 de abril de 1951. - *Augusto Galvão*, presidente; *Mário Guimarães*, relator; *Meroveu Mendonça*, também rejeitei os embargos:

1. O embargado, acionista da Companhia embargante, propôs ação para anular o ato da assembléia que aprovou o balanço apresentado pela diretoria, na parte em que, contrariamente ao artigo 135 da Lei das Sociedades Anônimas, omitiu no ativo a importância de Cr\$ 2.712.970,00, correspondente a máquinas compradas.

A Companhia alegou: que o embargado não é parte legítima para propor ação, pois não tinha interesse atual, visto como o fato não lhe causou prejuízo efetivo, não bastando o prejuízo potencial, o interesse eventual; que não houve violação da lei, nem erro de caráter substancial para anulação do ato.

2. Qualquer ato, contrato ou direito que prejudique ou possa prejudicar o patrimônio individual dá ensejo à ação judiciária.

A própria Lei das Sociedades Anônimas, regalando o prazo da prescrição das ações a elas referentes, deixou ver o direito dos acionistas promoverem a anulação dos atos das assembléias quando violadores da lei (art. 156).

O interesse que as leis exigem para a propositura da ação pode existir havendo prejuízo potencial. Somente, em se tratando de ação de indenização, se exige o prejuízo efetivo (CARVALHO SANTOS, "Código do Processo Civil Interpretado", vol. 1, pág. 49).

O que o Cód. Civil. art. 76, e o Código de Proc. Civil, art. 2º, exigem, é que o autor tenha um "interesse legítimo, econômico ou moral". E a anulação de um

ato ilegal que lhe trouxe ou pode trazer conseqüências danosas ao seu patrimônio constitui êste interêsse de agir. Existem até ações, como, por exemplo, os interditos proibitórios, as de dano infecto, destinadas exclusivamente a evitar prejuízos futuros ou eventuais. E o Código de Proc. Civil consagrou a ação declaratória cujo fim é dar segurança ao direito com a prevenção de prejuízos futuros, até mesmo antes de se esboçar qualquer violação.

3. Não há que confundir o interêsse atual para propor ação com o prejuízo atual.

"Quando os comentadores e tribunais dizem que o interêsse para propor ação deve ser atual, não se referem ao prejuízo atual.

"Isto está explicado pelo próprio PEREIRA BRAGA, citado pelos embargantes, e no parecer acolhido pelo acórdão do Supremo Tribunal publicado no "Arquivo Judiciário", vol. 83, pág. 191, e também invocado pelos mesmos embargantes.

"A conveniência de se acionar para prevenir um prejuízo futuro, ou eventual, constitui um interêsse atual

"São as seguintes as palavras do invocado tratadista: "Notam OLASSON e TISSIER que não se deve dar sentido muito restrito à expressão "atual", pois é lícito pedir o reconhecimento de um direito tendo em vista o futuro, pedir que se declare ilícita e imoral a condição da um legado, embora não haja. sucedido o evento. De um modo geral, a ameaça de um prejuízo eventual pode ser causa legítima de ação; ela pode criar uma perturbação atual; pode haver um interêsse atual em verificar uma situação de fato suscetível de desaparecer, em pôr um direito a salvo de contestação futura. Em tudo isso, porém, há sempre um interêsse atual" ("Exegese do Código de Processo Civil". vol. 2, pág. 138).

"CARVALHO SANTOS, também explicando o que se entende por interêsse atual para acionar, escreveu: "Em havendo necessidade de proteger, de resguardar ou conservar o direito, há sempre o interêsse atual, capaz de legitimar a ação" ("Código Civil Interpretado", vol. 2, pág. 248).

"MATTIROLO, com uma precisão digna de vista, faz lembrar que o interesse pode ser atual, se bem que o direito a que êle se refere seja a t ermo, ou mesmo eventual, isto porque um direito, mesmo eventual, pode ser lesado. E a lesão faz surgir o interesse atual e legítimo de obter o reconhecimento do direito por meio de uma condena o preventiva que resolva e decida a disputa presente. É preciso entender bem: a necessidade presente de proteger, resguardar ou conservar o direito condicional, eventual, ou a t ermo,   que caracteriza o interesse atual capaz de legitimar a a o. Donde a conclusão universalmente admitida de que, se o interesse tem de ser atual, não quer isto significar que o direito não possa ser futuro ou eventual" ("Código de Processo Civil interpretado", vol. 1, pág. 46).

ESPÍNOLA, depois de dizer que o interesse para acionar deve ser atual, explica, também de acôrdo com MATTIROLO: "Pouco importa que o direito seja puro ou condicional, que seja  le próprio, atual ou eventual. Temos sempre direito   conserva o de um direito puro, simples, condicional, eventual ou atual" ("Manual do Código Civil", comentário ao art. 76, pág. 125).

"E citando COVIELLO:

"Por interesse de agir se entende a necessidade de conseguir a vantagem tutelada pela lei por meio de órgãos jurisdicionais do Estado, ante o receio de, sem a interven o deles, vir o titular ou direito sofrer um prejuízo".

"Essa necessidade surge não s mente quando há um estado de fato contrário ao direito isto é, quando êste é violado, mas ainda quando, sem haver pr priamente viola o do direito, se apresenta um estado de fato que produz incerteza sôbre o direito, ocorrendo removê-lo com a declara o judicial, por se evitarem as possíveis conseq ncias danosas" (ob. cit., pág. 113).

"DALLOZ, depois de dizer que para propor a o é preciso que haja um interesse atual, explica: "  preciso não confundir o interesse que motiva uma a o judiciária com o prejuízo sofrido, e cuja repara o se pede. O prejuízo pode ser eventual"...

" ste princípio é reconhecido pela doutrina e jurisprudência. Assim, decidiu-se que uma a o pode ser intentada para fazer cessar um fato donde não resulta,  

verdade, nenhum dano atual, mas que não se poderia tolerar sem tornar a repressão mais difícil, no caso dêle se tornar prejudicial mais tarde" ("Repertório da Doutrina e Jurisprudência", palavra *Action*, nº 51).

"AUBRY et RAU:

"Não é necessário para se admitir uma ação que o exercício do direito se ache desde já entravado; mas que a sua existência seja comprometida no futuro" ("Direito Civil", vol. 12, § 746)

"GARSONNET depois de dizer que o interesse para propor ação deve ser imediato, atual, ensina: "Não é necessário que o prejuízo em razão do qual se aciona tenha ocorrido, nem que o exercício do direito que se pretende detender seja desde já entravado, porque pode ser útil prevenir um prejuízo eminente ou pôr o direito ao abrigo de uma contestação ulterior" (CARVALHO SANTOS, ob. cit., vol. 1, pág. 56).

"Fazendo aplicação dêste princípio às ações da natureza da que foi proposta, escreveu MIRANDA VALVERDE: "Todavia, caso haverá em que a ação visará exclusivamente restabelecer a ordem jurídica na sociedade anônima turbada por uma deliberação violadora da lei ou dos estatutos. Prejuízo pecuniário atual não existe, mas tão-sòmente a possibilidade de se consolidar uma situação que poderá dificultar a vida da sociedade e sacrificar o legítimo interesse dos seus acionistas. A prova do prejuízo não é, pois, um requisito essencial na ação anulatória" ("Direito Comercial", vol. 2, pág. 210).

Como exemplo de interesse atual de agir, os tratadistas sindicam a necessidade de evitar a prescrição que cobriria a violação do direito.

Tratando da ação do art. 150 da Lei das Sociedades por Ações, VICENTE CAMPOS refere-se ao seu cabimento para invalidar o ato da assembléia que nega a retificação de balanço irregular ("REVISTA FORENSE", vol. 85, página 615).

4. Não se trata, na espécie, de cobrar indenização, mas apenas de se exigir a retificação de uma falta do balanço social, retificação que inexplicavelmente a diretoria da sociedade e a maioria da assembléia se recusaram fazer.

Não se trata de anular um ato jurídico em que a parte, podendo consentir ou não, consentiu por erro substancial (hipótese do art. 86 do Cód. Civil).

O autor, ora embargado, nunca concordou com a omissão do balanço, antes, reclamou no momento oportuno contra a sua inexatidão.

A presente ação encontra fundamento no fato da violação da lei, no desrespeito ao art. 135 da lei citada, que recomenda que o balanço exprima com clareza e exatidão a situação do ativo da sociedade.

Tendo ficado provado e fora de qualquer contestação que a sociedade embargante adquirira maquinismos no valor de Cr\$ 2.712.970,00, e que isto não constava no balanço, é inegável que êste contraria o art. 135, citado.

Para o objetivo da ação, a retificação do balanço, não interessa saber se a violação da lei, a inexatidão do mesmo, foi feita de boa ou má-fé.

O interêsse atual do autor para propor a ação é evidente. E através dos balanços das sociedades por ações, obrigatoriamente publicados, que o público forma o seu conceito.

Para a cotação das ações influi, sem dúvida o valor do ativo. A omissão no balanço de grandes valores do ativo concorre para que as ações não tenham melhor preço. Nisso pode haver até um prejuízo atual.

O prejuízo eventual, porém, é incontestável. Se o embargado precisasse se retirar da sociedade (hipótese do artigo 107 da lei citada), teria que receber o valor das ações de acôrdo com o ativo descrito "no último balanço aprovado" (art. 107, § 1º), e, dado o grande número das suas ações, teria um prejuízo de Cr\$ 542.534,00. E se não procurasse obter a retificação do balanço, não poderia fazê-lo, depois de 3 anos, a contar da data da homologação feita pela assembléia geral (art. 156). O seu prejuízo seria irremediável em face da prescrição da ação.

"Mesmo que não se argüísse a prescrição e pudesse se indenizar as ações mediante outras provas, com o decorrer do tempo tornar-se-ia isto mais difícil.

"Os próprios embargantes, referindo-se aos antigos maquinismos, confessaram que haviam desaparecido os documentos comprobatórios da sua aquisição, o que poderia acontecer também com os novos.

"a) J. J. (ilegível).

"Foi vencedor também o voto do desembargador CARLOS DE GUSMÃO. - *Mário Guimarães*".

Os vencidos apareceram, em tempo útil, com o presente recurso extraordinário, fundado no art. 101, nº III, letras *a* e *d*, da Carta Política de 1946; dizem contrariados os arts. 86 e 87 do Cód. Civil e 135 e 156 da citada Lei das Sociedades Anônimas, indicando acórdãos que estariam em conflito com o recorrido.

Encontram-se, respectivamente, a fôlhas 155 e 159 as razões dos litigantes.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Pretendeu-se na lide a anulação de ato errado, isto é, a retificação do balanço aprovado pela assembléia geral o qual deixara de lançar, no ativo social, certa importância correspondente a bens que teriam sido adquiridos e que no exercício anterior figurava como fundo de reserva.

Irrecusável, na espécie, assim o interêsse legítimo de agir em juízo o postulante, ora recorrido, para prevenir um dano eventual, evitando, destarte, possíveis prejuízos aos seus direitos de acionista, como, também, a responsabilidade da diretoria, que assinou o balanço, competindo até a um dos seus membros dirigir e fiscalizar a escrituração geral da companhia.

Atendeu o ilustre Tribunal de Alagoas aos dispositivos expressos dos artigos 75 do Cód. Civil e 2º do Cód. Nacional de Processo. Além do que, assentada a ação nos arts. 123, parág. único, e 156 da Lei das Sociedades Anônimas, ficou

patente o desrespeito ao art. 135 deste último diploma, face à prova dos autos; dai vingar o pedido.

A alegação de ofensa aos textos legais invocados não apresenta consistência. Sem informação aos julgados censurados, os recorrentes procuram contornar as questões debatidas, apontando, então, decisões que não se chocam com aquelas, pois apreciam outras demandas, cada qual tendo a sua peculiaridade.

Nessa conformidade, preliminarmente, deixo de conhecer do recurso, e, se conhecesse, negar-lhe-ia provimento, no mérito, a fim de manter, pelos jurídicos fundamentos, o acórdão de fls. 145.

### VISTA

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

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por haver pedido vista o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, depois do voto do relator, que não conhecia do recurso.

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

### VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: O acionista que divergiu da atitude da assembléia geral da sociedade anônima, ora recorrente, foi a juízo, não para anular ato de administração comercial praticado pela diretoria, mas para fim diverso, tendente à ressalva de direitos, tanto da sociedade como pessoais. O recorrido, sendo detentor de um quinto das ações da Companhia de Fiação e Tecidos Norte-Alagoas, não quis tornar sem efeito a aquisição autorizada de maquinismo para a empresa fabril. Quis simplesmente que a operação realizada com as reservas previstas na escrita comercial conste da

escrita e fique no balanço. Foi isso o que a assembléia não quis fazer, de modo que, desaparecendo a importância de Cr\$ 2.712.970,00 do título "Fundo de reservas", não tem saída correspondente pela aquisição do maquinismo, continuando a figurar no balanço a antiga estimativa do maquinismo, como se êste não tivesse sido melhorado e valorizado.

É impressionante o argumento do recorrido, quando diz que, se porventura fôsse se retirar da empresa, a restituição do que lhe é devido teria de ser na razão direta do que consta no balanço, ficando alheio ao valor da incorporação ao ativo da sociedade de Cr\$ 2.712.970,00, despendidos com o maquinismo adquirido. É, de fato, o que, nesse sentido dispõe o § 1º do art. 107 do dec.-lei nº 2.627, de 1940, que deu nova estruturação às sociedades anônimas.

É, portanto, legítimo o que pleiteia o recorrido. Interessante é que a maioria da assembléia geral proclama o emprego monetário do fundo de reservas: demonstra, em fotografias e perícia, a existência da maquinaria adquirida mas obstina-se em declarar desnecessária a inclusão das aquisições em balanço.

É intuitivo, porém, que operação vultosa como a alegada não fique estranha ao espelho e à síntese de todo o movimento industrial da empresa, espelho e síntese que é o balanço. Nem a lei, nem as regras da ciência contábil autorizam a exclusão de uma elevada verba de um título, para ser empregada num ato de enriquecimento do patrimônio social, sem constar da demonstração final do movimento do exercício.

A assembléia geral faltou à compreensão do dever legal tanto mais admirável quanto sua boa-fé transluz de suas próprias atitudes, porque confessa a retirada da importância do fundo de reservas, a compra do maquinário e a sua incorporação à fábrica. Mas não quer que figure no gráfico do balanço. O acórdão recorrido está perfeito e o voto do Des. MEROVEU MENDONÇA, erudito e brilhante, salienta ainda mais o acerto jurídico da decisão. Os recorrentes dão como violado o art. 123 do dec.-lei nº 2.627 de 1940, no entanto, a ação proposta pelo recorrido é autorizada pelo seu parágrafo único.

Não houve também ofensa aos artigos 66 e 87 do Cód. Civil porque do êrro da escrita comercial resulta evidente prejuízo potencial ao direito da sociedade e do autor.

A referência ao dissídio jurisprudencial não diz respeito à ausência de lançamento de transação que deva figurar em balanço e que constitui o motivo central de divergência judicial entre as partes litigantes.

Voto, assim, com o eminente relator, em não conhecer do recurso.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não se tomou conhecimento. Decisão unânime.

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

\*

## **SOCIEDADES ANÔNIMAS – MINORIA DISSIDENTE - EXAME DE LIVROS**

**- O membro do conselho fiscal, eleito pela minoria dissidente, pode, indicar perito de sua confiança para assisti-lo no exame dos livros, dos inventários do balanço e das contas da sociedade por ações. E se tal lhe fôr negado ou impedido pelo administrador da sociedade, pode propor a "actio ad exhibendum", para consegui-lo.**

**- Inteligência do art. 147. parág. único, do dec-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.**

Ricardo Olivo *versus* Vincenzo Inglese e outros

Rec. ext. nº 18.642 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18 642, sendo recorrente Ricardo Olivo e recorridos Vincenzo Inglese e outros:

Acordam, em 2ª Turma e por maioria de votos, os ministros do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos têrmos das notas taquigráficas antecedentes, integrado neste o relatório de fls. 154.

Supremo Tribunal Federal, 10 de Julho de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Rocha Lagoa*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: O acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi lançado nestes têrmos:

Acordam, em 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso e confirmar a sentença agravada, que bem decidiu a espécie.

Custas pelo agravante.

Como se vê da sentença, duas são as questões fundamentais a serem resolvidas, a saber: *a)* se o fiscal de sociedade por ações, eleito pela minoria, pode, individualmente, designar técnico para, em sua companhia, fazer o exame dos livros da sociedade; *b)* se, diante de negativa dos diretores da sociedade, é possível o pedido de exibição judicial dos livros, como preparatório de ação.

Quanto à primeira questão, diz MIRANDA VALVERDE, em parecer oferecido pelos agravados:

A interpretação do parág. único do art. 127 do dec.-lei nº 2.627 não há de contrariar os princípios, acima brevemente lembrados, que presidem ao funcionamento dos órgãos colegiais. Reza o dispositivo:

"Os fiscais poderão escolher para assisti-los no exame dos livros, do inventário, do balanço e das contas, perito-contador, legalmente habilitado, cujos honorários serão fixados pela assembléia geral".

A fonte foi o art. 65 da lei belga:

*"Les commissaires peuvent se faire assister par un expert en vue de proceder à la verification des livres et comptes de la société."*

*"L'expert doit être agréé par la société".*

No seu comentário, esclarece WAU - WERMANS ("Manuel Pratique des Sociétés Anonymes", 7ª ed., nº 446):

*"Les "commissaires" doit s'entendre dans le sens de "collège des commissaires" et non pas ceux-ci individuellement."*

*"Le droit de se faire assister par un expert n'appartient pas eux commissaires individuellement; "commissaires" "doit s'entendre dans le sens de "le collège des commissaires".*

WAUWERMANS responde, pois, com absoluta precisão ao primeiro quesito da consulta: "a nomeação do perito compete ao conselho fiscal e não aos fiscais individualmente".

Faltava, portanto, ao agravante qualidade para nomear perito para preceder ao exame de livros da sociedade, sendo, por consequência, legítima a recusa dos diretores de permitir o exame.

Ainda, porém, que assim não fôsse, deveria o fiscal dirigir-se ao conselho e pedir a convocação de assembléia geral, para decidir a questão.

De qualquer forma, o que não poderia era pedir a exibição judicial dos livros, em processo preparatório de uma ação, que não declarou qual fôsse.

"O sigilo dos livros de escrituração é uma das pedras fundamentais do comércio. O exame da escrita só é permitido em casos muitos restritos e apenas em determinados pontos. A exibição integral é ainda mais rara e só se justifica nos casos em que a lei expressamente a autoriza.

"O processo escolhido pelo agravante foi impróprio, pois só se justificaria como preparatório de ação, e o agravante não declarou qual a que pretendia propor.

"A sentença decidiu, pois, com todo o acêrto.

"São Paulo, 14 de novembro de 1950".

Inconformado, o então agravante interpôs apêlo extraordinário, esteado no art. 101, alínea III, letras *a* e *d*, da Constituição, alegando que a decisão recorrida contrariara os *princípios* do art. 127 do dec.-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ao interpretar o seu parág, único, acarretando tal fato a sua não aplicação. Argüiu ainda vulneração do art. 676, número V, do Cód. de Proc. Civil. ao decidir o acórdão recorrido ter sido impróprio o processo escolhido pelo agravante para alcançar a exibição dos livros e papéis da sociedade. Nenhuma decisão divergente foi mencionada.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Conheço do recurso tão-sòmente pela letra *a*, por isso que em relação à letra *d* não foi trazida a confronto decisão de outro Tribunal.

Reza o invocado art. 127 do dec.-lei nº 2.627 que *aos membros do conselho fiscal* incumbe examinar, em qualquer tempo, pelo menos de três em três meses, os livros e papéis da sociedade, o estado da caixa e da carteira, devendo os diretores ou liquidantes fornecer-lhes as informações solicitadas. E preceitua o seu parágrafo único que os fiscais poderão escolher para assisti-los no exame dos lucros do inventário, do balanço e das contas, perito-contador, legalmente habilitado, cujos honorários serão fixados pela assembléia geral.

Entendeu o acórdão recorrido, interpretando essas regras legais, que a nomeação do perito compete ao conselho fiscal e não aos fiscais individualmente. Olvidada foi, entretanto, a circunstância de que o ora recorrente fora eleito membro do conselho fiscal pelos acionistas dissidentes e

que, destarte, não se lhe podia negar o direito de realizar o exame dos livros e papéis da sociedade por um contador de sua confiança. É o que ensina VALDEMAR FERREIRA, em suas "Instituições de Direito Comercial", volume I. nº 387:

"Inexistindo atmosfera de entendimento entre êles (os membros do conselho fiscal), a cada qual é lícito agir individualmente, efetuando o exame dos livros e papéis da sociedade, o estado da caixa e da carteira solicitando aos diretores, verbalmente ou por escrito, informações e esclarecimentos. Essa coletânea de elementos destina-se a permitir que cada um formule seu juízo sobre a situação da companhia de molde a poder debatê-la nas sessões do conselho. Mais se acentua a necessidade dêsse trabalho individual quando no exercício do direito que lhes atribui o art. 125 do dec.-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, os acionistas que representam o quinto ou mais do capital social, e os titulares de ações preferenciais, hajam eleito separadamente um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente".

Burlado ficaria o escopo do legislador permitindo à minoria dos acionistas a eleição de um membro do conselho fiscal, se não fôsse permitida a êste a mais ampla liberdade de ação sem carecer de se sujeitar à orientação dos demais membros dêsse colégio, eleitos pelos acionistas majoritários. Lícita fora assim a indicação de perito de sua confiança para a realização dos exames que reputasse indispensáveis para o bom desempenho de seu mandato.

Alegou, outrossim, o recorrente vulneração do art. 676, nº V, do Cód. de Processo Civil, segundo o qual poderá consistir a medida preventiva na exibição de livro, coisa ou documento.

Recusando-se os diretores da sociedade anônima a permitir ao recorrente que se fizesse acompanhar de um técnico no exame que pretendia realizar, o que constituiu inconcusso direito seu, bem agiu êle intentando a exhibitória prevista no dispositivo processual argüido de violado, por isso que outro remédio se lhe não deparava para assegurar o seu direito.

Inútil seria qualquer reclamação perante os demais membros do conselho fiscal, eis que êstes, representando interesses da maioria dos acionistas em choque com os da minoria, não dariam acolhimento à mesma.

Por igual seria improfícuo deferir à assembléia geral a solução do incidente, pelo mesmo motivo de haver de prevalecer nela a orientação dos elementos majoritários. A exibição integral dos livros de escrituração das sociedades por ações não repugna organização legal das mesmas, pois está prevista expressamente no artigo 57 do diploma que as regula (decreto-lei nº 2.627). Jurídica, conseqüentemente, foi a propositura pelo recorrente da *actio ad exhibendum*, a fim de poder cumprir seus deveres legais.

Caracterizada assim a violação dos dispositivos apontados, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, determinar que se prossiga na exhibitória intentada pelo recorrente.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, *data venia*, não conheço do recurso. O que me leva a dissentir do eminente Sr. ministro relator é que o conselho fiscal é uno; a minoria pode eleger um representante seu no conselho fiscal, mas êste continua a ser uma unidade, embora composto de diferentes membros, representando a maioria e a minoria. Ao conselho fiscal a lei confere o direito de nomear ou escolher - e quando não o faz, a assembléia o fará um perito contador para proceder ao exame devido.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): A lei defere essa faculdade ao fiscal, não ao conselho como colégio; a lei é explícita.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: A ponderação de V. Ex<sup>a</sup> não altera a minha argumentação. Entendo que a faculdade cabe aos componentes do conselho fiscal e lei não autoriza que cada membro do conselho fiscal nomeie ou escolha, separadamente, um perito.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Eu o reconheço. O que se vê é que há um choque entre os elementos majoritários e a minoria. Ora, a maioria foi eleita pelos majoritários, que escolheriam o seu perito, direito que não se daria aos representantes da minoria. Êles foram obrigados a aceitar a escolha do perito de confiança dos demais membros do conselho fiscal, nunca poderiam

exercer a altíssima função que a lei lhes confere, que é, justamente fiscalizar os atos da diretoria.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, continuando na minha argumentação, esclarecido pelo eminente Sr. ministro relator, quero declarar que na minha opinião o perito é um juiz de fato; se êsse perito não quer responder aos quesitos formulados pelos representantes da minoria dissidente; se êsse perito é suspeito, se não está em condições de exercer sua função, é outra questão. Mas não pode recusar-se a responder aos quesitos formulados por qualquer membro do conselho fiscal. O que eu quero afirmar é o seguinte: êsse perito, representando os fiscais, é quem responderia a tôda a matéria de fato que lhe fôsse apresentada, inclusive pela minoria, porque são questões de ordem técnica que se agitam. Se êle falseasse a verdade, se se recusasse a responder, seria outra questão.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Não se trata de formular quesitos a peritos; é o contrário, trata-se de assegurar aos membros do conselho fiscal, representantes minoritários, o direito de se informar; há, no caso, um perito, um contador, um técnico, que vai, justamente, fazer as pesquisas que o fiscal, pessoalmente, não poderia fazer. Êsse técnico é que irá fazer observações para descobrir o que, realmente, ocorre: se há, realmente, um desvio na administração.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Perito ou assistente-técnico, é questão de nomenclatura, de designação.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): O texto pode ser um pouco sibilino, mas a interpretação me parece fácil. Há que distinguir o perito que presta juramento para responder às perguntas feitas de ordem técnica, que vai ser justamente, os olhos do conselho fiscal; êle vai descobrir aquilo que o fiscal não poderá descobrir.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: V. Ex<sup>a</sup> está transformando êsse perito exatamente naquilo que eu quero evitar, transformando êsse técnico, ou que outro nome tenha, num representante do fiscal, quando não é isto que a lei quer.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): É o que a lei pretende. Poder-se-ia burlar o dispositivo da lei que assegurou à minoria o direito de ter representante no conselho fiscal, já que êsse representante não teria plena liberdade de ação para a sua função de fiscalizar; êle não teria o direito de conseguir a ajuda de um técnico que supriria a sua deficiência em contabilidade.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Estou de acôrdo com V. Ex<sup>a</sup>. Aproveito o argumento para dizer se esse perito é capaz ou incapaz. A incapacidade poderá dar-se por suspeição, ou qualquer outro motivo. Mas, se o membro do conselho fiscal entender que êle é incapaz, apresentará as suãs razões de suspeição contra êsse homem.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Não poderá dizê-lo, porque os seus conhecimentos de contabilidade são limitados. Como poderá argüir que êle esta agindo de má-fé, se os seus conhecimentos são limitados? E êle tem de levar um técnico de sua confiança, que será os seus olhos.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: V. Ex<sup>a</sup> transfere para um fiscal direito que a lei não lhe dá.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): A lei não visa a essa finalidade.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Continuando na minha argumentação, Sr. presidente, entendo que é possível que eu esteja errado, dada a minha ineficiência intelectual e jurídica (*não apoiados*).

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): V. Ex<sup>a</sup> está em brilhante companhia, a do especialista MIRANDA VALVERDE, mas eu me apoio na autoridade de VALDEMAR FERREIRA, que dá parecer nos autos, depois de se ter manifestado em obra doutrinária.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: A minha convicção parece que está bem firmada. Entendo que a lei, quando se refere aos fiscais, quer referir-se aos membros do conselho fiscal; em segundo lugar, essa permissão resulta da evolução da lei e foi criação do projeto de MIRANDA VALVERDE, a intenção foi, justamente, permitir que as minorias fiscalizassem, mas não por

essa forma através de cada membro do conselho fiscal, a ação das diretorias, pois que a se entender assim, cada membro do conselho fiscal pode levar o seu perito; cada um dêles pode entender que o técnico apontado pela maioria não lhe merece confiança. Êsse técnico expõe a situação ao conselho fiscal, cujos membros, não se julgando esclarecidos, pedem a êle esclarecimentos que o técnico tem que prestar. Se o membro do conselho fiscal não estiver esclarecido, formula novos quesitos. Se o perito fôr incapaz ou desonesto, de forma evidente, o recurso será outro. Não era possível que cada membro do conselho fiscal trouxesse um perito da sua escolha para que êste dissesse o que havia em pró ou contra a diretoria. Não foi essa a intenção do legislador, senão que o membro do conselho fiscal, em dúvida, formulasse quesitos ao técnico nomeado, o qual examinará os livros e verá o que há de procedente ou improcedente naquilo que se diz contra a administração. Este é o verdadeiro sentido da lei.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Chamo a atenção para um trecho dos comentários ao Cód. Comercial português, em que CUNHA GONÇALVES, justamente, aponta a freqüência da ignorância dos membros dos conselhos fiscais, que, em geral, serviriam apenas para receber proventos em troca da elogios às diretorias, pois que, quando não são cúmplices conscientes, são compostos de pessoas que ignoram a contabilidade comercial e não têm a precisa competência para examinar a escrituração da sociedade.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: No caso não se aplica o que cita V. Ex<sup>a</sup> porque, quando a minoria dissidente escolhe um membro do conselho fiscal, ela vai escolher, justamente, um homem capaz de proceder a verificação dos atos da diretoria. Isso tem oportunidade quando se trata de conselhos fiscais das sociedades anônimas, onde tudo corre à maravilha. Mas, quando isso não se dá, o homem escolhido pela minoria é, presumidamente, um homem capaz; do contrário seria inócua sua designação.

Sr. presidente, pedindo perdão aos dignos colegas por lhes haver tomado tempo, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, a questão foi debatida. O eminente Sr. ministro relator expôs o seu ponto de vista com brilho, ao que respondeu com igual brilho o eminente Sr. ministro AFRÂNIO ANTONIO DA COSTA. Da discussão travada entre S. Ex<sup>as</sup>. eu me inclino para o voto do relator: o conselho tem a incumbência de fiscalizar; os seus membros são fiscais; cada um dêles tem o direito de examinar os papéis da sociedade. A lei permite que, se um dêses fiscais quiser apreciar os documentos da sociedade em companhia de técnico da sua confiança, êle o pode fazer. Quem está examinando, nesse caso, não é o técnico, é o próprio membro do conselho fiscal, que se faz acompanhar de um secretário, de um homem habilitado. Se se lhe negar êsse ato estar-se-á negando ao membro do conselho fiscal o direito de exercer a sua função fiscalizadora. Assim, pois, *data venia* do eminente Sr. ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA, conheço do recurso e lhe dou provimento.

#### VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, o art. 127 da lei em causa diz, muito claramente, que os fiscais poderão escolher, para *assisti-los*, no exame dos livros, e do inventário e balanço das contas, perito-contador legalmente habilitado. Logo, qualquer dos fiscais tem o direito de levar consigo o perito que o assista nesse exame. Ora, legalmente, êsse direito foi assegurado no art. 127.

Conheço, pois, do recurso e lhe dou provimento.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Peço vênia ao eminente Sr. ministro relator para entender que, no caso, não houve ofensa literal de lei, mas de interpretação em que *doctores certant*.

Argumentos ponderosos alicerçaram a opinião do eminente Sr. ministro relator, que a manifestou com brilho e erudição: mas a opinião adversa também se esforça em razões impressionantes.

Não é forçoso haja divergência entre os membros da maioria e minoria do conselho fiscal, órgão unitário. E a entender que cada fiscal da minoria tem direito a levar um perito da sua confiança consigo, também teriam o mesmo direito cada um dos fiscais da maioria, o que ninguém sustenta nos autos.

O SR. MINISTRO ROLHA LAGOA (relator): Eu me ative ao caso dos autos, onde se verifica um choque entre a maioria e a minoria.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): É o caso, mas o legislador não vê hipóteses, senão a tese.

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: A lei é no sentido de que os fiscais podem levar consigo um perito.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): A lei alude a um perito. E tanto o seu texto é duvidoso que um jurista da autoridade de MIRANDA VALVERDE opina de modo contrário à inteligência aceita pelos eminentes colegas.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Apenas, invocando modelo belga, inteiramente diverso do brasileiro.

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Estou mostrando, sem lhes examinar os fundamentos, a ocorrência de controvérsia jurídica, lavrada em tais termos, que exclui a possibilidade de ofensa de letra de lei.

Ainda agora produziu o eminente Sr. ministro AFRÂNIO COSTA argumentos de muito preço e valia em prol da interpretação de MIRANDA VALVERDE.

O caso, a meu ver, não comporta recurso pela letra a invocada. Acompanho, assim, *data venia* do eminente ministro relator, o eminente ministro AFRÂNIO COSTA.

DECISÃO

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

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

\*

## **MORATÓRIA PECUARISTA - ANATOCISMO - RECOMPOSIÇÃO DO REBANHO**

**- Processa-se "per capita" e não "ad valorem" - na moratória pecuarista - a recomposição do rebanho apenhado, verificada a hipótese do desfalque das reses - imune de dolo - não exceder de 20%.**

**- A Lei de Usura proíbe cobrança de juros, mesmo que convencionados, se êsses juros, acrescidos aos juros do principal, elevam a taxa desses últimos para além do máximo legal permitido.**

Banco do Brasil S. A. *versus* Sérgio de Carvalho Avelar

Rec. ext. nº 18.338 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário nº 18.338, entre partes, como recorrente, o Banco do Brasil, S. A., e, como recorrido, Sérgio de Carvalho Avelar:

Acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal dar provimento em parte ao dito recurso, na conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 24 de setembro de 1951. - *Luis Gallotti*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Tendo o recorrido Sérgio de Carvalho Avelar, pecuarista, residente em Patos, Estado de Minas, requerido os favores da lei nº 209, de 2 de janeiro de 1948, foi deferido o seu pedido, rejeitada a impugnação do recorrente, Banco do Brasil, que se habilitara como credor pignoratício. Pretendia o recorrente lhe fôsse reconhecido direito a juros capitalizados e protestava contra a forma de recomposição do rebanho apenhado, pois a substituição de 71 reses se dera *per capita*, sem nenhuma atenção aos valores correspondentes. Contrariado na sua pretensão, agravou o recorrente para o Tribunal Federal de Recursos, de acôrdo com o art. 27 da lei nº 1.002, de 24 de dezembro de 1949, mas não logrou êxito, tendo sido confirmada a sentença de primeira instância.

Daí o presente recurso extraordinário, com fundamento na letra *d* do número III do art. 101 da Constituição federal, alegando-se divergência entre o acórdão recorrido e julgados de outros tribunais, quer no tocante à legitimidade da capitalização de juros, desde que contratualmente estipulada, quer quanto ao critério a adotar-se na recomposição do rebanho apenhado. São apontados como divergentes acórdãos dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Estado do Rio.

A fls. 215, contra-arrazoou o recorrido e a fls. 219 e 226, respectivamente, oficiaram os Drs. subprocurador e procurador geral da República, opinando aquêle pelo provimento do recurso, tão-sòmente quanto ao critério de recomposição do rebanho, e o segundo pelo provimento, tão-sòmente no que diz respeito à capitalização de juros, pois a outra questão estaria confirmada na órbita da prova.

## VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Conheço do recurso na duplicidade de sua matéria, sendo indisfarçável o argüido dissídio jurisprudencial e não se podendo considerar simples *quaestio facti*, senão

iniludível *quaestio juris* o saber se na recomposição do rebanho apenhado deve prevalecer o critério *per capita* ou o critério *ad valorem*.

Sem dúvida alguma, o art. 4º do decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei de Usura), proibindo, até sob sanção penal, a contagem de juros de juros, não pode ser abstraído pelas partes contratantes. Está em jôgo um *interêsse público*, que não admite exclusão pelo consentimento do mutuário ou devedor, cujo direito adquiriu, nesta ponto, *ex vi legis*, o cunho de *indisponibilidade*.

É bem de ver, porém, que, se mesmo com a cobrança de juros de juros, não exceder o algarismo exigido o limite permitido a taxa anual de juros, tal cobrança não será, ilícita.

No caso do penhor pecuário, os juros não podem exceder de 8%, de acôrdo com o art. 32 do dec. nº 24.778, de 14 de julho de 1934; e o recorrente sòmente estipulou os juros de 7%. Assim, no limite da importância cobrável a título de juros, até a data da convocação dos credores do recorrido, pode ser admitida a capitalização prevista no contrato, isto é, desde que a importância total não ultrapasse a que, sem capitalização, resultaria de juros à taxa de 8%.

Fixado êste critério, dou provimento em parte ao presente recurso.

Nego-lhe, porém, provimento quanto à pretendida forma de recomposição do rebanho. Neste ponto, a razão está inteira com o acórdão recorrido. Desde que se admitiu que o desfalque das reses, imune de dolo, não excedeu de 20% e que a substituição feita o foi pelas "crias" (71 novilhas), nos têrmos da lei, não há cuidar de correspondência de valores entre os animais substituídos e os substitutos. A lei não cogita de tal correspondência, e, como bem acentuou o acórdão recorrido, seria "impossível a exatidão de valores, em casos tais, razão por que basta a correspondência quantitativa".

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento, em parte, unânimemente.

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

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI, por se achar licenciado o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO.

\*

## VENDAS E CONSIGNAÇÕES - COMPETÊNCIA FISCAL

**- Nos casos em que o produtor expõe e vende seus produtos através de agências, sucursais, etc., é o imposto devido no lugar da procedência do produto ou de sua fabricação e não naquele em que são vendidos ou entregues ao comprador.**

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* Brasil - Sociedade Exportadora

"Brasex" S.A.

Rec. ext. nº 15.426 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.426, de São Paulo, recorrente Fazenda do Estado, recorrida Brasil - Sociedade Exportadora "Brasex" S. A.:

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

Supremo Tribunal Federal, 11 de setembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Confirmou o ilustre Tribunal de Justiça de São Paulo, à conta de seus mesmos fundamentos, a sentença de folhas 64, lavrada pelo MM. juiz Dr. JOÃO CARLOS DE SIQUEIRA, *verbis*:

"Vistos êstes autos de ação executiva fiscal que a Fazenda do Estado move contra "*Brasil*" - Sociedade Exportadora Limitada, hoje "*Brases*" - Sociedade Exportadora S. A., visando a receber o pagamento da quantia de Cr\$ 29.153,80, correspondente ao principal e multa relativos a impôsto de vendas e consignações nos exercícios de 1943, 1944 e 1945.

"As transações sôbre que se pretende fazer incidir a tributação estão relacionadas a fls. 13. Ao tempo, a executada tinha sua sede no Distrito Federal onde pagou os impostos competentes (fls. 29 e segs.).

Em síntese, a defesa da ré embargante é esta: não pode ser compelida a pagar ao Estado de São Paulo impostos relativos a transações já tributadas pelo fisco federal. Seria bitributação, não permitida por texto constitucional expresse. Arrima-se nos decretos-leis federais ns. 915, de 1º de dezembro de 1938, e 1.081, de 20 de janeiro de 1939, êste modificador daquele, pois que não mantinha, ao tempo das ditas transações, nenhum depósito próprio no território dêste Estado, sendo que as mercadorias que aqui adquiria ficavam à sua disposição em armazéns gerais e nestes eram retiradas por compradores seus.

"Impugnando os embargos, a exequente, por seu douto procurador, que funciona neste feito, aduz, em síntese: a inconstitucionalidade dos citados diplomas, mesmo em face da Carta Constitucional de 1937, que também atribuíra aos Estados a cobrança do impôsto em tela neste feito; que a faculdade de a União legislar sôbre o comércio interestadual não lhe confere o poder de interferir no que é da competência privativa dos Estados-membros da Federação; que, mesmo em face dos aludidos diplomas legislativos federais, ao Estado de São Paulo cabiam os impostos cobrados nestes autos, pois que aqui havia o "simples depósito" de que fala a lei; que não há falar, na espécie, em "coincidência das competências tributárias de dois ou mais Estados federados", pois onde há *exclusividade* não pode haver concorrência; e, em suma, que, se determinada operação mercantil, como as de que se trata, encerra seu ciclo no território de um Estado, neste se deve pagar o impôsto.

"Os fundamentos da impugnação estão explanados, *ex abundantia*, no bem elaborado memorial impresso que se encontra a fls. 16 e 26, de autoria do nobre procurador da exequente - Dr. Maurício B. Ottoni.

"O despacho saneador determinou a requisição do processo administrativo atinente ao caso, o que se fêz. Trasladaram-se as peças especiais (fls. 52 e segs.).

"Realizou-se, finalmente, a audiência de instrução e julgamento, na qual as partes ratificaram suas alegações.

"A matéria por apreciar é exclusivamente de direito. E a controvérsia dos litigantes é conhecida de sobejo. Os repertórios de jurisprudência estão fartos de decisões a propósito, tôdas contrárias ao fisco (colocada a questão sob o mesmo prisma da presente). Têm essas decisões paulistas a confirmação do egrégio Supremo Tribunal Federal. Seria fastidioso estar eu a indicar fontes, nesta oportunidade.

"Em que pêsse ao esforço do digno procurador da exequente, que se refere à esdrúxula tese do chamado *direito fiscal interlocal*" (ao que me conste, essa denominação apareceu neste pretório, em primeira mão, através do ilustrado juiz JOSÉ FREDERICO MARQUES, a quem tenho a honra de suceder imediatamente nesta Vara), em cujas "brumas haveria de situar-se o comodismo pseudo-doutrinário de justiça equívoca", em que pêsse - repito - ao esforço de tão dedicado advogado do Estado, cujo talento é conhecido, falece-lhe razão no assêto.

"Procurei rebater-lhe a opinião, lembrando, apenas, que é irrefragável a competência da lei federal para prover e dispor acerca dos chamados conflitos de jurisdição fiscal. Já decidiu o ilustre juiz JOSÉ FREDERICO MARQUES, a quem antes me referi: "Inconstitucionalidade não existe nos decretos-leis federais nº 915 e 1.061, visto que não cuidam da tributação das vendas e consignações, e sim das regras que delimitam no espaço o poder tributário dos Estados-membros", tendo o asserto recebido o endosso do egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, conforme se vê da "Rev. dos Tribunais", vol. 176, pág. 355. E o colendo Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da

Constituição, vem dando, reiteradamente, pela constitucionalidade dos citados diplomas.

"A divisão dos poderes políticos na Carta Constitucional de 1937, notadamente quanto ao Executivo e ao Legislativo, era simples ficção no período de recesso do Parlamento. O presidente da República encarnava os dois poderes, senão os três; teria reformado, ou revogado, a qualquer momento, a Constituição, se o quisesse; mas o certo é que a hierarquia entre a Lei Magna e a ordinária se conservou. Portanto, é de admitir perfeitamente a tese de inconstitucionalidade de lei promulgada sob o Estado Novo.

"Segundo CARLOS MAXIMILIANO, o dec.-lei nº 915, de 1938, violava a Constituição de 1937, infringindo-lhe o artigo 23, I, *d* (cf. "Rev. de Direito Administrativo", vol. VI, pág. 277). Mas essa inconstitucionalidade não existe. "O poder de legislar da União, quando se trata de direito fiscal interlocal, decorre de seus chamados poderes inconstitucionais implícitos, que no sistema federativo são às vezes mais numerosos que os próprios poderes explícitos" (cf. sentença aludida, *ibidem*).

A intransigente atitude do fisco dêste Estado, em face dos casos como o de que ora se cuida, deriva, como se percebe, da circunstância de se tratar de mercadoria de produção local. Muito embora o imposto de vendas e consignações se ligue, antes de mais nada, ao ato jurídico de vender ou consignar (tanto que a própria legislação do Estado diz "seja qual fôr a procedência, destino ou espécie"), vê-se do conteúdo do citado dec.-lei nº 915 que o legislador federal, resolvendo o conflito tributário, não desatendeu aos interesses dos Estados produtores.

"Apreciando o caso à luz do próprio diploma que procura malsinar, diz a exequente, apegada à expressão "simples depósito", que ocorre, na espécie, como em outras idênticas, a incidência fiscal legítima por parte do Estado, uma vez "depósito *simples*, ou *simples* depósito é mera guarda, conservação da mercadoria à disposição do comprador e revendedor" (fls. 23). Refere-se, porém, a lei a "simples depósitos" (plural), no sentido amplo de armazenamento ou *stock* de mercadorias, e não no sentido restrito ou jurídico do vocábulo.

"Segundo o parág. único do artigo 1º do dec.-lei nº 915, o lugar em que efetua a operação é o em que se situa o estabelecimento do vendedor ou consignante (matriz, filial ou sucursal, agência ou representante), com depósito, a seu cargo, das mercadorias vendidas ou consignadas, salvo quando se tratar de venda ou consignação efetuada diretamente pelo próprio fabricante ou produtor, caso em que o lugar da operação será o em que foi fabricada ou produzida a mercadoria. Nos casos em que houver simples depósitos (simples *depósitos* - diz a lei) de mercadorias a serem negociadas por estabelecimentos situados em território de Estado diferente, o lugar da operação será aquele em que estiver situado o depósito onde se encontra a mercadoria.

"Há algum tempo, como se pode ver do exame de outros feitos da mesma natureza, a Fazenda do Estado, vencida perante a Justiça estadual, recorria extraordinariamente ao excelso pretório baseada em que as decisões recorridas tinham aceito errôneo conceito da palavra *depósito*. Defendia o sentido amplo de armazenamento ou *stock* de mercadorias, e não o jurídico do vocábulo. Agora, porém, já o ilustre Dr. procurador que funciona no processo coloca a questão noutros termos, como já foi dito, invocando a expressão "simples depósito", quando a lei, efetivamente, fala em "simples depósitos" (no sentido de *stock*, armazenamento).

"Nos casos em que o próprio produtor é que expõe à venda as suas mercadorias, através de agências, sucursais, filiais e representantes, esparsos pelos diferentes pontos do território nacional, têm entendido o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Estado, uniformemente, que o impôsto é devido no lugar de procedência ou de fabricação, e não naquele em que é vendida ou entregue ao comprador (cf. "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", publ. Imprensa Nacional, 15-55, 23-91 e 24-100; "Rev. dos Tribunais", 134-652, e "Direito", 22-295 e 30-273). Em casos como o de que tratam estes autos, já deixou firmado o excelso pretório que o impôsto deveria, realmente, ter sido pago no lugar da transação, e não no em que se encontrava a mercadoria, uma vez que não poderia ser considerado em depósito um produto ainda rolo entregue pelo vendedor ao comprador. E a própria administração pública federal, através do Ministério da Fazenda, já em 1944, respondendo a consulta da Associação Comercial e da Federação do Comércio, ambas dêste Estado, chamava a atenção, em parecer jurídico, para a espécie que o legislador teve em vista, ao aludir a "depósito", na última parte do parágrafo único citado:

"... depósito comercial, permanente, onde tão se façam vendas, limitando-se à entrega das mercadorias transferidas e nele depositadas, de propriedade do vendedor estabelecido fora do território onde se encontram. Êste é o depósito a que se refere a parte final do parágrafo único do art. 1º do dec.-lei nº 915. O impôsto deve ser pago onde estiver situado êsse depósito; onde se encontrar a mercadoria pronta a ser negociada, ainda que a operação (venda) tenha sido realizada por vendedor estabelecido em outro Estado. Não se incluem, porém, na mesma situação as mercadorias adquiridas por comprador estabelecido em Estado diferente, e que, por conveniência de transporte, continuam sob a guarda do vendedor, ou armazenadas em armazéns gerais, em depósitos que não são de propriedade do comprador. São mercadorias consideradas em trânsito, sem obrigação de pagamento do impôsto de vendas e consignações, na saída..." (cf. "Rev. de Direito Administrativo", vol. 1, pág. 652).

"Dir-se-á: mas, se não se pode considerar em depósito um produto ainda não entregue pelo vendedor primitivo ao comprador revendedor (cf. "Rev. dos Tribunais", vol. 172, pág. 291), depósito das mercadorias também não haverá no lugar da transação, na matriz ou filial da firma compradora, de modo que êsse lugar não pode, em face do dec.-lei nº 915, ser considerado o lugar da transação para efeitos fiscais.

"O parecer *supra*, em sua última parte, previne qualquer sofisma: em tal caso, as mercadorias consideram-se em trânsito. Só não vão ter aos *depósitos* da compradora, que se tornou vendedora logo em seguida, por conveniência de transporte. Ora, se há, segundo a Constituição, livre trânsito de mercadorias pelo território nacional, se o impôsto de exportação só abrange a remessa de produtos para fora do país, segue-se que a embargante, no caso, poderia, livre de qualquer tributação, levar os algodões adquiridos para os seus depósitos no Distrito Federal. E nesse caso a exeqüente nada poderia reclamar, admitida a validade do diploma mencionado. Os algodões foram tributados, melhor, duas transações anteriores com os algodões adquiridos já tinham sido tributadas. Nada mais poderia exigir, legitimamente, o fisco estadual, e não o pode só porque, por conveniência de transporte do produto, ficara êste armazenado em armazéns gerais neste Estado, onde o retiraram outras firmas de fora do Estado.

"Por mais que ponderasse sobre a espécie, nenhum elemento colhi que me pudesse levar a discordar da orientação já definida pela jurisprudência. Só me resta, pois, segui-la.

"Os julgados apontados no memorial de fls. 16 e segs., em que põse à probidade do autor dêste, não se ajustam à hipótese. O constante da "Revista dos Tribunais", vol. 134, pág. 654, do egrégio Supremo Tribunal, já mencionado nesta sentença, dá, por sua ementa, a impressão de contrariar a tese aqui esposada. Assim não é, entretanto; tratava-se, no caso ali previsto, de garantir o impôsto ao Estado produtor da mercadoria negociada. Ocorrera transferência, pelo fabricante, das mercadorias, que tinham ido formar *stock* em sucursal noutra Estado. De modo que haveria de prevalecer justamente a hipótese prevista pelo dec.-lei nº 915, que, como se disse, procurou atender, antes de tudo, não obstante a natureza do tributo em foco, aos interesses dos Estados produtores, sem desvirtuar, entretanto, o caráter do tributo.

Tem razão a exeqüente ao dizer (fôlhas 23 v.) que, se a operação mercantil encerra seu ciclo no território de um Estado, neste é que deve ser pago o impôsto sobre vendas e consignações. Ninguém poderia, no caso, afirmar que o ciclo das operações que se procura tributar se tivesse encerrado no Estado. Apenas, a mercadoria aqui se conservava em armazéns gerais, onde a vieram buscar aqueles que a compraram da embargante. Era mercadoria em trânsito, como previne, juridicamente, o parecer citado, impassível de tributação na saída, o que, isso sim, seria contrário a preceito constitucional.

Decreto a improcedência da presente ação e determino se levante a penhora, pagas as custas na forma da lei.

Reorro desta decisão para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado.

Ressalvo a entrelinha "apenas".

"São Paulo, 28 de março de 1949. *João Carlos de Siqueira*, juiz auxiliar".

Daí, o presente recurso extraordinário, pedido nos termos de fls. 83:

A Fazenda do Estado por seu representante legal abaixo subscrito, não se conformando com o venerando acórdão que julgou o agravo de petição n° 43.540, da Capital, agravante a mesma Fazenda Estadual e agravada Brasil - Sociedade Exportadora Limitada (recurso *ex officio* do Juízo), dêle vem interpor recurso extraordinário, para o egrégio Supremo Tribunal Federal, e o faz com fundamento nos arts. 56 e 863 e segs., respectivamente, do dec.-lei federal número 960 e Cód. de Proc. Civil Nacional, e art. 101, III, letras *a* e *d*, da Constituição federal.

"Efetivamente, na causa e na decisão debateu-se e decidiu-se sôbre aplicação de princípios constitucionais vigentes e não se aplicaram devidamente leis federais, reiteradamente citadas pelas partes contendentes.

"Nestes têrmos, tem inquestionável cabimento o presente recurso, cujo deferimento se pede e espera.

"São Paulo, 15 de junho de 1949. - *Maurício B. Ottoni*, advogado do Estado".

Razões a fls. e fls. (*ler*).

O procurador da República Dr. OSCAR CORREIA PINA, com a concordância do eminente procurador geral Dr. PLÍNIO TRAVASSOS, ofereceu o parecer de fls.:

"Argüiu a recorrente a inconstitucionalidade dos decretos-leis federais números 915, de 1° de dezembro de 1938, e 1.061, de 20 de janeiro de 1939.

"Confirmando, em decisão unânime, sentença de primeira instância (fls.64 *usque* 70), o venerando acórdão recordeo (fls. 81 v.-82) julgou improcedente argüição e aplicou as leis impugnadas, dando-lhes a interpretação que considerou acertada.

"Sendo, pois, incabível o recurso interposto (fls. 83), opino, preliminarmente, pelo seu não conhecimento.

"Distrito Federal, 27 de julho de 1951. - Oscar Corrêia Pina, procurador da República.

"De acôrdo. - Plínio de Freitas Travassos".

A julgamento.

## VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Nenhuma dúvida em matéria de fato: os negócios tributados pelo Estado de São Paulo ocorreram ao tempo em que tinha a sociedade sua sede no Distrito Federal, onde pagou os impostos ora reclamados.

E nem mantinha, ao tempo, nenhum depósito próprio dentro no Estado de São Paulo: as mercadorias que adquiria no Estado ficavam em armazéns gerais.

Assim, não houve erro no pagamento de impôsto no Distrito Federal. Ao revés: êsse pagamento se fundava nos decretos federais ns. 915, de 1º de dezembro de 1938, e 1.061, de 20 de janeiro de 1939.

Rejeita-lhes o Estado a coíma de inconstitucionalidade; mas a sentença cuja confirmação provocou êste recurso extraordinário põe de manifesto a desprocedência da alegação.

O venerando aresto recorrido, por ouro lado, afina com a jurisprudência dêste Supremo Tribunal Federal, de que, nos casos em que o produtor expõe e vende seus produtos através de agências, sucursais, etc., é o impôsto devido no lugar da procedência do produto ou de sua fabricação e não naquele em que são vendidos ou entregues ao comprador.

Exato que a transferência da propriedade se aperfeiçoa com a tradição; mas o direito fiscal pode ter critérios próprios, diversos do direito comum e sua autonomia é pregoada por D.D. da autoridade de MIRBACH, TROTABAS, etc.

As objeções do Estado recorrente depararam resposta e confutação na sentença de fls., que, como observei, orna com a jurisprudência dêste Tribunal.

Conheço do recurso, em face de dissídio de arestos, e nego-lhe provimento

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e negaram-lhe provimento. Decisão unânime.

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

\*

## FALÊNCIA - AÇÃO EXECUTIVA

**- No domínio da atual Lei de Falências, a execução iniciada por título que lhe dê ingresso, independente de sentença, também justifica a decretação com base no art. 2º.**

H. Guimarães & Cia. e outro *versus* Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais

Rec. ext. nº 16.482 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

## ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário, em que são partes H. Guimarães & Cia. e outro e o Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais:

Acordam, em sessão da 1ª Turma, por votação unânime, não conhecer do recurso, pelas razões que se declaram no voto do relator.

Supremo Tribunal Federal, 8 de outubro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: O Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, havia proposto uma ação executiva contra a firma H. Guimarães & Cia., ação que corria cheia de incidentes, quando, em meio, resolveu requerer a falência da aludida firma, o que foi deferido pelo juiz.

A firma e o sócio solidário Hermôgenes Guimarães agravaram, achando que a falência não poderia ser decretada: *a)* porque, tendo o autor optado pela ação executiva, não lhe era lícito variar; *b)* porque a dívida não era líquida e certa; *c)* porque a penhora garantira com bens suficientes o pagamento do crédito. Não lhes deu razão o Tribunal, que manteve a sentença. Manifestou então a ré recurso extraordinário, sob invocação do artigo 101, nº III, letras *a* e *d*, da Constituição federal, reputando ofendidos os artigos 848 do Cód. de Proc. Civil e os artigos 4º, nº VIII, § 3º; 2º, nº I, e 9º, nº III, do dec.-lei nº 7.681, de 21 de junho de 1945. Nas suas razões, aponta a recorrente como discrepante o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo publicado na "Rev. dos Tribunais", vol. 72, pág. 806.

O recurso foi admitido e processado. O Dr. procurador geral é pelo seu conhecimento, com base na letra *d*, e não provimento.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Eu mantenho a decisão. No direito anterior, o art. 2º fazia referência expressa à condenação, parecendo, pois, que case artigo exigia que chegasse o processo à fase da sentença condenatória.

A lei atual diz simplesmente:

"Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:

I – executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal".

Basta, pois, tenha havido a execução, ou por via de título que lhe dê ingresso ou por sentença.

A recorrente cita vários autores com outra interpretação, mas êsses eminentes mestres, salvo BENTO DE FARIA, escreveram no domínio de leis anteriores, que dispunham diferentemente. Vide, quanto à lei atual, MIRANDA VALVERDE, volume 1º, pág. 38.

Diz a recorrente que, *electa una via, non datur ingressus ad alterum*. É claro: desde, porém, que o autor requereu a falência, renunciou à ação executiva. O que êle não pode é levar por diante os dois processos.

A defesa não foi cerceada. Houve possibilidade de amplas provas. Assim, não descumprida a lei, não há lugar para o recurso extraordinário, do qual eu não conheço. O acórdão do Tribunal de São Paulo não constituiu jurisprudência discordante, como bem mostra o voto do desembargador AMÍLCAR DE CASTRO.

Não conheço do recurso.

## DECISÃO

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

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

\*

## CONCORRÊNCIA DESLEAL - HOMONÍMIA

**- Não se pode ilicitamente aproveitar da homonímia.**

R. Rebecchi & Cia. Ltda. *versus* Construtora Rebecchi Ltda.

Rec. ext. nº 19.108 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.108, em que é recorrente R. Rebecchi & Companhia Limitada e recorrida Construtora Rebecchi Limitada:

Acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unanimemente, conhecer do dito recurso e dar-lhe provimento, na conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 24 de janeiro de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: A recorrente, a princípio sob a firma R. Rebecchi & Cia., e posteriormente sob a de R. Rebecchi & Cia. Ltda., por haver-se transformado em sociedade por cotas, exerce sua atividade nesta Capital, desde 1905, no ramo "construções". Em 1942, retirou-se da sociedade o sócio de nome Júlio Rebecchi, que passou a explorar o mesmo negócio de construções, a princípio individualmente, sob seu próprio nome, e, mais tarde, aliando-se a êle três dos mais antigos e graduados auxiliares da recorrente, Higino Estêves, Eduardo Ludwig Lehmann e Eduardo Guimarães, que sucessivamente se haviam despedido, organizou também uma sociedade por cotas limitada, ora recorrida, adotando a denominação "Construtora Rebecchi Ltda.", que conseguiu registrar como firma comercial no Departamento Nacional de Indústria e Comércio. Entendendo que essa denominação foi propositadamente escolhida para gerar confusão com a sua firma, visando a uma concorrência desleal, a recorrente propôs contra a recorrida uma ação ordinária para que esta seja obrigada a mudar de nome e determinado o cancelamento do respectivo registro, bem como anulado o arquivamento do contrato social da recorrida com a denominação no mesmo adotada. Quer na primeira, quer na segunda instancia, em grau de apelação, não logrou êxito a

recorrente. O Dr. juiz de primeira instância acentuou que os processos dos pedidos de registro depositados pela sociedade-recorrida ainda estavam tramitando no D. N. P. I., e que o seu prosseguimento não podia ser impedido, pois a denominação "Construtora Rebecchi Ltda.", bem como a de "Emprêsa de Construção Rebecchi", não incidia na censura legal. O patronímico Rebecchi tanto pertence aos sócios da recorrente quanto a um dos sócios da recorrida, cujo sobrenome foi o escolhido para destaque por ser êle o único técnico em construção. Se, em relação aos nomes ou denominação de fantasia, é rigoroso o princípio no sentido de se evitarem confusões, o mesmo não acontece com os nomes patronímicos, pois cada qual tem o direito de usar seu próprio sobrenome. No caso vertente, poderá identificar-se um fato reprovado pela moral, mas não pelo direito.

Confirmada esta decisão pelo Tribunal Federal de Recursos, foi interposto o presente recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d* da casuística constitucional, alegando-se que o acórdão recorrido violou os arts. 6º, § 1º, do decreto nº 916, de 1890, 27 do dec. nº 93, de 1935, 28 e 27 do dec. nº 24.507, de 1934, e 111, § 2º, do dec. nº 7.903, de 1945, e entrou em divergência com julgados de outros tribunais, entre os quais o do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, inserto no "Brasil-Acórdãos", vol. 6º, nº 16.200, segundo o qual "se reputa existente a usurpação do nome ou firma comercial" sempre que haja possibilidade de êrro ou confusão para o comprador. Foi o recurso arrazoado a fls. 541 e segs. e contra-arrazoado a fls. 556 e segs.

A fls. 604 e 611, respectivamente, oficiaram o Dr. subprocurador e o procurador geral da República, aquêle opinando pelo não-provimento do recurso. É o seguinte o parecer do Dr. procurador geral (*ler a fls. 611*).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Como acentua STOLF ("Il diritti di autore", parte II, pág. 689), ao cuidar do *quid juris* no caso de homonímia, no campo da concorrência industrial ou comercial, a solução tem sido no sentido "de que não se pode ilicitamente aproveitar da homonímia". Desde que se apresenta um propósito malicioso, isto é, o intuito de exercer

concorrência desleal, o que ocorre é um abuso do próprio nome, o qual deve ser proibido. É o que também salienta KOHLER ("Das Recht des Markenschutzes", pág. 133): "Uma forma censurabilíssima de abuso do nome se apresenta quando é usado o nome somente para exercer o abuso, isto é, somente para criar equívocos".

Tratando do mesmo tema, ALLART ("Traité de la concurrence déloyale", n° 23) explica: "Às mais das vezes, a fraude consiste no formar uma sociedade, em que se faz entrar um indivíduo que bem o mesmo nome de uma firma de grande reputação, e que estranho até ao comércio, confere à sociedade apenas o direito de fazer uso do seu nome". No caso vertente não se depara, é certo, com uma fraude tão despejada quanto a do exemplo do autor francês; mas, nem por isso se há de desconhecer a existência de um ardil para dissimular uma concorrência desleal. Se vários são os sócios da recorrida, cada qual com sobrenome diverso - *Rebecchi, Estêves, Lehmann, Guimarães* - é manifesto que o destaque de *Rebecchi* visava ao aproveitamento da reputação desfrutada pela recorrente. É o que reconhece a própria sentença de primeira instância, *in verbis*: "...na moral mais rigorosa seria passível de censura, pois efetivamente Júlio Rebecchi poderia ter adotado razão ou denominação que melhor caracterizasse a sua sociedade, como construtora, sem necessidade de ater-se exclusivamente ao patronímico *Rebecchi*, "tal como o fêz".

E mais adiante reconhece que "foi provocadora, sem dúvida, a atitude dos integrantes da sociedade-ré, ao adotarem a denominação que adotaram, com o exclusivismo do patronímico *Rebecchi*".

O dec. n° 916, de 24 de outubro de 1890, já dispunha, no seu art. 6°:

"Tôda firma nova deverá se distinguir de qualquer outra que exista inscrita no registro do lugar".

E acrescenta no § 1° do mesmo artigo:

"Se o comerciante tiver nome idêntico ao do outro já inscrito, deverá acrescentar designação que o distinga".

O art. 27 do dec. nº 24.507, de 1934, declara que "o registro do nome comercial é inadmissível, desde que reproduza outro anteriormente protegido, a não ser que o requerente adote ou acrescente uma designação capaz de distingui-lo suficientemente". Finalmente, o decreto nº 7.903, de 1945, preceitua, no seu artigo 111, § 2º, que não são registráveis "as firmas ou denominações de sociedades e associações que se prestem a confusão com outras anteriormente registradas...".

Ora, é precisamente o que ocorre na espécie: a confusão será inevitável entre a recorrida e a recorrente. Se a sociedade-recorrente *R. Rebecchi & Cia. Ltda.* é instalada e reputada como "construtora", o só aditamento da palavra "Construtora" à firma recorrida, longe de ser *suficiente* para a distinção, acarreta ainda maior confusão. Mais ainda: a firma recorrida omitiu o prenome ou inicial do prenome do sócio *Rebecchi*. Ao invés de Construtora J. Rebecchi Ltda.", preferiu, a fórmula "Construtora Rebecchi Ltda.", para provocar maior *quid pro quo* por parte da clientela.

Os acórdãos citados pelo Dr. procurador geral são de irrecusável pertinência para a solução do caso concreto. A forma distintiva para o uso do nome patronímico deve ser tal que torne impossível a confusão. Comentando o dec. nº 916, no ponto em questão, GAMA CERQUEIRA, após acentuar a exclusividade absoluta do uso da firma, pondera: "Isto, porém, não prejudica o direito dos *homônimos*, que não ficam impedidos de usar o próprio nome no exercício do mesmo ou de diferente ramo de comércio ou indústria. A lei exige, apenas, nesse caso, que a firma se diferencie de outras anteriormente inscritas. Se fôr idêntico o nome, deve-se acrescentar designação que o distinga. Mesmo nessa hipótese, porém, a firma poderá ser composta de modo a distinguir-se de outras já inscritas, sem necessidade de qualquer aditamento". E o mesmo autor dá o seguinte exemplo: "Achando-se inscrita a firma *Ranulfo Monteiro*, a pessoa que possuir nome idêntico poderá inscrever a firma R. Monteiro". No caso dos autos, como já vimos, houve o acréscimo da palavra "Construtora", mas isto vem aumentar a confusão: e em lugar de *Júlio ou J. Rebecchi*, foi mencionado apenas o sobrenome *Rebecchi*, que induzirá a clientela a pensar que se trata do mesmo *R. Rebecchi* da firma-recorrente. Note-se, além disso, que o caso concreto apresenta uma circunstância especial, que não se pode abstrair: a raridade, entre nós, do sobrenome *Rebecchi*, de modo que, à falta de um aditamento nitidamente diferenciador, haverá de ser freqüentíssima a

tendência da clientela a tomar uma sociedade por outra, tendência que será indiscutivelmente prejudicial à recorrida, que tem por si a prioridade do registro e uma reputação consolidada através de mais de 40 anos.

Por estas razões, conheço do recurso pelas letras *a* e *d*, e dou-lhe provimento.

### VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, várias vezes tenho tomado parte em julgamento relativamente a dissídios sôbre marcas de indústrias e minha orientação sempre foi no mesmo sentido que acaba de demonstrar o eminente Sr. ministro relator. Não aceito, em princípio, a repetição de nome de família como sendo uma demonstração de má-fé. Faço abstração disso porque é um direito de todos os de uma estirpe usar o nome comum. Entretanto, ao caso em aprêço, é evidente a semelhança, porque a firma primitiva sendo a construtora e a segunda, incluindo a palavra *Construtora* na constituição da firma, deixou a confusão na prática dos negócios. Ambas são construtoras com o mesmo nome. O que se verifica é que ficam duas firmas Rebecchi, construtoras, exercendo o mesmo ramo de negócio industrial. Assim, a segunda necessariamente tem de se refletir na primeira e êsse reflexo é contrário à lei, porque prejudica direitos de quem já está no gôzo deles pela prioridade.

Por essa razão estou de inteiro acôrdo com o brilhante e douto voto do eminente Sr. ministro relator.

### VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Estou de inteiro acôrdo com o eminente Sr. ministro relator.

### DECISÃO

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

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

\*

## MANDADO DE SEGURANÇA – CAUSA CONTRA O ESTADO

**- Decisão que concede mandado de segurança contra o Estado é, sem dúvida, decisão contra êle proferida e, por isso, está sujeita a recurso "ex officio", que, entretanto, no caso, não tem efeito suspensivo.**

Estado de Minas Gerais *versus* Lima, Nogueira & Cia.

Rec. ext. nº 19.773 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.773, do Distrito Federal, em que é recorrente o Estado de Minas Gerais e são recorridos Lima, Nogueira & Cia.:

Decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 8 de maio de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Trata-se de mandado de segurança concedido pelo juiz da Fazenda Pública de São Paulo.

Não houve recurso voluntário e sim apenas recurso *ex officio*, do qual não conheceu o colendo Tribunal Federal de Recursos, conforme sua jurisprudência.

O Estado de Minas Gerais interpôs recurso extraordinário, com fundamento nas alíneas *a* e *d* (fls. 174).

Diz que foi violado o art. 822, parágrafo único, do Cód. de Proc. Civil, além de contrariado o acórdão unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal no recurso extraordinário nº 15.167, que teve como relator o eminente Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES (fls. 156).

As partes arazoaram.

E o eminente procurador geral da República opinou (fls. 198):

O presente recurso extraordinário foi manifestado às fls. 174-175 com apoio nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, por não ter o venerando acórdão recorrido conhecido do recurso *ex officio* em mandado de segurança.

A natureza de tal processo, porém, não é contrária ao recurso *ex officio*, que sempre caberá das decisões proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

Nesse sentido tem-se manifestado êste excelso pretório, em vários julgamentos, notadamente no do agravo de instrumento nº 11.960 e no do recurso extraordinário nº 15.167, sendo que os brilhantes votos proferidos nesse recurso pelos eminentes Srs. ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e OROZIMBO NONATO, constantes da fotocópia de fôlhas 177-181, deixaram fora de dúvida o cabimento do recurso *ex officio* das decisões concessivas de mandado de segurança, ao tempo em que foi julgado êste feito em primeira instância, o que hoje é fora de dúvida, *ex vi* do disposto no parágrafo único do art. 12 da lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

"Assim, e de acôrdo com o que sustentamos no recurso extraordinário número 17.207, somos pelo conhecimento do recurso, por ambos os fundamentos e pelo seu provimento, para o fim de se determinar ao colendo Tribunal Federal de Recursos que conheça do recurso *ex officio* e o julgue como fôr de direito.

"Distrito Federal, 3 de abril de 1952 - Plínio de Freitas Travassos, procurador geral da República".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Conheço do recurso, uma vez que o acórdão recorrido, além de contrário ao disposto no art. 822, parágrafo único, nº III, do Cód. de Processo, diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal, invocada pelo recorrente.

O citado art. 822, parág. único, nº III, estabelece recurso necessário das decisões proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

E a decisão que concede mandado de segurança contra o Estado é, sem dúvida, decisão contra êle proferida.

Se, pelo art. 327 do mesmo Código, o recurso do Estado nos mandados de segurança não tem, em regra, efeito suspensivo, não é isso incompatível com a existência do recurso *ex officio*, o qual, em tratando de mandado de segurança, terá eficácia meramente devolutiva.

Êsse mesmo critério adotou a vigente lei sôbre mandado de segurança (lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951), dispondo no art. 12, parág. único:

"Da decisão que conceder o mandado de segurança, recorrerá o juiz *ex officio*, sem que êsse recurso tenha efeito suspensivo".

De conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento, para que o colendo Tribunal Federal de Recursos conheça do recurso *ex officio* e o julgue como de direito.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: foi conhecido o recurso e teve provimento, sem divergência de votos.

\*

## **ACUMULAÇÃO REMUNERADA - DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS**

- **O art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 18 de setembro de 1946 é mais amplo que o preceito contido no art. 185 da Constituição promulgada na mesma data. Êste veda a acumulação de cargos públicos e indica os casos em que excepcionalmente a permite. Aquêle visou restabelecer a situação dos que acumulavam antes da Constituição de 1937 de acôrdo com a legislação então vigente.**
- **O Intuito de "restaurar direitos" foi explicitamente afirmado na justificação da emenda de que resultou o citado art. 24.**
- **A aplicação do preceito transitório não ficou, portanto, subordinada ao preenchimento das condições estatuídas na regra permanente.**
- **Por ser transitória, uma disposição de natureza constitucional não perde êste caráter e, emanada do mesmo Poder Constituinte, deve prevalecer para os casos especiais a que visou, ainda que diversa seja a norma permanente estabelecida para a generalidade dos casos. De outro modo, as disposições transitórias seriam, quase sempre, inúteis.**
- **A Constituição de 1934 permitia, havendo compatibilidade de horários a acumulação de cargos de magistério e técnico-científicos, quer entre êles, quer entre os mesmos e um cargo administrativo.**

Requerente: Augusto César Estácio de Lima Brandão

Mand. de seg. nº 1.434 - Rel.: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 1.434, do Distrito Federal, em que é requerente Augusto César Estácio de Lima Brandão, decide o Supremo Tribunal Federal deferir o pedido, por maioria de votos, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 29 de agosto de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Augusto César Estácio de Lima Brandão impetra mandado de segurança contra ato do Sr. presidente da República.

Alega que exercia os cargos de "arquivista", classe G, do Arquivo Nacional, e professor de Ensino Secundário Técnico da Prefeitura do Distrito Federal, quando, por força do dec.-lei nº 24, de 29 de novembro de 1937, optou pelo cargo municipal, sendo exonerado do federal.

De acôrdo com o art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias, de 1948, e por ato de 14 de agosto de 1947, do presidente da República, foi considerado em disponibilidade no cargo federal. Foi depois surpreendido com a publicação, no "Diário oficial" de 6 de outubro de 1950, do ato que tornava o anterior sem efeito. Gritante, sustenta, é a legalidade dêsse último ato, não só em face do citado artigo 24 das Disposições Constitucionais Transitórias, mas também porque o ato tornado sem efeito já vinha produzindo efeitos patrimoniais desde 18 de setembro de 1946, importando o último ato na *demissão sumária* do impetrante, que gozava de estabilidade e não poderia perder o cargo por essa forma, sem decisão judiciária ou processo administrativo (Constituição, art. 189, II). Acresce que já existia, nessa época, processo de aposentadoria do impetrante, com laudo médico, que só poderia concluir pelo seu afastamento por ser portador de tuberculose pulmonar, que já motivara sua aposentadoria na Prefeitura. Cita o acórdão do Tribunal Federal de Recursos, na apelação cível nº 1.934, e o do Supremo Tribunal, no mandado de segurança nº 9.118.

Solicitei informações ao Sr. presidente da República, que as enviou no ofício de fls. 23.

A informação prestada ao presidente pelo Sr. ministro da Justiça é a seguinte (fls. 24-26):

"O ato impugnado se fundamentou nos inclusos pareceres ns. 51-R e 240-R, do Sr. consultor geral da República, segundo os quais o disposto no mencionado art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deve ser interpretado "em consonância com os preceitos sôbre acumulações constantes da Constituição de 1946".

"Aprovados êsses pareceres, impunha-se a revisão das disponibilidades anteriormente decretadas em discordância com a orientação firmada pelo governo.

"O impetrante exercia, em caráter efetivo, o cargo da classe G, da carreira de arquivista, do antigo Quadro I, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, e, concomitantemente, o de professor de Ensino Secundário Técnico da Prefeitura do Distrito Federal.

"Sobrevindo a Constituição de 1937 é o dec.-lei nº 24, do mesmo ano, o impetrante optou pelo cargo municipal, sendo, em consequência, exonerado do que ocupava no Ministério da Justiça.

"Após o advento da Constituição de 1946, foi pôsto em disponibilidade no cargo do qual se exonerara, sendo, posteriormente, tornado sem efeito êsse ato, em virtude da revisão procedida pelo govêrno.

"Realmente, o art. 185 da nossa Carta Magna proíbe "a acumulação de quaisquer cargos, exceto a prevista no art. 96, nº I, e a de dois cargos de magistério ou a de um dêstes com outro técnico ou científico, contanto que haja correlação de matéria e compatibilidade de horários".

"Destarte, a acumulação só é permitida em princípio, seja com um cargo judiciário, seja com outro de magistério, ou ainda com um "técnico ou científico".

"Acontece, porém, que o cargo exercido pelo impetrante neste Ministério não se enquadra no conceito de técnico ou científico, que "são os que encerram funções próprias de técnico, do mesmo ramo genérico de estudos científicos...", segundo preceitua o art. 9º do dec. número 10.949, de 2 de maio de 1931.

"Trata-se, portanto, de cargo administrativo, e; assim, ao impetrante não é aplicável a concessão do disposto no artigo 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja norma deve ser entendida à luz do que estabelece o artigo 185 da Constituição federal".

O Sr. procurador geral da República emitiu o seguinte parecer (fls. 58-59):

Quer o impetrante, por meio de mandado de segurança, o restabelecimento do ato de 14 de agosto de 1947, de S. Ex<sup>a</sup> o Sr. presidente da República, por força do qual foi considerado em disponibilidade no cargo federal, classe G, da carreira de arquivista, do antigo Quadro I, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ato êsse tornado sem efeito por decreto de 4 de outubro de 1950, publicado no "Diário Oficial" de 6 dos mesmos mês e ano (fls. 12 v.).

Invoca o impetrante em seu favor o disposto no art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Mas não lhe assiste razão.

As informações prestadas às fls. 24-26, pelo Exmo. Sr. ministro da Justiça e Negócios Interiores, esclarecem que o impetrante exercia, em caráter efetivo, o cargo da classe G; da carreira de arquivista, do antigo Quadro I, daquele Ministério, e, concomitantemente, o de professor de Ensino Secundário Técnico da Prefeitura do Distrito Federal e que, sobrevindo a Constituição de 1937 e o decreto-lei nº 24, do mesmo ano, optou pelo cargo municipal, tendo sido, em consequência, exonerado do que ocupava no referido Ministério.

É verdade que, após a vigência da Constituição federal de 1946, voltou o impetrante a acumular os dois cargos. Isso, porém, em virtude de precipitada interpretação do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, como ressalta da leitura atenta do seu texto, não lhe ampara a pretensão de ficar em disponibilidade em um cargo administrativo e em efetivo exercício ou aposentado em um cargo de *magistério*.

O art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias só restabeleceu a acumulação de funções de *magistério*, *técnicas* e *científicas*, não estando compreendidas, portanto, funções *administrativas*.

Dos que tiveram de desacomular em virtude do estabelecido na Constituição de 1937 e do dec.-lei nº 24 do mesmo ano, o art. 24 supra-referido só amparou os que exerciam funções de *magistério*, *técnicas* e *científicas*.

Os compreendidos nessas três classes já têm tido o seu direito reconhecido por êste egrégio Tribunal.

Há poucos dias, isso recordamos no parecer que emitimos no mandado de segurança impetrado pelo Dr. Cristóvão Xavier Lopes.

No presente caso, não se trata de sustentar que o art. 24 do aludido Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deva estar subordinado ao disposto no art. 185 da Constituição federal; mas, tão-só, de salientar que o restabelecimento, pelo mesmo art. 24, das vantagens que auferiam os que acumulavam funções públicas, não é extensivo às funções meramente administrativas.

Estas continuam excluídas das vantagens da acumulação, o que basta para evidenciar a improcedência do mandado impetrado e para opinarmos pelo seu indeferimento.

"Distrito Federal, 27 de abril de 1951 - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

O impetrante havia requisitado certidões, que foram juntas, e sôbre elas assim se pronunciou o Dr. procurador geral (fôlhas 76):

Os documentos de fls. 68-74, que o impetrante insistiu tanto para que fôsem requisitados, não melhoram em nada a sua pretensão. Revelam apenas ter êle conseguido acumular dois cargos após a vigência da Constituição de 1946.

"Isso, porém, ocorreu, como salientamos no parecer anterior (fls. 59), em virtude de precipitada interpretação do art. 24 do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias, que absolutamente não permite a quem quer que seja ficar em disponibilidade em um cargo *administrativo* e em efetivo exercício ou aposentado em um cargo de magistério.

"Mantemos, por isso, o parecer de fôlhas 58-59, em o qual opinamos pelo indeferimento da segurança impetrada.

"Distrito Federal, 18 de junho de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Assentou o Supremo Tribunal, em recurso de mandado de segurança vindo do Espírito Santo (e nesse sentido foi o meu voto), que o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 18 de setembro de 1946, é *mais amplo* que o preceito contido no art. 185 da Constituição promulgada na mesma data. Êste veda a acumulação de cargos públicos e indica os casos em que excepcionalmente a permite. Aquêles visou restabelecer a situação dos que acumulavam antes da Constituição de 1937, de acôrdo com a legislação então vigente.

Eis o teor do citado art. 24:

Os funcionários que, *conforme a legislação então vigente*, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas e que, pela desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e dec.-lei nº 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perderam cargo efetivo, são nêles considerados em disponibilidade remunerada até que sejam reaproveitados, sem direito aos vencimentos anteriores à data da promulgação dêste Ato.

Parág. único. Ficam restabelecidas as vantagens da *aposentadoria* aos que as perderam por fôrça do mencionado decreto, sem direito igualmente à percepção de vencimentos anteriores à data da promulgação dêste Ato".

Parece-me claro que o preceito visou restabelecer situações anteriores, com exclusão de vencimentos atrasados. E tanto não objetivou apenas permitir o exercício e acumulação de cargos, consoante a norma permanente do art. 185, que até aos aposentados se referiu no parág. único, para restaurar-lhes as vantagens perdidas em 1937.

Vê-se em JOSÉ DUARTE ("A Constituição de 1946", 3º vol. págs. 495 e segs.) que a emenda, de que resultou o citado artigo 24, assegurava os *direitos constantes da disposição permanente* (então art. 176 do Anteprojeto) e a situação de disponibilidade aos membros do magistério ou funcionários técnicos que exerciam cumulativamente seus cargos, nos termos da Constituição de 1934, e foram obrigados a desacumular, em virtude do dec.-lei nº 24, de 1937, sendo-lhes contado nesses cargos o tempo do conseqüente afastamento para todos os efeitos, salvo percepção de vencimentos correspondentes a êsse afastamento.

O intuito de *restaurar direitos* foi explicitamente afirmado na justificação da emenda.

A redação, depois, foi modificada, excluindo-se a referência à contagem do tempo de afastamento e não mais se fazendo alusão aos "*direitos constantes da disposição permanente*".

Resulta claro, assim, a meu ver, que a aplicação do preceito transitório não ficou subordinada ao preenchimento das condições estatuídas na regra permanente.

E sempre entendi (assim tendo votado como relator do mandado de segurança nº 1.423 sôbre a extinção do mandato da antiga Câmara dos Deputados em 31 de janeiro de 1951) que, por ser transitória, uma disposição constitucional não perde êste caráter e, emanada do mesmo Poder Constituinte, deve prevalecer para os *casos especiais* a que visou, ainda que diversa seja a norma permanente estabelecida para a *generalidade dos casos*; de outro modo, as disposições transitórias seriam, quase sempre inúteis (v. "Arq. Judiciário", vol. 99, pág. 18).

PONTES DE MIRANDA, que faz candente crítica ao preceito permissivo das acumulações, dizendo que os autos continuarão nos cartórios à espera do juiz

que foi para a aula e acabará por ser mau juiz e pior professor e que os alunos terão a metade do programa, porque o professor está a fazer operação em clientes estranhos à enfermaria da Universidade, ou foi, por ordem de sua repartição, fiscalizar uma estrada, reconhece, no entanto, que o questionado dispositivo transitório referente às acumulações "*foi ao passado ressuscitá-las*" e chega a reconhecer que essa reparação foi *justa* ("Comentários à Constituição de 1946", vol. 4º, pág 260).

Veamos, agora, o que dispunha a Constituição de 1934, pois a ela é que temos de recorrer para apurar quais os funcionários a que se refere o preceito transitório do art. 24, ou seja, quais "os funcionários que, conforme a *legislação vigente*, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas, e que, pela *desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e dec.-lei n° 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perderam cargo efetivo*.

A Constituição de 1934 dispunha no art. 172:

"É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e Municípios.

§ 1º Excetua-se os cargos do magistério e técnico-científicos, que poderão ser exercidos cumulativamente, *ainda que por funcionário administrativo*, desde que haja compatibilidade dos horários de serviço".

Permitia-se, portanto, havendo compatibilidade de horários, a acumulação de cargos do magistério e técnico-científico, quer entre êles, quer entre os mesmas e um cargo administrativo, ao contrário da norma permanente da atual Constituição (artigo 185), que, exigindo, além da compatibilidade dos horários, correlação de matérias, restringe a possibilidade de acumulação a dois cargos de magistério ou a um destes com outro técnico ou científico.

Ora, se o que quis o mandamento transitório de 1946 foi restabelecer as situações anteriores a 1937, protegidas pela Constituição de 1934, não é possível subordinar aquêle mandamento, sem sacrifício de sua clara finalidade, à regra mais estreita contida no art. 185 da Carta vigente. Dir-se-á que o invocado art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946 apenas alude aos funcionários que, conforme a legislação então vigente, acumulavam

funções de magistério, técnicas ou científicas, e que o impetrante acumulava um cargo de magistério com um administrativo.

Mas, quando o preceito alude a funcionários que acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas, embora não indique o complemento, embora não diga com que funções acumulavam aquelas, claramente deixou entendido que seriam as admitidas pela "*legislação então vigente*" (antes de 10 de novembro de 1937). Ora, essa legislação era expressa no facultar a acumulação de um cargo de magistério e um administrativo, havendo compatibilidade de horários (art. 172 da Constituição de 1934). É o impetrante acumulava um cargo de magistério e um administrativo, não se contestando que no seu caso fôssem os horários compatíveis.

Está êle, por conseguinte, amparado pelo art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1948, conforme a interpretação que lhe demos no citado recurso do Espírito Santo.

Assim, concedo a segurança impetrada.

#### VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro LUIS GALLOTTI e do brilhante voto que S. Ex<sup>a</sup> acaba de proferir, no Tribunal Federal de Recursos, não só em votos que proferi, como também em alguns de que fui relator, cheguei a uma conclusão contrária à de S. Ex<sup>a</sup>. Entendo que o texto do art. 24 das Disposições Transitórias da Constituição de 1948 é rigoroso e só concedeu a volta dos funcionários que ocupassem cargos de magistério, técnicos e científicos. Não se referiu a cargos administrativos.

Em certo momento esta questão veio à baila no Tribunal Federal de Recursos, exatamente num mandado de segurança impetrado por um oficial administrativo de um Ministério e que tinha, precisamente, esta pretensão. Penso que o intuito do legislador não foi amparar indiscriminadamente qualquer funcionário público ocupante, de qualquer cargo, mas apenas os ocupantes de cargos de magistério, técnicos ou científicos.

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Não se tratou de proteção indiscriminada, mas de proteção àqueles funcionários que acumulavam de acôrdo com a Constituição de 1934.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Não se fêz referência, no texto constitucional, à Constituição de 1934.

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Diz-se "de acôrdo com a legislação então vigente". Se a referência não fôr à Constituição de 1934, a que será?

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: O legislador fêz referência expressa aos cargos de magistério, técnicos e científicos. Não há alusão a cargos administrativos.

Nestas condições, deixando de alongar-me para não tomar tempo ao Tribunal e não retardar o julgamento, nego o mandado de segurança.

#### VISTA

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

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por ter pedido vista dos autos o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, depois de terem votado o Sr. ministro relator, concedendo o mandado, e o Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, negando o mesmo.

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO, por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, por se achar em gôzo de férias, e o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo os dois últimos substituídos pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Visa o mandado de segurança assegurar o direito de funcionário que acumulava cargos compatíveis com a Constituição de 1934, que perdera um dêles por opção imposta pela Carta Política de 1937 e que voltou a acumular por fôrça do art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946. Antes de chegar à apreciação do retôrno ao cargo desacumulado, convém verificar a atitude do Poder Executivo ante o texto transitório da Constituição nova.

O Departamento Administrativo do Serviço Público fez a exposição de motivos nº 951, de 27 de maio de 1947, ao presidente da República, a respeito da compreensão do referido art. 24. Tendo a autoridade suprema aprovado a exposição, a Secretaria da Presidência, pela circular nº 6, de 27 de junho de 1947, expediu normas para o imediato cumprimento do artigo 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, publicadas no "Diário Oficial" de 30 de junho de 1947. Dispõem a respeito os ns. I, II e VIII:

"I. Será pôsto em disponibilidade remunerada, mediante decreto, o funcionário que, em virtude da desacumulação ordenada pela Constituição de 10 de novembro de 1937 e pelo decreto-lei nº 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perdeu cargo efetivo".

"II. O decreto de disponibilidade retroagirá à data da publicação do ato de exoneração, ou de demissão".

"VIII. O funcionário público titular de cargo administrativo que exercia outro, remunerado, de magistério ou técnico-científico, está compreendido entre os beneficiados pelo art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desde que as funções de um fôssem diurnas e noturnas as do outro, ou no caso de horário especial que permitisse a execução dos trabalhos sem prejuízo para o serviço público".

À sombra dessa atitude oficial da administração, o requerente, que exercera acumulação de cargo administrativo com outro de natureza técnica, teve o seu direito reconhecido por decreto do govêrno. Ficou em disponibilidade, que perdura há anos, no gôzo dos proventos que lhe eram devidos.

*Ex officio*, não podia o Executivo expedir novo decreto considerando sem efeito o anterior. Feriu um direito que se consolidou; remontando-o à investidura primitiva. Além do mais, o reconhecimento do direito do impetrante estava de perfeito acôrdo com o art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo brilhantemente demonstrou o douto ministro relator, *data venia* do eminente ministro AFRÂNIO COSTA. O espírito da Constituição de 1946 foi no sentido de restaurar os direitos do funcionalismo anteriormente comprometidos. O art. 30 das Disposições Transitórias assegurou a todos os afastados e demitidos das suas funções, amparados pela Constituição de 1934, artigo 18 das Disposições Transitórias, a faculdade de pleitear o reconhecimento dos seus direitos, relevando-os da prescrição.

Foram também beneficiados todos os que legalmente acumulavam em 1937. Embora o art. 185 da Constituição atual haja restringido a acumulação entre o magistério e os cargos técnicos e científicos, excluindo os meramente administrativos, nem por isso quer dizer tenham perdido os dessa classe as vantagens da reintegração proporcionada pelo art. 24. Enquanto êste art. 24 opera sobre o passado, reparando direitos prejudicados, o art. 30 regula para o futuro, limitando a acumulação remunerada. São aspectos distintos que não colidem. A disponibilidade em cujo gôzo se achava o requerente tem a seu favor o texto amplo do art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias. Tornando sem efeito o seu reconhecimento, o ato governamental ofendeu direito líquido e certo.

Concedo também a segurança impetrada.

#### VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, no meu entender, o art. 24 das Disposições Transitórias da Constituição de 1946 adotou um critério de eqüidade e um critério de igualdade. Um critério de eqüidade, mandando reintegrar nas acumulações funcionários que haviam desacumulado em virtude da Constituição de 37 e, ao mesmo tempo, quis assegurar igualdade entre os funcionários admitidos posteriormente à Constituição de 1946.

A reintegração não podia deixar de se operar dentro do mesmo critério do art. 185 das Disposições Permanentes, porque, de outro modo, iria criar-se a

seguinte situação de desigualdade: os funcionários anteriores a 37 teriam uma vantagem inacessível aos posteriores de 1946. O legislador constituinte não quis restabelecer integralmente o *status quo ante*: concedeu a reintegração, mas segundo um critério que operasse situação de igualdade entre uns e outros funcionários. Como os funcionários administrativos, de acordo com o art. 185, já não podem mais acumular, ainda que um dos cargos seja de magistério ou técnico ou científico, entendeu o legislador constituinte, para conjurar uma duplicidade de pesos e medidas, de ordenar a reintegração dos antigos funcionários privados da acumulação, mas atendida a mesma restrição do art. 185 das Disposições Permanentes.

Isto é o que me parece claro. Não admite o art. 24 das Disposições Transitórias êsse elastério que se lhe quer emprestar, para entender-se que os funcionários anteriores a 37, ainda mesmo os administrativos, possam voltar irrestritamente à situação pretérita, no que diz com a acumulação de cargos.

Denego o mandado.

## VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, o art. 24 das Disposições Transitórias da Constituição de 1946 manda o seguinte:

"Art. 24. Os funcionários que, conforme a legislação então vigente, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas, e que, pela desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e decreto-lei nº 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perderam cargo efetivo, são nêles considerados em disponibilidade remunerada até que sejam reaproveitados, sem direito aos vencimentos anteriores à data da promulgação dêste Ato".

Êste dispositivo não é claro quanto àqueles funcionários que acumulavam cargos, sendo um técnico e outro não-técnico, ao contrário do art. 185, que é de meridiana clareza a respeito. Se êsse artigo, porém, é omissivo, para interpretá-lo devemos recorrer aos princípios gerais de direito, na conformidade do art. 4º da Lei de Introdução ao Cód. Civil e de acôrdo com o art. 5º da mesma lei, também referente aos objetivos, aos fins da lei.

Essa questão de ser permitida ou proibida a acumulação dos cargos públicos é velha entre nós. Vem desde a Monarquia e pela Constituição de 1891 foi objeto de viva discussão. A Constituição de 91 adotava uma fórmula aparentemente muita enérgica: "São proibidas as acumulações remuneradas", o que não impedia que a jurisprudência tentasse diminuir tal rigor, admitindo as acumulações nos casos de um cargo ser federal e outro estadual ou municipal.

RUI BARBOSA, que foi, ao seu tempo, o maior intérprete da Constituição de 91, fulminou mais que ninguém as acumulações remuneradas.

Mas também RUI BARBOSA foi quem fez a mais bela apologia de certas acumulações que eram indispensáveis ao serviço público. Ele até especifica. Se tivermos, diz ele, um KOCH, um PASTEUR, um OSVALDO CRUZ, um CARLOS CHAGAS e precisamos dos serviços desses homens para funções técnicas, não podemos deter-nos. Seria prejudicial ao serviço público se não os aproveitássemos, porque, então, a acumulação seria vantajosa.

Não obstante, havia um grande número de indivíduos que acumulavam cargos sem razão alguma para o serviço público. Eram então chamados pelo povo de "cabides de empregos", pelo que RUI BARBOSA disse, muito bem, que a falha não estava nas acumulações, mas em certas acumulações.

A Constituição de 34, bem norteadas pelo interesse público, prescreveu, se não me engano, no art. 172, que seriam permitidas as acumulações para cargos técnicos, porque ter-se-ia em vista, exatamente, este ponto: os professores e intelectuais. Para os outros cargos, os chamados cargos burocráticos, não há necessidade de aproveitar determinados indivíduos, visto como as aptidões exigidas para exercê-los são mais vulgares.

Mas o problema nem sempre se apresenta tão frisantemente, pois que, às vezes, há indivíduos competentes que exercem profissões liberais e que, no entanto, por efeito das necessidades da vida, são obrigados a aceitar cargos de menor relevo, cargos burocráticos. Haja vista o que ocorreu entre nós: a maior glória de nossa literatura, MACHADO DE ASSIS, foi por largos anos um simples amanuense de repartição.

Houve muitos outros casos semelhantes.

Assim, a Constituição de 34, com espírito de equidade, determinou que se tratasse de cargos técnicos se permitisse a acumulação. Veio a Constituição de 1937 e adotou critério inteiramente contrário. Proibiu as acumulações de qualquer maneira.

Os inconvenientes não demoraram a fazer-se sentir. Certas escolas superiores ficaram privadas de grandes capacidades e então houve no espírito público a reação,, porque se verificou que, contrariamente ao interesse público, havia necessidade de voltar ao regime da Constituição de 1934. A Constituição de 46 procurou reparar esta situação e estabeleceu, no art. 24 das Disposições Transitórias, a disposição que estamos interpretando.

O art. 24 teve, pois, por objetivo. cuidar do interesse público, tal como era interpretado pela Constituição de 34, e reparar a situação, tal como tinha sido deixada anteriormente a 1937.

Se devemos dar elastério a êste artigo ou se devemos dar-lhe uma interpretação restrita, é o que nos cumpre verificar. A meu ver, devemos interpretá-lo com sentido mais simples, de modo a abranger o maior número de pessoas possível, porque um artigo que tem por fim reparar direitos, resguardar direitos, deve ser Interpretado amplamente, de modo a compreender, tanto quanto possível, todos aquêles que foram vítimas de uma disposição de caráter violento, como foi a da Constituição de 37 e do decreto seguinte, que regulamentou as desacumulações.

O artigo citado alude a essa circunstância neste trecho:

"Os funcionários que, conforme a legislação então vigente, acumulavam funções de magistério..." Ora, a referência à legislação então vigente quer dizer que as pessoas que tinham seu direito garantido pela legislação vigente, ou seja, anteriormente a 37, continuavam garantidas pela nova legislação.

Não houve, entre êsse artigo e o artigo 185 nenhum laço que os prendesse, de modo que não o podemos interpretar concedendo direito a uns e negando a outros que estavam na mesma posição.

Havia direitos adquiridos na Constituição de 34, e a Constituição de 37 Investiu contra êsses direitos.

A Constituição de 46 tratou de reparar essa situação.

Estou de inteiro acôrdo com o Sr. ministro relator e concedo o mandado.

### VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, concedo o mandado, nos têrmos do voto do eminente ministro relator.

### VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, o eminente ministro relator salientou que o regime restaurado, excepcionalmente, pela disposição do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946, é o que vigorava sob a vigência da Constituição de 1934. A êsse respeito não pode pairar dúvida alguma, dado que a disposição questionada estabelece o seguinte:

"Os funcionários que, *conforme a legislação então vigente*, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas e que, pela desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e dec.-lei nº 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perderam cargo efetivo, são nêle considerados em disponibilidade remunerada até que sejam reaproveitados, sem direito aos vencimentos anteriores à data da promulgação dêste Ato".

Foi essa situação, vigente ao tempo da Constituição de 1934, que, excepcionalmente, se restabeleceu. Não há como subordinar tal preceito, de caráter transitório, à regra permanente geral, do art. 185, segundo a qual a acumulação é uma exceção, admitida apenas no caso do art. 96, inc. I, e no caso de dois cargos de magistério ou de um dêsses com outro técnico ou científico, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário.

Mesmo, porém, que a interpretação literal não evidenciasse que a exceção do art. 24 das Disposições Transitórias não pode subordinar-se, de maneira

alguma, à regra geral do art. 185, - ficaria tal impossibilidade demonstrada ainda pelo parágrafo único do mesmo art. 24, em que se admite a acumulação de aposentadorias, acumulação essa a que não alude o próprio art. 185, o que demonstra que a disposição do art. 24 é especial para os casos de acumulação permitidos pela Constituição de 1934.

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Não seria preciso que o art. 185 aludisse expressamente à aposentadoria, porquanto esta se filia, esta prêsa, ao próprio texto do dispositivo.

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Os dispositivos ora invocados demonstram a amplitude em que era possível acumular com o cargo de magistério até funções administrativas. Assim, nos têrreos da exceção do art. 24, a acumulação se restabelece, desde que um dos cargos seja do magistério, técnico ou científico. Não se diz, aí, que os dois cargos devam ser de magistério, nem que um dêles seja de magistério e o outro técnico ou científico. O que se quer é restabelecer o regime da Constituição de 1934, que admitia acumulação sempre que um dos cargos fôsse de magistério, técnico ou científico.

Assim, acompanho o voto do eminente ministro relator, concedendo o mandado.

#### RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, ao proferir meu voto denegando o mandado, na sessão passada, presumia tratar-se de acumulação de dois cargos administrativos, hipótese não permitida pela Constituição de 1934. Esclarecido, porém, de que se cogita de acumulação de um cargo administrativo com um cargo de magistério, acumulação essa que entendo possível no regime da Constituição referida, retifico meu voto, no sentido de conceder a segurança impetrada.

#### VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, concedo a ordem, de acôrdo com a conclusão do eminente ministro relator e em coerência com o ponto de vista que tenho manifestado em casos semelhantes.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: concederam o mandado, contra o voto do Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA. Deixaram de comparecer, por se achar em gozo de férias, o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA; por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA, e, por se achar licenciado, o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO.

---

Notas:

## COMENTÁRIO

Como se vê do acórdão em comentário, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, vem de enfrentar e resolver debatida questão de direito constitucional, decorrente da aplicação do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face do preceito do art. 185 da Constituição federal.

Sustentando que a aplicação do preceito transitório não ficou subordinada ao preenchimento das condições estatuídas na regra permanente, o acórdão reconhece a prevalência da norma do artigo 24 sôbre o preceito do art. 185, admitindo, pois, a existência de certa hierarquia de valores entre preceitos constitucionais.

O único voto discordante é o do eminente ministro NÉLSON HUNGRIA, que procura extrair do art. 24 entendimento que, **data venia**, não procede. Segundo êsse voto, o constituinte teria adotado um critério de equidade e, ao mesmo tempo, de igualdade, mandando reintegrar nas acumulações funcionários que haviam desacomulado em virtude de Carta de 37, desde, porém, que atendida a restrição do art. 185 das Disposições Permanentes, pois, do contrário, haveria

desigualdade de tratamento entre os funcionários anteriores a 37 e os posteriores a 46. Contudo, a prevalecer tal entendimento, que busca estabelecer igualdade entre situações que, *data venia*, nos parecem diversas, de funcionários que perderam cargo efetivo com funcionários que venham a ser nomeados, chegar-se-á, inevitavelmente, a um critério de flagrante desigualdade, com a reintegração de uns, que perderam cargo efetivo, e não reintegração de outros, que igualmente perderam cargo efetivo!

Bem argumentou o relator, eminente ministro LUÍS GALLOTTI, demonstrando que, com o preceito transitório, o intuito do constituinte por ocasião da elaboração da atual Carta Magna, foi "restaurar direitos", sem condicioná-los ao preenchimento das condições estatuídas na norma permanente.

Como salienta o brilhante voto do ministro MÁRIO GUIMARÃES, havia direitos adquiridos na Constituição de 34 e a Carta de 37 investiu contra êsses direitos. A Constituição de 46 tratou de reparar essa situação.

Caso semelhante tivemos ocasião de examinar, ao comentar, nesta revista, vol. 149, pág. 254, acórdão do Tribunal Federal de Recursos no mandado de segurança nº 1.903. Ali salientamos que aquele Tribunal concluíra pela prevalência do preceito do § 3º do art. 141, que não permite à violação do direito adquirido, sôbre a norma do artigo 185, que impede a acumulação de dois cargos públicos fora dos casos que especifica.

Agora, a Suprema Corte, uma vez mais e em têrmos inatacáveis, reconhece e proclama que a atual Constituição teve em vista restaurar os direitos adquiridos violados pela Carta de 37, o que há de ser feito sem as restrições absurdas que o constituinte não desejou e por isso mesmo não inseriu no texto constitucional.

**José Bastos de Barros**, advogado no Distrito Federal.

\*

**ESCRITURAS - LAVRATURA FORA DO CARTÓRIO**

**- Escrituras lavradas fora do cartório, pôsto que não lavradas pelo punho do tabelião, mas sob seu ditado o por êle subscritas, não são nulas; decretar a nulidade seria rigor excessivo quando a exigência legal, em seu objetivo, não foi contrariada.**

Nestor e Alcides Ferreira de Almeida *versus* Manuel de Almeida Sobrinho e outros

Rec. ext. nº 9.911 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

### ACÓRDÃO

Acordam em Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos dos juízes componentes da sua 2ª Turma julgadora, vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 9.911, do Estado do Rio de Janeiro, em que são recorrentes Nestor e Alcides Ferreira de Almeida e recorridos Manuel de Almeida Sobrinho e outros, - preliminarmente, não conhecer do mesmo recurso, na conformidade das notas anexas da assentada do julgamento.

Supremo Tribunal Federal, 22 de janeiro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Os ora recorrentes propuseram, no fôro da comarca de Campos, Estado do Rio, contra os ora recorridos, uma ação ordinária objetivando fôssem declaradas, por sentença, nulas as escrituras de doação de bens lavradas fora de cartório pelo escrevente do tabelião, o que é proibido, acarretando isso a nulidade do ato, que deixara, assim, de se revestir da forma especial determinada em lei.

Contestando a ação, argüiram os réus, ora recorridos, que as doações não ofenderam a lei, porque passadas em presença do tabelião, que as subscreveu. A ação foi julgada procedente em primeira Instância; o Tribunal, porém, pela sua 1ª Câmara, e à unanimidade, reformou essa sentença, para julgar a mesma ação improcedente, e fê-lo sob os seguintes fundamentos:

"Considerando que, é verdade incontestável, as escrituras de doação, de que os autos dão notícia, foram lavradas pelo escrevente autorizado, fora do cartório. Estão, porém, subscritas pelo tabelião, que esteve presente, e as ditou, como está cabalmente provado. A evolução jurídica dos povos modernos, escreveu MÁRIO GUIMARÃES, se vem processando, incontestavelmente, no sentido de abrandar, quanto possível, o rigor das formas, e dar prevalecimento à vontade das partes. O antigo formalismo do direito romano não se justifica nos tempos correntes; e assim considerando que a forma "só deve ser absolutamente mantida e respeitada quando indispensável para a fiel conservação de um direito. A omissão de formalidade não há de, pois, ser apreciada sob um rigor excessivo senão com um suave espírito de liberalidade, para que se não caia na crueza do provérbio latino - *summum jus, summa injuria*, na ironia de uma personagem de MOLIERE: "*J'ai pour moi la justice, et je perds mon procès*";

"Considerando que não é recomendável, em face da moral, o que pretendem os apelados. E, na aplicação e interpretação das leis, vejam-se os estudos de RIPERT, "*La règle morale*", de DEGNI, "*L'interpretazione delle legge*", e muito se hão de ter em conta os ditames da moral. Ao direito repugna sancionar procedimentos imorais. É sempre imoral buscar vantagens nas falhas próprias ou alheias; de outro lado, considerando que o perigo a que estariam sujeitas as partes prejudicadas na sua boa-fé pelos tabeliões descuidosos aconselha a que não malbaratemos o reconhecimento de nulidade em casos como êste, em que se trata de pequenas doações feitas em favor de deserdados da fortuna. Depois, bem observando o espírito da lei, vê-se que esta não foi desrespeitada;

"Considerando que, por motivos de ordem pública, a lei não permite que os escreventes lavrem escrituras públicas fora do cartório. A exigência é sábia, porque, se não fôra ela, poderiam os escreventes, que não têm as condições de idoneidade dos tabeliões, lavrar escrituras com desconhecimento e sem a responsabilidade dêstes. A lei quis, de conseguinte, obrigar o tabelião a fiscalizar ao ato e se responsabilizar por êle; ora,

"Considerando que, desde que o próprio tabelião pessoalmente assistiu ao ato, pessoalmente o ditou e o subscreveu em público e raso, é manifesto que teve conhecimento da escritura e concordou com a sua redação. Tornou-se, portanto, responsável pelo ato exarado em seu livro de notas. E, dessa forma, satisfeito

ficou, integralmente, o espírito da lei; houve ciência do tabelião, o seu assentimento aos termos da escritura, e a conseqüente responsabilidade. De nada mais se havia mister. Nenhuma nulidade existe a decretar. E de ser reformada a sentença apelada".

Inconformados, os autores interpuseram dêsse acórdão recursos de revista e extraordinário; julgado aquêle, prosseguiu-se neste. Os recorrentes invocam como fundamento as letras *a* e *d* do artigo 101, III, da Constituição, apontando como dispositivos violados os arts. 5º, da Lei de Introdução, e 15 (*sic*; deve ser 145), ns. III e V, combinado com os arts. 82, 130 e 145 do Cód. Civil, por desrespeitado o dispositivo do Cód. de Organização Judiciária do Estado, que sòmente ao tabelião dá competência para lavrar escrituras fora de cartório. Com as razões de fls. 174-183 e as contra-razões de fls. 185-194, subiram os autos, emitindo o Dr. procurador geral da República, então o atual ministro LUÍS GALLOTTI, o parecer seguinte:

"O acórdão de fls. 163, a nosso ver, bem decidiu validando o ato, mormente tendo ficado provado que o tabelião, embora não lavrasse as escrituras, estêve presente e as subscreveu (fls. 163 v. e 164).

Assim, não cabe o recurso da letra *a*.

E também não cabe o da letra *d*, porque não se demonstrou que, nas hipóteses apreciadas pelos acórdãos apontados como divergentes, ocorresse aquela circunstância da presença do tabelião.

"Opinamos que do recurso se não conheça".

## VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Prescrevem os dispositivos legais, invocados como violados, a nulidade do ato jurídico que não revestir a forma prescrita em lei. Segundo os recorrentes, as escrituras em questão seriam nulas porque, contrariamente ao Cód. de Organização Judiciária do Estado, teriam sido lavradas fora do cartório, não pelo tabelião, mas por um seu escrevente. Mas, como acentua o acórdão recorrido, se essas escrituras não foram lavradas pelo punho do tabelião o foram em sua presença, sob seu

ditado, estando por êle subscritas. Seria, de rigor excessivo a decretação da sua nulidade; a exigência legal que não permite aos escreventes lavrarem escrituras fora do cartório, não foi, no seu objetivo, contrariada na espécie; subentende-se que, para prevenir e evitar abusos e fraudes, o que se vede é que o escrevente, sem a presença do tabelião, pratique o ato. Ora, dêz que foi o próprio tabelião quem ditou as escrituras ao seu auxiliar e, subscrevendo-as, assumiu inteira a responsabilidade pelo mesmo ato, o pensamento da lei foi satisfeito.

Não justificado o recurso com base na letra *a*, muito menos o é com assento na letra *d*, como acentuou em seu parecer o Dr. procurador geral da República. Assim, dele preliminarmente não conheço.

#### VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, não conheço do recurso, de acôrdo com o voto do eminente ministro relator.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso tão-sòmente pela letra *a* e lhe nego provimento.

#### VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): O ilustre advogado invocou o espírito do direito moderno, que repele a admissão de nulidades sem prejuízo. Há, porém, atos que são nulos e não se pode, à voga daquela doutrina, ir ao ponto de estabelecer distinção entre atos.nu:os que causam ou que não causam prejuízo. Tratando-se de ato nulo, por força da lei, ociosa a indagação de prejuízo, se se trata de ato solene. Um testamento feito sem cinco testemunhas, por exemplo, é nulo, não importando que se prove a ausência de prejuízo. Não se pode, outrossim, deixar de considerar nulo determinado ato por fôrça da observação doe ser tendência do direito evitar o flagelo das nulidades. Se a formalidade é exigida para a substância mesma do ato, sua incorrência faz dêste ato uma simples larva ou aparência de ato, como diz VITALI ao propósito do testamento. A meu ver, o escrevente não podia, no caso, lavrar a escritura nem ainda na presença do tabelião. Só poderia fazê-lo

substituindo o notário em seus impedimentos e não podia substituí-lo se êle estava presente.

Assim, conheço do recurso.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso os Srs. ministros relator e HAHNEMANN GUIMARÃES, contra os votos dos Srs. ministros ROCHA LAGOA e presidente. Ficou aguardado o pronunciamento do Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, que deixou de comparecer, por motivo justificado.

### VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, o eminente Sr. ministro ROCHA LAGOA conheceu do recurso, de acôrdo com o seu ponto de vista, já firmado, pela letra *a* do inciso constitucional; V. Ex<sup>a</sup> também conhecera pela ofensa da letra da lei. Eu desempato, acompanhando os eminentes Srs. ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e EDGAR COSTA, *data venia*, para não conhecer do recurso, porque, desde que o próprio tabelião ditou a escritura ao seu auxiliar e a subscreveu, assumiu a responsabilidade pelo seu ato. O pensamento da lei está satisfeito. O recurso não é cabível.

### DECISÃO

Como consta. da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, contra o voto dos Srs. ministros ROCHA LAGOA e presidente.

### **SOCIEDADE COMERCIAL - DISSOLUÇÃO - LIQUIDAÇÃO**

**- A liquidação de uma sociedade de fato, devidamente homologada, em que é distribuída a cota de participação de cada sócio, obsta a que se peça, posteriormente, a dissolução judicial.**

Arturo Umberto Bonelli *versus* Alfredo Hércules Mitidieri e outros

Ag. nº 15.035 - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento, do Estado do Rio de Janeiro, em que é agravante Arturo Umberto Bonelli e agravados Alfredo Hércules Mitidieri e outros, etc.:

Acordam os ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, na forma do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 10 de setembro de 1951. - *Luís Gallotti*, presidente; *Ábner de Vasconcelos*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: O recorrente, Arturo Umberto Bonelli, e os recorridos, Dr. Alfredo Hércules Mitidieri e outros, organizaram uma sociedade de fato para explorar a indústria de compra e venda de imóveis. Tempos depois, por consenso unânime dos associados, e na forma do art. 1.399, nº VI, do Cód. Civil, dissolveu-se, por escritura, a sociedade, sendo atribuída ao recorrente, na divisão dos bens sociais, a cota que lhe era devida.

Posteriormente, o recorrente propôs ação contra os recorridos, pedindo a nomeação de um liquidante, tendo o Tribunal *a quo* confirmado a decisão do juiz de primeira instância, que a julgou improcedente. E sendo interposto recurso extraordinário, esta douta 1ª Turma dêle não conheceu. Diga-se de passagem, que nessa primeira ação o Tribunal *a quo* aludiu que à parte cabia ação ordinária para dissolver judicialmente a sociedade de fato, sendo o processo da liquidação o mesmo que o das sentenças (art. 673 do Cód. de Processo Civil).

Alegando então não haver recebido a parte que lhe coube na partilha social, o recorrente propôs ação contra os ex-sócios, para que fôsse decretada a dissolução da sociedade. O autor foi, no despacho saneador, julgado carecedor

de ação. E, agravada a decisão, a 2ª Turma do Tribunal de Justiça de Niterói negou provimento ao recurso, porque seria supérfluo prosseguir no processo ordinário para concluir pela solução já adotada e firmada pelas partes. E afirmou o acórdão que, "se a sociedade de fato entre o autor e os réus já estava distratada, restava ou restaria ao autor pleitear o que fôr devido, pelo modo estabelecido para a liquidação das sentenças, em face do documento de fls. 5" (fls. 4 v.).

Inconformado, o autor manifestou recurso extraordinário com fundamento no art. 101, III, letra *a*, da Constituição federal, dando como lei ofendida o art. 656, § 1º, do Cód. de Proc. Civil, que dispõe que, na dissolução da sociedade civil ou comercial a petição inicial será instruída com o contrato social ou com os estatutos. E nos casos de dissolução de pleno direito, o juiz ouvirá os interessados no prazo de 48 horas e decidirá.

Conhecendo do pedido, o presidente do Tribunal, desembargador FERREIRA PINTO, indeferiu com êste despacho: (fôlhas 10).

Pedi então o recorrente o agravo de instrumento, em que se esforça por mostrar a procedência do seu direito e a necessidade de ser provido o recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): Recorrente e recorridos tiveram uma sociedade comercial irregular, terminada por mútuo consenso de todos os seus componentes. Para isso, apuraram o acervo social e o dividiram na forma pactuada, sendo ao recorrente atribuída a sua cota. Firmaram escritura por todos devidamente assinada. Porque não recebesse a importância que lhe cabe e que os recorridos proclamam certa e propõem-se a pagar, quer o autor que a dissolução e liquidação sejam decretadas agora, judicialmente. A sociedade irregular, embora não houvesse preenchido as formalidades legais, nem por isso fica à margem da lei.

É que, como se expressa CARVALHO DE MENDONÇA, apesar de irregular, funcionou, viveu, contratou, tomou lugar no mundo dos negócios. Não se pode

negar nem destruir fatos consumados. Há mister, portanto, atender à natureza da causa, e, de conformidade com esta, ajustar as contas do que se fêz durante a comunhão. Eis por que se diz *de fato* esta sociedade, isto é, uma sociedade que, apesar de degenerada, viveu, enquanto admitida ("Tratado", vol. III, nº 665).

O sócio pode assim demandar outros sócios, quando tiver por fim efeitos econômicos referentes ao passado, não assim quanto a efeitos futuros, pois para isto teria de provar de início a existência legal da sociedade, na forma do art. 305 do Código Comercial (AQUILES BEVILÁQUA, "Código Comercial Anotado", nota 222; *idem*. MALAGARRIGA, "Código de Comércio", vol. II, ns. 43-46).

O acórdão recorrido bem fêz, por não conter qualquer ofensa à lei, em impedir o prosseguimento da uma ação sem objetivo jurídico, desde que visava liquidar uma sociedade já dissolvida e distribuído o respectivo patrimônio, com anuência total dos sócios. A circunstância de a cota atribuída ao recorrente não lhe ter sido transferida desde logo, quando os ex-sócios recorridos não recusam o cumprimento da obrigação, não se resolve com o pedido na ação trancada, mas com a execução do título líquido e certo, de reconhecimento de dívida.

O que parece, porém, é que, como a sociedade dissolvida com o recorrido continuou na exploração do mesmo negócio, talvez, que o autor da ação visasse participar dos efeitos posteriores à dissolução, o que seria absurdo e ilícito. Pouco importa que o acórdão local, na primeira ação, haja feito considerações sobre a legitimidade do direito do recorrido de pedir a dissolução da sociedade já encerrada. Tal afirmação não tinha relação com a parte dispositiva da decisão e assim não se tornava obrigatória, excedendo ao que constituía, na espécie, a coisa julgada.

Na realidade, e no caso, é tudo que importa investigar, o art. 656, § 1º, do Código de Proc. Civil, dado como infringido, não tinha aplicação. Cogitando da obrigatoriedade da junção à inicial da ação da prova do contrato social, a circunstância de tratar-se de uma sociedade de fato, que exatamente prima pela ausência de formalidade jurídica, não podia preencher a referida exigência.

Não era, pois, possível que, em tais condições, o Tribunal *a quo* cometesse o erro atribuído.

Inexistindo, como conseqüência, violação de lei, não tem fundamento constitucional o recurso pretendido. O despacho agravado está certo e, assim, nego provimento.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento, unânimemente.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI, por se achar licenciado o Exmo. Sr. ministro BARROS BARRETO. Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, por se achar em gôzo de licença, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

\*

## MORATÓRIA PECUARISTA - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

**- A capitalização de juros ficou proibida nas operações beneficiadas pela lei nº 209, de 2 de janeiro de 1948.**

Banco do Brasil, S. A. *versus* Jorcelino Moreira de Melo Filho

Ag. nº 14.971 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 14.971, do Distrito Federal, em que é agravante o Banco do Brasil, S. A., sendo agravado Jorcelino Moreira de Melo Filho:

Acordam, em 2ª Turma, os ministros do Supremo Tribunal Federal negar provimento ao agravo, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 11 de setembro de 1951, - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: A 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, em acórdão de 12 de dezembro de 1950 (fls. 9 v.), negou provimento ao agravo alegado pelo Banco do Brasil. S. A., contra a sentença do juiz de direito da comarca de Patos, em Minas Gerais, que deferiu a Jorcelino Moreira de Melo Filho os favores da lei nº 209, de 2 de janeiro de 1948, e eximiu o devedor de pagar juros capitalizados.

O Banco quis recorrer pelo art. 101, III, *d*, da Constituição, alegando que a jurisprudência considera vedada apenas a capitalização de juros que não se estipulou.

O Sr. presidente do Tribunal Federal de Recursos não admitiu o recurso, porque os acórdãos citados diziam respeito a disposições legais diversas da aplicada ao caso (fls. 12).

Resultou daí o agravo, que não foi contrariado (fls. 19).

Depois de ouvido o subprocurador geral (fls. 21), opinou pela denegação de provimento o Sr. procurador geral (fls. 27).

## VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): A capitalização composta tornou-se proibida nas operações beneficiadas pela lei nº 209, pois que não só a taxa dos juros ficou limitada ao máximo de 850 ao ano (art. 2º), mas também se estabeleceram as prestações devidas pelos criadores de gado, compreendendo elas os juros, calculados pelo sistema da Tabela Price (art. 1º).

Êstes favores mostram que, para o cálculo do capital, não admitiu a lei que a êste se acrescentassem os juros produzidos em cada unidade de tempo, de modo que, nos prazos sucessivos, se obtivessem juros de somas sempre crescentes. Os tribunais não divergem a tal respeito. Sendo o recurso extraordinário destituído de fundamento, nego provimento ao agravo.

## VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Peço vênia ao eminente Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES para divergir do seu pronunciamento. Aliás, esta Turma, em julgamento ainda recente, em acórdão de que fui relator, conheceu, em caso similimo, do recurso extraordinário pela letra *d* e negou-lhe provimento.

*Data venia*, dou provimento ao agravo.

## DECISÃO

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

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

\*

## **ATOS JURÍDICOS NULOS – DEFEITO DE FORMA EXIGIDA "AD SUBSTANTIAM" - RETIFICAÇÃO**

**- Os atos jurídicos nulos "pleno jure", por defeito de forma exigida "ad substantiam", não podem ser retificados, enquanto persiste o vício, pois êste se comunica ao ato retificativo. Se, porém, a retificação é feita assumindo a forma que fora preterida, não se lhe pode recusar o efeito de validar o ato anterior.**

Omitidos os nomes das partes

Rec. ext. nº 17.005 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 17.005, de Minas Gerais:

Acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na conformidade das precedentes notas taquigráficas integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 15 de outubro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Os recorrentes compraram de outrem, na comarca de Ibiraci, Estado de Minas, uma sorte de 12 alqueires de terras e direito a uma sucessão aberta, celebrando-se o contrato por instrumento particular, em que se fêz constar o preço total de Cr\$ 200,00. Ao ser pago o impôsto de transmissão, o fisco impugnou tal algarismo, exigindo fôsse o tributo pago na base de Cr\$ 10.400,00, e com isto concordaram os recorrentes. Levada a escritura ao Registro de Imóveis, o respectivo oficial levantou dúvida, porque, entre outras irregularidades, não podia valer o instrumento particular, desde que os recorrentes, concordando com a exigência do fisco, haviam implicitamente reconhecido que o valor do contrato era, na realidade, superior a Cr\$ 1.000,00. Depois de ratificarem e retificarem por escritura pública o instrumento particular da compra e venda, os recorrentes provocaram a decisão da dúvida pelo Dr. juiz da comarca, que deu razão ao oficial do Registro e entendeu que, irrisório o preço consignado e, por isso, nulo *pleno jure* o instrumento particular, não podia êste ser ratificado. Não se conformaram os recorrentes e agravaram para o Tribunal de Justiça do Estado, argumentando que, mesmo admitindo que o preço do contrato fôsse irrisório e insubsistente o escrito particular, a posterior escritura pública, que se diz de ratificação, mas que, na realidade, constitui, pelo caráter e minúcia do seu teor, uma escritura pública original de compra e venda, não podia ser negado o registro. Não foi, porém, provido o agravo. Também entendeu o Tribunal que os recorrentes haviam praticado "ato absolutamente nulo, equivalente a *nihil*, insuscetível de ratificação, como é corrente".

Daí, o presente recurso extraordinário, com fundamento na letra *a* da casuística constitucional, alegando-se violação dos arts. 131, 134, II, e 1.126 do Cód. Civil, bem como do art. 215 do dec.-lei nº 4.857, de 1939.

A fls. 58, oficiou o Dr. procurador geral da República, opinando pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Parece-me que há um equívoco no acórdão recorrido.

Os atos jurídicos nulos *pleno jure*, por defeito de forma exigida *ad solemnitatem*, ou *ad substantiam negotii*, não podem ser retificados enquanto persista o defeito de forma, pois o mesmo vício se comunica ao ato retificativo.

Se, porém, a retificação é feita, assumindo a forma exigida pela lei, não se lhe pode recusar o efeito de validar o ato anterior. É a própria repetição do ato com a forma legal. E foi o que ocorreu no caso vertente: repetiu-se por escritura pública o contrato que fôra celebrado por escritura particular. Não importa que no instrumento público se tivesse consignado o mesmo preço de Cr\$ 200,00. Vá que o fisco não concorde com tal preço, e cobre o tributo sôbre o preço que lhe parece ser o justo; vá que seja considerada simulação a menção de preço inferior a Cr\$ 1.000,00, e se obrigue à escritura pública; mas não se pode obrigar as partes a mencionar na escritura um preço diverso daquele que elas afirmam e reafirmam ter sido o ajustado. Nem isso, aliás, foi determinado pelo acórdão recorrido.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

### DECISÃO

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

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

\*

## **DESAPROPRIAÇÃO - FUNDO DE COMÉRCIO - INDENIZAÇÃO**

**- O locatário de prédio expropriado pelo poder público tem ação própria para o ressarcimento do dano sofrido com a perda do lugar de seu comércio e desvalorização do fundo de comércio.**

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Rec. ext. nº 9.557 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 9.557, do Estado de Minas Gerais:

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

*Custas ex lege.*

Supremo Tribunal Federal, 25 de outubro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

### **RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O recorrido, desde 1937, era locatário do prédio à rua Campos Sales nº 1.203, em Belo Horizonte, e ali tinha instalada uma farmácia que, segundo alega, dada a condição especial do local, contava com enorme freguesia. Em 1941, entretanto, pelo dec. nº 793, o Estado

de Minas, ora recorrente, declarou de utilidade pública os terrenos e construções no dito local, guindo-se a desapropriação do dito prédio, que o recorrido foi obrigado a abandonar, não obstante ainda faltassem quatro anos para o término da locação, segundo o último contrato. Não se conformando com a lesão sofrida, o recorrido propôs ação de perdas e danos contra o recorrente. O Dr. juiz de primeira instância, entendendo que, na desapropriação, não é indenizável o "fundo de comércio" pertencente ao locatário do imóvel expropriado, julgou a ação improcedente; mas, em grau de apelação, o Tribunal de Justiça estadual reformou tal decisão, condenando o recorrente a pagar ao recorrido a quantia de Cr\$ 10.300,00 em que havia sido pericialmente avaliado o prejuízo alegado.

Não se conformou o recorrente, e manifestou o presente apêlo extraordinário, alegando que, no caso, não houve expropriação, mas aquisição pura e simples do imóvel locado, mediante escritura pública, ocorrendo que o contrato de locação, embora registrado, não continha cláusula de sua sobrevivência no caso de alienação, de modo que o acórdão recorrido impôs ao direito de propriedade dêle, recorrente, uma restrição antagônica com o art. 122, nº 14, da então vigente Constituição federal de 1937.

Contra-arrazoou o recorrido, procurando demonstrar que, longe de ter violado, o acórdão recorrido prestigiou o preceito constitucional invocado.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Questão ainda em debate é essa de ser, ou não, indenizável, no caso de desapropriação de um imóvel, o "fundo de comércio" do respectivo locatário. Sem dúvida que, com a solução afirmativa, a indenização não é pleiteável no próprio processo da desapropriação, senão por ação direta do locatário contra o expropriante. Segundo penso, é de se reconhecer o direito do locatário ao ressarcimento do dano sofrido em razão da desapropriação com perda do lugar do seu comércio e desvalorização do seu "fundo de comércio". Depois de ETIENNE BRASIL ("Fundo de Comércio e Desapropriação"), GOMES DE MATOS (G.) (conferência no Instituto de Advogados) e SEABRA FAGUNDES ("Da

Desapropriação no Direito Brasileiro"), que foram dos primeiros a cuidar *ex professo* do tema, a argumentação doutrinária de ILDEFONSO MASCARENHAS, na sua "Desapropriação por necessidade e utilidade pública", é dificilmente transponível no sentido do ponto de vista do acórdão recorrido. Depois de salientar a proteção jurídica de que se cercou o "fundo de comércio" com o advento do dec. nº 24.150, indaga o último autor (pág. 338): "Se o dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, no art. 20, garante ao inquilino, no caso de não ser renovado o contrato de locação, uma indenização, para ressarcimento dos prejuízos com que tiver de arcar, em consequência dos encargos de mudança, perda do lugar do comércio ou indústria e desvalorização do "fundo de comércio", a ser paga pelo locador, por que não se há de estabelecer, proporcionalmente, que o poder expropriante o indenize pelos mesmos motivos de mudança, perda do local e da freguesia?".

E mais adiante, após acentuar que o valor incorpóreo do "fundo de comércio" é bem patrimonial, cuja propriedade incide na proteção constitucional: "Se o bem comum não determina o "sacrifício" do direito do proprietário na desapropriação, pois a lei lhe assegura "indenização justa", no expropriamento, que é realizado no interesse coletivo, há de justificar que "outro proprietário" tenha o seu patrimônio desfalcado ou absorvido, no interesse social, isto é, que haja tratamento desigual, na lei, para os indivíduos?

Pretende o recorrente que, no caso, não houve desapropriação, mas aquisição pura e simples do imóvel. Não é exato. O decreto estadual que declarou de utilidade pública o imóvel é de 16 de setembro de 1941, e seguiu-se, evidentemente, o acórdão a que se refere o art. 10 do dec. nº 3.365, celebrando-se a escritura de compra e venda *ut certidão* a fls. 57, que é de 28 de setembro do mesmo ano e consigna o fim de utilidade pública a que era destinado o imóvel. Não era um adquirente comum, mas uma entidade de direito público, agindo, após o decreto de utilidade pública, *jure imperii*. Lesando o patrimônio do recorrido, ainda que para fim de utilidade pública, estava o recorrente obrigado a ressarcir, pouco importando que a Lei de Desapropriações não cogite do caso.

Não vejo em que o acórdão recorrido haja violado a Constituição, a não ser que se deformasse, sofisticamente, o histórico dos fatos.

Não conheço do recurso.

## VISTA

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

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por pedido de vista do Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, depois do voto do Sr. ministro relator, que não tomava conhecimento do recurso.

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

## VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, examinando os autos, verifiquei que, realmente, no caso presente, se desenha a responsabilidade civil do Estado e, assim, não há dúvida nenhuma a respeito da justiça que fez o Tribunal de Minas Gerais, sem violar a lei e atendendo exatamente à necessidade de evitar o prejuízo da parte, que foi obrigada a interromper o contrato locativo, com grave prejuízo para o seu comércio. A responsabilidade do Estado é manifesta e, assim, de acordo com o Sr. ministro relator, também não conheço do recurso.

## DECISÃO

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

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

\*

## EXECUTIVO FISCAL - RECURSO DE REVISTA - USO SIMULTÂNEO DE RECURSOS

- Não se admite o uso simultâneo de recursos, fora dos casos expressamente admitidos em lei.
- Cabe recurso de revista em executivo fiscal.

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* Carlos Ramalho Foz e sua mulher

Rec. ext. nº 18.508 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.508, de São Paulo, recorrente Fazenda do Estado, recorridos Carlos Ramalho Foz e sua mulher:

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

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Em caso de *revista* em executivo fiscal, proferiu o ilustre Tribunal de São Paulo o acórdão de fls. 26 no sentido de não admitir o recurso, na conformidade de sua jurisprudência e com a invocação do art. 73 do dec.-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938.

Daí o presente recurso extraordinário, pedido nos termos de fls. 29, *verbis*:

"A Fazenda do Estado, por seu advogado que esta subscreve, vem, pela presente, requerer a interposição de recurso extraordinário, do venerando acórdão que julgou o agravo e recurso de revista nº 46.971, da Capital, requerente a Fazenda do Estado e requerido Carlos Ramalho Foz, e o faz com fundamento nos arts. 863 e segs. do Cód. de Proc. Civil, combinados com o art. 101, nº II, letras *a* e *d*, da Constituição federal, uma vez que, negando aplicação subsidiária ao Cód. de Proc. Civil nacional, denegou o egrégio Tribunal paulista recurso de revista em caso típico, denegação essa que, ademais, contraria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito.

"Assim, é de dar andamento a êste recurso extraordinário e para tanto se pede vista oportuna dos autos para razões.

"Pede deferimento e Justiça.

"São Paulo, 1º de dezembro de 1950. - *M. B. Ottoni*".

Razoaram as partes: (*ler*). E, por derradeiro, disse o eminente procurador geral, Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

Ao julgar o recurso extraordinário nº 13.813 ("Diário da Justiça" de 29-3-1951), a colenda 2ª Turma dêste excelso pretório, considerando o Cód. de Proc. Civil subsidiário do dec.-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938, *ex vi* do seu art. 76, entendeu ser cabível o recurso de revista nos processos executivos fiscais. A decisão foi unânime.

Dos ministros que compõem atualmente essa colenda Turma, não tomaram parte no julgamento os eminentes ministros ROCHA LAGOA e OROZIMBO NONATO, êste substituído pelo eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS e aquêle ainda não fazendo parte deste egrégio Tribunal.

No recurso extraordinário nº 16.243, esta Procuradoria Geral, com apoio na decisão do recurso extraordinário número 5.783 (1ª Turma), emitiu parecer no sentido de ser cabível o recurso de revista nas ações executivas fiscais, observadas, porém, as restrições do art. 73 do referido dec.-lei nº 960, de 1938.

Êsse recurso foi julgado pela egrégia 1ª Turma em 7 de abril fluente, a qual não sufragou aquela tese, não admitindo mesmo o cabimento do recurso nos processos em questão.

A decisão foi tomada contra os votos dos eminentes ministros RIBEIRO DA COSTA e MÁRIO GUIMARÃES, que aceitavam a tese sem qualquer limitação.

Divergem, assim, na matéria, as colendas Turmas dêste egrégio Supremo Tribunal.

Contudo, em decisão também recente, proferida em 2 de janeiro do corrente ano, no recurso extraordinário nº 17.792 (embargos), o egrégio Tribunal, em sessão plena, por maioria de votos, admitiu, em sentido amplo, a revista nos executivos fiscais, tal como o fizera a sua colenda 2ª Turma.

Foram votos vencedores os dos eminentes ministros OROZIMBO NONATO, LAFAYETTE DE ANDRADA, HAHNEMANN GUIMARÃES, MÁRIO GUIMARÃES e ÁBNER DE VASCONCELOS, e vencidos os eminentes ministros LUIS GALLOTTI (relator), ROCHA LAGOA (revisor), BARROS BARRETO e NÉLSON HUNGRIA.

Não participou dêsse julgamento o eminente ministro RIBEIRO DA COSTA, substituído pelo eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS. O seu entendimento, porém, como se verifica do julgamento, acima citado, do recurso extraordinário nº 18.243, é no sentido da decisão do Tribunal Pleno.

Definiu-se, dêsse modo, o egrégio Supremo Tribunal Federal, embora, pela maioria de seus membros, pela tese da admissibilidade do recurso de revista nas ações executivas fiscais.

É, pois, na conformidade dêsse pronunciamento do pretório excelso que opinamos, *preliminarmente*, pelo conhecimento do recurso extraordinário de fôlhas 29, com fundamento na invocada alínea *d* do preceito constitucional, por divergirem entre si decisões de vários tribunais, e, *de meritis*, pelo seu provimento, a fim de que o colendo Tribunal recorrido tome conhecimento da revista interposta pela recorrente e a julgue como entender de direito.

"Distrito Federal, 28 de abril de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

## VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Razão assiste aos recorridos quando dizem da impossibilidade do uso simultâneo de mais de um recurso, de fora parte o caso, excepcionalmente admitido nela art. 808, § 2º, do Cód. de Processo Civil, do recurso extraordinário e da revista.

Quanto aos mais recursos, a vedação do uso simultâneo é rigorosa e consta no art. 809 do citado Código.

A exceção apontada quando a sentença julga. ao mesmo tempo, questões distintas, é aparente; porque, na hipótese, existe, na real verdade, concomitância de decisões.

E o mesmo passa, examinada a questão de fito, quanto ao recurso de revista e de embargos infringentes, no caso de, em grau de apelação, haver reforma parcial da sentença por maioria de votos e confirmação unânime no restante.

Assim, e em linha de princípio, têm razão os recorridos. De resto, a vedação de que se trata é *toto coelo* razoável. Inobservada, poderia se dar a hipótese de ocorrer, em grau de recurso, julgamentos contraditórios da mesma questão (v. SEABRA FAGUNDES, "Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil", pág. 145, nº 155).

Mas, se o seu argumento manifesta procedência, falece-lhe, no caso, relevância, uma vez que os embargos foram desadmitidos, sem qualquer reação da Fazenda.

Tornado baldio e vão o recurso, rejeitado de plano, perdeu o caso todo momento, retirando-se qualquer ensejo de aplicação ao art. 809 citado.

Quanto à desformalização do pedido de recurso extraordinário, razão desassistida aos recorridos.

Naquele pedido se diz da ofensa do princípio que dá fôrça de subsídio à lei processual comum aos processos especiais. Mas, aqui, o "*le juge connait te droit*" pode ser lembrado com oportunidade e pertinência. Demais disso, com o afirmar que o venerando aresto recorrido fêz frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aludiu à hipótese prevista na letra *d* do art. 101, n° III, da Constituição federal, expressamente invocada, de par com a letra *a*, embora se leia "n° II", por evidente *lapsus calami* ou êrro de cópia.

Assim, formalizado se acha o recurso de que conheço pela letra *d*, em face de notório dissídio que o venerando aresto abriu com a jurisprudência dêste Supremo Tribunal Federal, referida clara e minudentemente no douto parecer da Procuradoria Geral da República. E dou-lhe provimento, para que o ilustre Tribunal de São Paulo conheça da revista e a julgue como lhe de direito parecer.

Com o provimento do recurso, pago, mais uma vez, tributo à jurisprudência dêste colégio judiciário, ainda recentemente reafirmada em Tribunal Pleno, pôsto que com os respeitáveis votos vencidos dos eminentes Srs. ministros LUÍS GALLOTTI (relator), ROCHA LAGOA (revisor), NÉLSON HUNGRIA e BARROS BARRETO.

É exato que o art. 45 do dec. n° 960, de 1938, não menciona entre os recursos admitidos nos executivos fiscais o de revista. Mas, no caso, inalegável é, ao que tenho, o subsidio da lei comum.

E assim conclui SEABRA FAGUNDES (liv. cit., n° 465), embora com restrições, que não acolho, e que não infirmam o princípio, como se vê do voto do então desembargador, hoje eminente ministro MÁRIO GUIMARÃES, in "REVISTA FORENSE", vol. 92, págs. 125-127.

Conheço e dou provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia*, discordo de V. Ex<sup>a</sup> e nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso à unanimidade e, contra o voto do Sr. ministro ROCHA LAGOA, deram-lhe provimento.

Não votou o Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, ausente ao relatório.

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

\*

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO - JUSTIÇA ELEITORAL

**- Não cabe recurso extraordinário das decisões da Justiça Eleitoral.**

Recorrente: Rafael dos Santos Tavares

Rec. ext. n<sup>o</sup> 20.048 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário eleitoral n<sup>o</sup> 20.048, do Distrito Federal, recorrente Rafael dos Santos Tavares, recorrido Tribunal Superior Eleitoral:

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

Supremo Tribunal Federal, 25 de abril de 1952. - *José Linhares*, presidente; *Orozimbo Nonato*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Decidiu o egrégio Tribunal Superior Eleitoral o seguinte, que consta na ementa de fls. 70:

"Na apuração de eleições suplementares, não é de ser conhecida, por inoportuna, reclamação contra erro na contagem de votos, havido na apuração primitiva.

"Na revisão prevista no art. 122 do Cód. Eleitoral, feita à vista do resultado das eleições suplementares, não poderão ser alterados resultados anteriores, não-impugnados oportunamente".

O acórdão do egrégio Tribunal se desenvolve nestes termos:

Vistos, etc. Dois foram os recursos manifestados pelo candidato Rafael dos Santos Tavares: o primeiro, da decisão de fls. 14-36, dito como contra a expedição de diplomas, e o segundo, da de fôlhas 13, dado como parcial.

Foram os apelos processados conjuntamente, a requerimento do recorrente, sem oposição do recorrido.

O segundo recurso, parcial, foi julgado em primeiro lugar, na conformidade do entendimento adotado pelo Tribunal.

Fundou-o o recorrente na letra *a* do art. 167 do Cód. Eleitoral, apontando como violado pela decisão recorrida o artigo 123 do mesmo Código.

O aresto impugnado deixou de atender ao requerimento do recorrente, formulado após as eleições suplementares no sentido de ser corrigido o erro na contagem dos votos que obtivera nas eleições gerais do dia 3 de outubro, pois nas urnas apuradas pela 2ª Junta Apuradora da 118ª Zona (Santos) conseguira 1.208 votos, mas dos documentos relativos ao pleito, constavam, apenas, 1.186.

A decisão recorrida indeferiu o pedido, por entender passada a oportunidade, prevista no Código, para solução de dúvidas acêrca dos atos das juntas.

O art. 122, invocado pelo recorrente, determina que, realizadas as eleições suplementares e não havendo sido interposto recurso algum contra a expedição dos diplomas, o Tribunal reverá a apuração anterior, confirmando ou invalidando os diplomas que houver expedido.

A revisão, prevista no texto, se fará à vista do resultado das eleições suplementares, resultado que pode modificar a apuração anterior para o efeito previsto, isto é, de confirmar ou invalidar os diplomas expedidos com base na apuração anterior.

A interpretação do recorrente não é admissível. Em primeiro lugar, importaria em rever resultados consignados em decisões dos tribunais regionais, passadas em julgado. Em segundo lugar, sendo a apuração, de acôrdo com o Código, precedida de decisões sôbre dúvidas e recursos e objeto de trabalhos de uma comissão apuradora, submetidas à deliberação do Tribunal, a interpretação do recorrente concluiria por atribuir aos tribunais regionais a repetição de uma tarefa que a lei não manda seja renovada.

O segundo recurso foi interposto com fundamento nos arts. 167, alínea *c*, §§ 1º e 2º, e 170, alíneas *c* e *d*, do Código Eleitoral.

A decisão recorrida de fls. 14-38 não manda expedir diplomas, ao contrário, resolveu que êstes só seriam expedidos na hipótese de inexistência de interposição de recurso quanto à apuração do resultado das eleições suplementares.

Mas consta da mesma decisão: "Entretanto, de acôrdo com a votação obtida pelos candidatos nas eleições de 3 de outubro e nas suplementares (cujo resultado a decisão proclamou), as alterações seriam as seguintes: no Partido Trabalhista Nacional também o deputado Rafael dos Santos Tavares foi suplantado pela votação obtida pelo 1º suplente Aldo Lupo e em favor dêste terá o seu diploma invalidado; em conseqüência, será proclamado eleito deputado o candidato Aldo Lupo. O deputado Rafael dos Santos Tavares terá o seu diploma invalidado e passará à 1ª suplência do Partido".

Versou, pois, a decisão sôbre expedição de diploma em eleição estadual, sendo, assim, de admitir o apêlo.

Pretende o recorrente provimento ao recurso, "para o fim de serem computados os 22 votos e diplomado o recorrente, pois, computados os mesmos votos, desapareceria a diferença de 10 sufrágios a favor do recorrido".

Mas, o cômputo daqueles 22 votos só seria possível com a reforma da decisão recorrida de fls. 13-13 v., objeto de recurso parcial.

Isto pôsto, e considerando que a decisão recorrida de fls, 13-13 v. não foi proferida contra a letra do art. 122 do Cód. Eleitoral; considerando que o aresto impugnado, de fls. 14-36, versa sôbre expedição de diploma em eleição estadual; considerando que o mesmo aresto não cometeu êrro de fato ou de direito na apuração final quanto à contagem de votos ou classificação de candidato, pois não lhe era lícito computar para o recorrente os 22 votos aludidos, tendo em vista a decisão anterior, constante de fôlhas 13-13 v.:

Acordam os juízes do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em não conhecer do recurso parcial de fls. 9-10 v. e, por unanimidade, em conhecer do recurso de fls. 2-5 e negar-lhe provimento.

Sala das Sessões do Tribunal Superior Eleitoral, Rio de Janeiro, em 17 de julho de 1951. - *Edgar Costa*, presidente; *Plínio Pinheiro Guimarães*, relator; *Henrique d'Ávila*, vencido, eis que conhecia do recurso parcial; *A. Sabóia Lima*, vencido, porque conhecia do recurso parcial.

"Fui presente. - *Plínio da Freitas Travassos*, procurador geral".

Houve embargos de declaração, rejeitados a fls. 88.

Irresignado, opôs o vencido ao venerando acórdão suso transcrito recurso extraordinário nos têrmos de fls. 97:

"Rafael dos Santos Tavares, por seu advogado infrafirmado, não se conformando, *data venia*, com o venerando acórdão que deixou de receber os embargos de declaração opostos ao aresto dêsse egrégio Tribunal, que negou

provimento ao recurso de diplomação nº 73, de São Paulo, em que o peticionário figurou como recorrente, vem interpor contra o mesmo recurso extraordinário, com fundamento no art. 101, nº III, letras *a* e *c*, da Constituição federal, pelos motivos que, em síntese, passa a expor:

"I. Embora com o presente apêlo se vise à reforma do acórdão nº 445, de fls. 70 *usque* 72, que negou provimento ao recurso de diplomação nº 73, não está êle fora de termo, assim porque, como ensina CARLOS MAXIMILIANO, não se admite o remédio supremo contra sentença *apelável* ou *embargável*, como principalmente porque é expressa a respeito a nossa lei processual, prescrevendo:

"Os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar".

Ora, de que os embargos tentados pelo recorrente não foram protelatórios, mas, ao contrário, muito relevantes, são prova incontestável os brilhantes votos favoráveis que alcançaram. Provados ficam, portanto, o cabimento do recurso sob êsse aspecto e a sua tempestividade, uma vez que a decisão que se impugna foi publicada em sessão de 6 do corrente e teve suas conclusões publicadas no "Diário da Justiça" de 7, segundo prova a certidão de fls. 96 dos autos.

II. O recorrente arrima o seu pedido nas letras *a* e *c* do art. 101, nº III, da Constituição. Antes, porém, de entrar no exame da procedência dos fundamentos invocados, seja-lhe permitido esclarecer que, não obstante haver o egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, decretado, por voto de desempate, a inconstitucionalidade do art. 13, § 4º, do Cód. Eleitoral, continua a pensar que o remédio excepcional continua a encontrar cabida no art. 101, nº III, do Estatuto Supremo do País, filiando-se à corrente chefiada naquele excelso pretório com inexcédível brilho por V. Ex<sup>a</sup>, desde antes da vigência do Cód. Eleitoral, e já agora esposada pelos eminentes ministros ROCHA LAGOA, NÉLSON HUNGRIA e outros e que encontra no insigne PONTES DE MIRANDA autorizado defensor.

Pôsto isto, passaremos a demonstrar a procedência da pretensão do recorrente.

III. A decisão denegatória da retificação do êrro de contagem de votos pleiteada pelo recorrente, de que resultou a violação de direito líquido e certo de que era titular, conforme irresponsavelmente demonstra o brilhante voto vencido da lavra do eminente ministro PENA E COSTA, e a cassação do mandato que lhe fôra conferido pela soberania popular, violou flagrantemente os arts. 168, parágrafo único, combinado com os artigos 152, 167, § 2º, combinado com os artigos 170, letra c, e 122, tudo do Código Eleitoral.

Fácil é a demonstração do asserto: consoante alegou o peticionário, e provou exuberantemente, sem contestação nem mesmo do recorrido, a 2ª Junta Apuradora de Santos apurou corretamente a seu favor 1.208 votos e de sua decisão não houve recurso, na forma prescrita pelo referido art. 168, parágrafo único, do Cód. Eleitoral, transitando, portanto, em julgado e, nos têrmos do art. 152, ficando preclusa tôda e qualquer impugnação contra a mesma. Dessarte nenhuma alteração que sofresse dita decisão poderia prevalecer. Logo - e esta conclusão é irrecusável - a decisão do Tribunal Regional, alterando-a ou ratificando a alteração nela introduzida, violou frontalmente aquelas disposições, o mesmo ocorrendo em relação ao acórdão ora recorrido, que confirmou o julgado do mencionado Tribunal.

A decisão dêsse egrégio Tribunal, tomando conhecimento do recurso de diplomação, com fundamento no § 2º do art. 167, mas dando-lhe o efeito devolutivo dos julgados do Tribunal Regional de São Paulo relativos apenas à apuração das eleições suplementares, feriu de morte êsse texto legal, como também os artigos 170, letra c, e 122 do Cód. Eleitoral. Isto porque o recurso a que se refere o primeiro dispositivo citado é o mesmo de que cogita a sua letra c. Êste recurso, portanto, devolve ao conhecimento da instância superior todo o processo eleitoral relativo às eleições principais e não sòmente o pertinente às suplementares.

Esta violação é tanto mais grave quando produziu o resultado de tornar irrecuráveis as diplomações feitas naquelas eleições. Dêsse modo estranho de entender o referido art. 167, § 2º resultou ainda a violação, ou melhor, a invalidação, do art. 122, que ordena expressamente que o Tribunal Regional reverá a apuração anterior (e não o resultado anterior) para confirmar ou invalidar os diplomas que houver expedido.

Ora, tendo o Tribunal paulista anulado o diploma do recorrente, sem rever a apuração *anterior* (o grifo é nosso), está claro que violou abertamente esse artigo do código, violação em que incorreu a decisão ora impugnada ao confirmar aquela. Do desrespeito aos dois artigos que acabam de ser citados decorreu o do art. 170, letra *c*.

Evidenciado fica, assim, irretorquivelmente, que a respeitável decisão impugnada contrariou a letra dos artigos do Cód. Eleitoral acima mencionados e que, via de consequência, encontra o recurso pretendido inteira cabida na letra *a* de n° III do art. 101 da Constituição federal.

"IV. No que concerne à invocação da letra *d* do mesuro artigo e alínea, os documentos que a esta se juntam demonstram claramente que ela socorre o requerente. Pelos de ns. 1, 2 e 3 verifica-se que o Tribunal Regional de São Paulo, em situação inteiramente idêntica à em que se encontrava o recorrente, deferiu requerimentos formulados pelo Sr. Nélon Fernandes, mandando fazer retificação de erros verificados na apuração das eleições de 3 de outubro de 1950, embora, conforme se vê do doc. n° 2, contra os resultados errôneos não tivesse havido nenhum recurso ou impugnação". Nessa ocasião ninguém se lembrou de declarar precluso o direito de reclamar as aludidas retificações, como ocorreu quando se tratou do caso do recorrente. Fica, assim, provado que a decisão do egrégio Tribunal Superior, ora recorrida, deu aos mesmos textos legais interpretação diversa da em que, em hipóteses idênticas, lhes foi dada pelo Tribunal Regional de São Paulo.

Não é só, porém: os docs. ns. 4 e 5, inclusos, demonstram que também o Tribunal Regional de Minas Gerais entendeu o assunto de maneira diferente, interpretando, portanto, divergentemente os textos do Cód. Eleitoral atinentes ao recurso de diplomação e à preclusão do direito de reclamar a retificação dos erros de fato ocorridos na apuração final das eleições.

"Demonstradas, como ficaram, a violação de textos do Cód. Eleitoral pelas decisões do egrégio Tribunal Superior e do Regional de São Paulo e igualmente a divergência jurisprudencial entre esses tribunais e o Regional de Minas Gerais, no concernente à interpretação dos mesmos textos do referido Código, espera-se que V.Ex<sup>a</sup>, com o seu esclarecido espírito, dê acolhida à pretensão do

peticionário, deferindo o presente recurso e ordenando o seu processamento na forma legal, como é de rigorosa Justiça".

Correu *in albis* o prazo de contra-razões. É o seguinte o parecer do eminente procurador geral Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

"O recurso foi manifestado com fundamento no art. 101, nº III, letras *a* e *c*, da Constituição federal.

"Temos sempre sustentado, porém, que das decisões do colendo Tribunal Superior Eleitoral não cabe recurso extraordinário com aquele fundamento.

"E nesse sentido tem sido o pronunciamento dêste egrégio Tribunal, como se poderá ver, entre outros, no julgamento do recurso extraordinário eleitoral número 19.285, realizado em 23 de novembro de 1951.

"Somos, por isso, pelo não-conhecimento do recurso.

"Se, entretanto, dêle conhecer êste excelso pretório, somos pelo seu provimento, pelos fundamentos de nosso parecer de fls. 65-68.

"Distrito Federal, 16 de janeiro de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

## VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Não conheço do recurso, em obséquio ao art 120 da Constituição federal.

Peremptórios e desenganados são os seus termos:

"São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrários a esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal".

Nem se diga, para confutar o argumento extraído do próprio texto transcrito, que êle, assim interpretado, entra em testilha com o art. 101, n° III, da mesma Constituição.

Inexiste antinomia entre os dois textos, constituindo o art. 120 exceção ao princípio do art. 101.

E exceção justificável a tôdas as luzes, como procurei demonstrar em outros votos, a cujos fundamentas me reporto, com a devida vênia.

E o art. 13, § 4°, do Cód. Eleitoral não forma nem pode formar obstáculo à exata aplicação da Lei Maior, valendo observar que êle apareceu em nítido dissídio com a jurisprudência, já então estabelecida, dêste Supremo Tribunal Federal sôbre os aludidos textos constitucionais.

E a essa conta e ainda recentemente foi aqui declarada a sua inconstitucionalidade.

Não conheço, preliminarmente, do recurso.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, *data vênia* de V. Ex<sup>a</sup>, conheço do recurso, de acôrdo com meus votos anteriores.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não tomaram conhecimento, contra o voto do Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS. Deixou de votar o Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, por não ter assistido ao relatório.

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 ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA, respectivamente.

\*

## RESPONSABILIDADE CIVIL – SUJEITO ATIVO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

**- Sujeito ativo da obrigação de indenizar é aquele que sofre prejuízo e que age "jure proprio" e não como sucessor ou herdeiro da vítima.**

Caetano Luís Lencini e outros *versus* Oslo Giorgi

Rec. ext. nº 20.215 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.215, do Rio Grande do Sul, em que são recorrentes Caetano Luís Lencini e outros e recorrido Oslo Giorgi, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, em parte, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 28 de maio de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Em 1948, em Santiago (Rio Grande do Sul), Caetano Luís Lencini e Fidélis Lencini, agricultores, Herondina Lencini Dalevati e Adélia Lencini Scalcon, estas assistidas de seus maridos, também agricultores, propuseram ação contra Oslo Giorgi, porque, em 1928, fora causador, por imperícia médica, da morte de Leonor Lencini, mãe dos autores, tendo sido condenado por sentença de 29 de dezembro de 1930, embora se houvesse decretado a prescrição da ação penal, sem, entretanto, isentar o réu da satisfação do dano, para o que se inscreveram no Registro de Imóveis, no Livro de Hipotecas Legais, uma casa e um terreno do réu.

Alegam que a indenização compreende as custas, os honorários advocatícios, as pensões vencidas e respectivos juros, além do funeral e luto da família, e que os lucros cessantes serão calculados pela pensão que a vítima pudesse pagar aos exequêntes a título de alimentos, levando-se em conta o tempo provável da vida da vítima.

Acrescentam que a mãe dos autores, além do serviço doméstico, trabalhava como colona na lavoura para sustentar os filhos.

O réu contestou, dizendo que as ações de indenização *ex delicto* não se concedem para dar lucro a ninguém, mas têm por fim a substituição da pessoa da vítima na prestação de alimentos a quem o defunto os devia (art. 1.537, n° II, do Cód. Civil), Assim, a jurisprudência assentou que, quando o filho pleiteia indenização por morte do pai ou da mãe, o cálculo deve ser feito com base na data em que o menor atingiria a maioridade ou, em se tratando de filha, enquanto não contrair matrimônio. Alega ainda que, notadamente na região colonial (caso das autos), o menor, desde cedo, ganha na lavoura para o seu sustento e contribui para a economia da família. Ora, os autores são todos casados e adultos, possuem bens e podem prover, pelo seu trabalho, à sua própria subsistência (Cód. Civil, art. 399), razão por que não teriam direito de pedir alimentos à sua mãe, se viúva fôsse, e, muito menos, ao réu, que está isento de prestá-los (Código civil, art. 401). Alegou também a prescrição quinquenal do art. 178, § 1° ns. I e II, do Cód. Civil.

O ilustre juiz J. BORGES MACIEL considerou que a morte da mãe dos autores lhes acarretou perda patrimonial, pois a vítima era uma colona que com o seu trabalho contribuía para a economia do casal, com a finalidade de formar um patrimônio, para ser ainda em vida repartido entre 03 filhos quando casassem, porque é dessa forma que o colono costuma amparar seus descendentes diretos.

Repeliu a prescrição e condenou o réu a pagar aos autores, a partir do evento danoso e por espaço de 38 anos, duração provável da vida da vítima, uma pensão anual de Cr\$ 600,00 (Cr\$ 150,00 para cada um). É que o laudo fixara em Cr\$ 1.800,00 anuais a renda da vítima. Dessa importância abateu 1/3 para as despesas que a vítima teria e a meação do pai dos autores, por não ter figurado na inicial. A sentença ainda mandou pagar Cr\$ 150.00, ou sejam, Cr\$ 37,50 para cada um, correspondentes a luto e funeral, os juros legais, custas e

20% de honorários de advogado sobre o valor total da indenização. Para garantia das prestações vincendas, mandou depositar a quantia necessária para aquisição de apólices, que bastem a produzir a referida renda, devendo o capital reverter oportunamente ao patrimônio do réu (fls. 80).

O réu apelou, sustentando serem os autores carecedores da ação, a qual caberia ao marido da vítima.

E o acórdão de fls. 93, da lavra do ilustre desembargador LOUREIRO LIMA, deu provimento à apelação, por entender que falta aos autores *legitimatío ad causam*, pois, em caso de homicídio, a titularidade do direito à indenização não decorre do *jure* hereditário, mas sim *jure proprio*, acrescentando (fls. 96):

A indenização não é devida ao sucessível, mas a quem haja sofrido o dano (cf. MINOZZI, "Studio sul Danno non Patrimoniale", pág. 248). No caso dos autos, quem sofreu esse dano foi o marido da vítima e pai dos autores, que ainda é vivo, e exclusivamente ele. A vítima faleceu em 21 de fevereiro de 1928; os " autores eram menores impúberes então, tendo o mais velho pouco mais de sete anos. O tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família por certo correram por conta do marido dela, pois os autores não alegaram e nem provaram que tivessem bens próprios, ou rendimentos, e que por sua conta se houvessem feito aquelas despesas. Resta, portanto, examinar-se a segunda parte do indenizável consistente em alimentos, ou sustento dos filhos menores. Em que pêsse a opiniões em contrário. quando o artigo 1.537 diz que a indenização alimentar pertence às pessoas a quem o defunto devia alimentos, tornou bem claro tratar-se de obrigação em execução, de direito atual, e não potencial. Destarte, se a vítima não era, atualmente, sujeito passivo de alimentos, em que deslocasse parte de seu patrimônio para atender às necessidades do alimentando, é manifesto que não se poderá pedir uma coisa que não existe, ou alegar-se um prejuízo que se não sofreu, para fins de ressarcimento. Resta o caso do sustento, guarda e educação dos filhos menores, que também, implicitamente, estão compreendidos no art. 1.537. "Não há dúvida de que tal dever é uma consequência do casamento e diz respeito a ambos os cônjuges (art. 231, nº IV, do Cód. Civil). Mas, tal dever, ou obrigação, toca primeiramente ao marido como chefe de família; ele é que deverá prover-lhe à manutenção, conforme dispõe o art. 233, nº V. Só quando o marido não pode sustentar a família é que a mulher, subsidiariamente, deve fazê-lo (cf. CARVALHO SANTOS, "Código

Civil Interpretado", vol. 4º, págs. 333 e 351). Alega-se que a vítima, colona que era, concorria com seu trabalho à manutenção da família, sem se afirmar, todavia, que o marido não estava em condições de fazê-lo. Quis-se, mesmo, arbitrar o que ela produzia para os efeitos da indenização. Trabalho vão, porque, falecida a mãe dos autores, quem continuou a sustentá-los foi o pai, como era de seu dever, até êles atingirem a maioridade, ou poderem viver às suas próprias expensas. Os autores, portanto, nenhum prejuízo material sofreram com a morte de sua mãe, porque não era ela que os sustentava; essa obrigação estava, exclusivamente, a cargo do pai e a cargo dêle continuou. Destarte, é evidente serem êles carecedores da presente, por não existir nenhum dano material ressarcível, já que o dano puramente moral, em tal caso, é insuscetível de reparação pecuniária.

"Por tais motivos, acordam, em 3ª Câmara Cível, por maioria de votos, dar provimento, para reformar a sentença apelada e julgar os autores carecedores da ação intentada".

Ficou vencido o ilustre desembargador BALTASAR BARBOSA, apoiado no entendimento de AGUIAR DIAS, segundo o qual expressão *alimentos*, no art. 1.537 do Código Civil, só tem por fim orientar o julgador em relação ao *quantum* da indenização; não constitui fundamento da reparação, que assim perderia o seu caráter para assumir o de substituição dá obrigação alimentar. O que se procura com a indenização é restabelecer o *statu quo* anterior ao dano.

Os autores ofereceram embargos, rejeitados pelo acórdão de fls. 118, da lavra do ilustre desembargador DÉCIO PELEGRINI.

Houve vários votos vencidos, um dos quais fundamentado, do ilustre desembargador MAURÍLIO ALVES DAIELO, que invocou arestos do Supremo Tribunal e acentuou ser a mulher vitimada sujeito passivo de alimentos, dada a sua condição de consorte e auxiliar do marido, com êle trabalhando na lavoura para obter o necessário ao sustento da família.

Os autores interpuseram recurso extraordinário, com fundamento na letra *d* do art. 101, III, da Constituição (fls. 124).

Só os recorrentes arrazoaram.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Conheço do recurso, em face do demonstrado dissídio jurisprudencial.

No caso, a vítima trabalhava com o marido na lavoura para obter o necessário ao sustento da família.

Não há dúvida, portanto, de que a morte da vítima causou prejuízo aos autores, seus filhos, os quais têm direito próprio à correspondente indenização e podem reclamá-la, uma vez que a ação não está prescrita.

No que não concordo com a sentença de primeira instância (e por isso não a restauro integralmente) é no conceder a pensão durante todo o tempo de vida provável da vítima.

Os autores, filhos e filhas da vítima, propuseram a ação quando maiores, sendo eles já então agricultores e elas já então casadas com agricultores.

Já não tinham, portanto, direito a alimentos.

O próprio AGUIAR DIAS, reiteradamente invocado pelos recorrentes, mostra que "a indenização conferida a um filho por morte do seu pai só deve ser razoavelmente admitida durante o tempo em que o segundo prestaria alimentos ao primeiro, isto é, durante a menoridade dêste" ("Da Responsabilidade Civil", volume 2º, nº 231, pág. 332).

E o próprio recorrido, na contestação, admitiu êsse critério (fls. 37).

Assim, conheço do recurso e lhe dou provimento, em parte, para condenar o réu a pagar aos autores, a partir do evento danoso, uma pensão anual de Cr\$ 600,00 (Cr\$ 150,00 para cada um), sendo que, quanto aos filhos da vítima, até a data em que cada um deles atingiu a maioridade, e, quanto às filhas, até o dia do

respectivo casamento, com os juros legais, custas em proporção e 20% de honorários advocatícios sôbre o total da indenização.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e lhe deram provimento, em parte, à unanimidade de votos.

\*

## PESQUISA - LAVRA - MINA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE

**- Não cabe reintegração de posse a quem, titular de autorização para pesquisa mineral, não obtém a concessão da lavra. Cabe-lhe, apenas, indenização pelos prejuízos que sofra, em consequência da recusa e do apossamento das instalações pela autoridade.**

União Federal *versus* Floriano Nunes Pereira

Rec. ext. nº 17.285 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 17.285, do Distrito Federal, recorrente União Federal, recorrido Floriano Nunes Pereira:

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

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 17 de Julho de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Álvaro Ribeiro da Costa*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Consta dêstes autos, a fls. 330, a seguinte sentença (*lê*):

"Vistos, etc.:

O Dr. Floriano Nunes Pereira propôs a presente ação ordinária contra a União Federal e o Dr. José Soares Maciel Filho (no jornalismo J. S. Maciel Filho). Diz o autor que, por decreto, fôra autorizado a pesquisar turfa em terras de Jacarepaguá, em área delimitada (a inicial diz qual era), tendo satisfeito tôdas as exigências legais, tendo obtido relatório aprovado pelo ministro da Agricultura de então. Fiado na honestidade administrativa da época, fêz galpões, abriu canais, pediu o conselho de técnicos no que tange à cubagem das jazidas, experimentos em laboratórios e oficinas, além de publicidade.

"De ótima aparência o futuro do empreendimento, até o momento em que o réu J. S. Maciel Filho, dizendo-se núncio da Coordenação da Mobilização Econômica - na época órgão onipotente sob às ordens do Sr. João Alberto - lhe invadiu as terras, com tudo ficando, sem satisfação ao autor, nada lhe tendo sido indenizado, como previsto em legislação específica. Por isso pleiteia indenização, abrangente de dano emergente e lucro cessante, juros de mora, custas e honorários de advogado. A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 5 a 61.

"Citado por precatória, o réu J. S. Maciel Filho contestou a ação, de fls. 99 a 105. De início aduz uma preliminar sem maior interêsse decisório (eis que repelida no despacho saneador de fls. 154). No mérito, pleiteia a improcedência da ação, por nenhum ser o direito do autor, pois as expectativas que tinha (e só essas e não direitos) não foram violadas pelo réu, que agiu como agente do poder público, dentro dos limites que lhe traçava a lei.

A fls. 107 a 109 está a contestação da União Federal, em que o seu digno Dr. 1º procurador, com a habilidade e diligência de sempre, insiste na citada preliminar, acentuando no mérito que a ação é improcedente, porquanto a União agiu no interêsse da defesa nacional, não tendo, na época, direito o autor que não estivesse suspenso pela legislação do estado de guerra.

O despacho saneador (fls. 154 a 155 v.) foi agravado no auto do processo (fls. 165 a 166).

Fêz-se prova pericial, estando a fôlhas 265 a 273 o laudo do Dr. perito desempatador. A fls. 327 a 328 está o termo de audiência de instrução e julgamento, onde estão resumidas as respectivas ocorrências, tendo as partes prestado depoimentos pessoais e ouvindo-se três testemunhas do autor.

Este, sucintamente, o relatório da causa.

Isto pôsto:

Não se trata de causa difícil de decidir, pois a dificuldade residiria em esclarecer certos fatos escandalosos a que se fazem alusões nos autos. Assim é que o documento de fls. 136, junto pela União, e que é uma exposição de motivos do 2º coordenador (general Anápio Gomes), dá a entender, claramente, que o réu J. S. Maciel Filho recebeu, para atender a despesas com o negócio da turfa, mais de Cr\$ 4.000.000,00, não tendo prestado contas, nem pago dívidas, fato êste, porém, irrelevante para a solução da hipótese. No momento, êste Juízo nada tem que decidir sôbre a facilidade com que se entregaram dinheiros públicos, assunto que será, naturalmente, objeto de tomada de contas, provocada esta pelos representantes autorizados do govêrno.

O que devo ter como objeto de decisão é se o autor tinha algum direito tutelável e se êste foi violado e por quem, quais os seus prejuízos e quem os deve ressarcir.

Fora de dúvida que o autor tem direito a ser indenizado. O digno Dr. 3º procurador da República, no bem lançado parecer de fls. 124 a 129, o reconhece. Aliás, há prova nos autos de que o autor ficou impedido de continuar na exploração a que se preparara, tendo relatório aprovado, o que legitimava obtenção da autorização prevista no Cód. de Minas. Também há prova de que o autor poderia ter-se aproveitado da liberação da exploração da turfa (fls. 293) e que no local tinha muares (prova testemunhal), além de certo número de embarcações e construções toscas. Mas não há prova de seu número e valor e não é possível fixar um *quantum* por dados imprecisos, assim se impondo uma liquidação por artigos, tanto mais que na inicial (fls. 4 v.) o autor

se referiu a uma perícia contábil para verificação e avaliação dos prejuízos sofridos, o que não se fêz ainda.

E êsses prejuízos, a liquidar por artigos, devem ser pagos pela União Federal - contingência triste, mas que é uma conseqüência do descalabro administrativo em que viveu o país no período ditatorial. Em relação ao réu J. S. Maciel Filho há alegações e até indícios de que agiu em interêsse próprio, quando não de seu irmão Orlando, mas não há prova suficiente de que tivesse agido abusando das funções de que estava investido, muito ao contrário, a prova é no sentido de que tivesse obedecido a ordens do coordenador João Alberto.

Atendendo ao exposto e ponderado: "Julgo improcedente a ação em relação ao réu J. S. Maciel Filho. condenando o autor a pagar as custas por êle despendidas, julgando procedente a ação contra a União Federal, condenando-a a pagar ao autor o que se apurar em liquidação por artigos, inclusive juros da mora na forma da lei específica, custas e honorários de advogado. P. I. R. Recorro *ex officio*.

"Distrito Federal, 2 de julho de 1947. - *Alcino Pinto Falcão*".

O autor opôs à sentença embargos declaratórios, que o juiz teve por improcedentes, deixando expresso que a inicial fôra, ela sim, omissa, não se tendo incluído no pedido, nem os lucros cessantes e danos emergentes nem a reintegração de posse nas turfeiras, matéria estranha, pois, ao objeto da lide e sôbre a qual é vedado ao juiz manifestar-se, nos precisos têrmos do art. 4º do Cód. de Proc. Civil.

O autor apelou pela petição de fls. 346; a União Federal, igualmente, pelo postulado a fls. 351.

Subiram os autos ao egrégio Tribunal Federal de Recursos, cuja 1ª Turma, negando provimento, por unanimidade de votos, ao agravo no auto do processo, houve por bem prover, em parte, contra o voto do Exmo. Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, ao recurso necessário e ao apêlo da União Federal, ficando desprovida a apelação do autor Floriano Nunes Pereira (folhas 433 do 1º vol.).

Afere-se a conclusão dêsse julgado pelos três itens constantes do voto proferido pelo eminente Sr. ministro ARMANDO PRADO, em tudo de acordo com o eminente Sr. ministro CUNHA MELO, *verbis*:

"I. Não reconheço ao autor o direito de reintegração na posse das turfeiras, segundo pediu a fls. 315 v. e 346 v.

"II. Não lhe reconheço direito a lucros cessantes e a danos emergentes.

"III. Reconheço que o autor era titular de autorização de pesquisa, com relatório aprovado e direito de requerer a autorização de lavra, direito que perdeu pelos motivos que já explanei neste voto, sendo certo também que a União, já no dec.-lei nº 5.877, de 1943, e no que o revogou, admitiu fossem pagas indenizações aos pesquisadores da turfa, nas terras que apontou, pelas benfeitorias que nelas houvessem feito, e bens que possuíssem e fôsem encontrados pela Coordenação, o que tudo confere ao autor o direito de, nos termos dos arts. 21, § 1º, 30 e 36 do Cód. de Minas, haver da União a indenização e a gratificação consignadas nesses dispositivos, indenização e gratificação que serão apuradas em execução, pelo modo que fôr mais seguro e convincente, condenada a União nos juros da mora, nos termos da lei, e nos honorários advocatícios, à razão de 20% sôbre o que for apurado"

O eminente Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, vencido, provia o recurso do autor, para condenar a União:

*a)* a reintegrar o autor na posse imediata; *b)* a pagar lucros cessantes; *c)* *idem*, honorários de 5%; *d)* *idem*, juros de mora (fls. 385).

Embargaram o acórdão o autor e a União Federal (fls. 436 e 496).

Foram recebidos, em parte. os embargos do autor e da União, para o fim de excluir da condenação os Cr\$ 219.000,00, da fase inicial: conceder a reintegração de posse ao autor; reduzir a indenização na base de oito toneladas diárias, à razão do lucro líquido de Cr\$ 27,00, por tonelada, a partir de 27 de novembro de 1945, e mais as benfeitorias, no valor de Cr\$ 392.000,00, e honorários de advogado, na base de 10%.

O julgamento foi presidido pelo ministro ARMANDO PRADO e só o ministro CUNHA MELO rejeitava os embargos do autor a da União.

Condensando a matéria do julgado, reza a respectiva ementa:

"Autorização de pesquisa; efeitos; aprovação do relatório; conseqüências. O titular do decreto de autorização de pesquisa não pode ser sumariamente desapossado das terras em que a pesquisa se deve fazer; e, se o fôr, será nelas reintegrado; turfa; sua utilização; oscilação do mercado; repercussão no *quantum* da condenação" (fls. 556).

A União interpôs recurso extraordinário, com fundamento na letra *a* do n° III do art. 101 da Constituição federal, desde que a decisão ora recorrida foi contrária ao art. 153 da Carta Magna, que faz depender o aproveitamento dos recursos minerais de autorização federal, bem como desatendeu à letra dos artigos 7°, 10, 12, 13, 16, VIII, 20 e 23 do Cód. de Minas, com a nova redação do dec.-lei n° 9.449, de 12 de julho de 1948, arts. 31, 35 e 38".

Deduzem-se os embargos, *verbis*:

"I. Não conformada, *data venia*, com o venerando acórdão do egrégio Tribunal Pleno proferido a fls. 556 e verso dos autos da apelação cível n° 888, recebendo, em parte, os embargos do autor e apenas, também em parte, os da União Federal, esta vem tempestivamente (publicação, fls. 556 v. e arts. 245 e 22 do Regimento Interno) interpor o presente recurso extraordinário para o colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, III, letra *a*, da Constituição, desde que a respeitável decisão, ora recorrida, foi contrária ao art. 153 da Lei Magna, que faz depender o aproveitamento dos recursos minerais de autorização federal, bem como desatendeu à letra dos arts. 7°, 10, 12, 13, 16, VIII, 20 e 23 do Cód. de Minas, com a nova redação do dec.-lei n° 9.449, de 12 de julho de 1946, arts. 31, 35 e 36.

"II. Como bem demonstraram os votos dos eminentes ministros ARMANDO PRADO e CUNHA MELO, o simples decreto de autorização de pesquisa não envolve imissão do titular na posse da jazida ou na simples detenção.

"Ao contrário, depois de obter o título, é que cabe ao pesquisador promover o ingresso na área de pesquisa, amigável ou judicialmente.

Realmente, o art. 23 do Cód. de Minas obrigava os proprietários e possuidores do solo a permitir os trabalhos de pesquisa, contra a reparação integral e prévia dos danos, mas nem se provou essa reparação *in casu*, nem que para tais pesquisas houvesse necessidade de posse da área de pesquisa. Pesquisa, segundo o art. 13 do Cód. de Minas, é estudo e, tal seja o tipo de jazida, a pesquisa pode ser feita *longa manu*, sem que o titular ou seu preposto entra na jazida. Posteriormente, êsse art. 23 do Cód. de Minas recebeu nova redação dada pelo decreto-lei nº 9.449, de 12 de julho de 1946, que estabelece um longo e complexo processo para o pesquisador ingressar judicialmente na área de pesquisa, *depois de haver obtido o decreto*. Evidencia-se da palavra da lei, que a separação dos dois acontecimentos - título de pesquisa e ingresso na área - é natural e corresponde à realidade de como se verificam os fatos. Ademais, como assinalaram aquêles votos, a reintegração de posse não foi pedida pelo autor, na inicial, e, assim, a decisão recorrida, neste ponto, seria *ultra petita*.

III. Por outro lado, a permissão de lavra foi admitida pelo venerando acórdão, contra literal disposição do Código de Minas.

Conceber uma exploração útil de oito toneladas diárias, com o lucro líquido de Cr\$ 27,00 por tonelada, a partir de 27 de novembro de 1945, para quem tinha apenas um decreto de autorização de pesquisa, importa em flagrante desatenção, data venia, ao conceito de pesquisa, expresso no art. 13, citado, do Cód. de Minas e mais ainda no art. 18, VIII, *verbis*:

"O concessionário poderá utilizar-se do produto da pesquisa para fins de estudos sôbre o minério e custeio dos trabalhos".

"A portaria nº 380, de 15 de julho de 1943, do Exmo. Sr. ministro da Agricultura, aplicando êsse dispositivo, deu ao pesquisador de turfa a faculdade de utilizar sòmente 2.000 toneladas do minério, depois de obtido o decreto, e mais 2.400 toneladas, uma vez aprovado o relatório de pesquisa. É fixação compreendida no arbítrio do govêrno. Como conceder, portanto, êsse *bill* do privilégio ao pesquisador por um tempo indefinido, com flagrante violação da lei especial, prevista no art. 153 da Constituição?

IV. A verdade é que a União não tem mais qualquer obrigação para com o autor, além da de indenizá-lo pelas despesas feitas com os trabalhos de pesquisa - uma vez que foi aprovado o relatório respectivo - nos termos do artigo 38 do Cód. de Minas. O govêrno, virtualmente, negou-lhe a autorização de lavra e negou bem porque havia interesse nacional na exploração direta da turfa, em tempo de guerra. Tal indenização seria real e seria justa. Laudo em contrário, multiplicando largamente os lucros, deve ser repudiado, como irreal e destituído de fundamento legal.

V. Em resumo, o venerando acórdão recorrido concedeu ao autor, o seguinte:

a) Reintegração de posse.

Não é possível à União reintegrar o autor na posse das jazidas, eis que as terras não lhe pertencem e não fôra ainda expedida a autorização de lavra, que é feita por decreto e é ato de império.

"Pode, sim, reinvestir o autor na posse do seu direito de requerer lavra, uma vez que seu relatório de pesquisa foi aprovado, requerimento êste que será apreciado na forma do Cód. de Minas.

Se o autor se interessar por esta solução renunciará *ipso facto* a qualquer indenização que lhe fôr devida pelos trabalhos de pesquisa e virtual indeferimento do pedido de lavra (art. 38 do Cód. de Minas) determinado pelo decreto-lei que investiu a Coordenação no direito de trabalhar os depósitos.

b) Indenização pela extração diária de oito toneladas de turfa, da data do ingresso do Serviço da Turfa na área, até a reintegração de posse.

Como o pesquisador, na fase final de pesquisa, não poderia utilizar de mais de 2.000 toneladas de turfa, esta parcela da indenização devida não poderia exceder a diferença entre 2.000 toneladas e o que o autor extraiu e vendeu após aprovação do seu relatório; no máximo, caberia aceitar a cifra de 2.000 toneladas, com o lucro unitário de Cr\$ 27,00, estabelecido no venerando acórdão do egrégio Tribunal Federal de Recursos.

VI. Conseqüentemente, a única solução legal do litígio consistiria na seguinte alternativa:

a) desejando o autor, ora recorrido, explorar as turfeiras de Jacarepaguá, investi-lo o govêrno na posse dos seus direitos de pesquisador para requerer a lavra, na forma do Cód. de Minas. Neste caso, caberiam indenizações pelos galpões e materiais de que se teria apossado a Coordenação e pelas 2.000 toneladas que poderia ter extraído na fase final da pesquisa;

b) não se interessando pela lavra das turfeiras, a indenização aludida no item anterior deveria ser acrescida das despesas havidas com a pesquisa, na forma do art. 38 do Cód. de Minas.

VII. O que, a tôda sorte, se torna necessário é evitar a transformação das turfeiras de Jacarepaguá, modestos depósitos de um combustível pobre e de pouca significação econômica, conforme os fatos vêm demonstrando, numa fabulosa mina de ouro, mais rica que a das lendas orientais.

VIII. Assim comprovado o inteiro cabimento do presente recurso extraordinário, a União Federal pede e espera que a eminente autoridade de V. Ex<sup>a</sup> se digne admiti-lo, prosseguindo-se na forma prevista nos arts. 248 e segs. do Regimento Interno.

"Distrito Federal, 11 de maio de 1950. - *Alceu Barbedo*, subprocurador geral da República".

O apêlo foi sustentado e impugnado, emitindo o ilustre Dr. procurador geral o seguinte parecer:

"O recurso foi manifestado com fundamento no art. 101, 111, letra *a*, da Constituição federal, por haver sido a veneranda decisão recorrida contrária ao disposto no art. 153 da mesma Constituição e nos arts. 7º, 10, 12, 13, 18, VIII, 20, 31, 35, 38 e 23 do Cód. de Minas, com a nova redação do dec.-lei nº 9.449, de 12 de julho de 1948, tendo a recorrente, na petição de fls. 558-582 e nas razões de fôlhas 583-585, justificado o cabimento do recurso.

"O venerando acórdão recorrido, do colendo Tribunal Federal de Recursos, concedeu ao recorrente (fls. 558-558 v.) reintegração na posse da área amarrada e constante dos decs. ns. 8.881, de 28 de fevereiro de 1942, 9.423, de 22 de maio de 1942, e 10.005, de 15 de junho de 1942, que o autorizavam a pesquisar em terreno de Raul d'Ávila Goulart, em terrenos de marinha situados em Jacarepaguá e em terrenos particulares e devolutos situados no Distrito Federal, assim como na de móveis, benfeitorias e semoventes encontrados na mesma área e relacionados nos laudos periciais, assegurando-lhe ainda o direito a uma indenização na base da exploração útil de oito toneladas diárias com o lucro líquido de Cr\$ 27,00 por tonelada, a partir de 27 de novembro de 1945 até a data em que lhe fôr, efetivamente, devolvida a área de que foi desapossado, incluindo-se na devolução as benfeitorias, no valor de Cr\$ 392.000,00, pagando ainda a recorrente os honorários do advogado da recorrida, na base de 10% sôbre o montante da indenização.

"Mas, como demonstrou o ilustre Dr. subprocurador, a veneranda decisão recorrida é contrária ao disposto no artigo 153 da Constituição federal e nos artigos 20, 23 e 36 do Cód. de Minas.

"Efetivamente, o art. 153 da Constituição federal estabelece que:

"O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei".

Portanto, a Constituição federal faz depender de autorização ou concessão federal o aproveitamento dos recursos minerais.

E, assim sendo, êsse ato de império do Poder Executivo não pode ser substituído por qualquer determinação judicial. Sem tal autorização do Poder Executivo não é lícito a quem quer que seja pleitear judicialmente lhe seja permitido o aproveitamento de qualquer recurso mineral.

O próprio pesquisador, só depois de aprovado o relatório, poderá requerer a autorização da lavra. É o que ressalta da leitura do art. 20 do Cód. de Minas.

Conseqüentemente, não tendo sido expedido decreto de autorização de lavra em favor do recorrido, lícito não é se lhe reconheça direito ao aproveitamento das turfeiras em Jacarepaguá, a que se refere êste processo.

Lê-se no voto do ilustre ministro ELMANO CRUZ (fls. 523) que:

"O voto do eminente relator, ministro CUNHA VASCONCELOS, reconheceu como irrecusável o direito adquirido pelo autor de obter a concessão da lavra; e mais, que o dec.-lei nº 5.877, de 4 de outubro de 1943, nem podia impedir a dita concessão, pois, a êsse tempo, já o autor concluía os trabalhos da pesquisa e tinha o seu relatório aprovado, o que lhe assegurava incontestável direito ao decreto de autorização..."

E, em virtude dêsse entendimento, foi concedida no recorrido a reintegração na posse das terras em que se encontram as turfeiras, terras essas de propriedade de terceiros, que não foram ouvidos no feito.

Mas, *data venia* houve confusão por parte do ilustre Tribunal Federal de Recursos, pois os textos já citados, do artigo 153 da Constituição federal e do artigo 20 do Cód. de Minas não autorizam a conclusão a que chegaram os seus iminentes ministros.

O pesquisador, no caso o recorrido, teve de fato aprovado o relatório a que alude o citado art. 20.

Não conseguiu, entretanto, a autorização para a lavra.

Não há assim, como se falar em direito adquirido a essa lavra, nem em direitos dominicais ao pesquisador em terras de terceiros.

O Cód. de Minas, aliás, não confere direito à autorização da lavra ao pesquisador cujo relatório haja sido aprovado, mas tão-só o direito de requerer tal autorização.

E, se assim é, o fato de poder requerer a autorização não implica na obrigatoriedade do deferimento do seu pedido.

O art. 36 do mesmo Código prevê, aliás, a possibilidade da recusa da autorização e o direito daí decorrente para o pesquisador, quando dispõe que:

"A autorização será recusada se a lavra fôr considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interêsses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do govêrno. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do govêrno, a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa uma vez que haja sido aprovado o relatório".

Fora do disposto no artigo supra-transcrito não há cogitar, portanto, de qualquer reparação em favor do pesquisador que não conseguir a autorização da lavra.

Como salientou o ilustre Dr. subprocurador geral da República, às fls. 560:

"O govêrno, virtualmente, negou-lhe a autorização de lavra e negou bem porque havia interêsse nacional na exploração direta da turfa, em tempo de guerra. Tal indenização seria real e seria justa. Laudo em contrário, multiplicando largamente os lucros, deve ser repudiado, como irreal e destituído de fundamento legal".

Portanto, o recorrido só tem direito a pleitear a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que foi aprovado o relatório.

É o que com precisão e clareza dispõe o art. 36 do Cód. de Minas em sua segunda parte.

Outro ponto em que o acórdão recorrido excedeu o permitido em lei quando concedeu ao recorrido a reintegração na posse da área a que se refere o decreto de autorização de pesquisa, que não é de propriedade do recorrido e sem verificar a situação dos proprietários das terras onde se encontram as turfeiras, atendendo ao disposto nos arts. 7º, 10, 12 e 16, VII e VIII. do Cód. de Minas.

O acórdão recorrido naco cuidou de preservar qualquer direito de proprietário ou proprietários da área ocupada pelas turfeiras.

Concedeu também ao recorrido a referida reintegração de posse em terras em que êle não mais podia ter posse, pois não conseguiu jamais autorização para

lavra e já havia decorrido o tempo em que poderia fazer a pesquisa, que, aliás, já havia sido ultimada, pois já havia relatório aprovado.

Tal acórdão, portanto, contrariou evidentemente os dispositivos, já citados, do Cód. de Minas e o art. 135 da Constituição federal, assim como desatendeu o disposto nos arts. 153 e 154 do Cód. de Proc. Civil, *in verbis*:

"Art. 153. O pedido deverá ser certo ou determinado, podendo, entretanto, ser alternativo ou genérico.

"Art. 154. Os pedidos serão interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais".

"E isso afirmamos porque logo no início da sua petição inicial o recorrente declarou que vinha propor "*uma ação ordinária de perdas e danos*" (os grifos são dêle), ação essa que nunca poderia autorizar lhe fôsse concedida a reintegração de posse de turfeiras que não lhe pertenciam, para a lavra, cuja indispensável autorização pelo govêrno federal não lhe fôra concedida.

Antes de concluirmos êste parecer desejamos esclarecer um outro que emitimos em 1º de junho de 1945, e que se encontra, por cópia, às fls. 124-129, sôbre uma proposta feita pelo recorrido à Coordenação da Mobilização Econômica no sentido de resolver, sem ônus para a recorrente, o caso que provocou a presente ação, e que, ao que parece, não foi bem compreendido pelo recorrido.

A proposta então feita pelo recorrido está assim resumida no nosso referido parecer (fls. 125, letra g):

"Requeru ao Sr. coordenador da Mobilização Econômica lhe seja dada uma reparação pela própria entidade que lesou os seus direitos e fêz tábua rasa do Cód. de Minas, reparação essa que deverá ser a reintegração do suplicante nos seus direitos referentes às concessões constantes dos decretos já referidos, para que prossiga a iniciativa ao ritmo de trabalho interrompido *ex abrupto* pela ocupação de suas turfeiras, de seus barcos, motores, ranchos, etc., levada a efeito pelo delegado da Coordenação".

A reintegração que êle pediu foi, portanto, apenas nos seus direitos referentes às concessões constantes dos decretos ns. 8.861, 9.432 e 10.005, respectivamente, de 20 de fevereiro de 1942, 22 de maio de 1942 e 15 de julho de 1942, pelos quais lhe foi reconhecido o direito de pesquisa de turfa em Jacarepaguá, nesta Capital.

"E em nosso parecer então emitido sôbre a proposta do recorrido as conclusões a que chegamos foram as seguintes:

*a)* que já havia sido aprovado em abril de 1943 o relatório, apresentado pelo requerente, a que se refere o art. 20 do Cód. de Minas, quando foi expedido o dec.-lei nº 5.877, de 4 de outubro de 1943, autorizando o coordenador da Mobilização Econômica a pesquisar e explorar todos os depósitos de turfa existentes nas terras circunvizinhas às lagoas de Jacarepaguá e Marapendi e dos cursos d'água que nas mesmas desembocam, nas freguesias de Jacarepaguá e Guaratiba, do Distrito Federal, independentemente de quaisquer licenças ou autorizações anteriormente concedidas para pesquisas ou exploração dessas reservas, que ficaram, em face do disposto no art. 1º do mesmo decreto-lei, expressamente revogadas e suspensas, no interêsse da Defesa Nacional;

*b)* que, assim, o referido decreto-lei nº 5.877, de 4 de outubro de 1943, encontrou o requerente em pleno gôzo do direito de requerer a autorização de lavra das jazidas de turfa, cuja pesquisa fêz, de conformidade com a autorização que lhe foi conferida por decreto do govêrno federal;

*c)* que, à vista do exposto nos dois itens anteriores, embora o dec.-lei número 5.877, de 4 de outubro de 1943, em seu art. 1º, haja declarado que ficavam expressamente revogadas e suspensas as autorizações anteriormente concedidas para pesquisas ou exploração dos depósitos de turfa existentes nas terras circunvizinhas às lagoas de Jacarepaguá e Marapendi e dos cursos d'água que nas mesmas desembocam, nas freguesias de Jacarepaguá e Guaratiba, nesta Capital, não se pode negar que o requerente tem direito a uma reparação, em consequência do ato do govêrno que o privou de exercer o direito em cujo gôzo se achava, em virtude do disposto no art. 20 do Cód. de Minas;

*d)* que, assim, a meu ver, a reparação menos onerosa para a União não seria melhor do que a pretendida pelo requerente, consistente tão-sòmente na sua

reintegração nos direitos referentes às concessões constantes dos decretos que lhe deram autorização para pesquisas de turfa nesta Capital, cujo relatório foi aprovado pelo Sr. ministro da Agricultura, manifestada nesta Comissão, contrária à exploração da turfa pelo govêrno;

e) que deve, porém, preceder à referida reintegração, a retificação do decreto nº 10.005, de 15 de junho de 1942, que, segundo o parecer proferido pelo ilustre consultor jurídico desta Coordenação, desatende ao preceito expresso no art. 14, inc. I, do Cód. de Minas, podendo-se declarar que a propriedade dos imóveis atingidos é disputada pelo Banco de Crédito Móvel, em liquidação, e pelo Sr. Raul d'Ávila Goulart;

f) que também deve preceder à expedição do decreto-lei revogando o de nº 5.877, de 4 de outubro de 1943, a apresentação à Coordenação da Mobilização Econômica, pelo requerente, de cópia do relatório aprovado pelo Sr. ministro da Agricultura;

g) que, finalmente, para evitar qualquer dúvida futura, deve o requerente desistir de reclamar da União qualquer indenização ou reparação, além da referida reintegração".

A reintegração com que então concordamos foi tão-só a que pedira o recorrido e que abrangia apenas os direitos referentes às concessões para a pesquisa da turfa já referida.

Importaria essa reintegração em se ultimar o processo para a autorização da lavra do recorrido, uma vez que já havia sido aprovado o relatório sôbre a pesquisa.

Essa solução, porém, não foi aceita, o que importou na recusa de autorização para a lavra.

Resta, pois, ao recorrido, tão-sòmente, reclamar a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, nos têrmos do disposto na segunda parte do art. 36 do Cód. de Minas, inclusive, certamente, o correspondente ao valor dos muares, embarcações e construções toscas de que se diz espoliado por prepostos da aludida Coordenação, uma vez feita a indispensável comprovação

na execução, por artigos de liquidação, como bem concluiu a sentença de primeira instância, da lavra do ilustre juiz, então em exercício na 2ª Vara da Fazenda Pública, Dr. ALCINO PINTO FALCÃO.

Em face do exposto, somos pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento, para o fim indicado neste parecer.

"Distrito Federal, 2 de abril de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Conheço do recurso e lhe dou provimento, na conformidade do douto parecer do Exmo. Sr. Dr. procurador geral da República.

A questão primordial, de que decorre o vício irrogado ao aresto recorrido, assenta nos próprios termos da inicial da ação, esta declarando tão-só que o autor obtivera, por decreto de 1942, concessão para pesquisa de turfa, e, cumpridas as exigências legais, apresentou o competente relatório, o que foi aprovado pelo Sr. ministro da Agricultura (fls. 10).

"O negócio estava preparado para exploração", diz a inicial, quando surgiu José Soares Maciel, preposto da Coordenação, e "apossou-se de tôdas as instalações, construções, móveis, embarcações e semoventes do peticionário" (fls. 2 v.).

Concluindo, pede o autor o ressarcimento por todo o prejuízo causado: "dano emergente, lucro cessante, honorários de advogado, juros da mora e custas" (fôlhas 4).

Reconhece-lhe, entretanto, o acórdão recorrido direito à reintegração na posse das turfeiras e manda indenizá-lo pela quantia correspondente à extração da matéria-prima respectiva durante o período designado.

Ora, o autor detinha mera autorização de pesquisa, pois não lhe fôra concedida a exploração da lavra, e, de conseqüente, sem esta, não se pode falar em extração de matéria-prima. Além disso não poderia ser o autor reintegrado na posse das turfeiras, eis que estas lhe não pertenciam, sendo, pois, incurial a reintegração na coisa de que antes não era êle possuidor.

O que, em substância, se concedeu ao autor, pelo aresto recorrido, raia pelo absurdo, constituindo verdadeiro delírio; corresponde à realização do sonho aventuresco do dono de mina, cuja imaginação se alça ao superlativo da cobiça.

No caso, o reconhecimento do direito à reintegração contraria em cheio a letra do art. 153 da Constituição federal, que pressupõe para o aproveitamento dos recursos minerais a autorização ou concessão federal, na forma da lei.

Se o recorrido não possuía concessão de lavra, na forma da lei, injurídico será considerá-lo desapossado das turfeiras, de propriedade de terceiros, de que tinha apenas concessão para pesquisa; injurídico, conseqüentemente, será admitir a reintegração de posse do autor, independente de autorização ou concessão federal, nas turfeiras, sendo despropositado concluir pela condenação da União Federal a indenizá-lo do *quantum* correspondente ao que poderia ter extraído de matéria-prima, durante o período assinalado pelo aresto recorrido.

Na realidade, porém, o concedente não estava obrigado a tornar efetiva a concessão de lavra. Razões de ordem econômica interna e externa ditaram à alta administração pública medidas de defesa, estando suspensos, por motivo do estado de guerra, além das garantias individuais, determinados direitos, abrangendo atividades industriais e outras.

Estas condições, excepcionalmente graves, autorizavam a intervenção do poder público na esfera de ação privada, com repercussão no domínio econômico. E tal sucedeu com o recorrido, ficando êle privado apenas de prosseguir os trabalhos de pesquisa de turfa, ainda não tendo logrado autorização de lavra.

Prejuízos, que tivera, pela intervenção, embora violenta, do proposto da Coordenação, cabem ser ressarcidos, porém, nos seus justos limites, bem compreendidos pelo venerando acórdão de fls. 433.

Prende-se, de fato, a indenização cabível à hipótese prevista no art. 36 do Código de Minas, ou seja, na eventualidade de recusa da autorização de lavra:

"Art. 36. A autorização será recusada se a lavra fôr considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interêsses que superem a utilidade da exploração industrial, a *juízo do govêrno*. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o relatório".

Como se vê, a própria lei estabeleceu marcos precisos a constituir, para o caso, intransponível fronteira. A *juízo do govêrno*, a concessão de lavra pode ser recusada.

Compete, portanto, à União ressarcir o autor, ora recorrido, nos precisos têrmos da conclusão do voto do eminente Sr. ministro CUNHA MELO: "Pagar, ao autor, a indenização prevista no Cód. de Minas, art. 36, fazendo-se na execução o exame pericial respectivo e pagar ao autor indenização pelas instalações, móveis e semoventes de que se apoderou a Coordenação, conforme também na execução se apurar. Por sôbre isso, pague, ainda, a ré, juros de mora, honorários de advogado, que arbitro em 10% e custas."

Voto, nessa conformidade, pelo provimento do recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, realmente, não há falar-se, no caso vertente, em reintegração, a qual, de resto, não foi pedida na inicial da ação. E assim é porque a posse do recorrido era eminentemente provisória, condicionada à ultimização da pesquisa ou à duração desta. Ora, se a pesquisa terminou, se até o relatório dela já fôra aprovado pela administração pública, como falar-se em reintegração nessa posse, que, evidentemente, cessara com a terminação da pesquisa?

O recorrido pretende indenização, porque, aprovado o relatório da pesquisa, adquirira direito à obtenção da lavra. Realmente, o Cód. de Minas assegura ao pesquisador o direito de requerer a lavra, e êste direito não é um fim em si

mesmo. Evidentemente, quando o Cód. de Minas fala em *direito de requerer*, quer referir-se ao direito de obtenção da lavra. Tal direito, entretanto, pode ser recusado pela administração pública, nos termos do próprio Cód. de Minas, desde que o governo entenda que a concessão da lavra ou exploração do minério desatende ao interesse público. Semelhante recusa, estou de acôrdo, não é faculdade arbitrária do governo. Será faculdade discricionária, mas não puramente arbitrária. O governo estará adstrito a motivos atinentes ao *interesse público*. Vem a pêlo a teoria dos *motivos determinantes*, de DUGUIT. Se o governo negar a concessão da lavra, depois de aprovado o relatório da pesquisa, sem dar ou ter motivo algum para isso, estará, inquestionavelmente, praticando o que a doutrina francesa chama *détournement du pouvoir*. No caso dos autos, entretanto, não só havia a circunstância de se achar o país em estado de guerra, com suspensão das garantias individuais, entre as quais até mesmo a concernente à propriedade, como também teria o governo entendido que a exploração da lavra por ele próprio, pela própria administração pública, atenderia melhor e com maior proveito ao interesse público. Podia, assim, o governo negar a concessão da lavra. O interesse nacional, no momento, exigia que a própria administração pública explorasse as jazidas de turfa e não as entregasse a particulares.

Isto pôsto, é inteiramente persuasiva a argumentação do eminente Sr. ministro relator, limitando o direito do recorrido exclusivamente à indenização pelos prejuízos que teve com os trabalhos de pesquisa, direito assegurado pelo art. 36 do Código de Minas.

Acompanho o voto de S. Ex<sup>a</sup>, no sentido de dar provimento ao recurso, para fazer prevalecer o voto proferido pelo eminente Sr. ministro CUNHA MELO no Tribunal Federal de Recursos.

## VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, o eminente ministro relator situou admiravelmente a questão. O recorrido tinha, apenas, concessão para pesquisa e, aprovado o relatório a esta relativo, poderia obter mais tarde, a critério do governo, o direito de exploração da lavra. O governo, que o prejudicou nesse primitivo direito, deve, naturalmente, indenizá-lo, mas indenizá-lo nos termos exclusivos do prejuízo que sofreu. Nada mais do que

isso. Assim, acompanho o voto do eminente ministro relator, dando provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram e deram provimento. Decisão unânime.

\*

## SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA – POSSE - RECUSA

**- Não pode ser recusada pela autoridade superior a posse ao serventuário da Justiça aprovado em concurso e portador de título de nomeação.**

Recorrente: Yason Simim de Carvalho

Rec. de mand. de seg. nº 1.500 - Rel.: MIN. ÁBNER DE VASCONCELOS

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança de Minas Gerais, em que é recorrente Yason Simim de Carvalho e recorrido Onofre Estêves Otôni, etc.:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena e por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, na forma do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Supremo Tribunal Federal, 17 de outubro de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Ábner de Vasconcelos*, relator para o acórdão.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Yason Simim de Carvalho impetrou mandado de segurança ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais para ser empossado no cargo de escrivão do 1º Ofício Judicial e Notas do têrmo de

Mantena, de vez que o juiz de direito se recusa a praticar tal ato, apesar de ter sido o impetrante regularmente nomeado.

O Tribunal de Justiça, em Câmaras Civas Reunidas, concedeu o mandado, por maioria de votos (fls. 70), mas, ao decidir sobre os embargos oferecidos pelo juiz, indeferiu a segurança nestes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança, em grau de embargos infringentes, em que figuram, como embargante, o Dr. Onofre Estêves Otôni, juiz de direito da comarca de Mantena, autoridade supostamente coatora, e, como embargado, o requerente Yason Simim de Carvalho:

Acordam, em Câmaras Civas Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante deste, receber os embargos para, de acordo com o voto vencido do Exmo. Sr. desembargador EDUARDO DE MENESES FILHO, lançado a fls. 71, reformar o acórdão embargado e denegar o mandado de segurança, por não ser líquido nem certo o direito alagado pelo embargado.

Há manifesto equívoco do acórdão embargado, onde afirma que, exibido o título de nomeação, não pode o juiz indagar se se fez a nomeação com observância das prescrições legais, ou se à nomeação precedeu processo regularmente instruído, ou concurso, de acordo com as normas prescritas pela lei". Isso importa afirmar, o que ninguém admite, que o governador do Estado pode fazer nomeações "manifestamente ilegais", sem que o juiz possa controlar a ilegalidade, o que não é exato e ninguém admite, porque está expresso no art. 259 da vigente Lei de Organização Judiciária que:

"As autoridades judiciárias negarão efeito... aos atos... do Poder Executivo... manifestamente contrários às leis".

"Como, então, diante disso dizer o acórdão embargado que "nenhuma ação fiscalizadora de atos do Executivo exerce a autoridade judiciária"?

"Presume-se, é claro, e não se pode deixar de presumir, que a nomeação tenha sido feita sem quebra de regularidade, ou de legalidade (fls. 70); mas, evidentemente, essa presunção não é *juris et de jure*, é sim *juris tantum*; e no

caso dos autos está de pé a informação de que o embargado falsificou o atestado do próprio juiz de direito perante o qual iria tomar posse e servir. Em processo de mandado de segurança, como sempre aconteceu em processo de *habeas corpus*, a informação da autoridade indicada como causadora do constrangimento deve ser tida como verdadeira, na ausência de prova em contrário ("REVISTA FORENSE", vol. 35, pág. 404, e vol. 40, págs. 488 e 493), pois *ubi eadem ratio, ibi eadem legis depositio*; e até agora se encontra nestes autos. sem prova em contrário, aquela informação do juiz de direito. Ora, basta existir dúvida a respeito de haver o embargado praticado o crime para que o mandado de segurança não possa ser concedido.

E, diante da informação do juiz do direito, deve-se perguntar: o embargado tinha o direito de ser nomeado por meio de atestado, que êle próprio dolosamente falsificou? Então um criminoso tem o direito de cometer o crime e de tirar proveito do crime que cometeu, sem que a autoridade judiciária lhe possa embargar os passos? Sem ser incomodado? E se investir no cargo como se fôsse um homem de bem? Evidentemente, não.

Dirá, por certo, o embargado que é homem de bem, que não cometeu nenhum crime e não falsificou o atestado, que é verdadeiro; mas, como acima já foi exposto, em processo de mandado de segurança, entre as afirmações do requerente e as informações da autoridade supostamente coatora, prevalecem estas, até prova em contrário, prova que êle embargado deveria ter produzido, e não produziu. Na dúvida, portanto, prevalece a palavra do juiz, e o mandado de segurança não pode ser concedido. E um indício de que o embargado não tem direito líquido e certo está em que o próprio governador que o nomeou se desinteressou de modo absoluto pela pretendida manutenção de seu ato.

Por outro lado, a medida proposta pelo Exmo. Sr. procurador geral do Estado parece ineficiente e não conforme o direito: permitir-se que o criminoso tire proveito de seu crime, para depois mover-se contra êle demoradíssimo processo criminal, e entrementes ter-se como funcionário de confiança homem que o juiz de direito, com o pêso de sua autoridade e de sua responsabilidade, afirma ser criminoso, não parece certo nem acertado. Certo é mesmo negarem estas Câmaras Civis Reunidas a posse pretendida, *até que o embargado apresente título de nomeação insuspeito de crime e de ilegalidade.*

"Custas pelo embargado, na forma da lei.

"Belo Horizonte, 28 de março de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator".

"Daí o recurso. Argumenta:

"*Data venia*, vítima de insólita e caluniosa increpação, pelo Sr. Dr. juiz de direito da comarca de Mantena, que é *parte* no presente processo, foi denegada ao suplicante a posse do cargo de escrivão do 1º Ofício do Judicial e Notas do termo de Mantena, apesar de não ter sido, até a presente data, convencido de qualquer falta, em processo regular, simplesmente porque, como disse o eminente Sr. desembargador LOPES DA COSTA, se erigiu em prova única, contra a nomeação do recorrente, "a declaração prestada nas informações da autoridade coatora".

Daí a sua conclusão, que assenta no próprio direito natural:

"Não vejo", diz o ínclito desembargador LOPES DA COSTA, "como se possa ter como prova a declaração de uma das *partes não confirmada pela outra*.

*E trata-se aqui de processo de ação*" (fls. 98 dos autos).

"V. A absurda decisão recorrida, como acentua o parecer do Sr. procurador geral do Estado, desconhece a existência de um ato formal, cujos requisitos legais foram observados, notando-se ainda que "a questão da autenticidade do atestado de moralidade é anterior ao decreto de nomeação: foi absorvido pelo próprio ato. Uma vez expedido o título, o que cumpre ao candidato à posse exibir é o atestado de saúde e o certificado de quitação com o serviço militar. Isso foi feito. Formalmente, pois, está o impetrante com a razão..." (fls. 63 dos autos).

"VI. Também ao venerando acórdão de fls. 68-70 repugnou aceitar a tese, que institui o regime de arbítrio, negando, sem forma nem figura de juízo, validade a um título de nomeação de funcionário público, porque, justamente em contrário, "presume-se, e não se pode deixar de presumir, que a nomeação tenha sido feita sem quebra de regularidade ou de legalidade.

"Nenhuma ação fiscalizadora dos atos do Executivo exerce a autoridade judiciária. E só por meio de sentença ou em decisão fundamentada mostrando serem manifestamente contrários à Constituição e às leis, pode o juiz negar efeito aos atos do Poder Executivo" (fls. 70 e v.).

"VII. O venerando acórdão recorrido afronta ainda a Constituição federal, arts. 141, §§ 3º e 25: o recorrente tem direito adquirido ao cargo vitalício e não pode ser dêle exonerado sumàriamente por ato unilateral e arbitrário de um juiz seu desafeto, sem direito de defesa".

O Dr. procurador geral da República opinou:

Líquido e certo não é o pretendido direito do recorrente, pois há contra o mesmo a afirmação do Dr. juiz de direito da comarca de Mantena, em Minas Gerais, de haver o recorrente falsificado o atestado atribuído àquele juiz, perante o qual iria tomar posse e servir.

Não há, pois, o que alterar com respeito à pretensão do recorrente, atendendo aos jurídicos fundamentos do venerando acórdão recorrido.

Somos, assim, por que se negue provimento no recurso.

"Distrito Federal, 30 de junho de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): Os fundamentos do acórdão, a meu ver, procedem e não contrariam a índole do mandado de segurança.

Desde que a liquidez e certeza do direito não é evidente, desde que contra a pretensão do impetrante existam motivos ponderáveis e razões de alta gravidade, não cabe essa medida excepcional.

Na hipótese acentua o acórdão que a Lei de Organização Judiciária determina às suas autoridades negar efeito aos atos do Poder Executivo manifestamente contrários às leis (fls. 94). E a autoridade judiciária, o juiz de direito da comarca, incumbido de empossar o impetrante, se recusou a fazê-lo por entender ilegal a nomeação, uma vez que foi obtida por meio fraudulento: falsificado o atestado do próprio juiz de direito perante o qual iria tomar posse (fls. 94 v.).

A nomeação foi assim impugnada por faltar ao nomeado requisitos necessários e o foi pela autoridade a quem competia completar o ato do Executivo com a *posse*. Essa autoridade podia agir dêsse modo: negar efeito ao ato contrário à lei.

Êsse um dos casos em que o Judiciário exerce contrôle sôbre os atos de outro poder. Esclarece SEABRA FAGUNDES: "Se o objeto do ato administrativo, que é o seu conteúdo jurídico, não estiver adstrito aos limites pré-traçados na lei, o ato é nulo. A lei estabelece a amplitude dentro da qual se deve movimentar a autoridade pública no desempenho das suas atribuições.

"Se esta exerce êsses limites, a sua ação se torna nula" ("O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", pág. 56).

Não houve, a meu ver, excesso por parte do juiz, o que, por isso mesmo, não altera a iliquidez do direito pleiteado.

O acórdão conclui:

"Certo é mesmo negarem estas Câmaras Civis Reunidas a posse pretendida, até que o embargado apresente título de nomeação insuspeito de crime e de ilegalidade" (fls. 95).

Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, nego provimento ao recurso.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, dou provimento ao recurso. Entendo que, em matéria de direito público administrativo, o preenchimento das formalidades necessárias ao exercício das funções de oficiais de justiça culmina com a expedição do título de nomeação. É o encerramento do ciclo, gerando para o nomeado o direito à serventia do cargo. Não sei como, depois de expedido o título, a autoridade judiciária, que tinha o controle durante o concurso de obter provas sobre a idoneidade moral do impetrante, possa, passado o momento oportuno, não dar posse em face do título de nomeação. Já não era mais ocasião para tal exigência. O direito do recorrente é líquido e certo à nomeação e à posse.

#### VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, concedo o mandado de segurança. O juiz de modo algum podia recusar posse ao impetrante, desde que êste exibiu o título de nomeação formalmente correto. Sòmente no caso de visível defeito de forma do título, ou de manifesta ilegalidade da nomeação. Poderia ser negada a posse. Que é sue alega o juiz? Que o impetrante teria forjado um atestado dele, juiz, no sentido de comprovar, no concurso a que prèviamente se submetera, a sua idoneidade moral. É um fato que depende de prova ou de longa indagação. Não podia o juiz decidir sumàriamente, *ex informata conscientia*. E não será, acaso, como acusa o impetrante, uma atitude arbitrária, inspirada nessa *mala ira* a que, por vêzes, se deixa levar o juiz, nas comarcas do interior, por hipertrofia de poder? É inquestionável, no caso, a arbitrariedade do juiz, que faz uma acusação e a dá como provada, invocando o próprio testemunho. Atitude irregular e insólita. E como se compreende que, autor de uma falsificação, não estivesse o impetrante a responder, sequer, a inquérito policial. Não é admissível que êle tivesse praticado crime previsto na lei penal, instruindo com um atestado falso sua inscrição no concurso, e tal fato não tivesse sido levado ao conhecimento da comissão examinadora e não provocasse uma investigação rigorosa que existe contra o impetrante é apenas a

afirmação do juiz, sobrepondo-se ao ato do Poder Executivo que expediu a nomeação. Tão completa é a ausência de provas objetivas, que o impetrante pôde fazer a afirmação de que o juiz está apenas exercendo um vindicta, repudiando o atestado que êle próprio fornecera. Nem mesmo o presidente de um tribunal superior, cercado de tôdas as condições propicias à isenção de ânimo e à imparcialidade, poderia arrogar-se a faculdade de negar execução a um título da nomeação, quando esta não seja, *prima facie*, contrária à lei. Imagine-se agora o juiz de comarca distante, animado por ausência de contrastes à sua autoridade, deixando-se aliciar por enredos e pelo prazer de pequeninas represálias. Não quero dizer que, no caso vertente, se apresente isso; mas basta que a hipótese seja plausível, para que se não possa admitir, por ser um precedente perigoso, a recusa do juiz em dar posse ao impetrante, usando de um arbítrio *sem rei nem roque*.

Por estas razões, Sr. presidente, não vacilo em conceder o mandado de segurança. Se o impetrante é realmente autor de um *crimen falsi*, que seja regularmente processado, mas, antes disso, não se lhe pode impedir a posse, embora para ser ulteriormente demitido.

## VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, também peço vênia ao eminente Sr. ministro relator para discordar de S. Ex<sup>a</sup> dando provimento ao recurso, cassando o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Sabemos que, relativamente a nulidades, os atos se dividem em atos anuláveis, atos nulos e atos inexistentes. Os atos inexistentes são aquêles que não chegaram a completar-se. Não se integraram com todos os elementos que os constituem. A sua gestão não atingiu ao fim. Esta divisão tripartite, que teve origem no direito privado, especialmente em matéria de casamento, se estendeu aos atos de direito administrativo, conforme se vê em WALINE. Em relação a um ato inexistente, justificar-se-ia o procedimento do juiz, pois que a lei estadual de Minas Gerais determina ou recomenda que o juiz não cumprirá o ato nulo, a lei nula, mas isso em relação ao ato inexistente. Por exemplo, se o govêrno nomeasse para um tribunal uma pessoa que não fôsse indicada pelo Tribunal de Justiça, ou que não fôsse juiz de direito. Era, então, obrigação do Tribunal recusar a posse.

Ainda mais: um juiz de direito podia recusar a posse a um promotor público, quando constasse claramente da Lei de Organização Judiciária que precisaria ser formado e não o fôsse, porque não estariam preenchidos todos os requisitos necessários à nomeação. Mas, no caso em que a nulidade da nomeação depende de apreciação, o juiz não pode tomar tal atitude. E é o que ocorre no caso dos autos. Trata-se de uma nulidade que depende de processo para ser apurada.

Por conseguinte, acho que, na hipótese, não tem aplicação o dispositivo de lei estadual de Minas Gerais citado. O ato do juiz foi um ato arbitrário e violento, que dá lugar a mandado de segurança. Por êste motivo, dou provimento ao recurso.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro relator, também dou provimento ao recurso de mandado de segurança.

#### VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, também peço vênua ao Sr. ministro relator para divergir de Sua Excelência. Uma coisa é a competência para nomear e outra é a competência para dar posse. Pouco importa que, no caso, a autoridade que nomeia seja executiva e a outra judiciária, porque ambas estão praticando ato tipicamente administrativo e uma não pode invadir atribuições da outra.

O que a autoridade competente para dar posse pode exigir são os requisitos a ela necessários: exame de saúde, quitação do serviço militar, etc. Mas não pode invalidar o ato praticado por aquêle que nomeia e que tanto é competente para nomear como para desfazer a nomeação. Evidentemente, se a própria autoridade que nomeou verificar que a lei foi violada, poderá anular o ato; o mesmo poderá fazer o Judiciário, mas pelos meios próprios, pela via jurisdicional, e não a autoridade que tem apenas competência para dar posse ao funcionário e que assim não pode, de plano, invalidar o ato de nomeação, praticado pelo governador.

Nestas condições, dou provimento ao recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro relator, também concedo a segurança impetrada, dando provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento ao recurso, contra os votos dos Srs. ministros relator e AFRÂNIO COSTA.

Impedido o Sr. ministro OROZIMBO NONATO.

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

\*

## **ASSISTENTES DE ENSINO SUPERIOR - ESTABILIDADE**

**- Os assistentes de ensino superior não são funcionários de mera confiança. Têm direito à estabilidade, nas condições legais.**

União Federal *versus* João Oliva de Castro e outros

Rec. ext. nº 17.960 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 17.960, em que é recorrente a União Federal e recorridos João Oliva de Castro e outros:

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

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 2 de junho de 1952. - *Ribeiro da Costa*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Os recorridos, assistentes da Faculdade Nacional de Medicina, com exercício por tempo superior a cinco anos, impetraram e obtiveram do Dr. juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal mandado de segurança contra o ato do Sr. reitor da Universidade do Brasil, que, por ofício enviado à referida Faculdade, ordenou remessa da relação dos respectivos assistentes, cuja dispensa fôra pedida pelos correspondentes catedráticos, a fim de serem exonerados.

Houve recurso para o Tribunal Federal de Recursos, que, desprezando as razões da recorrente, manteve a decisão.

O voto do Sr. ministro relator, que teve apoio unânime de seus colegas, acentuou que não havia interpretar o art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição à luz do art. 188, parág. único, da mesma Constituição. Além disso, ao entrar em vigor a vigente Lei Magna, já não existia a *função* de incondicionada confiança, mas o cargo de assistente na Faculdade de Medicina, conforme se infere do Estatuto da Universidade do Brasil, aprovado pelo decreto nº 21.321, de 18 de junho de 1946, baixado este de acôrdo com o art. 24 do dec.-lei nº 8.393, de 1945. Segundo êsse Estatuto, os assistentes foram classificados na "carreira do professorado", devendo ser nomeados dentre os "instrutores" (primeiro grau da carreira), por indicação dos catedráticos, pelo prazo de três anos, e podendo ser reconduzidos a juízo dos mesmos. Não se tratando, pois, de cargo de confiança, no exato sentido, nem de livra nomeação e demissão, não havia invocar o art. 188, parág. único, da Constituição. É certo que o Regimento da Faculdade Nacional de Medicina, de 10 de outubro de 1946, elaborado pela respectiva congregação, dispõe que, em qualquer

momento do triênio de exercício, o assistente poderá ser dispensado da função, se assim o propuser o catedrático: mas, em tal ponto, o Regimento exorbitou, pois diz onde não diz o Estatuto da Universidade. O que êste dispõe é o seguinte:

"A nomeação do assistente será feita pelo prazo máximo de três anos, podendo ser reconduzido, a juízo do professor catedrático e de acôrdo com as condições que o Regimento das mesmas Universidades estabelecer".

Duração de nomeação não é condição de investidura e os Regimentos não podem restringir direitos assegurados no Estatuto, sendo certo que o art. 24 do decreto-lei nº 8.393, de 1945, preceitua que:

"O Estatuto da Universidade, que será aprovado por decreto, disporá sôbre a organização e orientação geral dos trabalhos didáticos, admissão de professôres e alunos, seus direitos e deveres e regime disciplinar".

Assim, o Regimento da Faculdade de Medicina não podia deixar *ad libitum* dos catedráticos a dispensa dos assistentes no período de subsistência da nomeação, a que o Estatuto não submeteu semelhante condição resolutiva. E assim termina o voto que contém os motivos de decidir do acórdão:

"E, para resolver a espécie, resta, sômente, o exame do preenchimento das condições do art. 23, segunda parte, das Disposições Transitórias. Ora, as certidões que os recorridos trouxeram aos autos referem que êles exercem a função de assistentes do Ensino, *verbis*, "referência 27, da Tabela Numérica de Mensalistas da Universidade do Brasil", lotados na Faculdade Nacional de Medicina, e provam que todos êles estavam em exercício desde mais de cinco anos antes de 18 de setembro de 1946.

"Tudo isso, aliás, não é refutado nos autos. Ainda o dec. nº 26.344, de 10 de fevereiro de 1949, que substituiu as tabelas numéricas, ordinária e suplementar, de extranumerários-mensalistas, da Universidade do Brasil, aprovadas pelo decreto nº 25.925, de 3 de dezembro de 1948, inclui, na Tabela ordinária, os 122 assistentes da Faculdade de Medicina" ("Diário Oficial" de 22 de fevereiro de " 1941). E o dec.-lei nº 1.909. de 20 de dezembro de 1939, que dispôs sôbre as escalas de salários dos extranumerários-mensalistas e pagamento do pessoal

extra-numerário da União, estabelece, no artigo 1º, que "haverá, para cada repartição, ou serviço, uma tabela numérica do pessoal extranumerário-mensalista". Do mandado de segurança (recurso) nº 456, de que é relator o Sr. ministro VASCO D'ÁVILA, consta, expressamente, que os assistentes nesse processo suplicantes foram nomeados de acôrdo com o decreto-lei nº 1.909. Quanto à *permanência* da função, reconhece-a o próprio consultor geral da República, (fls. 25). Verificado, assim, o preenchimento, pelos recorridos, dos pressupostos constitucionais, não há outra alternativa senão negar-se provimento ao recurso".

Inconformada, interpôs a União o presente recurso extraordinário, com fundamento no art. 101, III, letra *a*, da Constituição, cujo art. 188, e seu parág. único, bem como o art. 23 das Disposições Transitórias, teriam sido violados pelo acórdão. Argumenta a ocorrente que se trata, na espécie, de cargo de confiança, e do cotejo entre o art. 188, parág. único, das Disposições Permanentes da Constituição e art. 23 das Disposições Transitórias, se verifica que não há falar-se em estabilidade para os titulares de cargo de confiança.

Não foi contra-arrazoado o recurso, e a fls. 100 oficiou o Dr. procurador geral da República, opinando pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Como demonstra, irretorquivelmente, o acórdão recorrido, os assistentes de Ensino não são, pròpriamente, funcionários de confiança, não podendo o Regimento da Faculdade Nacional de Medicina prevalecer contra o que dispõe o Estatuto da Universidade do Brasil. São nomeados, é certo, por prazo fixo, mas durante êste não podem ser dispensados segundo o puro arbítrio dos professôres catedráticos. No curso do prazo de nomeação ou de subseqüentes reconduções, exercem o cargo *permanentemente*, e são considerados extranumerários-mensalistas. No tocante aos recorridos, provaram êles exercício por mais de cinco anos, ao tempo da promulgação da atual Constituição. Incensurável é, portanto, o acórdão recorrido, enquadrando-os no texto das Disposições Constitucionais Transitórias. Ainda mesmo conjugados os arts. 188, parágrafo

único, do texto permanente da Carta de 1946 e o art. 23 de suas Disposições Transitórias, outra não podia ser a solução.

Não conheço do recurso, eis que, ao invés de infringir, o acórdão afeiçoou-se aos preceitos invocados pelo recorrente.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não se conheceu do recurso, unânimemente.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Sr. ministro BARROS BARRETO, presidente da Turma.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.

\*

## **APELAÇÃO DE TERCEIRO PREJUDICADO - CONHECIMENTO DA AÇÃO**

**- O prazo para a apelação de terceiro prejudicado não fica sacrificado pelo fato de haver êle tido conhecimento da ação, que não se confunde com o conhecimento da decisão.**

Mário Campos e outros *versus* Lauro Soares da Cunha e sua mulher

Rec. ext. nº 20.209 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.209, em que são recorrentes Mário Campos e outros e recorridos Lauro Soares da Cunha e sua mulher:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma julgadora, unânimemente, conhecer do dito recurso e dar-lhe provimento, na

conformidade das precedentes notas taquigráficas. Integrantes da presente decisão.

*Custas ex lege.*

Supremo Tribunal Federal, 29 de maio de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: De sentença declaratória de usucapião trintenário a favor dos recorridos, relativamente à fazenda Lagoa Grande, no Município de Barra da Estiva, comarca de Ituaçu, Estado da Bahia, interpuseram apelação os recorrentes, como terceiros prejudicados. Não conheceu do recurso, porém, o Tribunal de Justiça, por intempestivo, assim argumentando o acórdão:

É fora de dúvida que os apelantes tinham ciência da ação antes mesmo de proferida a sentença apelada. Em 6 de maio de 1947, publicou o "Diário da Justiça" edital de citação, em o qual se transcreveu o inteiro teor da petição inicial (fls. 44). Residentes ambos nesta Capital, advogado militante nesta comarca um dêles, e dos mais brilhantes e conceituados, ambos tiveram ciência da ação, pelo aludido edital. E tanto é verdade o asseverado que, aos 16 de agosto de 1948, um dêles, a pedido verbal, obtivera a certidão de fls. 97, que instrui a apelação. A 13 do mesmo mês e ano, requerera a certidão a fls. 99, com a qual também instruía a apelação. Aos 24 do mesmo mês e ano (1948), ainda obtivera a certidão a fls. 100. E, afinal, a 15 de outubro de 1948, quase dois anos antes da publicação da sentença, que se deu a 4 de julho de 1950 (fls. 92), outorgaram, ambos, poderes ao advogado, para tal fim, consoante o próprio instrumento de fls. 96 revela, "defender seus direitos na ação de usucapião proposta perante o Juízo de Direito da comarca de Ituaçu, por Lauro Soares e sua mulher", assegurando-lhe "usar de todos os recursos por lei permitidos". Tinham, portanto, os apelantes, pelo menos em outubro de 1948, quando outorgaram poderes ao subscrevente da petição da apelação, instrumento que se acha a fls. 96, conhecimento da existência da ação, tal como o próprio instrumento o confessa, quase dois anos antes da publicação da sentença, o que lhes retira, evidentemente, o direito ao tratamento permitido

pelo § 1º do art. 815 do Cód. de Proc. Civil pátrio. Se o objetivo da lei, assegurando a dilatação do prazo ao terceiro prejudicado que reside fora da jurisdição do juiz da causa, é conceder-lhe prazo razoável para conhecimento da sentença, na expressão não se pode enquadrar quem, como os apelantes, tem advogado constituído na mesma jurisdição, cêrca de dois anos antes da publicação da sentença, para o fim especial, declarado no instrumento, de defender seus interêsses, na ação presente, expressamente caracterizado no mesmo".

Daí o presente recurso extraordinário, em que se alega ofensa ao art. 815, § 1º, do Cód. de Proc. Civil e divergência entre o acórdão recorrido e o proferido por êste Supremo Tribunal no recurso extraordinário nº 7.911 e julgados de outros tribunais.

Os recorridos contra-arrazoaram a fôlhas 157, no sentido do descabimento do recurso ou seu não-provimento.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): O direito ao prazo de três meses, para recurso concedido ao terceiro prejudicado não-domiciliado ou residente na jurisdição do juiz da causa, independe do fato de que êsse terceiro tenha tido conhecimento da ação. Para negá-lo aos recorrentes, argumenta o acórdão recorrido que o intuito do § 1º do artigo 815 é conceder ao terceiro prejudicado, nas condições que menciona, um prazo razoável para o conhecimento da sentença, e, assim, não pode ser invocado por quem teve notícia da ação muito antes da sentença, chegando mesmo a constituir advogado na jurisdição do juiz, para o fim especial de defendê-lo na causa, embora o mandato não tivesse sido exercido. Ora, ter conhecimento da ação não é ter conhecimento da sentença. Nem o primeiro faz presumir o segundo. Nem a possível notícia que da sentença haja tido o advogado constituído, mas não exercente do mandato, importa, sequer por presunção, o conhecimento dos recorrentes. Se o próprio acórdão recorrido não nega que os recorrentes são terceiros prejudicados e residem fora da jurisdição do juiz da causa, e desde que fato algum é apontado como revelador do seu positivo e inequívoco

conhecimento da sentença (a não confundir-se com o conhecimento da ação), o prazo dilatado tem de lhes ser concedido.

É certo que não há dissídio jurisprudencial, pois o acórdão dêste Supremo Tribunal, indicado pelos recorrentes, trata de identificação do "terceiro prejudicado", e tal qualidade não foi negada aos recorrentes pelo acórdão recorrido; mas é indisfarçável que êste infringiu o § 1º do artigo 815 do Cód. de Proc. Civil.

Assim, conheço do recurso pela letra *a* do dispositivo constitucional, e lhe dou provimento.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conhecido o recurso, teve êste provimento, por unanimidade.

\*

### EMBARGOS - UNANIMIDADE

**- Se os embargos visam à parte da decisão em que ocorreu unanimidade, são incabíveis.**

Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos dos Estados do Paraná e Santa Catarina *versus* Eduardo Virmond Lima e outros.

Rec. ext. nº 19.429 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário nº 19.429, do Paraná, recorrente Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos dos Estados do Paraná e Santa Catarina, recorridos Eduardo Virmond Lima e outros:

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 13 de maio de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: A fls. 72, lê-se o seguinte acórdão o egrégio Tribunal do Paraná:

"Acordam os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em Câmaras Cíveis Reunidas, integrada esta decisão com o relatório de fls. 69 *usque* 71, vistos, relatados e discutidos êstes autos de ação rescisória nº 3.961, de Curitiba, autores Dr. Eduardo Virmond Lima e espólio do Dr. Coriolano Silveira da Mota e ré a Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos dos Estados do Paraná e Santa Catarina: *a*) sem divergência de votos, rejeitar a preliminar de prescrição da ação, preliminar esta suscitada pelo Sr. desembargador procurador geral do Estado, no parecer de fls. 64 a verso; *b*) por maioria de votos, julgar procedente a ação rescisória para, anulando o acórdão rescindendo - em certidão a fls. 25 - proferido pelas Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Estado, em 31 de janeiro de 1941, e que anulou, em embargos cíveis nº 2.538, de Curitiba, a respectiva ação ordinária, *ab initio*, por incompetência da Justiça comum: fixar a competência da Justiça comum e mandar que o Tribunal de Justiça, por suas Câmaras competentes, se pronuncie relativamente ao mérito dos sobreditos embargos cíveis, o qual não ficou emoldurado nem julgado no acórdão rescindendo.

Custas *ex lege*.

"Curitiba, 10 de novembro de 1950".

Foi vencido o voto do Exmo. Sr. desembargador GOMES JÚNIOR, nestes termos:

*Antônio Gomes Júnior*, vencido, quanto à conclusão do acórdão. Julgava procedente a rescisória nº 3.961, para os fins de declarar nulo e rescindido o acórdão de fls. 25 e restabelecer em sua plenitude o de fls. 34, que confirmou a sentença da ação ordinária, condenada a ré nos demais pedidos e pronúncias da rescisória.

"Os embargos foram julgados pelo acórdão rescindido, que ensejou a presente rescisória, embargos, pois, não existentes, por ultrapassados pelo citado acórdão". Para tal, isto é, para a rescisória, necessário se fazia que dito acórdão "tivesse passado em julgado, e como tal se considera, em juízo contencioso, o que encerrar a fase processual e fazer certo o direito entre as partes pela extinção da relação jurídica litigiosa." (ALEXANDRE DE PAULA, "O Código de Processo à Luz da Jurisprudência", volume II, nº 1.457).

"O fim da ação rescisória é a decretação de nulidade de sentença (ou acórdão) passada em julgado" (ob. cit., página 477 nº 1.459).

"A ação rescisória é cabível contra sentença (ou acórdão) que se ateve a uma preliminar, pois é uma *sentença definitiva...*" (ob. e pág. cits., nº 1.463).

"Assim, pois, a ação rescisória de sentença ataca a sentença nula (art. 798 do Cód. de Proc. Civil). A ação, o agravo, a apelação ou embargos ficaram sem existência pela sentença ou acórdão rescindendo passado em julgado.

O acórdão desta rescisória pretende que renasçam os embargos para prosseguirem na Câmara competente, para julgar o mérito.

O mérito foi julgado pela sentença e confirmado pelo acórdão da apelação (fls. 18 e 24), ora revigorando. Anulado o acórdão dos embargos, votei repondo o acórdão da apelação na forma pedida.

O mérito, pois, foi julgado e constou, principalmente, do embargo (fls. 39 a 41). Era o pedido de nulidade do feito por incompetente a Justiça comum e competente a do Trabalho, e de não terem os autores 10 anos de serviço na Caixa de Aposentadoria, matéria decidida na ação e no acórdão apelado, com o parecer do próprio advogado da embargante.

Assim, na forma da inicial da rescisória (fls. 11), o pedido foi para anular o acórdão dos embargos (fls. 25) e fazer vigorante o da apelação e, conseqüentemente, a sentença (fls. 18 a 23 e 24).

O voto que proferi nesta rescisória, junto a fls., discutiu também o mérito da preliminar da incompetência da Justiça do Trabalho e da competência da Justiça comum, e a de 10 anos de serviço foi julgada pelo acórdão redivivo da apelação (fls. 24).

Isto pôsto, o mérito, repita-se, foi julgado.

O venerando acórdão, decidindo esta rescisória, julgou, concluindo:

"Fixar a competência da Justiça comum e mandar que o Tribunal de Justiça, por suas Câmaras competentes, se pronuncie relativamente ao mérito dos sobreditos embargos cíveis, o qual não ficou emoldurado nem julgado no acórdão rescindendo".

"Há nesta conclusão, *data venia*, evidente equívoco do venerando acórdão, que conclui contra literal disposição de lei, - mandando prosseguir os embargos (Cód. de Proc. Civil, art. 801).

"A ação rescisória será julgada em única instância, pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação..."

"Não podia dito acórdão, pois, mandar prosseguir ditos embargos, porque fere o supracitado dispositivo do art. 801. A instância da rescisória é única.

"O mérito, pois, pelo claro texto citado do art. 801 do Cód. de Processo é julgado na instância única da rescisória, as egrégias Câmaras Reunidas, e assim foi feito, discutindo a competência da Justiça comum ou do Trabalho.

"Em tôda ação rescisória cumpre distinguir a parte *rescindens*, que é aquilo que se pretende desfazer, e o *rescisorium*, que compreende a prestação jurisdicional pretendida pelo autor".

"Em alguns casos, compreende o pedido ambos os fatos; noutros, apenas o primeiro (ob. cit., vol. II, pág. 477, nº 1.458).

Embora a lei processual vigente não determine expressamente a obrigatoriedade de cumulação do *judicium rescindens* com o *judicium rescisorium*, nem ao menos se refira à possibilidade de, por êsse meio, se obter ambos os proveitos, nada há, no direito positivo, que impeça tal concorrência.

A tradição processual e a lição dos tratadistas são favoráveis a êsse duplo pedido, que tem por si as vantagens da economia e celeridade tão do gosto da sistemática processual.

Nenhum impedimento teórico se lhe pode opor.

Haverá dificuldades práticas. Certas situações não permitirão ambas as soluções, por motivo de deficiência de instrução.

"Outras não apresentarão óbices sérios ao julgamento do mérito da controvérsia" (ob. cit., vol. VI, pág. 842, nº 7.206).

"*Rescindens* e *rescisorium* julgam-se, entretanto, quando cumulados na rescisória, na única instância desta, que é a das Câmaras Cíveis Reunidas".

Houve embargos dos litigantes, proferindo, então, o Tribunal o acórdão de fôlhas 97, *verbis*:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos ao acórdão de ação rescisória nº 3.187, de Curitiba. em que são embargantes o Dr. Eduardo Virmond Lima e o espólio do Dr. Coriolano Silveira da Mota e mais a ré, Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos dos Estados do Paraná e Santa Catarina e embargados os mesmos:

"Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria de votos, em receber os embargos dos autores para restabelecer o acórdão de fls. 24, que confirmou a sentença de primeira instância pelos seus fundamentos, com exclusão da condenação, apenas, à parcela referente a honorários de advogado.

"Quanto aos embargos opostos pela ré: as Câmaras Cíveis recorridas, por unanimidade, rejeitaram os embargos.

"Assim decidiram porque foi unânime a decisão consubstanciada no venerando acórdão embargado, no tocante à rejeição da preliminar de prescrição da ação e à providência da mesma ação para o duplo efeito de anular o acórdão rescindendo (certidão de fls. 25) e julgar competente a Justiça comum para conhecer e julgar a ação.

"Os embargos pela ré versam exclusivamente sobre a parte do acórdão julgada por unanimidade de votos, pois pretende a reforma do acórdão embargado para o efeito de se declarar prescrita a ação rescisória e, *quanto ao mérito*, a reforma da mesma decisão para que se julgue incompetente a Justiça comum para conhecer e decidir a espécie: portanto, em face à nova redação do artigo 833 do Cód. de Proc. Civil, são inadmissíveis os embargos, porque êstes somente podem ser opostos na parte restrita à divergência manifestada no acórdão.

"Os autores, de acordo com a conceituação científica da ação rescisória, cumularam os dois *judicia* - o *judicium rescindens* e o *judicium rescisorium*, pelo que a mesma decisão deve se pronunciar sobre ambas as matérias. O venerando acórdão embargado exerceu o *judicium rescindens*, sem completar a função do exercício do *judicium rescisorium*.

"Curitiba, 19 de abril de 1951".

Daí o presente recurso extraordinário, pedido nos termos de fls.:

Exmo. Sr. desembargador presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos dos Estados do Paraná e Santa Catarina, autarquia federal sediada nesta Capital, representada por seus procuradores abaixo-assinados, advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, inconformada, *data venia*, com o respeitável acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis Reunidas dêsse Tribunal de Justiça, em grau de embargos, nos autos da ação rescisória intentada pelo Dr.

Eduardo Virmond Lima e espólio do Dr. Coriolano Silveira da Mota, quer, com o devido respeito, dessa decisão interpor *recurso extraordinário* para o egrégio Supremo Tribunal Federal, com fundamento nas letras *a* e *d*, do inc. III, do art. 101 da Constituição federal.

Rejeitando a preliminar de prescrição do direito de propor ação rescisória, o acórdão de fls. 72 contrariou o art. 178, § 10, nº VIII, do Cód. Civil, em cuja conformidade prescreve em cinco anos tal direito: a sentença rescindenda, publicada em 14 de fevereiro de 1941, transitou em julgado no dia 24 do mesmo mês, e a citação da ré ora recorrente efetivou-se em 6 de março de 1946.

E rejeitando tal preliminar de prescrição, a decisão recorrida divergiu da interpretação consagrada em acórdão das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 28 de junho de 1946, publicado na "REVISTA FORENSE", vol. CVIII, pág. 529, cuja ementa reza:

"A rescisória tem de ser proposta dentro dos cinco anos posteriores à sentença rescindenda. Por propositura da ação deve ser entendida a citação, e não a simples entrada em juízo do pedido, ou o despacho do juiz na inicial".

"Rejeitando a preliminar de serem os autores carecedores de ação, por terem ingressado em juízo antes de esgotados os recursos administrativos, o acórdão de fls. 72 contrariou o art. 223 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União: data de 27 de agosto de 1946, publicada no "Diário Oficial" do dia imediato, a decisão do Sr. ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, que confirmou, em grau de recurso interposto pelos autôres da rescisória, a decisão que em sua reclamação fôra prolatada pela Câmara de Previdência Social (fls. 27), e a rescisória foi proposta em 6 de março de 1946.

"Assim decidindo, a decisão ora recorrida divergiu da interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal acórdão unânime da 1ª Turma, de 8 de setembro de 1949, pág. 1.189, cuja ementa reza:

"Conhecimento e provimento. O funcionário público só pode recorrer ao Judiciário depois de esgotados os recursos na esfera administrativa".

"Exercendo, finalmente, quanto ao mérito, o *judicium rescisorium*, e assim confirmando a restabelecendo o acórdão de fls. 24, o ora recorrido, de fls. 97 v., contrariou o art. 43 do dec. nº 5.109, de 20 de dezembro de 1926, na conformidade de cujo § 1º o decênio de serviço, atributivo de estabilidade funcional, deve ser verificado em uma, e não em mais de uma emprêsa. As Caixas de Aposentadoria e Pensões foram criadas, no Brasil, pelo dec. nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923; assim, ao serem demitidos, em 1930, os autores não podiam contar 10 anos de serviço prestado à ré.

"Além de contrariar o aludido art. 43, deu-lhe a decisão recorrida - ao admitir, para efeito de estabilidade, contagem de tempo de serviço prestado a diversas entidades, - interpretação conspìcuamente absurda e errônea, caso êste em que o egrégio Supremo Tribunal Federal tem conhecido de recursos extraordinários (acórdão de 3 de dezembro de 1946, "REVISTA FORENSE", vol. CX, página 415).

"Do exposto, resulta, inegável, o cabimento, na espécie, de recurso extraordinário, pelo que a suplicante requer que V. Ex<sup>a</sup> o haja por bem admitir, determinando seu processamento com observância das formalidades legais, para que suba ao julgamento do egrégio Supremo Tribunal Federal.

"Pede deferimento.

"Curitiba, 8 de maio de 1951".

Razões a fls. e fls. (*ler*).

Falou, por último, e nestes têrmos, o eminente procurador geral, Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

Trata-se do recurso extraordinário interposto, com fundamento nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, de decisão proferida em ação rescisória, insistindo a recorrente em sustentar que está prescrita a ação.

O recurso foi interposto do venerando acórdão de fls. 97 v.-98 v., que rejeitou unânimemente os embargos de fls. 81-84 da ora recorrente.

Tais embargos, portanto, não tinham efetivamente cabimento, pois foram opostos tão-sòmente contra a parte do acórdão respeito ao qual não houve divergência, e que, assim, não era embargável, *ex vi* do disposto no art. 833 do Cód. de Proc. Civil, com a redação que lhe deu o dec.-lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1946, e tendo em aprêço a jurisprudência firmada a êste respeito por êste egrégio Tribunal.

O recurso, pois, devia ter sido interposto do acórdão embargado e não, como foi, do proferido em embargos.

E, portanto, intempestivo, razão por que, somos pelo seu não-conhecimento.

Se, entretanto, assim não entender êste excelso Pretório, somos pelo provimento do recurso, por isso que, atendendo ao disposto no dec.-lei nº 6.790, de 15 de agosto de 1944, e no § 2º do art. 166 do Cód. de Proc. Civil, com a redação dada pelo art. 12 do dec: lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942, deve ser decretada a prescrição da presente ação rescisória, de vez que, tendo sido publicado em 14 de fevereiro de 1941 o acórdão rescindendo, o seu trânsito em julgado ocorreu em 24 de fevereiro de 1941, podendo a ação rescisória ser proposta tão-sòmente até 24 de fevereiro de 1946.

Despachada, porém, a petição inicial a 19 de fevereiro de 1946, a citação só foi ordenada a 26 de fevereiro de 1946 (fôlhas 30 v.) e feita a 6 de março de 1946 (fls. 31), depois de decorridos cinco anos de trânsito em julgado do acórdão rescindendo.

Se, entretanto, outro for o entendimento dêste egrégio Tribunal, somos por que se restabeleça o venerando acórdão de fls. 25, de acôrdo com o parecer de fôlhas 64-64 v. do ilustre Dr. procurador geral do Estado, por ser, a nosso ver, trabalhista a relação de direito entre a recorrente e os recorridos.

"Distrito Federal, 7 de abril de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O caso dos autos é de ação rescisória.

O ilustre Tribunal do Paraná, rejeitou, à unanimidade, "a preliminar de prescrição da ação" e, por maioria de votos, deu pela procedência da ação.

Rescindiui a sentença que, no caso, dera pela incompetência da Justiça comum, que declarou competente.

Houve divergência *numa parte da conclusão*: a maioria determinou se pronunciasse o Tribunal sobre o mérito dos embargos cíveis nº 2.538; a minoria restabeleceu, *data venia*, o acórdão de fls. 24.

As partes embargaram. E o recurso dos autores foi acolhido para restabelecer o venerando acórdão de fls. 24, que confirmou, à conta de seus fundamentos, a sentença de primeira instância, com exclusão dos honorários de advogado.

No acórdão, objeto do presente recurso extraordinário, se consigna que a matéria de prescrição fôra decidida à unanimidade, rejeitada a alegação respectiva sem divergência de votos.

O mesmo passou quanto à procedência da ação, tornando-se em tais partes o aresto de fls. sobranceiro a embargos.

E a procedência se proclamou "para o duplo efeito de anular o acórdão rescindendo (certidão de fls. 15) e julgar competente a Justiça comum para anular e julgar a ação".

O presente recurso extraordinário argúi haver o aresto, no que tange à perda da ação rescisória em razão do tempo em que foi proposta, divergido do acórdão do ilustre Tribunal do Rio Grande do Sul *in* "REVISTA FORENSE" (vol. CVIII, página 529, de que transcreve a ementa.

Mas, neste particular, ocorrera unanimidade, o que eliminava a possibilidade de embargos. Manifestados êstes, que constituíam recurso incabível, a questão o

colocou sob o sêlo da *res iudicata*, tornando-se serôdio e desurado o presente recurso extraordinário.

É exato que muito se controverteu quanto à extensão dos embargos na hipótese de desacordo parcial.

Formei sempre entre os que, ainda nesse caso, admitiam os embargos sôbre a causa inteira.

Também é certo que, em se tratando de rescisória, tendência se desenhou no sentido de permitir embargos ainda que ocorresse unanimidade no julgamento.

Mas essas opiniões estão hoje superadas em face da redação que ao art. 833 do Cód. de Proc. Civil deu o art. 1º do decreto-lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1946, *verbis*:

"Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado, quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação, *em ação rescisória* e em mandado de segurança.

*Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência".*

Assim, no caso, apenas no em que ocorrera divergência, era o venerando acórdão de fls. suscetível de embargos.

Mas, naquela parte, como observa o eminente procurador geral, não incidiram os embargos, opostos tão-sòmente à parte em que os votos foram, todos, concordes.

Assim, e afinal, o que se verifica é haver sido o presente apêlo manifestado a destempo, têmos em que dêle, preliminarmente, não conheço.

DECISÃO

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

Ausentes ao relatório, não tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e AFRÂNIO COSTA, substituto do Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, que se acha em gôzo de licença.

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

## **JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA**

### **FALÊNCIA - CONFISSÃO FICTA**

- A confissão ficta do art. 708 do Código de Proc. Civil há de ser admitida com muita parcimônia em matéria de falência, em que se considera o interêsse geral dos credores e não apenas o dos litigantes.

José Lucas Machado & Filhos **versus** Lago & Tanure Ltda.

Rec. ext. nº 19.826 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 13 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.634)

\*

### **PROMISSÓRIA - ESPAÇO EM BRANCO - PACTO ADJETO**

- Não prejudica a promissória o fato de ser deixado em branco o espaço destinado a completar a palavra "pagarei".

- O pacto adjeto não subscrito por testemunhas pode ser cobrado por ação ordinária.

Antônio Ferraz de Carvalho **versus** Misionschnick & Limões

Rec. ext. nº 19.901 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 27 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.635)

\*

### **BENFEITORIAS - OPÇÃO DO OBRIGADO A INDENIZAR**

- Para exercício da opção do obrigado a indenizar, entre o preço de custo e o valor atual, tanto faz que a ação seja de reivindicação como derivada de contrato.

Monteiro & Cia. Ltda. **versus** José Gomes Vieira

Rec. ext. nº 19.942 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 17 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.636)

\*

### **EDITAIS DE PRAÇA - OMISSÕES - ARREMATAÇÃO**

- Se dos editais de praça não constam data, hora e local do ato, não há a indispensável publicidade que êle requer, sendo nula a arrematação realizada em tais condições.

Dr. Almerindo Alves de Brito **versus** Honorina Cordeiro de Sousa a outros

Rec. ext. nº 11.717 (embs.) - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal, em 19 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.637)

\*

## **BOA-FÉ - APELAÇÃO - PREPARO**

- Não há momento fixo determinante da boa ou má-fé do possuidor.
- O preparo feito por um dos apelantes aproveita aos demais, embora a norma seja a de sua repartição proporcional.

Oswaldo Teixeira da Cunha **versus** Adelina Teixeira

Rec. ext. nº 15.669 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 4 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.638)

\*

## **BANCO DO BRASIL - ISENÇÃO FISCAL**

- O Banco do Brasil é delegado do govêrno federal e, assim, está isento de tributação estadual e municipal.

Municipalidade de São Paulo **versus** Banco do Brasil S. A.

Rec. ext. nº 16.207 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.639)

\*

## **CITAÇÃO-EDITAL - INVENTÁRIO**

- Podem ser citados por edital para o inventário, embora em lugar certo e sabido, os herdeiros residentes fora do têrmo ou comarca.

Geraldo Pereira da Rocha **versus** Moema Penalva da Rocha e outros

Rec. ext. nº 17.171 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 4 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.640)

\*

### **PETIÇÃO DE HERANÇA - REIVINDICATÓRIA**

- A ação de petição de herança só é proponível contra quem possua o imóvel a título de herdeiro. Se houve partilha e conseqüente adjudicação, ocorrendo transferência de quinhões, por escritura de venda, a outras pessoas, a ação competente é a reivindicatória.

Paulina Adelaide de Sousa Monteiro e outros **versus** Antônio Rafael da Silva e sua mulher

Rec. ext. nº 19.085 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 29 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.641)

\*

### **ATENTADO - CAUSA PRINCIPAL - IMPROCEDÊNCIA**

- O atentado é a desobediência da parte à determinação do juízo. Não fica, pois, prejudicado o seu julgamento pela improcedência da ação principal.

S. A. Cia. Industrial de Sergipe **versus** Cooperativa Sergipense de Laticínios Ltda.

Rec. ext. nº 19.710 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Rup. Trib. Federal, em 19 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.642)

\*

## **PENHORA - INSCRIÇÃO - FRAUDE CONTRA CREDORES**

- A inscrição da penhora faz prova da fraude da transação relativa ao imóvel penhorado. Não tem o sentido de presumir a fraude de dívidas cujos instrumentos sejam registrados após aquela inscrição.

Pedro Ferreira Machado e outros **versus** Salomão de Deus Vieira e outros

Rec. ext. nº 20.035 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA – Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 12 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.643)

\*

## **FALÊNCIA - SÍNDICO - MANDATO EM CAUSA PRÓPRIA**

- Mandato em causa própria, outorgado pelo síndico, não pode impedir a efetivação da sua responsabilidade, na gestão danosa da massa.

Espólio de Olímpio Mendes de Oliveira **versus** Massa falida de Monteiro Fontes & Cia.

Ap. nº 8.993 (embs.) - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. do Supremo Trib. Federal (sessão plena), em 18 de janeiro de 1952.

(Arq. da REVISTA FORENSE" - Cív. 8.644)

\*

## **COMPETÊNCIA - PRORROGAÇÃO**

- A competência **ratione materiae** é improrrogável, ainda quando as partes concordem expressamente com a prorrogação.

Suscitante: Cia. Itating., Petróleo, Asfalto e Mineração

Conf. de jurs. nº 1.926 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal (sessão plena), em 30 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.645)

\*

### **IMPÔSTO DE RENDA - PROFESSOR**

- O impôsto de renda, em qualquer das suas modalidades, é direto e, assim, não pode atingir a remuneração de professor.

União Federal **versus** Berta Cunha

Rec. ext. nº 20.904 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal. em 11 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.646)

\*

### **LEI MUNICIPAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

- A apreciação de lei municipal, sem eiva de inconstitucionalidade, expira na esfera estadual.

Prefeitura Municipal de Colatina **versus** Espólio de Antônio Tavares

Rec. ext. nº 20.160 - Relator: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 23 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.647)

\*

## **EXECUÇÃO - OFÍCIO - PUBLICAÇÃO**

- É manifestamente contrário ao regime processual ordenar a execução de julgado por simples ofício, sem a formalidade da publicação.

Monazita e Ilmenita do Brasil-Mibra, S. A. **versus** Foote Minérios Industrializados, Ltda.

Rec. ext. nº 18.286 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 21 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.648)

\*

## **AÇÃO COMINATÓRIA – PRESTAÇÃO DE FATO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA**

- Não pode ser objeto de ação cominatória a prestação de fato exigida em execução de sentença.

Jorge Suaid **versus** Pretti & Cia.

Ag. nº 15.154 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES – Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 18 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.649)

\*

## **LOCAÇÃO - RETOMADA - DEMOLIÇÃO**

- A retomada só se defere para demolição seguida de reconstrução, jamais à demolição, simplesmente.

Raul Luís Mesquita **versus** Jorge Hermínio Ramos

Rec. ext. nº 20.598 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 3 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.650)

\*

### **TRANSPORTE MARÍTIMO - SEGURO – SUB-ROGAÇÃO - PRESCRIÇÃO**

- Prescreve em um ano a ação do segurador, sub-rogado nos direitos do dono da carga, contra o transportador marítimo. Por extravio da carga.

Cia. Nacional de Navegação Costeira **versus** Novo Mundo Cia. de Seguros  
Marítimos e Terrestres

Rec. ext. nº 16.775 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 14 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.651)

\*

### **IMPÔSTO DE RENDA - PROFESSÔRES**

- A remuneração do professor está isenta do impôsto de renda, em qualquer das suas modalidades.

União Federal **versus** Gabriela Furtado de Araújo

Rec. ext. nº 20.583 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 7 de agosto do 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.652)

\*

## **DEMARCATÓRIA - AÇÃO POSSESSÓRIA**

- Não tem lugar a ação possessória, quando, pela existência da demarcatória, se apura que não é certa a posse questionada.

André Alves dos Reis e outros **versus** Severo Oliveira do Nascimento e outro

Rec. ext. nº 20.842 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 7 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.653)

### **Tribunal Federal de Recursos**

#### **SOCIEDADE ESTRANGEIRA – ESTADO DE GUERRA**

- **A legislação, decorrente do estado de guerra, que autorizava a incorporação de bens de súditos inimigos, não se aplica a sociedades nacionalizadas.**

Sociedade Filarmônica Alemã Lira *versus* União Federal

Ap. nº 2.150 - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.150, de São Paulo:

Acordam os juízes da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos em rejeitar, por unanimidade de votos, a preliminar de ilegitimidade da parte-autora e, por maioria, em dar provimento ao recurso da autora para o fim de julgar procedente, em parte, a ação, na conformidade do voto do revisor, de fls. 165-169, que dêste fica fazendo parte integrante.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 24 de junho de 1952. - *Cunha Vasconcelos Filho*, presidente; *Elmano Cruz*, relator designado.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: A Sociedade Filarmônica Alemã Lira, inconformada com a decisão proferida de fls. 127 a 140, que julgou improcedente a ação por ela movida contra a União Federal, para obter a declaração de insubsistência do dec.-lei nº 7.732, de 12 de julho de 1945, e, em consequência, a restituição do imóvel à rua São Joaquim nº 329, com todos os seus pertences. Inclusive móveis e utensílios, e, ainda, aluguéis, que forem arbitrados, durante a ocupação do imóvel, perdas e danos honorários de advogado e custas, interpôs a presente apelação.

A sentença apelada bem resumiu a hipótese, nos seguintes termos: (*lê fls. 127 a 131*).

Decidindo a questão pela improcedência da ação, assim fundamentou a sentença seu ilustre prolator: (*lê fls. 131 a 140*).

As razões de apelação estão assim expostas: (*lê fls. 142 e 146 v.*).

São as seguintes as contra-razões da União Federal: (*lê fls. 148-150*).

A douta Subprocuradoria Geral da República, a fls. 157, proferiu êste parecer: (*lê*).

É o relatório.

Ao Sr. ministro revisor.

## VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Preliminarmente: não procede a preliminar de ilegitimidade da autora, ora apelante, para estar em juízo, por falta de qualidade, em face de haver sido declarada extinta e dissolvida pelo

dec.-lei número 7.732, de 12 de julho de 1945, pois, como bem salienta a apelante, versa justamente a presente ação sobre a insubsistência do referido decreto-lei. Bem decidiu, portanto, a sentença apelada, declarando confundir-se o mérito com a preliminar.

No mérito, confirmo, por seus fundamentos, a brilhante sentença apelada, proferida pelo ilustre colega FRANCISCO CARDOSO DE CASTRO.

Demonstrou a decisão recorrida, para mim de modo indiscutível, não se ressentir de ilegalidade o ato impugnado, que incorporou ao patrimônio da União o imóvel de propriedade da autora, declarada, nesse mesmo ato, extinta, pois que êsse ato estava autorizado pela Carta Constitucional de 1937, como se vê do disposto no art. 166, § 2º, com a redação que lhe foi dada pela lei constitucional nº 5, de 10 de março de 1942, que assim declara:

"§ 2º Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das (garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras domiciliadas ou residentes no país".

Agiu, portanto, constitucionalmente o govêrno.

Encontra, também, apoio o ato incriminado no disposto no art. 5º do dec.-lei nº 4.807, de 7 de outubro de 1942, que permitiu ao govêrno agir contra qualquer entidade cuja atividade fôsse julgada contraria à segurança nacional, fôsse qual fôsse a sua nacionalidade.

Pelas informações prestadas, de fls. 91 a 95, pelo Sr. ministro da Justiça de então, nota-se que a Sociedade-autora não cumpriu as determinações feitas por S. Ex<sup>a</sup> em relação à reforma de seus estatutos, exigências essas baseadas no dec.-lei nº 383, de 18 de abril de 1938.

O imóvel pertencente à autora foi ocupado pelo Ministério da Guerra, durante o período de guerra, de acôrdo com o disposto no parág. único do art. 11 do dec.-lei nº 4.166, de 12 de março de 1942, e foi, ainda, com base na letra *c* da exposição de motivos do Sr. ministro da Justiça (GE nº 177, de 25 de janeiro d 1944), que se promoveu a dissolução da Sociedade-autora e a incorporação de seus bens ao acervo do patrimônio da União (fôlhas 49).

Apesar do esfôrço expendido pelos ilustres patronos da autora, não foram abalados os fundamentos da sentença apelada, tendo, por outro lado, o digno Dr. 2º procurador da República em São Paulo demonstrado em suas contra-razões o acêrto da decisão.

Frente à legislação citada. tenho como subsistente o dec.-lei nº 7.732, de 12 de julho de 1945, pelo que mantenho a decisão apelada.

Nego provimento ao recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Meu voto, *data venia* do Sr. ministro relator, é dando provimento ao recurso, *em parte*, e não como é pedido na inicial.

A respeito do assunto, tive oportunidade de escrever: "Até o advento do decreto-lei nº 5.777, de 28 de agosto de 1943 nenhuma restrição fôra posta às sociedades brasileiras, constituídas no Brasil e aqui sediadas, em razão ou como consequência das medidas de defesa econômica. Momento houve, porém, em que esta situação de limitação do exercício de profissão se fêz necessária, e assim o govêrno baixou o decreto-lei acima citado, que dispôs com relação às sociedades brasileiras, fazendo-o pela forma seguinte: *a*) sujeitando ao regime da defesa econômica as sociedades brasileiras financiadas ou subordinadas administrativamente a emprêsas alemãs, italianas ou japonêsas situadas fora do Brasil; *b*) as pessoas naturais ou jurídicas brasileiras que mantenham, com súditos do eixo, pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas dentro ou fora do país, entendimentos considerados contrários à segurança nacional. Não ordenou, porém, o govêrno federal a sujeição imediata de tôdas as emprêsas ou pessoas nessas condições, ou melhor, nas condições previstas nas letras *a* e *b*

do art. 1º do dec.-lei nº 5.777, de 28 de agosto de 1943, aos efeitos das medidas de defesa econômica, mas fêz depender, e expressamente, em cada caso, de decreto do govêrno a extensão às mesmas das cominações especiais (art. 1º, § 1º, do decreto-lei citado). A atribuição desta prerrogativa ao presidente da República teve a finalidade de limitar o arbítrio da inclusão injustificada de todas e quaisquer pessoas ou sociedades, e, por outro lado, tendo sido extinta a Comissão de Defesa Econômica, a atribuição, que era privativa desta, de propor ao presidente da República a inclusão ou exclusão de pessoas físicas ou jurídicas no regime de defesa econômica, passou ao Banco do Brasil. Pelo art. 7º do dec.-lei nº 4 807, de 7 de outubro de 1942, se atribuiu privativamente à Comissão de Defesa Econômica o direito de determinar a inclusão ou exclusão dos efeitos da legislação especial, de quaisquer pessoas, sujeita essa prática à aprovação do presidente da República. É preciso ter bem presente essa atribuição especialíssima conferida à Comissão, porquanto ela importava inequivocamente em incluir ou excluir dos efeitos penais, decorrentes da prática de anos, contrários à legislação especial, todos aquêles que a critério da Comissão devessem ser de fato excluídos. Tratava-se da outorga de um poder político, de natureza especialíssima, e que não nos consta tenha sido usado em qualquer época pela Comissão de Defesa Econômica".

De acôrdo com o disposto neste decreto-lei, o govêrno teria, é certo, baixado dec.-lei nº 7.732, de 12 de julho de 1945, cujo art. 1º assim dispunha:

"Fica incorporado ao patrimônio da União o imóvel situado na rua São Joaquim nº 329, na capital do Estado de São Paulo de propriedade da extinta Sociedade Filarmônica Alemã Lira, conforme a respectiva planta apresentada pelo Ministério da Agricultura.

Parág. único. A incorporação compreende as instalações e equipamentos do imóvel".

Posteriormente a êsse decreto-lei, novamente dando como liquidado o assunto, já no govêrno do GENERAL DUTRA, foi expedido o dec.-lei nº 9.727, de 3 de setembro de 1946, que determinava:

"Art. 1º Ficam dissolvidas as sociedades civis cujos bens tenham sido ocupados ou utilizados, com autorização de órgãos do govêrno federal, estadual ou

municipal, após o rompimento de relações diplomáticas e até a cessação do estado de guerra entre o Brasil e a Alemanha, a Itália e o Japão".

Ora, todos êsses dispositivos se referem a sociedades estrangeiras aqui sediadas ou que houvessem praticado, no Brasil, atos contrários à segurança nacional. No caso dos autos, não se trata disso. A Sociedade em causa se encontrava em situação irregular, não face às exigências do estado de guerra, mas em face do decreto-lei nº 383, baixado em 1938, portanto anteriormente à ruptura das relações entre a Alemanha e os aliados, e que visava, dado o caráter nacionalista da Carta de 1937, nacionalizar as sociedades estrangeiras.

Em face dêsse decreto-lei, e porque devesse constar do estatuto das sociedades estrangeiras que entre seus associados não havia brasileiros, o ministro da Justiça fêz a exigência de que ela se adaptasse ao decreto-lei nº383, de 1938, que permitia ao estrangeiro associar-se, para fins culturais, beneficentes e de assistência, e, nesse estado, veio encontrá-la o estado de guerra entre o Brasil e a Alemanha.

O govêrno, contra os dispositivos do dec.-lei nº 313 e contra os dispositivos da Constituição, determinou o confisco dos bens da Sociedade, sem a competente indenização, porque, mesmo no regime da Carta de 37, a desapropriação da propriedade privada e ocupação pelo poder público seria feita mediante indenização.

No petítório inicial, a autora alinha os seguintes pedidos: "... que seja a União condenada a:

"I. A restituir à suplicante o imóvel que foi objeto daquele decreto-lei, ou seja, o prédio e respectivo terreno, sito na rua São Joaquim nº 329, com tôdas as suas dependências, pertences e acessórios, inclusive instalações e equipamentos, móveis e utensílios".

A êste item atendo.

"II. A pagar-lhe os aluguéis que foram remi arbitrados, correspondentes ao tempo de ocupação, uso e gôzo dos referidos bens, e até que os mesmos lhe sejam efetivamente devolvidos".

Não atendo a êste item, porque foi a própria Sociedade quem ofereceu, gratuitamente, em princípio, o seu imóvel para uso da União.

"III. A pagar-lhe as perdas e danos que forem apurados no curso da ação e em execução, resultantes da privação dêsses bens, em virtude da qual teve e tem a suplicante necessidade de instalar-se em outro local, fazendo despesas forçadas".

Também não atendo a êsse item, porque o oferecimento por ela feito compreende perdas e danos, ou o que deixou de ganhar.

Quanto ao item IV, entendo que devem ser indenizados os prejuízos que, em vistoria, forem apurados, no curso da ação e em execução, provenientes dos estragos sofridos por êsses bens, em consequência do seu mau uso ou falta de conservação.

E o item V, finalmente, é em certo ponto absurdo, pois que entende a autora assistir-lhe direito a honorários de advogado, além das custas. Quanto a estas, é óbvio, mas em proporção.

Meu voto é, pois, provendo ao recurso para o fim de condenar a União a restituir à suplicante o imóvel pedido no item I e ao pagamento de perdas e danos pelos prejuízos apurados no curso da ação, em consequência do seu uso (item IV), custas e demais despesas do processo, excluídos honorários de advogado. Quanto aos juros da mora, deverão ser pagos na forma do dec. nº 22.785, de 1933.

## VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Estou de acôrdo com o Sr. ministro revisor. Aliás, o ponto principal que interessa ao desenlace da demanda é o da condição da Sociedade. Realmente, era uma sociedade brasileira. A legislação de emergência, atendendo às situações criadas pela guerra, incluiu várias providências, em vários setores, para evitar que perdurassem inconvenientes dessa ordem e a legislação que instituiu, após a declaração do estado de guerra entre o Brasil e a Alemanha, o Fundo de

Reparações de Guerra, cogitou da incorporação de bens pertencentes a súditos dêsse país. Haveria, atendendo em parte a essa legislação, que se providenciar para escoimar o quadro social dêsses súditos de países com os quais o Brasil estava em guerra. A incorporação, que se deu, a meu ver - e o Sr. ministro ELMANO CRUZ terá demonstrado com acêrto - não era permitida na própria legislação atinente.

Assim, bem dosada que está a reparação, manifesto-me de acôrdo com o Sr. ministro revisor.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitada, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade de parte da autora, deu-lhe provimento, em parte, ao seu recurso, vencido o Sr. ministro relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

\*

### **PRESCRIÇÃO BIENAL - DÍVIDAS ATIVAS DE INSTITUTOS - CONTRIBUIÇÕES - DIÁRIAS DE VIAGEM - ABONOS**

**- Não se aplica às dívidas ativas dos institutos de aposentadoria e pensões a prescrição bienal.**

**- As diárias de viagem e os abonos estão sujeitos a contribuições para os institutos.**

I.A.P.C. *versus* Mesbla S. A.

Ag. nº 3.129 - Relator: MINISTRO ALFREDO BERNARDES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição nº 3.129, do Rio Grande do Sul, em que é agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários e agravada Mesbla S. A.:

Acordam os ministros da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por decisão unânime, em dar provimento ao agravo, para reformar a sentença agravada e julgar improcedentes os embargos do executado e, conseqüentemente, procedente o presente executivo fiscal, a fim de condenar a ré nos termos do pedido e custas, dando, pois, como subsistente a penhora, tudo na conformidade do relatório e das notas taquigráficas *retro*, que êste integram.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 29 de outubro de 1952. - *Alfredo Bernardes*, presidente e relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários intenta executivo fiscal para cobrar à Mesbla S. A., estabelecida à rua Sete de Setembro número 856, na cidade de Pôrto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, a importância de Cr\$ 71.204,00, proveniente de contribuições previstas nos arts. 2º, 74, alíneas *a* e *b*, 84, 86, 178, parág. único, e 240 do regulamento aprovado pelo dec. nº 5.493, de 9 de abril de 1940, que deixou de recolher, incluídas as parcelas acessórias devidas à Liga Brasileira de Assistência, ao S.E.N.A.C. e ao S.E.S.C., e juros moratórios.

A executada ofereceu dinheiro à penhora, e seguro o Juízo, apresentou os competentes embargos em que alega que as contribuições reclamadas, recaindo sobre *abonos* e *diárias de viajantes*, elementos êsses que não se incluem no salário, não podem ser objeto de recolhimento como receita do Instituto exeqüente, certo, como é, que, nos termos expressos do artigo 18 do dec.-lei nº 2.122, de 9 de abril de 1940, tais recolhimentos só se entendem com relação aos salários, na sua genuína significação. Os *abonos*, embora representem *aumento de salário*, escapam à incidência da contribuição. desde que foram concedidos *por iniciativa própria*, sendo expressos, a respeito, os decs.-leis ns. 3.913, de 10 de novembro de 1941, e 4.365, de 4 de julho de 1942: e as *diárias*

*dos viajantes* não constituem salário, sendo irrelevante invocar, em contrário, o art. 77 do dec. número 5.493, de 9 de abril de 1940 (Regulamento do I.A.P.C., assinado, apenas, pelo ministro do Trabalho), pois é sabido que nesse dispositivo houve exorbitância relativamente ao dec.-lei nº 2.122, de 9 de abril de 1940, de cuja regulamentação se tratava, limitada, como ficara esta, pelo conteúdo dos arts. 51, 52 e 53 dêsse mesmo decreto-lei. Aliás, continua a embargante, quando não fôsse exorbitante, o dito art. 77 teria sido revogado pelo artigo 33, § 2º, do dec.-lei nº 2.036, de 10 de novembro de 1941, onde expressamente diz:

"Não se incluem nos salários as gratificações que não tenham sido ajustadas, as diárias para viagem e as ajudas de custo".

Sustenta, ainda, a Mesbla S. A. que tôdas as importâncias (quer abonos, quer diárias, quer comissões) sôbre as quais o Instituto calculou os descontos de recolhimento, reclamados no presente executivo, correspondem a datas recuadas de mais de dois anos, sendo, além disso, de notar que nenhum dêsse descontos, isoladamente, excede de Cr\$ 100,00, estando, assim, ela, embargante, amparada pela prescrição bienal, estabelecida no Cód. Civil, em seu artigo 178, §, 7º, II, pois, quando foi citada para os têrmos do presente executivo, já havia decorrido mais de dois anos, a contar das épocas em que se teriam tornado devidos os respectivos recolhimentos, sendo certo, por outro lado, que essa prescrição não foi interrompida por qualquer dos modos admitidos em lei. Improcede, portanto, o executivo, já porque versa sôbre descontos ilegítimos, já porque, em qualquer caso, corresponde a quantias largamente cobertas pela prescrição bienal do art. 178, § 7º, inc. II, do Cód. Civil.

O Instituto contestou os embargos, de fls. 80 a 85, os quais, por sentença de fôlhas 94 a 96, foram julgados procedentes para o efeito de anular a cobrança referente a abonos e diárias de viagem, por ilegal e ilegítima, e dar como alcançadas pela prescrição as parcelas alusivas a comissões.

Inconformado, agravou o I.A.P.C., assim fundamentando o seu recurso: (*fôlhas 101 a 104, lê*); a Mesbla S. A. contraminutou, de fls. 112 a 177, levantando, de início, a preliminar de intempestividade do agravo; e, por fim, nesta instância, a

douta Subprocuradoria Geral da República emitiu o parecer de fls. 132 a 133, em que opina pelo provimento do agravo: (*lê*).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Improcede a preliminar de intempestividade da interposição do recurso. O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários goza dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer quanto ao uso de processos especiais para cobrança de seus créditos, *quer no concernente a prazos e regime de custas* (art. 41, parág. único, do dec.-lei nº 2.122, de 9 de abril de 1940). Conseqüentemente, dispondo a Fazenda do dôbro dos prazos para interposição de recursos. - êsse privilégio estende-se ao I.A.P.C. - assim, foi tempestiva a interposição do agravo de fls. 101, manifestado dentro dos 10 dias seguintes ao da intimação da sentença agravada.

*Mérito.* A dívida executada decorre: *a) de abonos; b) de diárias de viagem; c) de comissões.* A sentença, dando como certo que ditos abonos e diárias não integram o salário, no seu preciso sentido houve como ilegítima a cobrança, no concernente às duas referidas parcelas; e quanto às comissões, que constituem estipêndio equiparável ao salário, considerou-as como incobráveis, porque decorrem em verdade, mais de dois anos entre à época em que deveriam ser recolhidas e a em que se operou a citação. A prescrição bienal é de proclamar-se, afirma o douto juiz *a quo*, porque a exceção em favor do poder público (União, Estado ou Município) não se estende às autarquias. Já de si a prescrição é de índole geral e as exceções alcançam apenas os casos que especificam. Nem por fôrça de compreensão era possível abrir a tais entidades o benefício em debate e isso porque o sentido mesmo da legislação especial o repele. Ademais, essa é a jurisprudência assente.

*Quanto à aludida prescrição bienal das comissões,* - por constituírem dívidas inferiores a Cr\$ 100,00, - manifesta é a sua improcedência. Dita prescrição, estabelecida no art. 178, § 7º, inc. II, do Código Civil, não se aplica às dívidas fiscais, regula apenas direitos e obrigações de ordem privada, concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações (acórdão no agravo de petição nº 973, da 2ª

Turma do Tribunal Federal de Recursos, publicado no "Diário da Justiça" de 30 de abril de 1951). Assim se tem entendido relativamente às dívidas ativas de qualquer valor do poder público, - e se há de entender a respeito das do I.A.P.C., - pois o art. 43 do dec.-lei número 2.122, de 9 de abril de 1940, preceitua que se aplicam ao mesmo Instituto "os prazos de prescrição de que goza a União Federal". Mas, ainda que não existisse texto expresso de lei estendendo ao I.A.P.C. os prazos prescricionais concedidos à União, seria de repelir-se a prescrição argüida pela embargante-agravada porque, segundo o decidido no recurso extraordinário nº 11.020, "em matéria de prescrição os institutos de aposentadoria e pensões estão equiparados à Fazenda Pública", e não se aplicando a dívidas ativas desta, inferiores a Cr\$ 100,00, a prescrição bienal do art. 178, § 7º, inc. II, do Código Civil, também não se aplicaria a aludida prescrição às dívidas ativas dos institutos, ainda que de valor inferior a Cr\$ 100,00.

*Com relação às diárias de viagem*, - o dec.-lei nº 2.122, de 9 de abril de 1940, no art. 18, enumera as fontes de receita do I.A.P.C. (contribuição mensal dos segurados de 3% a 8% sôbre o salário-classe, até o máximo de Cr\$ 2.000,00).

Mas, que é *salário-classe*? O regulamento do mesmo Instituto, aprovado pelo dec. nº 5.493, de 9 de abril de 1940, define o que seja, ou melhor, como é formado êsse salário, e no art. 77 prescreve:

"Incluem-se no salário quaisquer remunerações percebidas pelo empregado sob qualquer título, ainda mesmo como extranumerário, ou gratificação, salvo aquelas, de natureza puramente ocasional, que não excedam de um mês de vencimentos, ou as que forem fornecidas para custeio exclusivo de transporte".

Conseqüentemente, as diárias de viagem, desde que percebidas mensalmente pelo empregado, como integrantes de seu salário de classe, escapam à classificação de ocasionais, e, assim, ficam sujeitas à contribuição reclamada, pelo agravante no presente executivo.

Relativamente aos abonos provisórios, esta egrégia Câmara, em vários acórdãos, tem decidido que perderam, há muito, a transitoriedade e, em conseqüência disso, incorporam-se, definitivamente, aos salários dos empregados.

O dec.-lei nº 3.813, de 10 de novembro de 1941, isentou dos descontos previstos em leis de previdência social os aumentos de salários que, no prazo de seis meses, contados da publicação do referido decreto-lei, fôsem, por iniciativa própria, concedidos pelos empregadores a seus empregados. Êsses aumentos, considerados como *abonos*, não se incorporariam aos salários ou a outras vantagens já percebidas. A vigência do dec.-lei nº 3.813, no entanto, foi prorrogada por tempo indefinido pelo dec.-lei nº 4.356, de 4 de junho de 1942. Transformou-se, portanto, de lei transitória, ou de emergência, que era, em disposição permanente. Ora, a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo dec.-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, prescreve, no art. 1º, parág. único, continuarem em vigor as disposições legais transitórias ou de *emergência*, bem como as que não tenham aplicação em todo o território nacional. O dec.-lei nº 3.813, evidentemente, ficou excluído da aludida ressalva, e, assim, vige a espécie a Consolidação das Leis do Trabalho, que regula por inteiro a matéria de salários, e isso na Lei de Introdução do Cód. Civil, que dispõe:

"Não se destinando a vigência *temporária*, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

Portanto. desde a vigência da Consolidação, o dec.-lei nº 3.813 deixou de vigorar, e tanto isso é certo que o dec.-lei número 6.223, de 22 de janeiro de 1944, ao mandar computar os abonos para efeitos do cálculo do salário-compensação, fixou como marco inicial dessa contagem o dia 10 de novembro de 1943, precisamente o da vigência da aludida Consolidação.

Pelo exposto e o mais que consta do acórdão proferido por êste Tribunal no mandado de segurança nº 6.079, dou provimento ao agravo para, reformando a sentença agravada, julgar improcedentes os embargos do executado e, conseqüentemente, procedente o presente executivo fiscal, para condenar a ré nos têrmos do pedido e custas, dando, pois, como subsistente a penhora.

## VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LOBO: A prorrogação mandada fazer pelo decreto-lei nº 4.356, de 4 de junho de 1942, não tem sentido de prorrogação por

prazo indefinido. Ao meu ver, Sr. presidente, como já votei no mandado de segurança a que V. Ex<sup>a</sup> acaba de fazer alusão, essa prorrogação foi por prazo igual, isto é, de seis meses. Êsse foi o ponto de vista que sustentei sôbre o assunto. Não tomo o citado decreto-lei de 1942 como prorrogando indefinidamente o prazo. Desta forma, se a cobrança constante dos autos que estão em discussão, através do agravo, corresponde ao período a que acabo de aludir, isto é, seis meses, mas a partir de junho de 1942, o meu voto, *data venia*, é dando provimento em parte, para manter a cobrança dentro dos seis meses referidos, e acompanhando V. Ex<sup>a</sup> daí por diante.

### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento ao agravo, por votação unânime, sendo certo que o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO sômente em parte, na conformidade do voto que então proferiu.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

\*

### **MANDADO DE SEGURANÇA – CAUSA - COMPETÊNCIA - COISA JULGADA ADMINISTRATIVA**

**- O juiz da Fazenda do Distrito Federal é competente para conhecer de causa contra a União, ainda que só trate de mandado de segurança requerido contra autoridade sediada fora dos limites de sua jurisdição ordinária.**

Requerente: Cia. de Fiação e Tecidos de Minas Gerais

Rec. de mand. de seg. nº 1.705 - Rel.: MIN. CUNHA VASCONCELOS

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.705, do Distrito Federal:

Acordam, por maioria, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e nos termos das notas taquigráficas *retro*, em rejeitar a preliminar de nulidade do processo, por incompetência do juiz *a quo*; e, no mérito, em negar provimento ao recurso, igualmente por maioria.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 25 de setembro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente; *Cunha Vasconcelos Filho*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: O relatório está bem feito, na sentença de fls. 50, da lavra do Dr. juiz JOSÉ DE AGUIAR DIAS, e é esta: "A Cia. de Fiação e Tecidos de Minas Gerais, estabelecida no Município de Sabará, Minas Gerais, impetrou mandado de segurança contra ato dos agentes fiscais do impôsto de consumo Néelson de Mendonça Habite e José de Oliveira Lima e do coletor federal de Sabará, Epaminondas de Almeida, os primeiros por autuarem ilegalmente a impetrante e o último por acolher a autuação ilegal, dando início ao processo fiscal para cobrança do débito assim constituído. Explica que, em 1948, um agente fiscal da Coletoria de Sabará, depois de proceder a exame de sua escrita, lavrou auto de infração e apreensão, por haver verificado que a impetrante produzira e vendera *cordonel* sem pagamento do impôsto de consumo; que, defendendo-se, logrou ganho de causa, com a declaração, pelos órgãos jurisdicionais administrativos, de que tal produto está isento do impôsto de consumo. O ato dos funcionários de que se queixa ataca a coisa julgada, repetindo a exigência fiscal anterior, relativamente ao mesmo período, só aumentado do tempo decorrido até esta data. Deve, por isso, ser declarado insubsistente. O coletor de Sabará prestou as informações de fls. 38. O Dr. procurador da República oficiou a fls. 42.

"Tudo visto e examinado:

"Discute-se aqui, em posições extremistas, a questão da coisa julgada em direito administrativo. Mas a própria citação comum, por parte da impetrante e dos coatores, dos mesmos autores e tratadistas, revela que não há como situar o problema nesses termos. A verdade é que o ato administrativo é essencialmente

revogável, com a limitação, porém, imposta pelos direitos constituídos em favor dos particulares. Adquirida por êstes uma situação patrimonial por via do ato administrativo, não pode mais êste ser revogado, com prejuízo dos particulares. É a lição unânime dos juristas e dos tribunais brasileiros. Pelo exposto, reconhecendo, no caso, a ocorrência dos pressupostos da constituição de direitos patrimoniais em favor da impetrante, e não podendo êle ser atingido pela administração, concedo o mandado" (fls. 50-51).

Publicada esta sentença, recorreu a União Federal, tempestivamente, com as razões de fls. 53-54, nestes têrmos: "A meritíssima sentença agravada deferiu o pedido formulado pela impetrante, ora agravada, sob o fundamento de que o acórdão do egrégio 2º Conselho de Contribuintes, publicado no "Diário Oficial" de 31 de março de 1951, pág. 416, garantiu para a suplicante uma situação patrimonial por via do ato administrativo, que não pode mais ser revogado. Não atendeu, assim, a respeitável decisão aos jurídicos argumentos oferecidos pela União Federal em seu parecer de fls..., a que nos reportamos e pedimos fique como parte destas razões. Ocorre que o lançamento do impôsto de consumo que se pretende anular através do mandado de segurança difere daquele que foi objeto do acórdão acima citado, não só quanto ao prazo como também quanto ao dispositivo legal invocado pela autoridade fazendária para proceder à cobrança do tributo. Essa circunstância, por si só, bastaria para justificar a necessidade da reforma do respeitável decisório agravado. Mas, outros motivos concorrem para que se denegue a segurança pedida pela impetrante. Uma simples leitura da inicial e das informações prestadas pela autoridade impetrada mostra o nenhum cabimento da medida excepcional pleiteada pela impetrante. A tese por esta defendida, de que o ato administrativo anterior cria um direito subjetivo em favo do contribuinte, é, ainda hoje, objeto de debates em nossos tribunais. Sôbre ela têm-se manifestado pró e contra ilustres juízes. Não pode, conseqüentemente, ser invocada para a proteção de direito líquido e certo através de mandado de segurança. Cumpre salientar mais uma vez que a suplicante, que pretende a isenção do impôsto de consumo para o produto *cordonei*, de sua fabricação, vem, entretanto, cobrando êsse mesmo tributo nas vendas aos comerciantes. Vale tal procedimento como um reconhecimento tácito de que o referido impôsto é devido. Face ao exposto e reportando-se às informações de fls. 28, pede e espera a União Federal seja provido o presente agravo" (fls. 53-54).

A parte contraminutou - está presente por seu advogado - e a Subprocuradoria Geral - a quem os autos foram, por movimento da Secretaria, - ofereceu o parecer de fls. 67-68, opinando pela reforma da sentença.

Advirto ao advogado presente que, no exame dêste recurso, surgirá, necessariamente, a questão da competência do juiz para conhecer do pedido, isso porque êste Tribunal, ainda recentemente, pela unanimidade dos juízes presentes, decidiu que o juiz do Distrito Federal não tem competência para conhecer de mandado de segurança contra autoridade sediada em outras unidades da Federação.

### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, é inquestionável que, preliminarmente, há que se cuidar dêsse aspecto da competência do juiz, competência negada por êste Tribunal, unânimemente, por motivos vários. Não afinaram, os eminentes juízes que assim se manifestaram, em sua unanimidade, com o ponto de vista do ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, frente à lei nova, ou seja, a de que a União já não é ré em processos de mandado de segurança, porquanto a lei não estabelece a obrigatoriedade da sua citação. Eu estava presidindo ao Tribunal, eventualmente. Já agora, cabe-me manifestar-me a respeito da questão.

Sr. presidente, a distinção, ou a divergência, que se estabelece, nos motivos de decidir, entre os fundamentos do Sr. ministro QUEIRÓS e os de outros eminentes colegas, que negaram a competência do juiz do Distrito Federal para conhecer de mandado de segurança requerido contra autoridades sediadas nos Estados...

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: V. Ex<sup>a</sup> permite? Naquela ocasião, tratava-se de hipótese contrária: mandado de segurança requerido na capital de um Estado contra autoridade sediada no Distrito Federal.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Certo... Mas, dizia eu, a diferença dêsses fundamentos não muda, absolutamente, o aspecto principal da questão. No caso em aprêço, o mandado de segurança foi requerido anteriormente, quando a lei determinava, expressamente a citação da União,

definindo-lhe, assim, no conceito do ministro QUEIRÓS, uma posição de ré no processo. Para Sua Ex<sup>a</sup>, portanto, e para mim, também, não há dúvida quanto à competência dos juízes da Fazenda Pública do Distrito Federal; mas, para mim, não há dúvida, também, ainda em face da lei atual, não obstante declare o meu reconhecimento dos embaraços que situações que se apresentem inequivocamente criarão aos próprios juízes e até com sacrifício da celeridade'com que deve ser processado o mandado de segurança. Parece estranho que um mandado de segurança contra uma autoridade do Território do Amapá, ou uma autoridade sediada nos confins de Mato Grosso, ou do Rio Grande do Sul, possa ser ajuizado na capital da República, no Distrito Federal. Os próprios prazos, que a lei define, para prestação de informações e outros termos do processo, não poderiam ser, em casos tais, observados. Mas, frente à Constituição da República, art. 201, não há que discutir. Não nos poderemos sobrepor, a meu ver, a essa determinação soberana da Nação, através de seu poder constituinte:

"As causas em que a União for autora serão aforadas na capital do Estado ou Território em que tiver domicílio a outra parte".

Veja-se bem o sentido da Constituição: isso, para maior facilidade da defesa e, conseqüentemente, o mais seguro amparo do direito Então, sempre que a União acionar alguém, deverá fazê-lo no juízo do domicílio desse alguém. Agora, como a União tem representantes seus em tôdas as unidades da Federação, até em Territórios, vem a segunda parte; diz a Constituição:

"As intentadas contra a União poderão ser aforadas na capital do Estado ou Território em que fôr domiciliado o autor; na capital do Estado em que se verificou o ato ou fato originador da demanda ou esteja situada a coisa; ou ainda no Distrito Federal".

Onde fôr mais conveniente ao autor acionar a União, aí poderá fazê-lo, dentro dessas três regras. E a finalidade dessa segunda parte se casa perfeitamente com a da primeira. O mandado de segurança não pode deixar de ser incluído na conceituação geral ou na definição ampla sob a expressão *causa*. Pouco se tem escrito, na literatura jurídica do Brasil, a respeito do conceito de *causa*. Ele se generalizou. Seu uso generalizou-se. Aplica-se a tôdas as demandas, a tudo quanto se ajuíza com caráter contencioso. Mas há um trabalho interessante - e

foi o único que pude encontrar, a êsse respeito - que está no "Repertório-Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 8, pág. 1, aliás, e, por coincidência, da autoria do próprio juiz que sentenciou no feito, Dr. JOSÉ DE AGUIAR DIAS.

Diz o eminente tratadista e juiz: "*Causa*. Das diversas acepções em que é tomada a palavra *causa* na linguagem jurídica, tôdas ligadas à idéia de motivo, título, razão ou justificativa, a mais vulgar é a que corresponde a lide ou processo, como já sucedia no direito romano: *causa curialis*, *causa fiscalis*, *causa cognitio*. Nesse sentido, mantém-se em nossa terminologia jurídica, definindo-a PEREIRA E SOUSA como a espécie jurídica de que se trata em cada processo, ao que acrescenta TEIXEIRA DE FREITAS, para oferecer clareza ao assunto: "Não se tome a maior parte pelo todo, não se confundam causas e ações, incúria de tantos escritores. Se tôdas as ações, como remédios ou meios para pedir ao juiz que obrigue outrem a dar, ou fazer, aquilo de que tem obrigação perfeita (CORREIA TELES, "Doutrina das Ações", § 1º), são *causas*, são *processos*; não se segue, ao inverso, que tôdas as causas sejam *ações* ou *processo de ações*. A jurisprudência é *graciosa* ou *contenciosa*; e, quando *graciosa*, não há contestação entre partes, não há questão agitada em juízo, não há discussão possível. Eis a rigorosa distinção de tantos nomes, que neste assunto correm com indiferença e parecem exprimir a mesma idéia: *processo*, *autos*, *feitos*, são os papéis continentes de qualquer *causa*; *causa*, em geral, o *porquê dos fatos*; em generalidade jurídica, o *porquê legal*; em generalidade forense, o *porquê do processado*, ou êste seja conteúdo da ação ou de outro procedimento *sem ação*. *Ação*, litígio, é só *causa* onde contendem ou pleiteiam duas ou mais partes: a demanda dá origem e princípio ao *litígio* e o *litígio* trata-se e desenvolve-se no *processo* ("Primeiras Linhas", § IV, nota 4). No "Vocabulário Jurídico", TEIXEIRA DE FREITAS reiterava: "*Causas*, entende-se de ordinário como processos judiciais, seja qual fôr sua natureza ou seus fins" (verb. *Causa*). O insigne LOPES DA COSTA, invocando TEIXEIRA DE FREITAS e CARPENTER, sustenta a mesma opinião, para assinalar a falta de alcance da distinção entre *feito e causa*, feita no Cód. de Proc. Civil, art. 707, ao aproveitar o art. 590 do antigo Código processual mineiro ("Direito Processual Civil Brasileiro", vol. IV, página 253). No mesmo sentido é a opinião de CASTRO NUNES, em função do cabimento do recurso extraordinário. Recorda a lição de AMARO CAVALCANTI a respeito da palavra *suit*, do direito norte-americano, e que abrange todo e qualquer

processo judicial, para concluir que a *causa* pode ser civil, criminal, comercial, etc., e o próprio *habeas corpus*, quando concedido, se considera causa, para efeito do recurso extraordinário ("Teoria e Prática do Poder Judiciário", ed. "REVISTA FORENSE", pág. 328). Não são, porém, *causas* as decisões dos órgãos judiciários em suas atribuições administrativas: "É o que ocorre nos casos em que o Tribunal pratica um ato de natureza administrativa, alheio a sua função específica de órgão judiciário. Exemplos: quando elabora o seu Regimento Interno, impõe uma punição disciplinar, organiza uma lista de candidatos para nomeação ou promoção, etc. Se o ato lesa um direito individual, cabe ao prejudicado usar do mandado de segurança ou propor a ação que couber e será êsse o *feito* judicial de cuja *decisão final* caberá então o recurso extraordinário" (CASTRO NUNES, ob. cit., página 329). Com êsse límpido ensinamento, claro se mostra que não cabe, ao contrário do que já temos visto sustentar, recurso extraordinário da decisão de um Tribunal que nega certa licença a um juiz de direito. Assim tem pensado o Supremo Tribunal Federal, em constante jurisprudência, recusando-se a conhecer de recurso extraordinário de decisão em reclamação contra lista de antiguidade, imposição de pena disciplinar, etc."

Ora, vê-se, assim, que, generalizada e admitida, na literatura jurídica do país, está a expressão *causas* como abrangedora de todos os feitos contenciosos que correm em juízo. Não há, portanto, que negar o sentido abrangedor dessa expressão usada no art. 201 da Constituição da República. Conseqüentemente, se inconvenientes de ordem prática são inegáveis, em casos como os que foram mencionados, não é possível recusar o direito que a Constituição assegura.

Mas, dizia eu, assim entendo face às leis antigas e face à lei atual. Pretende-se, entretanto, que, frente à lei atual, não sendo a União ré, nos processos de mandado de segurança, pela falta de citação, há que se obedecer às leis que definem a competência judiciária local. Sr. presidente *data venia*, não me parece tenha bom assento a conclusão de que a União Federal não é ré nos processos de mandado de segurança, regidos pela lei atual, por ausência de citação. Primeiro, porque, a meu ver, a citação está imposta pela lei: segundo porque, se a lei, no texto corrente, não incluía a determinação da citação, como fazia a anterior, definiu, entretanto, claramente, a posição da União nos processos de mandado de segurança, porque determina que, após as informações, o escrivão remeta os autos com vista ao procurador.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Perdão, ao representante do Ministério Público.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Ao representante do Ministério Público, exato. Eis aqui: ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias; mas, qual o representante, em casos de mandado de segurança requeridos contra autoridades federais, competente? O procurador da República, inequivocamente.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Por coincidência de funções.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Qual o outro representante, no Estado de Minas Gerais, por exemplo, que teria coincidência de funções para o efeito de contestar o mandado de segurança? O que houve foi reincidência no uso generalizado da expressão *Ministério Público*...

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Não me refiro ao Estado de Minas Gerais. Refiro-me aos mandados de segurança requeridos contra autoridades do Distrito Federal, por exemplo: o prefeito. Nesse caso, não se ouve o procurador e sim o representante do Ministério Público, que não representa o Distrito Federal. Neste caso, não há coincidência de funções, como ocorre com os procuradores, que são procuradores da República e representantes da União. Repito: nos mandados de segurança requeridos contra autoridades do Distrito Federal, não se ouve o procurador, manda-se ouvir - segundo está na lei - o representante do Ministério Público local, que nada tem que ver com a representação do Distrito Federal no Juízo.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): V. Ex<sup>a</sup> vai permitir que eu entenda que êsse procedimento é vicioso.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Mas é o que manda a lei.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Perdão, não é, e vou demonstrar. Disse eu, Sr. presidente, que está, na lei, a determinação da citação. E se há uma citação a ser feita. essa será na pessoa do *representante judicial autorizado*. E está, realmente: a lei o declara, no art. 6º. O legislador, talvez,

tenha pecado, nesse passo, por exagero de síntese, porque o que deveria ficar bem exposto ele entendeu que estava definido. Entretanto, porque estava implícito - e aqui é o ponto - no art. 6º determinou o legislador:

"A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 158 e 159 do Cód. de Proc. Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópias, na segunda".

*A petição inicial deverá preencher os requisitos dos arts. 158 e 159 do Cód. de Proc. Civil. E o que dizem êsses artigos? O art. 158, na alínea VI, diz que a inicial deverá conter "o requerimento para a citação do réu".*

*Logo, é mandamento da lei requerer a citação do réu.*

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: A própria lei do mandado de segurança manda não aplicar os dispositivos do Cód. de Processo.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Mas está isto aqui, exposto. Nesse particular é exposto.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Por isso mesmo.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Perdão: "a petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 158 e 159 do Cód. de Proc. Civil..." *é a lei.*

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: E logo adiante manda não-aplicar.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Não-aplicar, em geral. Conseqüentemente, está aqui a ordem da citação. A meu ver, entretanto, estava tudo isso implícito, com abstração da leitura do art. 158 do Cód. Civil. Não posso compreender que a posição da União, num processo de mandado de segurança em que fale *seu representante*, representação que não exclui a do Ministério Público, não seja a de interessada no feito como autora, ré, assistente, ou oponente. E, no caso, ré, evidentemente, porque, senão, a que vai o processo *ao seu representante*?

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Realmente, seria uma interpretação. Nesse caso, o procurador da República, que também é órgão do Ministério Público, falaria como representante da União e o Ministério Público não seria ouvido.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): V. Ex<sup>a</sup> vai permitir que eu encontre a base mais sólida para minha conclusão em entendimento dêste próprio Tribunal, que, recentemente, a meu ver e, *data venia*, contrariando a lei, mas isso não prejudica o que venho de sustentar, porque ela estaria representada, devidamente, na primeira instância, pelo seu representante, que teria falado - êste Tribunal, contrariando a lei, mas definindo bem a necessidade da intervenção da União nos feitos, baixou resolução, - sob o fundamento de que havia altos interesses da União e que seu representante não devia ficar estranho aos fatos - baixou resolução determinando que todos os recursos fôsem com vista ao Dr. subprocurador geral...

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Que também é representante do Ministério Público...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Mas também da União e para cuidar de seus altos interesses.

De forma que, Sr, presidente, não obstante reconheça os inconvenientes na prática que a Constituição determina, êsses inconvenientes, entretanto, não podem pesar na resolução do juiz que tem de cumprir a Constituição. Na forma da Constituição, os juízes do Distrito Federal, como os dos Estados, são competentes para conhecer de mandados de segurança requeridos contra autoridades públicas federais, sediadas em outros Estados da unidade federativa, além de sua jurisdição ordinária, comum. Conseqüentemente, nesse particular, entendo que o juiz conheceu bem do mandado de segurança e me parece que essa questão há que ser resolvida, preliminarmente, porque, se o Tribunal repetir seu entendimento anterior, desde logo afirmará a nulidade do processo e, então, não há que entrar no mérito.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Dou provimento ao recurso *ex officio* e ao agravo, para haver como de nenhum efeito a decisão de fls. 50 e 51, com a qual um juiz de direito do Distrito Federal concedeu mandado de segurança contra autoridades federais de repartições sediadas em Sabará, Estado de Minas Gerais. A lei nº 191, de 1936, primeira lei de processo de mandado de segurança do país, dispunha, no art. 8º, § 7º:

"Se, pelas informações, o juiz verificar que o ato foi ou vai ser praticado por ordem de autoridade que, pela sua hierarquia, esteja sujeita a outra jurisdição, mandará remeter o processo ao juiz do Tribunal competente".

O Cód. de Proc. Civil, segunda lei a respeito do dito processo, disse, em termos inequívocos, no art. 324, § 1º:

"Se o juiz verificar que o ato foi ou vai ser praticado por ordem de autoridade não subordinada à sua jurisdição, mandará remeter o processo ao juiz ou Tribunal competente".

Não era preciso que isso constasse expressamente de lei. O juiz de direito, de Vara da Fazenda ou não, tem uma esfera de competência, tem uma jurisdição. O juiz de direito do Distrito Federal tem jurisdição no Distrito Federal, não fora de seus limites. Atos de autoridades federais em Sabará, Minas, são da jurisdição de juiz da Fazenda Pública de Minas, para efeito de mandado de segurança. No concernente a mandado de segurança, escapam à jurisdição, à competência do juiz prolator da decisão de fls. 50 e 51, decisão, por isso, nula.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Sr. presidente, o mandado de segurança foi requerido ainda quando vigente o Cód. de Proc. Civil, relativamente a êste instituto.

Àquele tempo, a autoridade coatora prestava apenas informações, e a União Federal contestava o feito, de modo que esta assumia realmente, no regime antigo, a posição de ré na demanda, ou de assistente, quando assistia a uma instituição autárquica, mas sempre assumia posição de ré ou de assistente no feito; atualmente, a situação variou, não há mais contestação. Recebidas as

informações da autoridade coatora, o juiz profere, desde logo, a sentença e a União, portanto, não é mais pessoa necessária no juízo, pode comparecer, ou não pode deixar de contestar ou de assistir, e o mandado de segurança será julgado da mesma maneira.

Mas, no caso presente, trata-se de mandado de segurança requerido na vigência do Cód. de Proc. Civil.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Informações requeridas, prestadas e contestadas depois. Fui verificar isso.

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Estamos diante de um feito em que a União é interessada. As causas intentadas contra a União podem ser propostas no fôro onde os acontecimentos se passaram, no domicílio do réu, ou, ainda, no Distrito Federal. A opção é da parte. Não se pode dizer que esta tenha errado preferindo o fôro do Distrito Federal.

Rejeito, por estas razões, a alegação de incompetência.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Rejeito a preliminar.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, rejeito a preliminar.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Sr. presidente, estou inteiramente de acôrdo com o voto proferido pelo eminente ministro ALFREDO BERNARDES. No caso, trata-se de mandado de segurança impetrado e contestado antes da vigência da atual lei. Não importa que a sentença tenha sido proferida já na vigência da lei nº 1.533. Trata-se de situação já fixada antes do novo regime processual referente ao mandado de segurança. Portanto, segundo meu entendimento pessoal, não ocorre a incompetência do Juízo da Fazenda no Distrito Federal. Ressalvo êsse meu ponto de vista, porque

entendo que, nos mandados de segurança impetrados posteriormente à vigência da lei atual, a situação seria diversa. Assim, no caso concreto, rejeito a alegação de incompetência do juízo *a quo*.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Estava ausente dêste Tribunal quando se aflorou essa questão de incompetência do Juízo da Fazenda Pública na Capital Federal em tema de mandado de segurança, assunto que foi largamente debatido. Hoje, o Sr. ministro relator explanou largamente asse assunto. Meu voto, no caso concreto, é pela competência ao Tribunal, por se tratar de mandado que foi processado antes da lei nº 1.533. Qualquer indagação além de tal aspecto, que é decisivo, tenho como inadequado no momento.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, no mérito, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença, por seus próprios fundamentos. A situação, com relação à revogabilidade, ou não, dos atos administrativos, é exatamente a que a sentença define: (*lê*).

O que se passou, neste processo, foi isso: em 1948, fiscais do impôsto de consumo autuaram a recorrida, porque ela não havia pago impôsto de consumo sôbre a venda do produto, de sua fabricação, conhecido como *cordonel*. O delegado fiscal da seção houve como improcedente o auto; e, interposto recurso para o Conselho de Contribuintes, êste decidiu nos têrmos que vou ler: "Contra a Cia. de Fiação e Tecidos de Minas Gerais, com fábrica de tecidos e fiação em Sabará, Estado de Minas Gerais, foi lavrado o auto de fls. por ter a fiscalização verificado que a citada emprêsa vinha produzindo e vendendo determinado tecido de algodão denominado *cordonel*, sem o necessário pagamento do impôsto de consumo. Deu-se como infringido o disposto no art. 98 e alínea XXIX da Tabela D do dec.-lei nº 7.404, de março de 1945. Devidamente intimada, a autuada defendeu-se no prazo regulamentar. Faz longas considerações e junta à sua defesa um atestado do Instituto Nacional de Tecnologia e a cópia fotostática de um acórdão do 2º Conselho de Contribuintes. Após expender considerações de ordem jurídica, o fiscal autuante pronuncia-se pela confirmação do auto. A pedido da autuada, foram

anexados ao processo os documentos de fls. 44 a 50. Examinando o processo, o Sr. delegado fiscal resolveu julgar improcedente o auto, para isentar de responsabilidade fiscal a Cia. de Tecidos de Minas Gerais e recorreu *ex officio* para êste Conselho.

"Isto pôsto:

Considerando que a recorrente provou exuberantemente que o tecido *cordonel* não pode ser considerado pròpriamente um tecido; considerando os têrmos claros e precisos do laudo proferido pelo Laboratório Nacional de Análises; considerando que êste Conselho, através do acórdão nº 21.465, de 9 de maio do corrente ano, decidiu matéria idêntica à dêste processo; considerando, assim, que a decisão recorrida aplicou corretamente a lei à espécie ora apreciada; considerando o mais que do processo consta:

"Acordam os membros do 2º Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso *ex officio*" (fls. 11).

Passados os tempos, os fiscais voltaram e autuaram, novamente, a recorrida, já agora incluindo, acrescentando à produção do período de que trata a decisão lida, a produção posterior, até a data atual. E já não seria *cordonel*, mas cordel.

Evidentemente, Sr. presidente, por um jôgo de palavras procurou-se criar uma situação de constrangimento. O produto - está no processo e vou ler - é o que foi oferecido a exame do Instituto Nacional de Tecnologia. E êste foi expresso: (*lê fôlhas 12-12 v.*).

E a Lei do Impôsto de Consumo declara isento o produto que serve à fabricação de outros produtos taxáveis.

Por êsses motivos, Sr. presidente, nego provimento ao recurso.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Depois de ter como evidente a incompetência do juiz *a quo*, resta-me ponderar que o impetrante quis fazer do

mandado de segurança ação declaratória e que parte da ação fiscal controvertida desrespeitou coisa julgada administrativa.

### VOTO - MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Meu ponto de vista coincide com o do Sr. ministro CUNHA MELO. Ninguém contestou a faculdade que têm as autoridades administrativas de reformarem os atos administrativos. O que se contesta é que essa reforma possa prejudicar o direito da parte.

No caso, o Sr. ministro CUNHA MELO ressaltou, muito bem, enquanto o acórdão do Conselho de Contribuintes estêve em vigor, os atos praticados até então pelo contribuinte escapam a qualquer incidência de impôsto. Posteriormente, as autoridades administrativas variaram de orientação jurídica. Considero possível, e admissível, essa variação, mas só se varia para o futuro. O pretérito fica resguardado.

Estou de pleno acôrdo com o voto proferido pelo eminente ministro CUNHA MELO.

### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Confirmo a decisão recorrida. Tenho para mim que em mandado de segurança não se discutem e não se separam questões de fato, mas há que se jogar com os fatos, sôbre os quais não há controvérsia.

A respeito, recordo manifestação do saudoso FILADELFO AZEVEDO, no Supremo Tribunal Federal, em que S. Ex<sup>a</sup> teria dito, a meu ver com muita propriedade, que, para saber se uma embarcação passou de bombordo ou de boreste por outra, não era preciso consultar o Tribunal Marítimo. É coisa que qualquer um de nós, diante de nossos rudimentares conhecimentos náuticos, pode saber. De modo que, para saber se *cordonel* é tecido ou apenas cordão, não preciso de laudos. No caso concreto, há um laudo, dizendo que é cordão. Mas eu não precisava do laudo. Portanto, a questão de fato está afastada. Jamais poderá vir outro laudo para dizer que *cordonel* é trama ou tessitura. Pelo menos para mim a interpretação é definitiva. E como se amanhã, viessem dizer

que vidro deixou de ser vidro para ser madeira. Será vidro a vida inteira, embora variem as opiniões dos técnicos. O material em si não poderá diversificar.

Se a matéria de fato é incontroversa e a questão de direito é simples e cordonel tem direito a isenção, confirmo a sentença.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Estou de acôrdo com o voto do Sr. ministro ELMANO CRUZ e, pela conclusão, com o do Sr. ministro relator.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Também nego provimento ao recurso, de acôrdo com o Sr. ministro relator.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, se a argüição de coisa julgada está sendo reconhecida e admitida pela unanimidade do Tribunal, desde que os Srs. ministros que divergiram também declararam que o faziam em parte, ressaltando êsse aspecto da coisa julgada, e se também o Sr. ministro relator, ainda há pouco, informou que tal argüição é abrangedora ao caso, porque as decisões que teriam sido proferidas administrativamente, entrosadas com as que foram posteriormente exaradas, levam a essa situação, porque se trata de um mesmo produto, não vejo como separar, dentro do mandado de segurança, *data venia* dos que votaram com restrição, a suscitada coisa julgada, para se admitir a segurança nesse ponto e não se acolher no outro, quando êsse outro está contido no primeiro. Ou reconhecemos a coisa julgada, ou não a reconhecemos. A argüição de coisa julgada envolve o aspecto total da causa. Por outras palavras, parece-me que foi assim o sentido da informação do Sr. ministro relator. Daí, entendo que, ou garantimos o direito pleiteado integralmente, ou o negamos, e, desde que a coisa julgada não está sendo posta em dúvida por ninguém, concluo acompanhando o Sr. ministro relator.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria de votos, contra o do Sr. ministro CUNHA MELO, rejeitaram a preliminar de nulidade do processo por incompetência do juiz *a quo; de meritis*, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, contra os votos dos Srs. ministros CUNHA MELO e ALFREDO BERNARDES, que davam provimento em parte. Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro CÂNDIDO LOBO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

\*

### **REMISSÃO - LEILÃO**

**- A remissão, por sua índole benéfica, tanto cabe na hasta pública como no leilão.**

Caixa Econômica Federal de São Paulo *versus* Arlindo Melo Bianchi

Ag. nº 3.105 - Relator: MINISTRO MACEDO LUDOLF

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 3.105, de São Paulo, em que é agravante a Caixa Econômica Federal de São Paulo e agravado Arlindo Melo Bianchi:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, pela sua 1ª Turma, em negar provimento ao agravo, tudo de conformidade com as notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Tribunal Federal de Recursos, 4 de novembro de 1952. - *Macedo Ludolf*, presidente e relator.

### **RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: A hipótese prende-se a executivo hipotecário que, movido pela Caixa Econômica Federal de São Paulo, perante o Juízo da Fazenda Nacional na respectiva capital, contra Severino Bianchi e sua mulher, D. Amélia de Melo Bianchi, veio a ser ali julgado procedente, envolvendo a propriedade gravada e que os autos especificam.

Não satisfeito o pagamento, após a condenação por sentença, foi expedida precatória ao Juízo de Santos, local do imóvel, sendo êle ali levado à hasta pública pelo preço da avaliação, fixado em Cr\$ 2.786.816,50. Não apareceram licitantes e sujeitou-se, em razão disso, aquêle imóvel a leilão.

Na realização dêsse leilão, o maior lanço oferecido partiu da exeqüente, Caixa Econômica, no valor de Cr\$ 500.000,00. Em seguida ao referido lanço, um filho dos executados, de nome Arlindo Melo Bianchi, requereu oralmente ao juiz, ratificando logo após, por escrito, a remissão do cogitado imóvel para si próprio, mediante preço igual ao alcançado na arrematação, comprometendo-se a depositar a importância dentro em 48 horas. De seu lado, a Caixa Econômica, já como arrematante, impugnou por petição a mencionada remissão, sob fundamento de ser a mesma inadmissível em leilão e, diante disso, pediu lhe fôsse adjudicado o bem pelo valor total do débito, importando em quitação.

A remissão, todavia, foi deferida em despacho trasladado a fls. 44, do teor seguinte: "Resolvendo o assunto das petições de fls. 61 e 62 imediatamente em seguida à terminação do auto de fls. 64, declaro o imóvel objeto da praça e leilão remido pelo filho do executado, o Dr. Arlindo Melo Bianchi, que, antes de assinado o auto de arrematação de fls. 64 a 65, ofereceu por êle a importância de Cr\$ 500.000,00, igual à do maior lanço oferecido, que foi o da própria exeqüente, Caixa Econômica Federal de São Paulo. Não vejo motivo para não se admitir remissão em leilão. A intenção evidente do legislador, ao disciplinar êsse instituto, foi proteger o patrimônio da família do devedor e preservá-lo da perda dos bens garantidores da execução da dívida. Tanto mais necessária se faz essa proteção quando, como no caso dos autos, tais bens se arrematam por preço impressionantemente inferior a seu verdadeiro valor. E é nos leilões que essa aviltação de preços se torna realmente possível. Não me leva a pôr em dúvida essa conclusão a circunstância de que o art. 980 do Cód. de Processo, omitindo a expressão *leilão*, prescreve que, realizada a praça, as pessoas autorizadas a remissão poderão pleiteá-la. Nenhuma razão existe para

uma distinção, no caso, entre a praça e o leilão, no sentido de neste se negar aos interessados o que naquela se lhes concede, mas sim no sentido de se lhes conceder mais ainda no leilão do que na praça. Considero, pois, inoperante a omissão sob apreciação, mesmo porque, se tivesse tido a intenção de excluir do leilão a possibilidade da remissão, o legislador o diria mais explicitamente, eliminando uma dúvida que só pode resolver-se a favor dos candidatos a remissão, à luz do brocardo "*meliora amplianda, odiosa restringenda*". O pedido de adjudicação feito pela exequente a fls. 62 não pode ser atendido. Encerrou-se a praça após o seu lance; não lhe é dado conseguir a modificação dos resultados finais do ato. O renitente terá o prazo legal de três dias para depositar em juízo o preço oferecido, nos termos e sob as penas do art. 978 do Cód. de Processo. Intimem-se imediatamente".

Surgiu daí o presente agravo de instrumento, em cuja minuta a exequente pleiteia a reforma do que se decidiu, a fim de que seja anulada a remissão, por contravir ao disposto no Cód. de Processo Civil, art. 986, ou então, pelo menos, que se determine a licitação entre os dois interessados, obrigando-se ao remissor acompanhar a exequente até o valor do crédito a ser pago e seus complementos, valor êsse oferecido pela agravante no seu pedido de adjudicação, em termos de quitação plena.

Contraminutando a fls. 46, o agravado longamente aduz argumentos tendentes a demonstrar a legitimidade de seu direito, á luz da melhor e verdadeira interpretação, que, no seu dizer, deve ser lada aos dispositivos legais pertinentes.

É de acentuar, nesta altura, que o agravado efetuou tempestivamente o depósito de Cr\$ 500.000,00, na forma que se lhe determinou.

O despacho incriminado, por fim, ficou mantido a fls. 65 a 71: (*lê*).

A ilustre Subprocuradoria Geral, em parecer a fls. 75, opinou pelo provimento recurso, nos seguintes termos: "A controvérsia gira em tórno da validade da remissão feita em seguida ao leilão público, já que à praça não tenham comparecido licitantes; e se há prevalência do pedido de adjudicação com quitação do executado, sôbre o pedido de remissão pelo preço alcançado no leilão. A ilustrada decisão optou pela validade e preferência da remissão nas

hipóteses figuradas, surgindo daí o presente recurso, em que aparece como agravante a Caixa Econômica Federal de São Paulo. As partes arrazoaram longamente e a matéria foi versada com empenho e erudição, pugnando o agravante pela reforma da decisão, sob o fundamento, em resumo, de que, tendo sido o imóvel levado a leilão público, a remissão não poderia ser permitida, porque o art. 983 do Cód. de Proc. Civil é expresso, quando afirma "que ela pode ser requerida após a realização da praça". Praça não se confunde com leilão. Em abono da tese se alinham as autoridades de CARVALHO SANTOS, ENRICO TULLIO LIEBMAN, AMÍLCAR DE CASTRO, ARAÚJO LOPES DA COSTA, PONTES DE MIRANDA, VICENTE RAO. O primeiro assim se exprime: "Só é possível a remissão na arrematação em praça ou hasta pública. Não é admitida no leilão" (fls. 5). Quanto à adjudicação, foi a mesma pedida pela agravante antes da assinatura do auto de arrematação e no mesmo momento processual em que era solicitada a remissão pelo filho do executado, estabelecendo-se uma perfeita licitação. Enquanto o exequente pretendia a adjudicação pelo valor do seu crédito e encargos acessórios (Cr\$ 1.278.000,00), importando quitação, o referido filho do executado pedia a remissão pelo preço do primeiro lance (Cr\$ 500.000,00), o que foi aceito pelo MM. juiz. A nosso ver, a sentença resolveu com menos acêrto. O texto da lei corresponde ao seu espírito, que é o de dar, até o ato da praça, uma oportunidade a mais ao executado, ou seus ascendentes e descendentes, para que façam retornar o bem penhorado. Mas pelo maior lance, que é o da praça, a fim de não prejudicar os credores, uma vez que o leilão pode proporcionar lances manemos, com prejuízo para os mesmos. Também foi menos justa a decisão agravada, quando não permitiu a adjudicação do imóvel pelo valor da dívida, com quitação integral, para, a final, deferir a remissão, nos termos e pela forma em que foi concedida. Não será inoportuno recordar os motivos que deram causa à dívida executada, uma vez que o direito se distancia da perfeição à medida que se divorcia de certos preceitos também, e acima dêle, necessários ao equilíbrio da vida social, embora não exigíveis coercitivamente. Pelo provimento".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator). O assunto jurídico objeto dos presentes autos ficou devidamente clareado, através dos debates desenvolvidos com minúcia e proficiência.

Estou em que não se vislumbra procedência alguma no que ventila a agravante, procurando sustentar que a nossa lei processual não admite a remissão no leilão.

O assento da matéria está no artigo 986 do Cód. de Proc. Civil, *verbis*:

"Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir todos os bens penhorados ou qualquer dêles, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lanço oferecido.

§ 1º Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado".

No caso vertente, o filho dos executados foi quem compareceu ao ato de alienação para remir o imóvel hipotecado, fazendo-o de acôrdo com o preço alcançado pelo maior lanço, que ofereceu a exeqüente, ora agravante. E o juiz deferiu.

Houve, sem dúvida, rigorosa observância dos preceitos transcritos inclusive quanto ao depósito da importância devida, dentro no prazo de 48 horas (artigo 989).

Assim é de se reconhecer, a despeito do articulado pela agravante, porque a lei, em verdade, quando se refere a praça, fá-lo genèricamente, para ditar norma ampla a ser cumprida, envolvendo tanto a denominada hasta pública como o leilão judicial.

Foi sempre essa a exegese dominante nos tribunais, sem que ocorresse dissídio de entendimento ao respeito, pelo menos conhecido por mim. São modalidades, enfim, que se confundem na prática do fôro, eis que substancialmente se identificam na sua realização e nos seus efeitos. Preside a ambos os atos o juízo, anunciando-se a venda da coisa penhorada para ser admitida, ou na base

da avaliação, se é em praça, ou pelo valor mais alto atingido no momento, se se trata de leilão.

Ninguém hoje desconhece que a remissão é um direito que se consagrou. Segundo a lição autorizada de AMÍLCAR DE CASTRO, em festejada obra de comentários ao nosso diploma adjetivo, êsse direito deve ser interpretado no sentido de facilitar-se a sua concessão, em favor dos pretendentes, e não dificultando-o, em favor do arrematante ou do adjudicatário. E acrescenta o eminente jurista, após aflorar a razão justificativa de tal tendência necessária, que um e outro, arrematante e adjudicatário, nunca se podem dizer sacrificados pela remissão cogitada, pôsto que, quando se propõem a arrematar ou adjudicar, sabem perfeitamente ou devem saber que até a assinatura do auto de arrematação, ou até a sentença de adjudicação, há possibilidade legal de serem remidos os bens.

No tema, configura-se em síntese uma situação de preferência incontestável para o remissor, uma vez satisfeitos os requisitos que a lei impõe, tal como apurado na espécie. E o ilustre juiz processante do incidente, em seu despacho agravado, isso mesmo ressaltou percucientemente, a saber: "Não vejo motivo para não se admitir remissão em leilão. A intenção evidente do legislador, ao disciplinar êsse instituto, foi proteger o patrimônio da família do devedor e preservá-lo da perda dos bens garantidores da execução da dívida. Tanto mais necessária se faz essa proteção quando, no caso dos autos, tais bens se arrematam por preço impressionantemente inferior a seu verdadeiro valor. E é nos leilões que essa aviltção de preços se torna realmente possível".

Creio estar dito o bastante para destacar o acêrto com que se houve o magistrado ao deferir a remissão impugnada, dizendo respeito ao imóvel penhorado.

De nada pode queixar-se a agravante. Para bem assegurar seus interêsses, cumpria-lhe efetivar, na primeira praça, o pedido de adjudicação, o que resultaria, à falta de licitantes, então verificada, na transferência do bem executado pelo preço da avaliação, aliás muito maior que o montante da dívida, segundo se vê do processo.

Preferiu, porém, aquela agravante tentar a arrematação pelo lance somente de Cr\$ 500.000,00, a que se opôs legitimamente o pedido de remissão, sem que lhe assista, agora, a alegação de prejuízos decorrentes apenas da sorte do leilão, no atinente à aquisição que não lhe coube.

Por via de consequência, nenhum fomento de justiça encerra também a assertiva de que a remissão atendida somente poderia prender-se à execução e não à coisa penhorada. Em relação a esta, sujeita à venda na ocasião, o remissor deu exatamente o preço que a agravante, em arrematação, achou justo para si própria.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

#### VISTA

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Sr. presidente, peço vista dos autos.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiou-se o julgamento por ter pedido vista dos autos o Sr. ministro CUNHA MELO, depois de terem votado, negando provimento ao agravo, os Srs. ministros relator e CUNHA VASCONCELOS. O Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS votou de acordo com o Sr. ministro relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

#### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Discrepo de V. Ex<sup>as</sup>. Dou provimento ao agravo. Antes de assinado o auto de arrematação, o credor exequente pediu adjudicação do imóvel leiloado e pelo valor total da dívida, superior a Cr\$ 1.000.000,00, enquanto que um filho do executado se candidatou à remissão do imóvel pelo maior lance do leilão (Cr\$ 500.000,00), logrando êxito, obtendo o que pleiteava (vide fls. 40 v., 41 e 43). Inequivoco, no caso, o direito de remir, mas não pelo maior lance do leilão, eis que o credor exequente se prontificou a ficar com o imóvel hasteadado por muito mais, pelo valor total da dívida. Quando

o legislador possibilitou adjudicação antes de assinado o auto de arrematação, não foi para que ficasse a mesma *sine virtute operandi* em face de qualquer oferta de remissão e sim, e só, de remissão por igual quantia. Se a adjudicação houvesse sido pedida pelo maior lanço, a razão estaria com o agravado. Sendo sua proposta aquém da outra, muito inferior à outra, tinha o magistrado que deferir a adjudicação, restando ao agravado oferecer preço igual até o momento da publicação da sentença de adjudicação, como prescreve dito Código no art. 987. O máximo da oferta do credor, pretendente à adjudicação, há que ser o valor da dívida, ou da avaliação. E direito inequívoco do credor exequente pretender adjudicação e propô-la pelo valor da dívida, ou da avaliação. O direito de remir fica na dependência de oferta igual. Em igualdade de condições é que o pretendente à remissão leva a palma ao pretendente à adjudicação. Pedindo adjudicação pelo valor total da dívida, a agravante deixou o agravado na conjuntura de remir a execução, ou nada. Note-se: a adjudicação, direito do credor exequente, sòmente pode ser pedida depois de finda a hasta, praça ou leilão. Assim agiu a agravante. Para levar-lhe a dianteira, tinha que o pretendente à remissão oferecer o mesmo. Laborou em êrro o juiz *a quo*; reformo-lhe o despacho.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento ao agravo. vencido o Sr. ministro CUNHA MELO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

\*

## DELEGAÇÃO - INTERVENÇÃO DIRETA

**- Não pode a União intervir diretamente em serviço cuja administração tenha transferido a Estado, através de contrato.**

União Federal *versus* Damião dos Santos

Rec. de mand. seg. nº 1.786 - Rel.: MIN. CUNHA VASCONCELOS

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição em mandado de segurança nº 1.786, da Bahia:

Acordam, por unanimidade, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e na conformidade das notas taquigráficas *retro*, em não conhecer dos recursos de Joaquim Afrodísio Pereira de Araújo e Mário Paraguaçu, por intempestivos, e negar provimento ao da União.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 9 de janeiro de 1953. - *Sampaio Costa*, presidente; *Cunha Vasconcelos Filho*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Leio o relatório da sentença, fiel quanto ao resumo do pedido e ao desenvolvimento do processo: (*lê às fls. 221-223*).

E o juiz, concedendo a ordem, desta maneira se fundamentou: (*lê às fls. 223-229*).

A sentença foi publicada em audiência de 20 de dezembro de 1950, presente o advogado dos suplicantes e o Dr. procurador da República (fls. 230).

No dia 22 de dezembro citado, veio aos autos Mário Paraguaçu, que, declarando-se ciente da sentença, pediu se sustasse a execução do mandado "a fim de provar seu incontestável direito" (fls. 232).

A 24, Joaquim Afrodísio Pereira de Araújo, o suplicante a quem foi denegado o pedido, veio aos autos, com a petição de fls. 235, pedindo vista para recorrer.

Pelo despacho de fls. 238, o juiz indeferiu o pedido de Mário Paraguaçu.

A União Federal, a 27 de dezembro, recorreu (fls. 246).

Joaquim Afrodísio, a 28, veio com o recurso de fls. 247 e segs.

Contraminutaram: Damião dos Santos (a quem foi concedida a ordem), às fls. 279 e segs., a União Federal (os recursos de Joaquim Afrodísio e Mário Paraguaçu), às fls. 287 e segs., Mário Paraguaçu (o recurso de Joaquim Afrodísio), às fls. 199 e segs.

O juiz manteve sua sentença com êste despacho: (*fls. 203, lê*).

Nesta instância, disse a Subprocuradoria Geral, pela qual oficiou o Sr. Dr. SARAIVA RIBEIRO: (*fls. 214-215, lê*).

### VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Inicialmente, face à decisão tomada pelo Tribunal, no agravo de instrumento nº 2.755, em sessão de 7 de agosto de 1952, pondero que a autoridade coatora é o diretor da Divisão de Caça e Pesca, do Ministério da Agricultura, autoridade sediada na capital da República, e o juiz que concedeu a ordem é o da Fazenda Pública em Salvador, capital da Bahia. Não arguo a incompetência do Juízo, porque não o tenho como tal, nos termos do voto que proferi por aquela ocasião, mas votarei se algum colega o fizer.

Não conheço dos recursos de Joaquim Afrodísio Pereira de Araújo e Mário Paraguaçu, por intempestivamente manifestados. Ao tempo da sentença - 14 de dezembro de 1950 - o processo de mandado de segurança regia-se pelo Código de Processo. E, por êsse diploma, salvo os casos de publicação necessária, em audiência, os prazos para recurso corriam da publicação, nos órgãos oficiais capazes (arts. 28 e 168, § 1º), da sentença. Ocorreu, entretanto, que o advogado de Damião teve inequívoco conhecimento da sentença aos 20 de dezembro, presente que estava, à audiência em que se publicou. E somente a 28 veio com seu recurso, depois de ter, a 24, pedido uma *vista* incabível.

Paraguaçu, no dia 22, requereu se sustasse a execução da sentença, o que o juiz indeferiu; e só a 31 de dezembro, nove dias depois, recorreu (fls. 268). Ora, ao tempo não era tranqüila a possibilidade da intervenção de terceiros interessados

em mandado de segurança; mesmo, porém, que o fôsse, a intervenção de Paraguaçu se teria dado extemporâneamente, pois que o prazo era o mesmo das partes (Código, art. 815), salvo se êsse terceiro não tivesse domicílio na Jurisdição do juiz (§ 1º), E êsse recorrente confessou-se residente e domiciliado em Salvador (fls. 233).

Resta, assim, e só, apreciar o recurso da União, em relação a Damião dos Santos.

O juiz considerou que, por fôrça do contrato vigente entre 1948 e 1953, - as portarias são de novembro de 1950, publicadas em dezembro - carecia de competência a autoridade coatora, pois que essa competência se atribuiu ao Estado da Bahia. Ponderou o magistrado: "Ao govêrno da União compete, em face de disposições contidas no regulamento e no contrato, ora discutidas, a fiscalização, por órgão competente seu, do fiel cumprimento desse regulamento pelo govêrno do Estado da Bahia, que a isto se obrigou por todo o tempo da vigência do contrato, que é de cinco anos financeiros, a contar de 1948, inclusive (cláusulas 2ª e 4ª). Pois bem, vigorando, como está, o contrato delegatório de poderes, é mais que evidente que simples portarias do diretor da Divisão de Caça e Pesca, do Departamento Nacional da Produção Animal, do Ministério da Agricultura, tais como as impugnadas pelos impetrantes, não têm nem poderiam ter o dom de desvitalizá-lo, o que só se dará com a rescisão do contrato, oriunda de um ou de outro poder contratante, quando não de ambos, simultâneamente. De onde se conclui que não só os cancelamentos como as concessões de registros para o exercício da pesca, objetivados nas portarias ns. 305, 306, 307 e 308, de 30 de novembro de 1950, emanadas do diretor da Divisão de Caça e Pesca, do Departamento Nacional da Produção Animal, constituem atos ilegais e abusivos dessa mesma autoridade, òbviamente nulos, além de violadores ostensivos de uma situação jurídica de apoio legal irrefragável, como o é o que se criou com o contrato celebrado em 21 de janeiro de 1948, em que o govêrno da União delegou poderes irrestritos ao govêrno do Estado da Bahia para executar as leis, regulamentos e demais disposições federais sôbre caça e pesca" (fls. 226).

E tem razão o magistrado. No decreto-lei nº 1.159, de 15 de março de 1939, assim se dispôs:

"Art. 1º Os Estados que disponham ou venham a dispor de organização apropriada à fiscalização da caça e da pesca, poderão executar, no que lhes fôr aplicável, em seu território, a legislação federal pertinente à matéria, na conformidade do art. 19 da Constituição, podendo, igualmente, legislar sôbre a mesma, nos têrmos do art. 17 da mesma Constituição.

Art. 2º Fica aprovado o regulamento para a execução, pelos Estados, das leis, regulamentos e demais disposições federais sôbre caça e pesca, que com êste baixa, assinado pelo ministro da Agricultura, e cuja execução compete à Divisão de Caça e Pesca, do Departamento Nacional da Produ o Animal, do Ministério da Agricultura" (fls. 197).

Com essa lei foi baixado o regulamento, por cópia às fls. 198-200. E, aos 21 de janeiro de 1948, foi assinado entre o Estado aludido e o govêrno federal o contrato de fls. 201, cujas cláusulas 1º e 2ª s o as seguintes: "*Cláusula primeira.* O govêrno da União delega poderes ao govêrno do Estado, na forma do dec-lei n  1.159, de 15 de março de 1939, para execu o das leis, regulamentos e demais disposi es federais sôbre caça e pesca. *Cláusula segunda.* O govêrno do Estado fica obrigado a cumprir fielmente o regulamento que baixou com o decreto-lei n  1.159, de 15 de março de 1939, na parte aplicável ao Estado com delega o" (fls. 201).

Ora, se ao Estado a que fôsse delegada competência cabia executar leis, regulamentos e demais disposi es federais sôbre caça e pesca (regulamento referido, arts. 1º e 5º),   óbvio que os atos impugnados eram da alçada do Estado da Bahia.

Damião dos Santos, desde 1943 que, pela portaria n  183, da autoridade competente, explorava, autorizadamente, o lance de pesca denominado Bôca do Rio, em Salvador (fls. 148). Essa concessão, como   óbvio, em 1950, só podia ser cassada pela autoridade local competente, mas nunca pelo Ministério da Agricultura.

Nego, pois, provimento ao recurso da União.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade de votos, e preliminarmente não conheceram dos recursos de Joaquim Afrodísio Pereira de Araújo e Mário Paraguaçu, conhecendo, apenas, do recurso da União: *de meritis*, também por unanimidade, negaram provimento ao recurso da União. Os Srs. ministros ALFREDO BERNARDES, CÂNDIDO LÔBO, ELMANO CRUZ, MOURÃO RÚSSEL, JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS e MACEDO LUDOLF votaram de acôrdo com o relator. Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro CUNHA MELO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

\*

### **IGUALDADE PERANTE A LEI - CONCEITO**

**- O sentido de igualdade perante a lei há de ser tomado dentro da mesma classe de titulares de idêntica situação jurídica e não com a amplitude de conceito de aplicação genérica.**

Recorrente: Augusto Nogueira

Rec. de mand. de seg. nº 3.506 - Rel.: MIN. ÁBNER DE VASCONCELOS

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição do Distrito Federal, em que é agravante o advogado Augusto Nogueira e agravada a União, etc.:

Acordam os ministro da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, depois de vencida por maioria a preliminar de remessa dos autos ao Tribunal Pleno, em negar provimento ao agravo, por unanimidade, para manter a parte dispositiva da decisão agravada, nos têrmos do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Tribunal Federal de Recursos, 10 de julho de 1953. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente e relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: O advogado Augusto Nogueira propôs ação cominatória contra a União e o diretor da Carteira de Exportação e Importação do Banco do Brasil para lhe dar licença de importar um automóvel para seu uso particular com dólar ao câmbio oficial. Invocou o mesmo direito concedido a numerosos representantes dos poderes públicos, ou o princípio da isonomia, na forma da Constituição, art. 141, § 1º. O pedido foi formulado sob pena de serem os réus condenados a pagar ao autor a diferença necessária entre o preço legítimo e o preço de praça, para aquisição de um automóvel das marcas indicadas, honorários de advogado, na base de 20%, custas além da importância diária que fôr arbitrada, até à efetiva concessão.

Depois da contestação na qual se pediu a absolvição da instância com fundamento no Cód. de Proc. Civil, art. 201, item III, e longo oferecimento de razões e documentos, o juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública. Dr. AGUIAR DIAS, proferiu o seguinte despacho saneador:

Ação cominatória, para compelir a CEXIM a conceder licença de importação, que concedeu a outras pessoas, o que importaria tratamento desigual, em afronta ao princípio da isonomia. Rejeito a preliminar. A cominação é função do autor, na cominatória, ação para obrigar a prestar fato ou exigir abstenção. O que a justifica, pois, é esse fundo e não a forma que se dê à cominação.

Confundir a cominatória com ação de indenização, sob o fundamento de que a cominação envolve a reparação de danos, ou é desconhecimento de princípios ou é abuso processual.

Ponho aqui termo ao feito, como me permite a lei. A ser verdadeiro o fundamento do pedido, envolveria discriminação odiosa, constituindo concessão imoral. Ora, pedir a extensão da injuridicidade ou da ilegalidade corresponde ao objeto imoral ou ilícito, de que fala a lei processual.

"Absolvo a ré da instância, não pelo fundamento invocado, mas pelo que fica acima consignado. Custas pelo autor. P. R. I."

O autor agravou tempestivamente, arazoaram as partes, o juiz *a quo* manteve a decisão e subiram os autos.

A Subprocuradoria Geral opinou pelo não provimento.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

(Vencido)

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): O autor agravante baseia a sua ação em ata de autoridade pública, que pretende ter violado o artigo 141, § 1º, da Constituição federal.

Está evidente que êsse fundamento do recurso excede os limites das nossas atribuições.

Não nos cabendo o conhecimento das alegações de inconstitucionalidade dos atos administrativos, sugiro a remessa dos autos ao Tribunal Pleno.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: *Data venia* de V. Ex<sup>a</sup>, não vejo razão para a remessa dos autos ao Tribunal Pleno.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): A ré pediu a absolvição da instância, amparada no disposto no art. 201, nº VI, do Cód. de Processo Civil, combinado com o art. 160, por ser inepta a inicial.

O Dr. juiz *a quo*, encarando a espécie sob outro ângulo, - o do art. 201, nº III, do referido Código, concluiu que o autor, em querer que se lhe estenda um benefício sem amparo moral e legal, não tem direito ao prosseguimento da ação. Admitiu o interêsse defendido pelo autor como imoral e ilícito, e por isso decretou a absolvição da instância.

Alega o autor que o ato impugnado do diretor da Carteira de Exportação e Importação ofendeu a Constituição federal, art. 141, § 1º.

Uma resolução legislativa possibilitou a aquisição de automóvel pessoal pelos representantes dos poderes públicos, sem ônus para o Tesouro, mas facilitando o câmbio oficial.

Foi por certo uma exceção. Constitui isso, porventura, uma transgressão ao preceito constitucional da isonomia?

Dispõe o texto básico que todos são iguais perante a lei. É um preceito político de amplo sentido, preâmbulo de tôdas as garantias que, contudo, não impede certas aplicações restritivas. Nem mesmo no terreno filosófico a igualdade exclui a desigualdade que é da própria essência das coisas.

RADBRUCH acentuou que nem os homens nem as coisas são jamais iguais entre si. Pelo contrário, são sempre desiguais ("Filosofia de Direito", nº 2, pág. 48).

O problema da igualdade, desde os mais antigos filósofos, representando uma série opulenta de vultos que são a glória dos séculos e o orgulho da sabedoria humana, como PLATÃO, ARISTÓTELES, CÍCERO, SÃO TOMÁS, STUART MILL, KANT, SPENCER, até os mais modernos, como SPENGLER, BERGSON e MARITAIN; os juristas mais eminentes, como BENTHAM, BLAKSTONE, IHERING, DUGUIT, KOOKONOV e KEISEN, - a igualdade dos sêres sempre constituiu um problema sem solução definitiva. Tem amplitude que desafia o esgotamento do seu conteúdo.

A igualdade perante a lei, cuja significação política levou a legislador de todos os povos a inscrevê-la na lei básica de todos êles, comporta conceituação que vai das mais concretas às mais abstratas.

Entre nós, CASTRO NUNES, jurista e constitucionalista, proclamou que o princípio da igualdade é uma abstração que a realidade desmente a cada instante. E acrescentou que a desigualdade está na natureza, e que a igualdade é uma mentira constitucional. Entretanto, disse, como prescrever numa

Constituição o princípio oposto: a desigualdade? ("A Jornada Revisionista", pág. 30).

A estas palavras referidas por PAULINO JACQUES, em sua erudita monografia, continua o mesmo na afirmativa de que a verdade é que a igualdade absoluta, como a querem os visionários e os demagogos, não existe no direito positivo, e, muito menos, na natureza, não passando de uma abstração.

O que é certo é que os iguais são tratados pela lei positiva, igualmente, e os desiguais, desigualmente, com o que não faz ela mais do que se inspirar na lei natural e, em última análise, na lei divina, que manda tratar conforme o merecimento ("A Igualdade perante a Lei", pág. 177).

Desdobrando o sentido constitucional do § 1º do art. 141, diz PAULINO JACQUES que êsse preceito se aplica a todos os que se encontram em identidade ou similitude de situações, na expressão de BLUNTSCHLI. Em seguida, pondera que tôdas as pessoas das mesmas condições e em idênticas circunstâncias, hão de ser tratadas igualmente, terão os mesmos direitos civis e políticos, poderão invocar os mesmos preceitos legais (ob. cit. n° 114-117). E, descendo a detalhe prático, expõe ainda: Para a aplicação do princípio da igualdade perante a lei, deve-se atender à exigência das condições sociais. Criada uma lei que concede certas garantias ou benefícios, a igualdade tem de ser compreendida como abrangendo a todos que lhe preenham as condições. Não diz respeito a generalidade das pessoas. Este é o entendimento lógico, capaz de aplicação prática (PAULINO JACQUES, ob. cit., n° 120).

Nem tôdas as leis têm espírito de generalidade. A própria ordem social, regulando os inúmeros setores em que se divide a administração pública, obriga a instituição de leis com restrito raio de ação para atender a interesses de classes ou de agrupamentos. A legítima compreensão do texto constitucional está a indicar, através da rápida análise que acabo de fazer, que um ato legislativo visando os representantes dos poderes públicos não pode estender-se indiscriminadamente a qualquer cidadão. A igualdade jurídica há de obedecer às condições sociais, quando a lei tiver caráter restritivo.

Assim, o ato de que se recorreu judicialmente não violou garantia constitucional.

A ré, na contestação, pediu fôsse absolvida, da instância, amparada no artigo 201, itens VI, do Cód. de Proc. Civil, combinado com o art. 180, por ser inepta a inicial.

O Dr. juiz *a quo*, no despacho saneador, encarando o aspecto do pedido sob outro aspecto, concluiu que o autor, em querer que se lhe estenda um benefício sem amparo condigno, não tem direito ao prosseguimento da ação. Admitiu que o interesse pretendido era imoral e ilícito e, por isso, decretou a absolvição da instância.

O dispositivo da decisão está certo, mas à motivação falta razão jurídica, dada a plena uniformidade do ato legislativo, mal compreendido, por ser restrito a um âmbito funcional, - com o preceito constitucional invocado.

Não tem, entretanto, o autor *legitimatio ad causam* para pedir a extensão de um ato que não o alcança e, assim, falta-lhe o direito de ação.

Com esta fundamentação, cabível na espécie, nego provimento ao agravo.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade, negou-se provimento ao agravo, vencida a preliminar de remeter os autos ao Tribunal Pleno, por se argüir inconstitucionalidade de ato administrativo, contra o voto do Sr ministro relator. Os Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e ALFREDO BERNARDES, no mérito, votaram de acôrdo com o Sr. ministro relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

---

Notas:

## COMENTÁRIO

"Já sabemos que direito é, formalmente, apenas aquilo que pode ter o sentido de ser justo, num intuito de justiça. Mas quem diz justiça, diz igualdade. Uma disposição jurídica, por exemplo, que só visasse alguns indivíduos e certos casos individuais, não seria direito, mas arbítrio" (GUSTAV RADBRUCH, à pág. 268 de "Filosofia do Direito", tradução do professor coimbrese CABRAL DE MONCADA, São Paulo, 1934).

I. Ao transcrever-se, em epígrafe, um trecho indubitável da famosa obra da chamada filosofia "da dúvida", neo-kantista - não se faz apenas em razão de a passagem transcrita traduzir uma concepção dessas que, por si próprias e sem esforço, de todos merece sufrágio, mas sim com o fim principal de reivindicar a honorabilidade científica do insigne mestre da Universidade de Heidelberg, que sem propósito foi citado pelo ilustre relator do acórdão proferido pelo Tribunal Federal de Recursos, ao julgar aos 10 de julho de 1953 o agravo de petição nº 3.506.

O relator do aresto começa seu voto de mérito citando o eminente professor tedesco, pretendendo com a cita placitar favores administrativos concedidos a certa classe de afortunados cidadãos (rectè, aos próprios julgadores) e negados ao postulante, o que estaria certo, uma vez, confiante o ensinamento do emérito professor, nem as coisas, nem os homens, são jamais iguais entre si: pelo contrário, são sempre desiguais. Não havia, portanto, como falar em desrespeito ao princípio da igualdade todos perante a lei...

RADBRUCH, porém, é autor inidôneo para justificar a pouco séria tese desenvolvida no voto do ilustre relator, Vê-se do trecho transcrito em epígrafe que, a ser consultado sobre o caso, concluiria que a norma, que deu excepcional favor **intuitu personae** a certos agentes do poder público (ver-se-ão, quais foram, abaixo) e os negou à generalidade dos cidadãos, nada mais seria do que uma norma de arbítrio, anti-jurídica e não correta, como supôs o ilustre relator. E se o relator tivesse tido meios de indagar do mestre qual a posição que um julgador devia tomar em face de uma norma odiosa dessa espécie, naturalmente êle lhe recitaria um precioso conselho de SEUME: "**Du sollst, weil ich will - ist Unsinn; aber: du sollst, weil ich soll ist ein richtiger Schluss und die Base des Rechts**".

Esta passagem, que o próprio RADBRUCH transcreve como epígrafe do parágrafo décimo da 3ª edição dos "Grundzuege der Rechtsphilosophie", contém um bom conselho para o juiz: não diga nunca às partes que é pessoa superior ou diferente delas e que elas não podem fazer aquilo que o próprio julgador fêz ou faz. O bom, o correto, é o juiz estar em condições de dizer: não faça isso, porque também eu não devo fazer.

No caso seria simples: bastava o acórdão declarar ao postulante que pleiteava obter licença de importação: "não a podes obter, porque também eu não a conseguimos: não a deves pleitear, por isso que também nós não o devemos".

Infelizmente, pelo que se infere do próprio julgado, as condições objetivas não permitiam que o julgador fizesse tão convincente e honrosa afirmativa; daí delirar para o vago, a fim de justificar aquêle dito da moral egoísta: "faças o que eu digo e não o que faço".

II. O caso se apresenta com tão esquisita coloração, que o comentarista se viu levado a ir aos próprios autos para ver do que se tratava, em especial para ver quais seriam os prestigiosas "representantes dos poderes públicos", a que o relatório se refere, sem indicar quais fôssem...

A leitura dos autos fêz certo de que o litigante alegou - fazendo prova pela juntada de documentos oficiais - que houve uma resolução legislativa permitindo aos parlamentares, com cobertura de câmbio oficial, sem terem ido ao estrangeiro, dêste mandarem vir para uso particular um automóvel, mercadoria que lei de 1951 proibira vir como bagagem e que a lei de licença prévia dificultava, tornando quase impossível a sua importação.

O litigante acrescentou, fazendo concomitantemente prova, que a resolução por ato administrativo de favor foi estendida pelo órgão controlador das licenças prévias (a extinta "CEXIM")... aos magistrados do egrégio Tribunal Federal de Recursos! Assim, como todos são iguais perante a lei, pretendia êle que cominatòriamente fôsse a União Federal compelida a estender-lhe igual benefício.

O juiz de primeira instância, o egrégio jurista AGUIAR DIAS, julgou tão absurdas as alegações do litigante, tão imorais as exceções por êle argüidas, que

deixou de lado a documentação e declarou inverídicos os fatos alegados e imoral a pretensão do autor..

Em agravo, essa decisão foi confirmada pela sua só "conclusão", eis que o acórdão não pôde negar os fatos alegados, mas procurou justificá-los, à luz da filosofia jurídica e do direito positivo. E isso é que é o objeto do presente comentário.

III. Em face da descrição acima (sub II) pode parecer que o favor haja sido outorgado a tãda uma classe, a dos magistrados, atendendo-se a seus encargos e necessidades peculiares e, assim, estaria justificada a desigualdade de tratamento dadas possíveis necessidades objetivas da referida categoria social. Êsse raciocínio (ver-se-á, abaixo) seria falho e não justificaria a outorga dos favores: mas, provisoriamente, admita-se o mesmo como juridicamente aceitável e, então, cumprirá uma retificação, a bem da história: não houve essa extensão do favor a tãda a categoria dos magistrados.

É certo, fora de qualquer dúvida, que, independentemente de grau de instância, de serem de investidura federal ou estadual, todos os magistrados constituem uma única categoria social. A Constituição federal a todos se refere, indistintamente, no seu capítulo IV, do título primeiro:

nos arts. 95, 96 e 197 especifica os direitos e incompatibilidades dos "membros do Poder Judiciário", a todos considerando como tais. Seria, pois, suponível que o favor a todos houvesse sido deferido: mas felizmente isso não foi feito. O órgão controlador (a extinta CEXIM) apenas estendeu o favor a certos juizes, com especial predileção aos da segunda instância federal, em momento impróprio aliás (por isso que tal órgão administrativo na ocasião figurava como coator em numerosos mandados de segurança, pendentes da revisão em segunda instância).

A totalidade dos membros do Poder Judiciário em primeira instância, os ocupantes dos elevados cargos de desembargador, todos foram omitidos: faltou, assim, a generalidade de favor outorgado a uma determinada categoria social, sobressaindo ao contrário um injustificável **intuitu personae**, tornando nenhum o argumento de que a medida administrativa se justificava por atender à

situação objetiva de uma determinada classe, em situação diferente da generalidade dos cidadãos.

IV. Está certo o ilustre relator ao lembrar que o tema de igualdade sempre preocupou os filósofos de todos os tempos. E não está sozinho o ilustre relator ao defender a tese de que a desigualdade sempre existiu e existirá, sustentando que os cidadãos com ela se devem conformar. Realmente, outros já isso sustentaram, sendo que, há séculos passados (em 1576), o famoso JEAN BODIN (à pág. 936 da sua massuda "La République") dizia que a igualdade nunca seria realizável e que os homens nascem desiguais e... **"la loy de nature qui a fait né les uns pour gouverner, et les autres pour obéir"** (edição de 1579).

É certo que esse famoso escritor, magistrado superior, na época era um dos homens mais eruditos em conhecimento jurídico, político, histórico e até de geografia... Sua lição pode, decorridos séculos, corresponder ao atual? Convém acentuar que a sua tese não era apenas a transcrita, mas explicava-se e completava-se ainda quando sustentava que a justiça era o oposto da desordem, por isso que constituía uma ordem ideal... **"où les individus raisonnables se soumettent aux magistrates, où ceux-ci sont les fidèles interprètes des volontés du prince, ce dernier gouvernant suivant la loi de Dieu"**, segundo esclarece o professor PIERRE MESNARD (pág. 475 de "L'essor de la philosophie politique au XVIe, siècle", Paris, 1952).

Será possível que, no caso concreto, em plena segunda metade do século XX, ainda isso possa ser sustentado, como doutrina oficial? Poderá, sem dúvida, ser praticado; mas a confissão é que não é de hábito; a prática se ruboriza e procura outra justificativa em casos tais.

Essa doutrina naquela época foi aceitável e serviu para justificar e consolidar a monarquia absoluta; decorridos séculos, após milhões de mortes (na Revolução francesa, outras numerosas guerras, civis e mundiais) não é só anacrônica, mas absolutamente imprópria para nela se fundamentar qualquer decisão.

Hoje, sendo a democracia a doutrina oficial do nosso constitucionalismo, é bem de ver que não é possível aceitar a tese da superioridade dos "representantes dos poderes públicos", aos quais se refere o acórdão; nem é possível considerar

que o privilégio teleologicamente instituído a alguns pela agência administrativa haja deixado incólume o princípio da igualdade perante a lei. O preclaro professor CARL SCHMITT ("Teoría de la Constitución", tradução espanhola, pág. 272) bem demonstra que a igualdade substantiva é o pressuposto essencial da democracia, o que repele a concepção de que os detentores do poder público se possam considerar e tratar "qualitativamente" como diferentes dos demais cidadãos e, assim, impossíveis frente ao princípio da igualdade perante a lei privilégios a favor de cidadãos individuais, classes ou situações sociais (ib., pág. 294). A doutrina de BODIN, ressuscitada no acórdão, podia defender-se séculos atrás; o processo histórico prosseguiu séculos em frente e hoje a concepção dominante a repele e a essência do regime democrático não a comporta.

Não basta, como supõe o acórdão, dizer ou afirmar que uma determinada classe (parte pequena dela, aliás) foi beneficiada, por isso que tinha condições sociais próprias e assim não houve quebra no princípio da isonomia. Era ainda preciso fazer a demonstração (que nem sequer tentou iniciar o acórdão) de que existiam condições objetivas a impor a desigualdade de tratamento. O recente tratadista belga, PIERRE WIGNY (página 295 do tomo primeiro de "Droit constitutionnel", Bruxelas 1952) é muito enfático ao propósito: "**Il faut encore ajouter que cette classification no peut être arbitrairement établie dans le seul but de fonder en régime d'exemption**".

Tão pouco a lição de PAULINO JACQUES, na sua tese em que se procurou arrimar o ilustre relator, pode servir para o fim pretendido pelo acórdão. É corto que êsse monografista sustenta (pág. 84, nº 64, de "Da igualdade perante a lei". Rio, 1947): "Assim é que, na verdade, só são iguais perante a lei as pessoas que se encontram sob iguais condições e circunstâncias. Um simples cidadão não poderá ter, **v. g.**, os mesmos direitos que um magistrado, ou um membro do Congresso, ou um ministro de Estado. Todos os cidadãos simples serão, no entanto, titulares dos mesmos direitos, tanto quanto os magistrados, uns perante os outros, e, à sua vez, os parlamentares e os ministros: porquê se encontram todos, cada um em sua função, debaixo das mesmas condições e circunstâncias: os magistrados, distribuindo justiça: os parlamentares, fazendo leis: e os ministros, promovendo a administração pública".

Ora, por essa lição, para que não houvesse vulneração do princípio da isonomia, mister seria ao menos demonstrar que o favor havia sido outorgado à generalidade dos magistrados, o que não sucedeu. Mas nem isso bastaria, segundo o mesmo PAULINO JACQUES, tão citado pelo acórdão. É que, mais adiante, à pág. 86, dá êsse monografista especial realce à exigência de que o favor dispensado a uma determinada categoria social tenha... "uma causa racional para isso, baseada numa necessidade ou conveniência política, administrativa ou econômica". Essa causa, porém, não foi revelada no acórdão... E isso seria absolutamente necessário sublinhar, porquanto (*id.*, pág. 121) o princípio... "da igualdade perante a lei é a proscrição dos privilégios, das isenções pessoais e das regalias de classe.

É bem de ver, em consequência, que a delicada alusão a visionários e demagogos que o acórdão endereça aos que pleiteiam uma igualdade absoluta, nada tem que ver com a postulação do litigante, advogado em causa própria e que queria, para seu uso pessoal, licença para importar um automóvel, obtendo concessão que a agência administrativa já entendera a outros. Em referência à igualdade, o princípio da interpretação "restritiva", invocado pelo acórdão, não é de aceitável hermenêutica hoje em dia entre nós, tanto que firmamos convenções internacionais que, respeito ao mesmo princípio, dizem: "**Ainsi conçue, l'égalité devant la loi n'est pas seulement un qualificatif ou un attribut des autres droits: c'est un droit au même titre que les autres et auquel est due la même protection qu'aux autres; chaque homme peut revendiquer, dans tous les domaines, la même liberté, les mêmes chances que les autres, et il pourra réclamer et se plaindre non seulement si sa liberté ou ses chances sont indûment restreintes, mais aussi si elles sont inégalement restreintes**", como bem releva, inclusive com os grifos acima, o especializado RENÉ BRUNET (pág. 238 de "La garantie internationale des droits de l'homme", Genebra, 1947).

E isso em Convenções interamericanas, de que fomos signatários: sem necessidade, pois, de invocar o secular art 6º da Declaração dos Direitos de 1789, que já recitava que a lei... "**droit être la même pour tous, tous les citoyens étant égaux à ses yeux**".

V. O ilustre relator, em seu voto, lançou afirmativas sobre a natureza de lei, sua generalidade, etc., que merecem alguma atenção. Lê-se no voto:... "Nem tôdas

as leis têm espírito de generalidade... A legítima compreensão do texto constitucional está a indicar, através da rápida análise que acabo de fazer, que um ato legislativo visando os representantes dos poderes públicos não pode estender-se indiscriminadamente a qualquer cidadão. A igualdade jurídica há de obedecer às condições sociais, quando a lei tiver caráter restritivo".

Houve vários equívocos (e com letra maiúscula) nesse passo conclusivo do voto. Não será demasia gastar algumas linhas a respeito.

Em primeiro lugar, houve incompreensível confusão entre lei e resolução. São duas coisas diferentes em nosso direito: o vigente Regimento Interno da Câmara dos Deputados, aprovado em 31 de dezembro de 1952, em seus arts. 90 e 92, bem distingue as duas categorias. Na espécie, houve tão-sòmente uma "resolução", numa das Casas do Congresso e não lei revogando a geral e especial, que proibiu a vinda de automóvel como bagagem e a outra que estatui **generaliter**, para todos os cidadãos, requisitos difíceis de satisfazer, para a importação particular de veículo automotor.

É certo que o egrégio CARRÉ DE MELBERG (na sua famosa "La loi, expression de la volonté générale", Paris, 1931) contrariou a doutrina dualista, dominante até então em França (e nos demais países), que considerava que nem todo o produto do trabalho legislativo tem a natureza (conteúdo) de lei: para o Mestre de Strasbourg inexatas as doutrinas até então em voga, a serem substituídas pela orgânica, afastando-se a bipartição entre lei em sentido material e em sentido formal. O certo, dizia ele à pág. 66, será considerar que... **"toute décision adoptée em la forme prescrite par la Constitution pour l'exercice du pouvoir legislatif eréo et ne peut eréer que du droit"**. A mesma lição sustentou em outro conhecido trabalho. "Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés". Paris, 1933, em especial em os ns. 19 a 25.

Há que reconhecer, por dever de probidade científica, que os comentadores e expositores sistemáticos da atual Constituição francesa de 1946, em que sobressai GEORGES VEDEL (pág. 480 de "Droit Constitutionnel", Paris, 1949), ensinam que ela adotou a teoria de CARRÊ DE MALBERG. O citado VEDEL é muito categórico: **"Le rapprochement des deux textes confirme plus explicitement que ne le falsait la Constitution de 1875 et en l'applicant**

à la seule Assemblée Nationale la Thèse de CARRÊ DE MALBERG: la loi est l'expression de la volonté générale: elle ne peut se définir par son contenu, mais par l'intervention de l'organe qui exprime la volonté générale et qui est présentement l'Assemblée Nationale. Sa matière peut être (et sera souvent en fait) l'édiction d'une règle de droit générale et permanente; mais ce pourra être aussi bien toute autre disposition même purement individuelle et non permanente. Inversement, si l'organe souverain l'exige ou le permet, la matière des actes non législatifs pourra être générale". Entre outros mais, dizem igualmente que a vigente Constituição francesa recebeu a teoria de CARRÊ DE MALBERG o reitor honorário MARCEL PRELOT (pág. 447 de "Précis de droit constitutionnel". Paris, 1949) e o professor GEORGES LIET-VEAUX (nº 289 de "Droit Constitutionnel", Paris, 1949).

Mas esses autores assim atualmente afirmam, em face da redação do art. 3º da vigente Constituição francesa, que diz que, salvo em matéria constitucional, a Assembléia Nacional francesa (sem o concurso de outra Câmara alta), em todas as outras matérias é quem exerce a soberania nacional... e isto com exclusividade, porquanto (artigo 13) é ela só que vota a lei. É claro que em face desse sistema político e dessa redação exclusivista, todos os atos de tal órgão legislativo são emanações diretas da soberania nacional o têm que ser considerados como lei.

Entre nós, porém, não é assim. Nossa Constituição não se refere à soberania nacional, como faz aquela outra, nem dá ao menos a função legislativa a um só Caso. Portanto, não há que considerar uma simples resolução como lei e aquilo mesmo que fôr votado como lei terá que ser classificado, segundo a generalidade ou não, como lei no sentido material ou apenas no sentido formal. Aqui é a doutrina clássica que domina.

Não é aceitável o dictum de que nem todas as leis têm espírito de generalidade e que a invocada pelo litigante tinha caráter "restritivo" e, daí, não comportar aplicação por extensão ao simples cidadão. Esse "restritivo" empregado pelo acórdão, **data vênia**, é absolutamente inexato: a "lei" (diz-se "lei" em homenagem ao que afirma o voto) não foi "restritiva", mas benéfica, abrindo uma brecha no sistema geral que era proibitivo ou dificultativo da importação. E quanto ao tema da "generalidade" também merece um reparo o voto: leis

**singulares**, pelo simples fato de o serem, não destroem nem afastam o requisito da generalidade, antes o afirmam, a menos que se trate de normas puramente "individuais". No caso a "lei" seria **direito singular**, em contraposição ao que dificultava a importação e só isso. Ora, é princípio sabido de hermenêutica o de que também o **jus singulare** comporta interpretação extensiva. O insigne PACCHIONI (nº 12 do tomo 1º, 2ª edição, do portentoso "Delle leggi in generale") é muito claro: "**Le norme di ius singulare non si differenziano che per il loro più ristretto campo di applicazione, e perchè vengono a sottrarre al dominio di leggi più generale un certo gruppo di rapporti, così o persone. Da ciò consegue che esse sono suscettibile di interpretazioni estensive, si pari delle norma di diritto comune, ed è solo per aver confuse le vere e proprie norme di ius singulare colle singularità di diritto, o norme di diritto anomalo, che si è potuto sostenere che le norme di ius singulare non tollerino interpretazione estensiva. Ma, a ben vedere, questo principio calza solo per te siugolarità di diritto, ossia per quelle disposizione di legge delle quali non si resce più a comprendere lo scopo e la ragion d'essere, rami, per così dire, disseccati della grande planta del sistema giuridico**".

Evidentemente o voto não considerou a norma invocada pelo litigante como **singularidade** do direito, isto é, como absurda, sem causa justa, sem razão de ser: não cabia, pois, a categórica afirmativa de não ser possível interpretação extensiva pela simples natureza de norma de direito singular.

E para rematar o já longo comentário. O recurso de agravo de petição, interposto e conhecido, era incabível na espécie. O caso era de apelação, por isso que o juiz pôs fim ao processo por considerar **ilícito e imoral** o seu objeto. Quando o juiz assim decide, o caso é de apelação (ver, acórdão no volume LVII, pág. 187 do "Arq. Judiciário"): é que ao fazê-lo o juiz aprecia o próprio mérito e o faz de forma definitiva, não sendo lícito ao autor renovar o pedido em posterior ação, como ocorre em relação aos demais casos de absolvição de instância. O art. 203 do Cód. de Proc. Civil é taxativo, nesse ponto.

**Alcino Pinto Falcão**, juiz no Distrito Federal.

\*

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO – REPRESENTAÇÃO - SUSPENSÃO**

**- É ilegal a suspensão imposta a funcionário público, com base em representação a autoridades superiores, opinando sobre inconstitucionalidade de projeto de lei.**

União Federal *versus* Ari Seixas

Ap. nº 2.655 - Relator: MINISTRO ALFREDO BERNARDES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.655, do Distrito Federal, em grau de embargos, em que é embargante a União Federal e embargado Ari Seixas:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos em rejeitar os embargos para confirmar o venerando acórdão embargado, na conformidade do relatório e notas taquigráficas *retro*, que êste integram.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 9 de maio de 1952. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Alfredo Bernardes*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: O embargado Ari Seixas, oficial administrativo do D.A.S.P., representou, por telegrama, ao Sr. presidente da República contra a elaboração da proposta orçamentária de 1950, elaborada pela repartição em que ele trabalhava, sendo suspenso, por 30 dias, do exercício de seu cargo, em virtude da aludida representação.

Para cancelar a pena que lhe foi imposta, intentou a presente ação, julgada procedente em primeira instância, por sentença de fls. 69 a 71, do Dr. RAIMUNDO FERREIRA DE MACEDO, confirmada, por maioria de votos, pelo acórdão recorrido. Eis como se manifestaram os ilustres ministros,

subscritores da referida decisão embargada: (JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS e MOURÃO RÚSSEL, votos vencedores, fôlhas 93 e 94 e fls. 95 e 96; CUNHA VASCONCELOS, voto vencido, em parte, fôlhas 91 a 92 - *lê*).

Ao mencionado acórdão opôs a União Federal os embargos de fls. 100, que visam obter prevalência para o voto vencido; ditos embargos foram impugnados de fôlhas 105 a 107, nos seguintes termos: (*lê*).

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): Qualquer do povo, ou quem quer que seja, pode participar do exercício de sugestão legislativa, sob forma de pedido, ou de parecer. A qualidade de funcionário não priva o cidadão, que ele é, dessa participação de caráter secundário.

Discute-se se existe incompatibilidade entre o art. 225, nº I, do Estatuto dos Funcionários Públicos, e o art. 141, § 37, da Constituição de 1946.

Parece-me que não há. Aquêlê proíbe o funcionário censurar pela imprensa ou qualquer outro meio as autoridades constituídas ou criticar os atos da administração; êste assegura a qualquer do povo o direito de representar, observar aos poderes públicos sôbre problemas de interêsse geral ou contra abusos de autoridades.

Existisse, porém, a incompatibilidade vislumbrada por muitos, ainda assim seria de proclamar o direito de petição do funcionário em virtude da inconstitucionalidade do referido preceito do Estatuto.

Pelo exposto, e considerando que o embargado agia, no caso de que dá notícia o processo como cidadão brasileiro que é, na defesa da Constituição, que, a seu ver, estava sendo violada; considerando que a representação por êle feita ao Sr. presidente da República não era atinente ao seu próprio interêsse, de modo a obrigá-lo a agir pelos canais competentes para fazer valer o seu direito; considerando tudo o mais que consta do voto do eminente ministro JOÃO

JOSÉ DE QUEIRÓS, inclusive as ressalvas nêle feitas, nego provimento aos embargos, para confirmar o acórdão embargado.

### VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO (revisor): Sr. presidente. A matéria está bem localizada no relatório e encerra solução simples, porque o caso em discussão cifra-se à punição que sofreu um funcionário do D.A.S.P., por ter passado um telegrama ao presidente da República chamando a atenção de S. Ex<sup>a</sup> para a inconstitucionalidade de um projeto de lei que tinha sido objeto de estudo naquele Departamento, e dizendo, no mesmo telegrama, que a representação por escrito seria feita pelos canais competentes, sendo o telegrama necessário devido à urgência em que estava o presidente de conhecer da matéria e poder agir a tempo da decretação da lei a fim de evitá-la. A sentença julgou procedente o pedido e condenou em honorários. Na apelação, o relator dava provimento, mas o revisor e o terceiro mantiveram a sentença, menos quanto a honorários, que foram negados.

Julgo improcedentes os embargos, para confirmar, como confirmo, o acórdão embargado, *data venia* do voto vencido do ministro CUNHA VASCONCELOS. Ao meu ver, não se trata de representação na forma preestabelecida em lei. Trata-se de um telegrama originado do direito constitucionalmente garantido ao cidadão, que nesse caso não agiu como funcionário. Tratava-se de classificação de despesas no projeto de orçamento e não de assunto de interêsse direto do embargado. Não havia nada de pessoal no telegrama em questão, cujos têrmos, aliás, são respeitosos e tanto que, em seu texto, está salientado "urgência impede representação escrita através canais competentes".

Nada há, ao meu ver, que modificar no acórdão embargado, pelo que julgo improcedentes os embargos.

### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Com a devida vênia dos Srs. ministros relator e revisor, recebo os embargos para declarar improcedente a ação. De fato, tem cabimento a pena disciplinar, dado, que está ela estabelecida no

Estatuto dos Funcionários. Reclamar ou representar contra seu superior, sem ser pelos canais competentes estabelecidos no Estatuto dos Funcionários, constitui infração passível das penas aplicáveis aos mesmos funcionários. Não tenho como um direito de petição do funcionário o caso em aprêço. Trata-se de Departamento no qual servia e, no próprio telegrama, acentua êle a urgência como escusa. Dispensou da lei, quando não podia fazê-lo. A lei não outorga aos funcionários a faculdade de representar, independente da audiência de seus superiores, por motivo de urgência. A lei não concede essa faculdade. Assim, estou inteiramente de acôrdo com o voto vencido do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, na apelação, e recebo os embargos.

### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente. O Sr. ministro relator deu-me a honra de ler o voto, vencido, que proferi, neste processo, como relator da apelação. Vai-me o Tribunal relevar, o que poderá parecer demasia, releia êsse voto, para tornar mais positivo o sentido determinante do mesmo.

O fato, em si, é que certo funcionário, servindo no D.A.S.P., telegrafou, ao presidente da República, denunciando o próprio D.A.S.P., no atinente à sua colaboração na feitura do orçamento da República por atos que, ele, funcionário, reputava lesivos aos interêsses nacionais. Nesse telegrama está implicitamente atribuída aos diretores do D.A.S.P., falta de exação no cumprimento de seus deveres. O dever de todo funcionário público é bem servir às suas funções, para bem servir ao Estado. Foi punido, com fundamento no próprio Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, que, ao mesmo tempo em que impõe, a qualquer funcionário, o dever de denunciar práticas irregulares de outros funcionários e até de seus chefes, determina, entretanto, que essas representações se façam pelos canais competentes. A isto furtou-se o funcionário. Tinha ele, porém, consciência do seu dever, porque, no próprio telegrama, diz: "Urgência assunto impede representação escrita através canais competentes..."

Ora, se sob êsse fundamento de urgência se permitir tal precedente, estará aberta a porta a todo e qualquer funcionário para descumprir a lei, pois se aguardarão os momentos angustiosos do escoamento de um prazo para fazer a denúncia por via de telegrama, furtando-se, assim, aos canais competentes, ou

seja, ao conhecimento que os superiores imediatos devem ter do conteúdo da representação. Isto tem sua razão de ser. O superior não pode, por sua vez, sob pena expressa em lei, recusar-se ao encaminhamento de uma representação do seu subordinado. Mas, quando a lei manda que seja pelos *canais competentes*, com conhecimento do representado, só pode ter um intuito: o de que o representado conheça os termos da acusação, do ataque que se lhe fêz. É a disciplina, que impera nas classes armadas e que deve também imperar entre os funcionários públicos civis. *Data venia*, o que me parece é que se está dando corpo e valor a um subterfúgio. Trata-se de funcionário rebelado contra seus superiores e que quis, em termos veementes, denunciá-los ao presidente da República.

Considerarei, então, no meu voto: "No telegrama que dirigiu ao Sr. presidente da República, o próprio autor-apelado reconheceu: "Urgência assunto impede representação escrita através canais competentes". E o documento a fls. 25 esclarece que êle foi punido exatamente por não ter seguido "os canais competentes".

A Constituição não negou, é exato, a qualquer um, o direito de representação, inclusive, portanto, aos funcionários públicos, ou aos cidadãos investidos da função pública. Ninguém o negaria. Também a lei ordinária define êsse direito. Quando, porém, o autor da representação fôr funcionário público, os *canais competentes* deverão ser usados".

Não importa isso em restrição do exercício do direito constitucional de representação. Importa, entretanto, num dever disciplinar impôsto ao funcionário. Se êle quiser representar, independente da exigência disciplinar, que se dispa da condição de funcionário público. Investindo essa condição, tem que se subordinar, sofre essa restrição. Como cidadão, poderia representar, livremente. Como funcionário público, entretanto, só o poderá pelas vias regulares.

"A lei comum vai mais longe, pois impõe, ao funcionário, o *dever* de representar aos seus chefes imediatos sôbre tôdas as irregularidades de que tiver conhecimento e que ocorrem na repartição em que servir, ou às autoridades superiores, por intermédio dos respectivos chefes, quando êstes não tomarem em consideração suas representações (Estatuto dos Funcionários

Públicos, artigo 224, V), isso, porém, isento do sentido de censura, em trabalho devidamente assinado (lei cit., art. 225, I). E a pena disciplinar para a infração é a de suspensão até 90 dias (*ibidem* art. 234).

Ora, o autor-apelado representou contra o D.A.S.P., aludindo a *burlas* ao presidente da República e ao Congresso Nacional, por parte daquele Departamento, na elaboração da proposta orçamentária para 1949 (fls. 22)".

Portanto, não foi somente uma representação levando fatos, foi mais, foi acusação, atribuindo falta de exação, quiçá sentido delituoso a êsse procedimento dos superiores do D.A.S.P., "e representou diretamente à autoridade maior, formulando graves acusações aos seus superiores imediatos, atentando, assim, contra a disciplina legal".

Se, nesse caso, a lei disciplinar não foi bem aplicada, acho difícil que o possa ser em outros, com essa circunstância do inconveniente altamente expressivo de admitir essa prática, porque então é a tal situação que recorrerá qualquer que quiser representar, exatamente para se furtar ao conhecimento da autoridade representada: aguardar-se-á a última hora, e fa-lo-á por telegrama diretamente à autoridade superior. Por tudo isso, pareceu-me que não há que confundir as duas situações: direito de representação, amplo, a qualquer cidadão, e direito de representação, regulado, do cidadão investido da função pública, porque, aqui, note-se bem, não representou como cidadão, representou como funcionário, pois que, inclusive, tinha o dever de o fazer, por se tratar de um dever. Qualquer funcionário tem o dever de representar, quando tomar conhecimento de irregularidades praticadas. O que se discute, aqui, está citado no art. 224. inc. V. Essa é a situação. Sòmente ousei insistir nos fundamentos do meu voto, com êstes esclarecimentos, alarmado pela possível conseqüência de se consagrar essa prática. Recebo os embargos.

#### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Com a devida vênia dos Srs. ministros relator e revisor, também recebo os embargos, para julgar a ação improcedente, nos têrmos do voto vencido do ministro CUNHA VASCONCELOS.

## VOTO

O SR.. MINISTRO CUNHA MELO: Com o relator.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitados os embargos, contra os votos dos Srs. ministros SAMPAIO COSTA, CUNHA VASCONCELOS e HENRIQUE D'ÁVILA. O Sr. ministro MOURÃO RÚSSEL votou de acôrdo com o Sr. ministro relator. Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro ELMANO CRUZ.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

\*

## **MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO - EFEITO SUSPENSIVO - COMPETÊNCIA**

- O Tribunal Federal de Recursos é competente para conhecer de agravo em que se levante a questão do efeito suspensivo do recurso de decisão em mandado de segurança, ainda que se trate de recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal.**
- O recurso ordinário de mandado de segurança não tem efeito suspensivo, em nenhuma hipótese.**

Recorrente: Empresa Colbert de Anúncios Limitada - ECAL

Rec. de mand. de seg. nº 1.732 - Rel.: MIN. SAMPAIO COSTA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.732 (agravo do art. 45 do Regimento Interno), em que é agravante a Empresa Colbert de Anúncios Limitada - ECAL:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, em, preliminarmente, conhecer do agravo, contra o voto do Sr. ministro MACEDO LUDOLF, e, *de meritis*, por unanimidade, negar provimento ao recurso, tudo nos termos do relatório e votos taquigrafados precedentes, que neste ficam integrados.

Tribunal Federal de Recursos, 26 de dezembro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente e relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: A Empresa Colbert de Anúncios Ltda. impetrou mandado de segurança, contra ato do diretor da Estrada de Ferro Central do Brasil, de relação a contrato de anúncios. O juiz da primeira instância concedeu a segurança para o fim de considerar em vigor o contrato objeto do mandado, até o fim do prazo nêle fixado. Recorreu a Estrada de Ferro Central do Brasil, e o egrégio Tribunal, por decisão unânime, sendo relator o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, deu provimento ao recurso para cassar a segurança concedida. Publicado o acórdão, veio a parte com o recurso ordinário, que admiti, dada a tempestividade do mesmo.

Aconteceu, porém, que a parte requereu a esta Presidência determinasse a expedição de ofício à recorrida no sentido de sustar o ato impugnado, nos termos da decisão de primeira instância, que passo a ler: (*lê*).

Indeferi o pedido, por não encontrar amparo na lei. Entendo que os recursos referentes a mandado de segurança não têm efeito suspensivo. Todos êles têm apenas o efeito devolutivo.

Inconformada, então, agravou a parte, com fundamento no art. 45 do Regimento Interno.

Alega que, em mandado de segurança, quando se trata de decisão concessiva, o recurso não tem efeito suspensivo, mas quando se trata de decisão denegatória, o recurso, por ser ordinário, tem êsse efeito.

Mantive o despacho agravado implicitamente, mandando pôr os autos em mesa, para julgamento do Tribunal. Não procedem as alegações do agravante, porquanto os recursos em mandado de segurança não tem efeito suspensivo. Seria um absurdo dar efeito suspensivo, sustando-se uma decisão dêste Tribunal, porque uma decisão do juiz de primeira instância concedera o mandado. Depois, a meu ver, não é caso de agravo, com fundamento no art. 45, porque, interposto o recurso, a suspensão, ou não, do ato impugnado ficará sob a apreciação do egrégio Supremo Tribunal Federal, esgotada a competência deste Tribunal Federal de Recursos.

É o relatório.

### PROPOSTA PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, o caso presente assume, a meu ver, feição singular, porque, em última análise, o que se deu, por parte dêste Tribunal, foi o proferimento de uma decisão denegatória de mandado de segurança. A tanto importou o acórdão que, reformando sentença de primeira instância, concessiva da medida, entendeu cassá-la expressamente. Uma nova decisão, uma nova ordem processual, em virtude da qual se voltou ao *statu quo ante*; quer dizer, a parte nenhum amparo ficou tendo, por via do remédio processual proferido.

O recurso instituído pela própria Constituição, por sua vez, visou a amparar pretensões, no seio do excelso pretório, por sua via do mandado de segurança, contra acórdãos denegatórios da medida nos Tribunais de Justiça. E, como disse a princípio, foi o que ocorreu aqui, em realidade, uma vez que se nulificou o mandado anteriormente concedido. A parte o que pretende é que o presidente dêste Tribunal, diante do recurso ordinário que interpôs para o Supremo Tribunal Federal, haja por bem comunicar à autoridade tida como coatora que a decisão nossa não tem efeito suspensivo. Por isso é que salientei, de comêço, a singularidade dessa pretensão. Como admitir efeito suspensivo, como se pensar nesta providência, quando o Tribunal declarou que a parte era carecedora de ação e denegou a ordem expressamente? Ora, o recurso ordinário, repita-se foi criado exatamente para isso, possibilitando decisões àqueles interessados que pleiteiam a concessão do *writ*, quando este tenha sido denegado em segunda instância.

O Exmo. Sr. ministro presidente abordou aspecto preliminar digno de toda consideração, S. Ex<sup>a</sup>, no seu relatório, frisou bem que não seria talvez caso de agravo do Regimento, porque a decisão foi dada pelo Tribunal. O recurso se formalizou devidamente e não é êle, presidente, quem irá dizer se cabe, ou não, a suspensão, pois o assunto já está devolvido ao conhecimento do Tribunal maior. Êsse ponto preliminar, a meu ver, deve ser tomado em linha de conta, porque não vejo em que possa transitar no Tribunal essa matéria, uma vez que está finda a instância, uma vez que o processo já está devidamente devolvido, quanto ao seu conteúdo, à apreciação do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Dêsse modo, suscito a preliminar de não-conhecimento do agravo e voto nesse sentido, reservando-me para apreciar a causa, caso não vingue a mesma preliminar.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Conheço do agravo, *data venia*.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Conheço do agravo.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Conheço do agravo,

#### VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: *Data venia*, conheço do agravo.

#### VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: No mérito, Sr. presidente, reportando-me aos fundamentos que já expus em meu voto, no qual conclui pela preliminar agora vencida, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: preliminarmente, conheceram do agravo, contra o voto do Sr. ministro MACEDO LUDOLF: *de meritis*, por unanimidade de votos, negaram provimento ao mesmo recurso. Os Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS, ALFREDO BERNARDES, CÂNDIDO LÔBO e JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, no mérito, acompanharam o voto do Sr. ministro MACEDO LUDOLF. Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro ELMANO CRUZ. Impedido o Sr. ministro MOURÃO RÚSSEL. Não compareceu, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro CUNHA MELO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

\*

## FUNCIONÁRIO PÚBLICO - CRÍTICA PELA IMPRENSA

**- Ao funcionário público é vedada a crítica, pela imprensa, dos atos da administração.**

Recorrido: Deusdedit Barreto Gitai

Rec. de mand. de seg. nº 1.703 - Rel.: MIN. ALFREDO BERNARDES

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidas êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.703, do Distrito Federal, sendo recorrentes Dr. juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública, *ex officio*, e a Estrada de Ferro Central do Brasil e recorrido Deusdedit Barreto Gitai:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por decisão unânime, em dar provimento ao recurso de ofício e ao agravo da Estrada de Ferro Central do Brasil, para cassar a segurança concedida, na conformidade das notas taquigráficas *retro*, que êste integram.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 27 de outubro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente; *Alfredo Bernardes*, relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Deusdedit Barreto Gitai, brasileiro, condutor de trem, residente nesta cidade foi suspenso, por 30 dias, do exercício das funções de seu cargo, por ato do diretor da Estrada de Ferro Central do Brasil, em virtude de haver escrito, no "Diário de Notícias", de 15 de maio de 1951, um artigo considerado como de censura e de crítica à diretoria da mesma Estrada. Dias após, o dito condutor de trem foi suspenso, de novo, por mais 31 dias, visto haver telegrafado ao diretor da Estrada em nome da classe dos condutores, que êle não representava.

Para cancelar as aludidas penalidades disciplinares, impetrou a presente segurança que, depois de devidamente informada e contestada, lhe foi concedida pela sentença de fls. 53 a 57, da lavra do douto magistrado Dr. JOSÉ DE AGUIAR DIAS.

Para esclarecimento do Tribunal passo a ler o artigo, que deu causa à punição, o telegrama, as informações da autoridade coatora e a sentença agravada: (*fls. 10, 14, 28 a 30 e 53 a 57 - lê*).

Inconformada, recorreu a Estrada de Ferro insistindo na preliminar de descabimento da medida para reparar ato disciplinar e, *de meritis*, sustentando que o ato de indisciplina praticado pelo impetrante é que deu lugar à punição, atenta contra o princípio da hierarquia funcional, embora ocorrido fora da esfera administrativa.

Houve contraminuta em que o impetrante argúi de intempestivo o recurso voluntário da Estrada; afirma ser cabível a segurança para cancelar pena disciplinar e, no mérito, bate-se pela confirmação da sentença recorrida, pelos seus jurídicos fundamentos.

Falando no processo, a douda Subprocuradoria Geral da República assim se manifestou: (*fls. 76 a 79 - lê*).

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (relator): O art. 225 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União prescreve:

"Ao funcionário é proibido:

I. Censurar, pela imprensa ou qualquer outro meio, as autoridades constituídas, ou criticar atos da administração, podendo, todavia, em trabalho devidamente assinado, apreciá-los, do ponto de vista doutrinário, com o fito de colaboração e cooperação".

Baseado no texto transcrito, o Sr. diretor da Estrada de Ferro Central do Brasil impôs pena disciplinar ao impetrante, Deusdedit Barreto Gitaí, condutor de trem, classe "K", por haver publicado, na seção paga do "Diário de Notícias", de 15 de maio de 1951, artigo de crítica a atos de sua administração, e de protesto contra os conceitos emitidos por ele, diretor, com referência aos seus subordinados.

Não há dúvida que o artigo mencionado contém crítica à administração da Estrada. Basta a sua simples leitura para evidenciá-la:

"O honrado Sr. diretor da Estrada de Ferro Central do Brasil, coronel Eurico de Sousa Gomes Filho, apesar da experiência e conhecimento que já devia possuir dos negócios da repartição que administra e da formação moral dos seus subordinados, teima em não querer compreendê-los, assacando contra esses humildes funcionários as mais levianas e injustas acusações. Muitas são as

humilhações de que vêm sendo vítimas os integrantes dessa laboriosa e honesta classe de condutores de trem. Dentre as muitas deprimidas medidas determinadas pela administração do Sr. coronel Eurico de Sousa Gomes Filho, contra a referida classe de condutores de trem destaca-se a inconcebível e mesquinha proibição de fazerem êsses funcionários as suas refeições no carro-restaurante do trem em que trabalham, obrigando-os a se utilizarem para este fim do carro de expediente, onde não existe o menor conforto e higiene necessários, tratados, assim, como se fôsem desprotegidos retirantes. O direito dos funcionários que compõem a equipagem dos trens do interior, de se servirem dos carros-restaurantes das respectivas composições, sempre foi respeitado pelas administrações que antecederam à do honrado Sr. coronel Eurico de Sousa Gomes Filho. Só uma injustificável prevenção contra os condutores de trem poderia determinar tão drástica quão desumana medida. Não parou aí, porém, a visível e injustificável prevenção do Sr. coronel diretor da Estrada contra os seus subordinados".

Praticou portanto, o impetrante ato que o Estatuto lhe proibia de praticar e, assim, não se pode ter como manifestamente ilegal a penalidade que lhe foi imposta. E não ha que indagar, em tema de segurança, principalmente, da conveniência, necessidade ou oportunidade da pena imposta. Isso escapa ao controle jurisdicional.

É certo que na publicação referida há também um protesto contra conceitos desabonadores à classe dos condutores de trem, que teriam sido proferidos pelo Sr. diretor da Estrada, em palestra radiofônica. Parece-me, porém, que a inclusão dêsse protesto em artigo de crítica à administração da Estrada não impedia a punição do impetrante por aquela crítica, vedada ao funcionário, de modo expresso, no citado art. 225, nº I, do Estatuto dos Funcionários.

Dou, portanto, provimento ao recurso, para indeferir o *writ*.

## VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, o juiz que proferiu a sentença é dos mais brilhantes espíritos da geração nova dos juizes do Distrito Federal: e que, sendo assim, há sempre oportunidade à consciência para pesar razões. Mas, na hipótese, estou em que o Sr. ministro relator colocou

muito bem a questão. Há uma tendência moderna que se vem notando através dos pronunciamentos do Poder Judiciário, no sentido de cada vez cercear mais a ação do Poder Executivo na aplicação de sanções ao funcionalismo. E até aqui, neste próprio Tribunal ainda bem recentemente, tivemos oportunidade de discutir assuntos desta ordem, sendo que êste egrégio Tribunal deu uma elasticidade, *data venia* a meu ver, incompreensível ao artigo 16 do Estatuto dos Funcionários Públicos.

A autoridade pública, a autoridade administrativa, a autoridade superior, a autoridade responsável, na ordem disciplinar, está sendo cada vez mais cerceada, em sua liberdade de ação, para manter o funcionário dentro dos limites de suas obrigações.

Não é possível levar tão longe como o fêz, no caso em tela, o ilustre juiz, a restrição à função disciplinar.

Na hipótese, um funcionário da Estrada de Ferro Central do Brasil permitiu-se criticar, publicamente, ao diretor dessa Estrada de Ferro, usando até de expressões impróprias, que a consideração hierárquica lhe vedava.

Foi concedido o mandado. E, pela sentença, se verifica que o juiz procurou um sentido de legalidade na imposição da pena, quando, a meu ver, o sentido de legalidade na pena disciplinar existe sempre.

Não se examina o merecimento dessa pena, porque isso está dentro da alçada de atribuição da autoridade competente. Assim, Sr. presidente, *data venia*, dou provimento ao recurso, para cassar a ordem.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: pôr unanimidade de votos, deram provimento aos recursos, para cassar a segurança concedida. Os Srs. ministros CÂNDIDO LÔBO, MOURÃO RÚSSEL, JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS e MACEDO LUDOLF votaram de acôrdo com o relator. 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,

\*

## **MANDADO DE SEGURANÇA – FAVOR ADMINISTRATIVO - APOSENTADOS**

- O favor administrativo concedido a uns não gera direitos a outros, colocados na mesma situação.**
- O aposentado não tem direito a benefícios concedidos a atuais ocupantes de determinada situação no serviço público.**

Recorrentes: Orlando Batista Bittencourt e outros

Rec. de mand. de seg. nº 1.931- Rel.: MIN. JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS

### **ACÓRDÃO**

Vistos. relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição em mandado de segurança nº 1.931, do Distrito Federal, em que são agravantes Orlando Batista Bittencourt e outros e agravada a União Federal (diretor geral da Fazenda Nacional e da Despesa Pública do Tesouro Nacional):

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, tudo de conformidade com as notas taquigráficas em anexo.

Tribunal Federal de Recursos, 11 de dezembro de 1952. - *Cunha Vasconcelos* presidente; *João José de Queirós*, relator.

### **RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Sr. presidente, trata-se de um recurso em processo de mandado de segurança, denegado pelo eminente titular da 2ª Vara da Fazenda, Dr. JOSÉ DE AGUIAR DIAS, S. Ex<sup>a</sup> denegou a segurança com os seguintes fundamentos: "Orlando Batista Bittencourt, Josias

Lucas de Sant'Ana, Valdemar Barbosa de Sousa, Manuel Marques de Oliveira e Orlando de Faria Caldas, todos brasileiros, funcionários públicos, aposentados, residentes nesta capital, impetram mandado de segurança contra os Srs. diretor geral da Fazenda Nacional e diretor da Despesa Pública, pleiteando os benefícios decorrentes do § 2º do artigo 1º da lei nº 200, de 1947. Informações a fls. 37 e 50. Oficiou o Dr. procurador da República a fls. 45.

"Tudo visto e examinado: as informações do probo diretor da Despesa Pública, sucintas embora, esclarecem perfeitamente o assunto. Os impetrantes foram todos aposentados anteriormente à lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, e à lei nº 200, de 30 de setembro de 1947. Os proventos de sua inatividade foram calculados de acordo com a lei da época da aposentadoria. Com a lei nº 200, combinada com a lei nº 1.193, de 1950, estenderam-se aos aposentados os benefícios concedidos aos funcionários em atividade. Mas a lei nº 488, de 1948, restringiu-se aos *atuais ocupantes do padrão 31*, o que os impetrantes já não o eram, ao tempo. Em resumo, os benefícios pleiteados pelos impetrantes não decorrem das leis números 200 e 1.193, que lhes dizem respeito, mas da lei nº 488, que não lhes aproveita.

"Denego o mandado.

"Custas pelos impetrantes".

Inconformados, agravaram os impetrantes com as seguintes considerações: "Um só detalhe não há a se lhes ajuntar para concludentemente se provar o direito que têm os agravantes aos benefícios outorgados pelo § 2º do art. 1º da lei nº 200, de 1947, ou seja, a equiparação dos seus vencimentos na base de Cr\$ 9.000,00. Na realidade, o legislador procurou sanar diferença entre servidores em igualdade de condições previstas na lei nº 200, que passaram à inatividade antes da sua vigência e da lei nº 488, de 15 de novembro de 1948, como expressamente o declara a lei número 1.193 de 1950, que objetivou estabelecer a igualdade, a equivalência de seus vencimentos ou proventos. Com efeito, não é preciso valer-se de artifícios de hermenêutica jurídica para apreender, em tôda a sua limpidez, o intuito que teve o legislador ao elaborar a lei nº 1.193, de 6 de setembro de 1950, que foi fazer desaparecer diferenças ou distinções entre funcionários, equiparando os proventos dos inativos aos que estivessem em atividade.

"II. Objetar-se-á que a lei n° 488, de 1948, restringiu-se aos atuais ocupantes do padrão 31, o que os impetrantes já não eram, ao tempo, conforme prescreve a respeitável sentença agravada. Todavia, não é êsse o espírito da lei. E tanto não o é que o emérito julgador, decidindo em ação ordinária movida por Francisco Gervásio da Cunha Pernet contra a União, por sentença publicada em o "Diário oficial" de 23-6-1952, às págs. 6.309-6.310, optou pelo critério de equiparação de proventos entre ativos e inativos.

"Os fatos determinantes, pois, da modificação de vencimentos, pelo menos para efeito de revisão dos proventos aos aposentados, é a alteração do poder aquisitivo da moeda". "Nada mais positivo para fixar que os proventos dos funcionários têm, por opção do constituinte, caráter essencialmente alimentar", e mais: "É fato, como acentua a respeito o douto RUBEM ROSA, que, por princípio de justiça distributiva, a responsabilidade e encargos iguais devem corresponder proventos e vantagens...", e não só, "o aumento de estipêndios denota que as condições de vida do país estão alteradas na sua economia e finanças. Daí a necessidade de refletir-se nos inativos e pensionistas que, por sinal, têm o mesmo direito à vida, proporcional à oscilação dessas condições".

"Portanto, a resposta, por ser mais lógica, mais concludente, por ressaltar categoricamente afirmativa legal, é aquela que opta pelo direito inofismável dos agravantes à equiparação dos seus vencimentos aos correspondentes ao seu padrão, eis que os impetrantes, agora agravantes, são *oficiais administrativos classe 31*, reajustados ou grupados no padrão "O" e, por isso, têm vencimentos específicos, aos quais não se lhes pode negar êsse direito, que deflui do texto da lei n° 1.193, de 6 de setembro de 1950 razão pela qual os reclamem.

"III. Não obstante a exposição sem subterfúgio e a argumentação sem artifícios da inicial de fls. 2 e segs. é mister esclarecer ainda que a lei n° 1.193, de 6 de setembro de 1950, estender aos aposentados antes da vigência da lei n° 488, de 15 de novembro de 1948, os benefícios da lei n° 200, de 1947, pelo que têm sido revistos os proventos dos nativos nas condições do referido texto legal e reajustados na conformidade aos padrões de vencimentos instituídos pela lei n° 488, de 1948.

"Não é preciso raciocinar para logo se ver que se trata de um direito líquido, que já tem sido objeto de escrupulosa e detalhada análise, e a prova do que se argúi está nos ofícios de fls. 37 e 50, endereçados ao prolator ilustre pelo diretor da Despesa Pública e diretor geral da Fazenda Nacional, onde se encontra esta confissão: Procedem, por outro lado, as alegações de que a diferença pleiteada foi outorgada a Nero de Macedo Carvalho e Heitor Gonçalves, *todos nas condições dos impetrantes e vencendo os dois importância equivalente ao vencimento do padrão "O"*, incluída a diferença que se trata",

Demais, é preciso que fique bem claro o seguinte: os impetrantes, ora agravantes, *são oficiais administrativos classe 31*, grupados no padrão "O", equivale dizer, têm vencimentos específicos, que são reclamados.

Além dos *inativos* citados na inicial, tiveram depois seus proventos reajustados no padrão "O" - Cr\$ 8.400,00 e mais Cr\$ 1.500,00, num total de Cr\$ 9.900,00, - o antigo 3º escriturário da Recebedoria do Distrito Federal, Bernardino Pinto Duarte, e os oficiais administrativos Joaquim de Carvalho, classe "L", Aristarco da Silveira Fontes, classe "K", e outros mais que estão percebendo proventos superiores aos dos agravantes.

Por que somente aos agravantes é negado o direito de receber o vencimento de acôrdo com o cargo de que foram titulares?

Não é possível que prevaleça êsse critério de dois pesos e duas medidas, porque todos são iguais perante a lei e a lei, que é a rainha de todos e das coisas humanas, - *Lex omnium regina et humanarum rerum* - há de sobrepor-se às paixões humanas e ao "ponto de vista pessoal do diretor geral da Fazenda Nacional" (of. DG - 90-52, de 9-1-1952, fls. 50 e 37 dos autos).

IV. As razões expostas na inicial, pois, não importaram, como seria mister ao douto prolator e, assim, as ratificamos e adotamos como matéria invencível.

Desde que seja feita a indispensável excogitação sôbre a prova coligida e anexada na inicial, e ainda considerando-se a norma invariável dos casos já julgados, análogos aos dos agravantes, consagrada, aliás, pelos tribunais do

país, e seria factível reunir jurisprudência torrencial e pacífica, esperam os agravantes que V. Ex<sup>a</sup> reforme a decisão recorrida".

O Dr. 3º procurador da República, representando o Ministério Público Federal, contraminutou o recurso. O juiz manteve a sentença implicitamente, mandando subir os autos (fls. 77). Nesta Instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, a fls. 81, declarou nada haver a aduzir aos fundamentos da sentença, bem como esperar sua confirmação.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (relator): Sr. presidente, os agravantes alegaram, para infirmar o julgado que lhes foi contrário, a conhecida tese da igualdade de todos perante a lei e invocaram precedentes, aliás confessados pela autoridade informante: outros funcionários, exatamente nas mesmas condições, obtiveram administrativamente as vantagens que ora pretendem os recorrentes por via dêste mandado de segurança.

Entretanto, a meu ver, andou bem a sentença recorrida negando-lhes o pretendido.

O favor administrativo concedido a uns não cria direito a favor de outros, embora nas mesmas condições.

É fato que do êrro ou abuso, decorre situação de insegurança e justa revolta. Invoca-se, então, o princípio da igualdade perante a lei, e pretendido direito a tratamento semelhante.

É justa a revolta; mas não se podem inferir do abuso, ou do êrro, conseqüências jurídicas, ou jurígenas. Nego, pois, provimento ao recurso: mantenho a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

### VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, também acompanho o relator, sem embargo de uma certa perplexidade que me assaltou quando li o memorial que me foi presente pela parte; é que o § 2º do art. 1º da lei nº 200 conferiu benefícios aos antigos serventuários das delegacias fiscais e que, presentemente ocupam o cargo de contador.

A situação dos impetrantes seria esta, e eles obtiveram os benefícios da lei nº 200 por força do disposto no art. 1º da lei nº 1.193, de 1950, que estabeleceu:

"O disposto no § 2º do art. 1º da lei nº 200, de 30 de dezembro de 1947, aplica-se aos funcionários ou serventuários, aí referidos que se encontravam aposentados por ocasião da promulgação dessa lei".

Portanto, por força desse artigo, os impetrantes que estavam em padrões de vencimentos inferiores foram beneficiados com os padrões decorrentes da aplicação da lei nº 200, daí por que passaram a ter proventos de inatividade fixados acima da letra "O".

Posteriormente, a lei nº 488 veio a estabelecer, no parág. único do art. 4º:

"Os atuais ocupantes dos cargos dos padrões numéricos 30 e 31 terão direito à diferença de vencimentos sem prejuízo de qualquer outra diferença de vencimentos que já estejam percebendo em virtude de lei para todos os efeitos nestes incorporada, de acôrdo com a seguinte tabela:

30.....Cr\$ 500,00:

31.....Cr\$ 1.500,00".

Ora os impetrantes não são atuais ocupantes de *cargos*, por isso que, aposentados como estão, isto é, na inatividade, não ocupam cargos: ao contrário com a passagem para a inatividade abriram vagas que, possivelmente, já foram preenchidas. A eles não se estendem, pois, os benefícios da lei nº 488, que é, na realidade, o que objetivam, nesse mandado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso. Não tomou parte no julgamento por motivo justificado, o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO. Os Srs. ministros MACEDO LUDOLF, CUNHA MELO, ALFREDO BERNARDES, ELMANO CRUZ e MOURÃO RÚSSEL acompanharam o voto do relator. Não compareceu, por motivo justificado o Exmo. Sr. ministro presidente SAMPAIO COSTA.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

\*

## **MANDADO DE SEGURANÇA - REPARAÇÃO DE DIREITO**

**- O mandado de segurança não é meio reparatório, mas assecuratório de direito.**

Requerente: Aura Pontes de Sena

Mand. de seg. nº 1. 902 - Rel.: MINISTRO CUNHA VASCONCELOS

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 1.902, do Distrito Federal:

Acordam, por maioria, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e nos termos das notas taquigráficas *retro*, em não conhecer do pedido, por incabível na espécie.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 23 de outubro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente; *Cunha Vasconcelos Filho*, relator para o acórdão.

### **RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: D. Aura Pontes de Sena, travando-se de razões com as autoridades administrativas, de referência a seu estado de saúde, estêve afastada durante 40 meses do exercício de suas funções.

Afinal, cumprindo-se determinação do Sr. presidente da República, foi estabelecido que o prazo do afastamento da servidora em questão fôsse considerado como de licença, submetendo-se ela a uma operação de amigdalectomia, para poder voltar ao exercício pleno das funções do seu cargo.

Acontece, porém, que o Sr. ministro da Viação, ao determinar a reassunção da funcionária, mandou que se observassem, quanto ao seu afastamento do serviço público, as normas genéricas pertinentes à licença para tratamento de saúde, e constantes do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, isto é, fôsse a servidora remunerada integralmente nos primeiros 12 meses; vencimentos descontados de um terço nos seis meses subseqüentes, e finalmente vencimentos descontados de dois terços nos últimos 22 meses do afastamento.

O ato ministerial está a fls. 8 por fotocópia e é o seguinte: (*ler*).

Inconformada com esta determinação, a impetrante se dirigiu a êste Tribunal, pedindo segurança contra o ato ministerial, fazendo-o tempestivamente.

Foram solicitadas informações à autoridade coatora, que as prestou pela forma seguinte (*ler fls. 20-29*).

A Subprocuradoria Geral da República opinou a fls. 31 (*ler*)

É o relatório.

#### VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: O Sr. ministro da Viação, no despacho que li ao Tribunal, limitou-se a aplicar à impetrante, quanto aos primeiros 24 meses de licença, o disposto no art. 185 do Estatuto dos Funcionários Públicos (decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939).

Aplicou, porém, extensivamente este preceito, mandando descontar, além dos 24 meses, isto é, nos 16 meses subseqüentes (a impetrante estêve afastada 40 meses), a mesma norma do art. 185.

Entendo que nesta parte tem razão a impetrante. Sem dispositivo de lei expresso autorizando o desconto, além dos 24 primeiros meses de licença, o ato é ato de puro arbítrio, sem amparo em lei vigente.

Dir-se-á que a licença, em regra, só pode ser concedida até 24 meses, e por isso a lei não cogitou de descontos além dêsse período. Está certo, mas, se, embora contra a lei, ou à margem da lei, estêve a impetrante afastada, a título excepcional, por determinação do Sr. presidente da República, por 40 meses, também excepcional deve ser o seu tratamento no que toca à percepção de vantagens decorrentes da função pública.

Assim, concedo, em parte, o mandado, porque reconheço que o desconto, além dos 24 meses, não tem apoio em texto de lei.

#### VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: De inteiro acôrdo com o relator, diante das razões que S. Ex<sup>a</sup> expôs, quanto a aspectos de ordem excepcional, inclusive determinação do presidente da República no sentido de que fôsse afastada a funcionária para tratamento de saúde.

Dada essa situação excepcional, não era mesmo possível fazer-se o desconto.

Por êstes motivos, acompanho o Sr. ministro relator.

#### VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, trata-se de uma funcionária que se manteve afastada do cargo, pelo período de 40 meses, para tratamento de saúde. A autoridade administrativa ter-lhe-ia impôsto, nos meses subseqüentes ao vigésimo-quarto, o desconto fixado no art. 185 do Estatuto dos Funcionários. Contra isso se insurge, pela via do mandado de segurança, a suplicante, sob a alegação de que não há lei expressa fixando

desconto após 24 meses de licença. E quer perceber a integralidade dos vencimentos.

Ora, Sr. presidente, afigura-se-me que, se há casos que não podem ser resolvidos pela via do mandado de segurança, o presente é um dêles. Onde o direito líquido e certo?

A própria suplicante invoca a ausência de lei regulando o assunto. E uma das melhores definições que até hoje li, e vi, para direito líquido e certo, é aquela que diz: "direito líquido e certo é o que decorre diretamente da lei".

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Não há pròpriamente ausência de lei, há uma aplicação do art. 85 do Estatuto dos Funcionários pela autoridade coatora, por sua interpretação além do prazo determinado pela própria lei.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Mais uma vez estou sendo infeliz, por não ter sido ouvido por V. Ex<sup>a</sup>. Minha argumentação é no sentido oposto ao amparo à suplicante, mostrando que o mandado de segurança não pode ser concedido na espécie, porque, na espécie, mais do que em qualquer outro caso, não há direito líquido e certo, porque não há lei pela qual se possa conceder integralidade de vencimentos, pelo fato de não haver lei fixando limite para funcionários afastados para tratamento de saúde, além de 24 meses. Esta a construção que estou fazendo.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Fiquei impressionado, porque o Sr. ministro relator salientou, e frisou, que êste funcionário foi afastado à disposição do presidente da República; logo, a ordem de S. Ex<sup>a</sup> muda a circunstância imperiosa que determinou seu afastamento.

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Por ato do Sr. presidente da República foi reconhecido seu afastamento.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ:

Fui o relator do mandado de segurança anterior, e esta funcionária, dentro do Ministério da Viação, foi perseguida e chegou ao presidente da República com pareceres desfavoráveis das seções propondo até sua demissão.

S. Ex<sup>a</sup> o Sr. presidente da República não admitiu isso e, decidindo, mandou que ela voltasse à sua repartição, pois não havia razão para demiti-la. Achou S. Ex<sup>a</sup> que a administração pública não tinha agido bem para com a funcionária e considerou-a como licenciada, para tratamento de saúde, pelo tempo de afastamento, tempo somado que atingiu a 40 meses. É, realmente, uma situação excepcional, não resta dúvida.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Já agora, pelos debates que estão surgindo, nota-se, aí, uma questão patrimonial para a suplicante, que quer receber pela via do mandado de segurança.

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Ela não quer sofrer os descontos.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, evoluo em meu pensamento. Em mandado de segurança originário, não conheço do pedido, por incabível na espécie, *data venia*, dada sua finalidade, que é, positivamente, a de reparação, exclusivamente. E esta só pela via da ação ordinária.

### RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Pela ordem. Sr. presidente, como acabei de salientar, em aparte, que me permiti fazer, evoluo também meu pensamento no ponto de vista ventilado agora, porque se trata, aí, de percepção de diferença de vencimentos, em atinência a descontos feitos pela autoridade coatora.

Nesse aspecto, também não reconheço legitimidade do mandado. Assim tenho decidido aqui, ultimamente, de modo que modifico meu voto, no sentido de não conhecer da impetração por incabível na espécie.

### VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Acompanho o voto do eminente Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

## VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Com o relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Tenho como inidônea a *via electa*.

## VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Concedo o mandado. O Estatuto dos Funcionários Públicos, votado na Câmara lá em redação final e a ser assinado pelo Sr. presidente da República, em breves dias, contém, no art. 105, a seguinte disposição: (*lê*).

"Será integral o vencimento ou a remuneração do funcionário licenciado para tratamento de saúde, acidentado em serviço, atacado de doença profissional ou das moléstias indicadas no artigo anterior".

Não se está pedindo pagamento de prestações atrasadas, mas o reconhecimento do direito de não se ver descontada em seus vencimentos. Neste mandado apura-se que ela pede, apenas, seja reconhecido seu direito.

Assim, Sr. presidente, mantenho meu voto, concedendo a ordem.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do pedido, por incabível na espécie, vencidos os Srs. ministros relator. CÂNDIDO LÔBO e ELMANO CRUZ. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

---

Notas:

## COMENTÁRIO

Nosso desvalioso apoio preferia encaminhar-se ao douto voto vencido. Na aplicação do mandado de segurança, freqüentemente se esquece de que se destina, também, a anular atos ilegais e arbitrários, tal como o fazia, em processo mais complicado, a antiga ação sumária especial. Atenta-se para o aspecto do "direito líquido e certo", face positiva do problema, e relega-se completamente a face negativa da questão, correspondente à violência, arbitrariedade e nulidade. Por isso, favorece-se o equívoco de que direito líquido e certo é só o que decorre de texto expresso de lei, isto é, só pode impetrar mandado de segurança quem possa invocar texto de lei específico que diga respeito ao seu direito. Se não é exatamente isso, em essência não é outra coisa o que afirma a corrente vencedora no julgado supra. Ora, a lei não contém todo o direito e êste se pode encontrar fora dela, tão digno de proteção como o que nela se ache. Depois, o procedimento da autoridade há que firmar-se na lei, principalmente quando aplique sanções. Não é preciso positivizar a existência de direito líquido e certo, pois, para se ter como ilegal, violento, arbitrário o ato que prescindia de autorização legal para causar prejuízo. E o mandado de segurança é específico bem cabível contra a violência ou ilegalidade, sem reserva de que ela fira direito líquido e certo. Isto é, em resumo: o mandado de segurança se destina a proteger o indivíduo, tanto positivamente, resguardando de atentados o seu direito líquido e certo, como negativamente, contrariando os atos ilegais das autoridades. Não é preciso que se conjuguem, de um lado, a ilegalidade ou violência, e, de outro, o direito líquido e certo, que elas atinjam. Basta, para o mandado de segurança, que o pressuposto se apresente em qualquer das sua faces.

**José de Aguiar Dias**, juiz no Distrito Federal.

\*

## FATURA CONSULAR - MARCA - ISENÇÃO DE DIREITOS

**- A divergência entre a fatura consular e as marcas dos volumes, mormente quando se trate de mercadoria isenta de direitos, não constitui infração punível, se não dificulta a identificação dos volumes.**

Recorrente: L. C. Martins Costa

Rec. de mand. de seg. nº 1.990 - Rel.: MIN. CUNHA VASCONCELOS

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição em mandado de segurança nº 1.990, de São Paulo:

Acordam, por unanimidade, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e nos termos das notas taquigráficas *retro*, em dar provimento ao recurso, para conceder a ordem.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 15 de dezembro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente; *Cunha Vasconcelos Filho*, relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, a hipótese é relativamente simples e o juiz a resume bem: (*lê a sentença*).

O juiz decidiu negando a ordem e condenando a autora nas custas.

Do decidido, negando a ordem, tenho que dar as razões.

Diz o magistrado: "A infração contra a qual se rebela a impetrante foi, na realidade, praticada, pelo menos no que diz respeito à sua configuração típica. O regulamento de faturas consulares alude à divergência entre a marca dos volumes das mercadorias e a consignada nas referidas faturas. Esta divergência foi verificada, de forma que exista o fato ilícito de que decorre a imposição da multa. Se, no caso em julgamento, nenhum prejuízo adveio para a Fazenda Nacional, nem para o importador, porquanto foi fácil a identificação das mercadorias adquiridas pela impetrante, é assunto que refoge ao âmbito do procedimento sumaríssimo do mandado de segurança. Existente a figura típica

de que decorre a multa, nenhuma legalidade se pode apontar que dê margem ao *writ* constitucional. Também no *habeas corpus*, que é remédio constitucional análogo ao mandado de segurança, pacífica é a jurisprudência no entender que, uma vez que o procedimento criminal foi aberto em virtude de crime cuja descrição se configura na lei, não há que cogitar-se da justiça ou injustiça da perseguição penal, a qual só pode ser discutida no contraditório amplo do procedimento ordinário. No caso dos autos, houve a divergência que a lei aponta como irregular, e, sendo assim nenhuma arbitrariedade foi praticada pela autoridade administrativa que impôs a multa" (fls. 61-62).

A parte recorreu, tempestivamente, com as razões de fls. 70-79, juntando uma fôlha do "Diário Oficial", com várias decisões favoráveis ao seu ponto de vista, mostrando que não tem a menor significação, a menor importância, a diferença verificada, que não dificultou o encontro dos volumes.

A Fazenda Nacional contraminutou (fls. 83); e, nesta instância, a Subprocuradoria Geral da República pede a confirmação da sentença, fundada nos argumentos do procurador em São Paulo.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, não obstante assinada por nome que surge no fôro federal como astro de primeira grandeza, já fixando seu rastro luminoso, a sentença de fls. 58 e segs. está a exigir reforma. O próprio juiz, inicialmente, fala em infração da lei; e, a seguir, entende que houve uma irregularidade, simples irregularidade. É certo, Sr. presidente, que das infrações de natureza fiscal não se indaga o *animus*; constata-se o fato. Mas, a meu ver, nem mesmo essa simples infração, por muito material, ter-se-ia verificado, na espécie. O que houve, simplesmente, foi isso: nos volumes despachados, as iniciais J.P.B., se não me engano, vinham dentro de um polígono irregular: e, na fatura consular, êsse polígono foi omitido. Mas, quando a lei exige a exata semelhança entre a marca dos volumes e aquela declarada na fatura, visa, sobretudo, à fácil identificação dêsses volumes, em virtude da, vamos dizer, impossibilidade - já foi isso mencionado da tribuna, pelo advogado - de se verificar na fatura a exatidão da

marca constante dos volumes. Se não houve irregularidade na marca desses volumes, a meu ver não há infração da lei. A própria autoridade administrativa assim tem firmado entendimento a respeito.

A parte juntou, às suas contra-razões de recurso, documentos ilustrativos: dois acórdãos do Conselho Superior de Tarifa no sentido negativo ao procedimento da Fazenda, em caso perfeitamente idêntico ao dos autos. Diz o primeiro: "À São Paulo Organização Comercial Ltda, foi aplicada, pela Alfândega de Santos, a multa de 2% do inc. 6º do art. 55 do regulamento baixado com o dec. número 22.717, de 16 de março de 1933, e por infração do art. 8º do mesmo regulamento, por divergência da marca consignada na fatura consular com a constante dos volumes submetidos a despacho pela nota nº 18.110, de 1948. Dêse ato recorre a interessada, no prazo e na forma da lei, com as razões alinhadas na petição de fls. 8. Consigna a fatura consular a marca "Helmlinger" - Via Santos - São Paulo - Nº 247-603, enquanto que a marca constante dos volumes respectivos é constituída desses mesmos dizeres e na mesma ordem, sem o traço apôsto logo abaixo da palavra "Helmlinger". Isso pôsto, e considerando que, na conformidade da letra *f* do art. 8º do regulamento citado, a fatura consular deve reproduzir, na coluna própria, a marca dos volumes; considerando que é aplicável a multa por infração do referido dispositivo legal, sempre que a marca existente nos volumes divirja da constante da fatura; considerando que a falta verificada ficou provada e não é contestada pela requerente; considerando, entretanto, que a divergência notada não oferece dificuldade à identificação dos volumes no ato de conferência da mercadoria; considerando o mais que do processo consta: acordam os membros da 2ª Câmara do Conselho Superior de Tarifa, por unanimidade de votos..." (fls. 80).

O segundo acórdão é no mesmo sentido. Ademais, trata-se de mercadoria isenta de direitos. Quando o legislador concede uma isenção fiscal, evidentemente está ensejando um estímulo, ou dando uma contraprestação. No caso, seria um estímulo, porque são batatas importadas para sementes, para o desenvolvimento da cultura da batata entre nós. É sabido que as batatas da Holanda são famosas, pelo seu rendimento, pelo seu gosto. Pois bem, é num caso dessa ordem, sem agravo frontal à lei, que a Alfândega de Santos entende de multar.

Diante do exposto, Sr. presidente, dou provimento ao recurso para reformar a sentença, com as minhas homenagens ao magistrado ilustre que a proferiu,

sobretudo porque deve haver igualdade de tratamento em casos idênticos. A própria administração, por seu órgão mais autorizado, está a dizer, como se prova por êstes autos, que a omissão verificada não constitui infração da lei.

Dou provimento, Sr. presidente, para conceder a ordem.

## DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento ao recurso, para conceder a ordem. Os Srs. ministros CÂNDIDO LÔBO, ELMANO CRUZ, MOURÃO RÚSSEL e JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS votaram de acordo com o relator. Decisão unânime. Não tomaram parte no juramento, por motivo justificado, os Srs. ministros MACEDO LUDOLF, CUNHA MELO e ALFREDO BERNARDES.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

### **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**

#### **DESQUITE LITIGIOSO - CRIME PRATICADO PELO CÔNJUGE - INJÚRIA GRAVE**

**- Crime cometido pela mulher depois do casamento, importando desonra do sobrenome do marido, que ela adotou legalmente pelo casamento, importa ofensa à honra do autor, que procura manter o respeito a sua família.**

**- VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR BULHÕES CARVALHO: A prática de ato criminoso, quando provado, e a própria condenação criminal sòmente podem caracterizar injúria grave, justificativa de pedido de desquite litigioso, quando se relacionem com os deveres conjugais.**

Antônio de Freitas *versus* Felicita Monteiro de Freitas

Ap. n° 18.686 - Relator: DESEMBARG. MARTINS TEIXEIRA

## ACÓRDÃO

Vistos e relatadas êstes autos de apelação n° 18.686, entre partes, apelantes, 1°, Antônio de Freitas, 2ª, Felicita Monteiro de Freitas, sendo apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal dar provimento à primeira apelação (a do marido) para julgar procedente a ação, sendo decretado o desquite do casal por culpa da mulher, negando provimento à segunda apelação por ser improcedente a reconvenção.

Custas pela ré, 2ª apelante.

Assim decidem, pelas razões seguintes:

A presente ação foi proposta tendo também por fundamento injúria da mulher ao marido. Conforme certidão de fôlhas 6, ela cometeu vários crimes de estelionato, tendo sido condenada pelo menos por um dêles. Os fatos ocorreram depois do casamento. Por êste, a mulher pode legalmente usar o sobrenome do marido. Portanto, foi com êste nome da família do cônjuge que ela cometeu infração legal por crime que desonra o nome que adotou. Justo é que o marido não queira que faça parte de sua família uma ladra. A testemunha afirmou ser o autor um homem honrado e que lhe dando notícia do fato criminoso, praticado pela mulher, êle ficou triste e abalado (fôlhas 59 v.). A reconvinte declarou ter seu marido a abandonado, deixando-a sem meios para a subsistência (fl. 26), mas, como observou o Dr. procurador geral, ela nunca pedira pensão alimentícia; ela morava com a sogra e foi esta e não o marido quem a "expulsou de casa" (fôlhas 57), nenhuma prova havendo fornecido dessa retirada forçada da moradia que tinha. A decisão *supra* foi proferida por maioria, sendo vencido o desembargador BULHÕES, que negava provimento a ambos os recursos.

Distrito Federal, 17 de abril de 1953. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente e relator; *Estácio de Sá e Benevides*, votei pela conclusão, tendo em vista as circunstâncias peculiares dêste caso, em que se trata de uma criminosa habitual, com larga fôlha de antecedentes criminais, ao que tudo indica, ignorada do marido, e que, casada, continuou a mesma vida, fazendo, assim, injúria ao marido, tendo-se em vista noção do dolo no Cód. Penal: "age com dolo o agente que quer o resultado ou aceitou a alternativa de o produzir". Impunha-se esta declaração, porque, em caso recente, já adotei a tese do voto vencido *in*

*genere*, para os casos comuns de vir a ter cometido um delito após o casamento, e não, como neste caso, de uma reiteração de delitos definidora de uma conduta, irrecusavelmente injuriosa ao cônjuge; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, vencido, em parte, com o seguinte voto:

Vencido, em parte, porquanto negava provimento a ambos os recursos.

Antônio de Freitas, ora 1º apelante, move ação de desquite contra Felicita Monteiro de Freitas, alegando que se casou com a mesma a 10 de novembro de 1942, e que a mesma descuroou completamente de suas obrigações, passando os dias inteiros fora de casa, e passou a usar o nome do marido e da sua família a fim de obter, por empréstimo, de pessoas conhecidas, quantias às vêzes elevadas; que, sabedor dêsse procedimento desonesto e comprometedor da ré, propôs contra ela ação de desquite, que foi julgada procedente em primeira e em segunda instâncias; que, tendo agora o autor prova de que a ré é conhecida na polícia pela prática de atos criminosos, como ladra perigosa e condenada por infração ao art. 155 do Cód. Penal, justifica-se assim a proposição desta nova ação.

Contestando, alegou a ré que as acusações relativas ao abandono do lar e obtenção de dinheiro da família do autor já foram objeto de anterior ação de desquite, em que foram julgadas improcedentes.

Restam as condenações por infração penal, consistente em estelionato. Tais fatos, entretanto, são estranhos às relações conjugais e não constituiriam injúria grave contra o autor.

Reconvindo, afirmou a ré ter sido abandonada pelo autor.

A sentença apelada julgou improcedentes ação e reconvenção.

O que pôsto:

Dos fatos argüidos na inicial, o único que pode estar em debate é relativo às condenações criminais impostas à ré, em processos de 1949 e 1950 (fls. 6), isto é, posteriores à primeira ação de desquite que o autor moveu contra a ré em 1948.

Ao decidir a referida ação, o respectivo juiz observou que a ré havia feito prova de ser uma mulher honesta e impelida a deixar o seu lar conjugal pela sua própria sogra (fls. 34 do apenso).

O ingresso da ré na senda do crime foi posterior a êsse procedimento por parte da família do autor, desassistida por êste e desamparada na luta pela existência.

Bastaria tal circunstância para impedir que o autor viesse a juízo alegar o infortúnio de sua espôsa, levada, pelo abandono moral, à prática de crimes contra a propriedade, como tendo praticado injúria grave à pessoa do marido que a desassistiu.

Acresce, porém, a isso que, como mostra CARVALHO SANTOS, a condenação penal somente pode ser considerada injúria grave a um dos cônjuges quando tenha sido praticada pelo outro com infração direta aos deveres conjugais e ânimo de injúria contra seu consorte. Não poderão ser como tais considerados o furto, o roubo, o peculato e o estelionato ("Código Civil Interpretado", vol. 5, pág. 238).

É certo que, na doutrina e na jurisprudência francesas, vigorou, durante certo tempo, a opinião de que a injúria poderia existir fora da violação dos deveres nascidos do casamento e resultar de simples conduta infamante de um dos cônjuges, porque o casal representa uma unidade moral e uma honra comum.

Tal ponto de vista, que surgiu após a lei de 27 de julho de 1884, relativa ao divórcio (PLANIOL et RIPERT, vol. 2, n° 511), hoje foi repelida expressamente pela lei de 2 de abril de 1941, validada pela ordenança de 12 de abril de 1945, segundo a qual, para constituir-se a injúria grave produtora de divórcio, são essenciais duas condições *a)* os fatos apontados devem constituir violação grave e reiterada dos deveres e obrigações resultantes do casamento; *b)* devem tais fatos tornar intolerável a manutenção do laço conjugal.

Antes da lei de 1884, sempre se entendeu no direito francês que uma condenação a uma pena infamante era considerada uma causa autônoma de separação de corpos (art. 232 do Cód. Civil), desde que imposta em sentença definitiva e produzisse infâmia, não num sentido oriundo de costumes ou

preconceitos, mas de qualificação legal da pena, isto é, infâmia legal (DURANTON, "Cours de Droit Français", vol. 2, n° 560; LAURENT, "Principes", vol. 3, n° 197). Uma simples condenação correcional por furto a cinco anos de prisão, por exemplo, não dava à mulher o direito de pedir a separação de corpos (DEMOLOMBE, volume 4, n° 398; MARCADÉ, vol. 1, n° 762; TOULLIER, vol. 2, n° 673; PLANIOL et RIPERT, vol. 2, n° 511).

A razão dêsse entendimento foi muito bem exposta por LAURENT: "O casamento tem por objetivo o aperfeiçoamento dos esposos; se um dêles cair, o outro deve estender-lhe a mão para levantá-lo, muito longe de fugir dêle como dum impuro. Se o preconceito contrario existe nos costumes, é um preconceito funesto, pois é um obstáculo quase invencível à correção dos condenados liberados. Caberá ao legislador alimentar os preconceitos, ou seu dever é de combatê-los?" (ob. e vol. citados, n° 197).

A jurisprudência francesa posterior à lei de 1884 foi sempre àsperamente criticada pelos tratadistas, como tendo aberto uma quarta porta para o divórcio, em que o conceito de injúria grave se tornava equivalente a uma causa indeterminada, prestando-se ao arbítrio judicial e a todos os abusos (JOSSERAND, vol. 2, n° 922; COLIN et CAPITANT, vol. 1, n° 356; BEUDANT, vol. 3, n° 782).

Na Bélgica, ao que informa DE PAGE, nunca se fêz tamanha deturpação ao conceito de injúria grave. Como tal sempre se entendeu não sòmente à noção rigorosa de gravidade devidamente provada, como também ao caráter ofensivo do fato material considerado como injúria ("Traité Elémentaire de Droit Civil Belge", vol. 1, n° 855).

Ora, quando a ré praticou o estelionato pelo qual foi condenada não teve em vista injuriar o marido. Praticou pura e simplesmente um delito contra patrimônio alheio, nada tendo a ver com isso sua apreciação a respeito do seu marido.

Não tendo havido intenção de ofender ao cônjuge nem tendo ocorrido violação de obrigação nascida do casamento. não se caracterizou, no caso, nenhuma injúria grave contra o autor, que pudesse justificar seu pedido de desquite.

Quanto à reconvenção, não ficou demonstrado que a separação entre o autor e a ré houvesse resultado de abandono voluntário do lar por parte do autor. Nenhuma prova foi produzida sobre a forma pela qual se produziu e se manteve tal separação.

Daí haver concluído por negar provimento a ambos os recursos, mantendo a bem elaborada sentença apelada.

\*

## **RESPONSABILIDADE CIVIL – CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE**

**- O transportador tem a obrigação de conduzir o viajante são e salvo, em perfeita segurança, até o lugar do destino. Somente cessa o contrato depois que o viajante desembarcou com segurança. Isto é, não somente se desligou materialmente do veículo, como teve tempo de se afastar dele, de forma a não ser vítima de sua partida brusca. Tal partida também caracteriza negligência e imperícia do transportador.**

Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Limitada *versus* Isabel Ferreira

Ap. nº 18.106 (embs.) - Rel.: DESEMB. BULHÕES CARVALHO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes de julgado na apelação cível número 18.106, de que é embargante a Companhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Limitada e embargada Isabel Ferreira:

Acordam os juízes do 4º Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em negar provimento ao recurso, rejeitando os embargos, unânimemente.

Isabel Ferreira, ora embargada, propôs ação de indenização contra a ora embargante, alegando que, no dia 17 de abril de 1949, viajava no bonde linha Andaraí-Leopoldo, quando, ao chegar o elétrico na rua Vinte de Abril, esquina

da rua do Senado, a autora se preparou para desembarcar; que, estando o bonde parado, a autora desceu e ainda estava sôbre os estribos, quando, inopinadamente, o motorneiro pôs o coletivo em movimento, fazendo com que a mesma fôsse projetada ao solo e atingida pela parte traseira do bonde; que o preposto da ré se houve com manifesta imprudência, dando saída ao veículo quando ainda sôbre o estribo se encontrava a autora.

Contestando, alegou a ré que a autora não era mais passageira do bonde quando se verificou o desastre, ocasionado unicamente pela sua indecisão em atravessar a rua, justamente quando o bonde entrava na curva da rua do Senado; que, "segundo a versão verdadeira, o fato se verificou da seguinte forma: "Estacionado o bonde no ponto de parada existente na esquina da rua Vinte de Abril com Senado, dêle desceu a autora, que se dirigia para a sua residência, localizada nessa última rua, número 231, apartamento nº 9. Preparava-se ela para atravessar a via pública, passando por detrás do bonde estacionado, quando surgiu uma ambulância do Pronto Socorro, nas proximidades do local onde se achava. Dado o inesperado da aparição dêsse veículo, que, além de se encontrar a grande velocidade, se utilizava de sua sirene de alarme, a vítima perturbou-se momentâneamente sem saber se deveria atravessar a rua ou regressar ao passeio. Nesse meio tempo o bonde pôs-se em movimento e, ao virar para a rua do Senado, a sua traseira atingiu a vítima, que se achava colocada fora da calçada, como já se acentuou" (fls. 15).

Em suas razões de apelação, ainda acrescentou a ré: "O preposto da apelante agiu com a mais absoluta isenção de culpa ou de imprudência. Primeiro, porque não podia adivinhar que a apelada tivesse se colocado num local inadequado e inseguro. Segundo, porque não podia expor o seu veículo, repleto de passageiros, a um choque violento e de conseqüências imprevisíveis com a ambulância, principalmente quando não havia nada que contra-indicasse a retirada do bonde do local em que se encontrava, de vez que todos os passageiros já haviam descido do mesmo, quando a Assistência pediu passagem" (fôlhas 112).

Para fazer suas afirmativas, baseou-se a embargante no registro de ocorrências lavrado por informação dum investigador de nome desconhecido. Segundo tal registro, a autora "fôra acidentada cêrca das 23 horas à rua Vinte de Abril, esquina da rua do Senado, ao receber um golpe da parte traseira do bonde nº

1.759, linha Andaraí-Leopoldo, que entrava na rua do Senado para a cidade, resultando o fato de perturbação momentânea da vítima ao atravessar a via pública, ficando com ferimentos na coxa direita" (fls. 22).

Entretanto, houve testemunhas que depuseram no inquérito e em juízo.

Antônio Stamato, que na ocasião estava defronte do poste de parada do onde e distante dêste cerca de seis metros, "percebeu que uma Assistência, que vinha pela rua Carlos Sampaio, em direção à rua Vinte de Abril, tocava com insistência o sinal pedindo passagem a um bonde que se achava parado na esquina situada na rua Vinte de Abril com Senado; que, por isso, o bonde partiu rapidamente; que, em seguida, percebeu que havia ocorrido um acidente, pois a Assistência parou e todos correram para o local;... que o bonde ficou parado no poste durante muito pouco tempo, pois partiu inopinadamente para dar passagem à Assistência" (fls. 98).

Na polícia essa testemunha havia esclarecido ter sabido no local que a ofendida, tendo saltado de um bonde naquele local, pondo-se êste em movimento, fôra colhida pela parte traseira do elétrico, em virtude da curva que o mesmo é obrigado a fazer para entrar na rua do Senado (fls. 23 v.).

A outra testemunha, Francisco Parente, diz que "estava dormindo na ocasião do acidente, quando foi acordado por um rapaz que foi acordá-lo a fim de que fôsse à Assistência, onde se achava D. Isabel; que soube por êsse rapaz que a autora havia sido atropelada pelo bonde logo após haver descido do carro na esquina da rua Vinte de Abril" (fôlhas 99).

O voto vencido do acórdão embargado sustenta a tese de que, tendo a autora desembarcado do bonde, já tendo ambos os pés plantados em solo firme, no asfalto, não haveria que se cogitar de contrato de transporte e de seu inadimplemento, porque a passageira já terminara incólume a viagem, já saltara do veículo, já abandonara a condução sã e salva; não era mais passageira, mas um simples transeunte (fls. 143).

O que pôsto:

O voto vencido e a própria ré embargante admitem que a autora tinha vindo como passageira do bonde indicado na inicial e acabara de desembarcar quando foi atingida pela parte traseira do veículo, que fazia a curva para entrar na rua do Senado.

Poderiam também ter acrescentado que o bonde em questão demorou pouco no poste de parada e deu salda inopinada em virtude da sirene duma ambulância da Assistência, que pedia passagem.

De qualquer maneira, é inaceitável a tese do voto vencido de que, pelo simples fato do passageiro haver deixado materialmente o bonde colocando ambos os pés em solo firme, no asfalto, cesse a responsabilidade do transportador.

Êste assume a obrigação de segurança em relação ao passageiro, inclusive em relação ao ato do seu desembarque, que abrange não sòmente o ato de se desligar materialmente do veículo, como também o tempo necessário de se afastar dêle, de forma a não ser vítima duma partida brusca.

Se em relação ao transporte de mercadorias a responsabilidade do transportador começa a correr desde o momento em que recebe as fazendas e só expira depois de efetuada a entrega (art. 101 do Cód. Comercial; art. 3º da lei número 2.681, de 7 de dezembro de 1912), absurdo seria que, no caso de transporte de pessoa, o transportador ficasse isento de responsabilidade enquanto o passageiro, ao desembarcar, ainda estava ao alcance do próprio bonde ao dar a saída, antes do passageiro estar em segurança.

A própria jurisprudência francesa, que é rigorosa na apreciação da responsabilidade contratual, admite que "os acidentes ocorridos nas plataformas de embarque e desembarque são acidentes ocorridos no curso de contrato de transporte" (LALOU, "Traité Pratique de la Responsabilité Civile", ed. 1949, nº 456, pág. 334).

No caso dos autos, entretanto, a responsabilidade da embargante, quando não fôsse contratual, seria aquiliana, de vez que o seu preposto fez a curva sem tomar as cautelas necessárias (fls. 103), além de haver dado saída inopinada ao bonde, sòmente porque ouvira a sirene duma ambulância pedindo passagem.

Quanto ao valor da indenização, não foi objeto do voto vencido.

E a ser reapreciada tal questão em embargos, é certo que, como bem mostrou o acórdão embargado, a quantia fixada resulta de anotações em sua carteira profissional e foi aceita pelo perito desempatador.

Custas pela embargante.

Distrito Federal, 20 de maio de 1953. - *L. Duque Estrada Júnior*, presidente;  
*Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, relator.

\*

## LOCAÇÃO - SUBLOCAÇÃO

**- É inadmissível juridicamente o sublocador tornar-se segundo sublocatário de parte da coisa sublocada.**

Farmácia Santa Teresinha Ltda. *versus* Rosa Souto Gonçalves

Ap. nº 6.730 (embs.) - Relator: DESEMB. HENRIQUE FIALHO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos de nulidade na apelação cível nº 6.730, em que é embargante Farmácia Santa Teresinha Ltda., sendo embargada Rosa Souto Gonçalves:

Acordam os juízes do 3º Grupo das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, receber e julgar procedentes os embargos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer, pela sua conclusão, a sentença de primeira instância.

Como ficou exposto no relatório, trata-se do seguinte:

A ora embargada, alegando ser sub-locatária do sobrado do prédio nº 230 da rua do Catete, do qual é locatária e sub-locadora do sobrado a ora embargante,

teria, entretanto, sublocado por sua vez à própria sublocadora parte dêsse sobrado, ou seja, alguns dos seus cômodos, e porque essa sublocatária e simultâneamente sublocadora estivesse a lhe dever vários meses de aluguel dos ditos cômodos, contra ela moveu a presente ação de despejo.

A ré (ora embargante) contestou alegando ser inverídica a afirmação da autora, por isso que apenas lhe havia sublocado parte do sobrado, conservando para seu próprio uso (consultórios de médico e sala de espera) os cômodos que ocupa no dito sobrado.

A sentença de primeira instância (fôlhas 56), admitindo, em princípio, a possibilidade jurídica do locador tornar-se sublocatário, ou, como no caso, o sublocador tornar-se segundo sublocatário de parte da coisa sublocada, julgou, entretanto, a autora carecedora da ação por não encontrar convincentemente provada essa esdrúxula situação, que, pela sua própria extravagância, carecia de ficar plenamente provada, o contrário, porém, resultando da prova circunstancial existente no processo.

Interposto recurso de apelação dessa sentença, a egrégia 4ª Câmara, contra o voto do relator SOUSA SANTOS, que mantinha a sentença, deu-lhe provimento para, reformando a sentença, julgar a ação procedente e decretar o despejo, encontrando-se a fls. 82 o acórdão que assim decidiu.

É dêsse acórdão os presentes embargos, onde as partes insistem em suas anteriores alegações.

Com a devida vênia, forçoso será reconhecer que a questão foi mal posta e mal decidida pelo acórdão embargado, sendo aliás inadmissível juridicamente estabelecer a possibilidade de ser uma mesma pessoa simultâneamente locador e sublocatário da mesma coisa ou de parte dela, e assim igualmente sublocador e sublocatário de uma mesma coisa ou parte dela.

É certo que há decisões jurídicas que admitem semelhante possibilidade teratológica, encontrando-se mesmo nestes autos uma sentença (fls. 87), confirmada por um acórdão (fls. 70), assumindo a paternidade, devendo, porém, ser assinalado que sem apresentarem qualquer razão de ordem jurídica a ampará-los.

Fácil será, todavia, repudiar tal doutrina.

Basta, com efeito, considerar o que seja locação. A própria lei define como sendo o contrato pelo qual uma das partes se obriga a ceder a outra, por tempo determinado; ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Ora, se aquele que tem o uso e gozo de uma coisa não fungível cede-os a outrem, por tempo determinado ou não, mediante certa retribuição, e depois de comum acordo recupera, no todo ou em parte, o uso e gozo dessa mesma coisa, é evidente que com esse ato não se terá tornado sublocatário total ou parcial do seu próprio locatário, e sim no primeiro caso terá desfeito, rescindido, por mútuo consentimento, a locação, e no segundo caso pela mesma forma terá desfeito parcialmente, isto é, a locação que originariamente fôra convencionada total passa a ser uma locação parcial, sendo dela excluída a parte cujo uso e gozo foram devolvidos ao locador.

O que se diz quanto à locação nos casos mencionados, dir-se-ia, *mutatis mutandis*, quanto à sublocação.

Aberrante, totalmente sem senso jurídico, e mesmo sem senso comum, seria admitir a situação resultante do acórdão embargado.

Todavia, segundo a solução aí esposada, o locador de um prédio, que havia, portanto, cedido ao locatário o uso e gozo de todo esse prédio mediante certo aluguel, mas passando posteriormente de comum acordo com o locatário a ocupá-lo totalmente, ou apenas em parte, terá no primeiro caso de pagar ao locatário o aluguel total e simultaneamente receber do locatário esse mesmo aluguel, e no segundo caso terá de pagar ao locatário parte do aluguel correspondente à parte do prédio que ocupa e simultaneamente receber do locatário o aluguel total, inclusive, portanto, a parte que êle próprio pagou.

Partindo desse entendimento, o acórdão considerou a embargante em mora do pagamento do aluguel dos cômodos de que ela se teria tornado sublocatária da sua sublocatária, e por tal motivo julgou procedente a ação de despejo, decretando-o.

Mas, *data venia*, ainda que se pudesse admitir aquela solução juridicamente espúria, não se poderia conceber a mora no pagamento de aluguel dessa sublocatária da sublocatária, por isso que em tal hipótese verificar-se-ia confusão parcial da dívida, extinguindo-se a obrigação, consoante o disposto pelos arts. 1.049 e 1.050 do Cód. Civil.

E se, aceitando ainda para argumentar a possibilidade de existir sublocatário do sublocatário, na espécie, e se a embargante se recusou a efetivar a compensação das dívidas, ou se a embargada pagou totalmente a sua dívida sem descontar a parte de que seria credora, teria deixado de valer-se da faculdade assegurada por lei, restando-lhe apenas repetir o que indevidamente teria pago.

O que não é possível, nem admissível, é considerar-se em mora de pagamento de aluguel a embargante e sujeita a despejo.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 4 de junho de 1952. - *Frederico Sussekind*, presidente;  
*Henrique Fialho*, relator.

\*

## LOCAÇÃO - MUDANÇA DE LOCATÁRIO

**- O locatário que transfere definitivamente sua residência para outro prédio não tem direito a se beneficiar da garantia excepcional da lei para continuar a ser locatário "in nomine" do imóvel que deixou ocupado por terceiros, embora parentes, ainda que residissem em sua companhia**

Valfredo Teixeira de Andrade *versus* Antônio Gonçalves da Cunha

Ap. nº 7.621 (embs.) - Relator: DESEMB. HENRIQUE FIALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade na apelação cível nº 7.621, em que é embargante Valfredo Teixeira de Andrade, sendo embargado Antônio Gonçalves da Cunha:

Acordam os juízes da 2ª Turma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, contra o voto do desembargador SADI GUSMÃO, desprezar os embargos, confirmando o acórdão embargado, que julgou procedente a ação e decretou o despejo do embargante.

Ficou provado sem dúvida possível que o embargante-locatário não reside no apartamento, e sim em prédio que adquiriu.

Os atuais ocupantes, embora parentes do locatário, não são pessoas que necessariamente vivessem às suas expensas, e nem isso foi alegado e provado. Conseqüentemente, ainda que residissem em sua companhia, não se pode admitir que, transferindo o embargante definitivamente sua residência para prédio próprio, continue a ser locatário *in nomine* do aludido apartamento, que é usado unicamente por aquêles parentes.

Não é essa a *mens legis* que objetiva apenas assegurar a estabilidade do locatário, mas não permite que êste, já não necessitando pessoalmente do prédio de que era locatário e tendo transferido sua residência, continue a se beneficiar da garantia excepcional da lei, para uso de terceiro, embora parente.

A lei de exceção deve ser estritamente interpretada.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 9 de janeiro de 1952. - *Henrique Fialho*, presidente e relator; *Sadi Cardoso de Gusmão*, vencido:

Estou de inteiro acôrdo com a sentença e com o voto vencido, os quais estão, por sua vez, conformes aos usos e bons costumes e à realidade brasileira.

Do processo se apura que o embargante locou o prédio despejando para nêle residir com sua mãe e irmãos, cooperando todos na manutenção do lar.

Em 1947 transferiu-se o embargante para uma outra casa que adquiriu, continuando, todavia, responsável pela locação.

Não há, assim, qualquer violação de lei: o uso pela família é o normal, sendo a locação *intuitu familiae* e conforme à lei (Cód. Civil, art. 1.192, I), a qual não proíbe a locação em favor de terceiros e para os fins a que o prédio é destinado; é uso lícito, conforme ao direito, pôsto que ao filho incumbe por direito natural, pela moral e bons costumes e, também, por lei assegurar e satisfazer alimentos (e êstes podem ser prestados *in natura*) à irmã e aos irmãos.

Demais, trata-se de situação antiga e com a qual o embargado se conformara, renunciando ao direito de impugná-la.

\*

## DESQUITE - MORTE DO CÔNJUGE

**- A morte de um dos cônjuges antes da homologação do acordo na primeira instância ou depois dela até o pronunciamento da segunda instância faz com que fique prejudicado o desquite, o que decorre do fato de ser personalíssimo o direito de pedi-lo, não se transmitindo por herança.**

Antônio de Barros Melo *versus* Ana Carmelita Ramos de Barros Melo

Ap. nº 13.053 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados êstes autos de apelação cível nº 13.053, sendo apelante o Juízo da 2ª Vara de Família e apelados Antônio de Barros Melo e Ana Carmelita Ramos de Barros Melo:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, julgar prejudicado o pedido de desquite amigável, por ter falecido o cônjuge-marido entre a data da subida do recurso *ex officio* e a dêste julgamento.

Trata-se de matéria em que a jurisprudência tem divergido, como nos mostra, em seu livro "O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais", o ilustre juiz VICENTE DE FARIA COELHO. Esta Câmara, porém, tem adotado o mesmo ponto de vista sustentado por êsse magistrado e pela Procuradoria Geral, por seu delegado, o Dr. FERNANDO MAXIMILIANO, no sentido de que a morte de um dos desquitandos, antes da homologação do acôrdo na primeira instância ou, mesmo, depois dela, até o julgamento pelo Tribunal de Justiça, faz com que fique prejudicado o desquite, "o que decorre do fato de ser personalíssimo o direito de pedi-lo, não se transmitindo por herança". Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, não mais seria possível dissolvê-la por outra causa, como o desquite.

Distrito Federal, 18 de abril de 1952. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Henrique Fialho*, revisor; *Vicente de Faria Coelho*.

Ciente, em 2 de maio de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

\*

### **CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - OPORTUNIDADE**

**- A circunstância de ter sido a consignatória ajuizada logo no dia seguinte ao do vencimento do prazo para pagamento do aluguel, gera presunção favorável do consignante.**

Itajubá Hotel Ltda. *versus* Joaquim Moreira da Silva

Ap. nº 15.037 - Relator: DESEMBARG. EMANUEL SODRÉ

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 15.037, em que é apelante Itajubá Hotel Limitada e apelado Joaquim Moreira da Silva:

Acordam os juízes da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.

O apelado, dono do Bar Itajubá, instalado no mesmo edifício em que funciona o apelante e sublocatário dêste, veio consignar os aluguéis, à razão de Cr\$ 1.000,00 por mês, sob a alegação de que o sublocador se recusava a recebê-los. Tratava-se de dívida *portável*, pois o contrato de fôlhas 3 determina que os referidos aluguéis devem ser pagos na gerência do credor. Como bem salientou o relator vencido, em seu muito erudito voto, cabe ao devedor, nesse caso, *provar a recusa* do credor. A tese está certa; mas a hipótese dêstes autos põe em relêvo certas circunstâncias que geram a *presunção*, e muito forte presunção, de que é verdadeira a alegação do apelado. A grande modicidade do aluguel (Cr\$ 1.000,00) para um *bar* em pleno coração da cidade, ou seja, na Cinelândia; a pendência de anterior litígio entre as mesmas partes e relativa, precisamente, à locação em causa (fls. 18); o ajuizamento dêste feito logo no dia seguinte ao do vencimento do prazo para o pagamento do aluguel; e ainda o não-comparecimento do réu a juízo para receber o que lhe era oferecido: todos êstes fatos vêm mostrar que realmente havia o *propósito*, da parte do réu, de lançar o devedor em mora.

O Cód. de Proc. Civil expressamente inclui, no tít. VIII, que cuida das provas, expressamente contempla, repita-se, e seria absurdo que o não fizesse, os "*indícios, circunstâncias e presunções*". *Prova*, portanto, tem o apelado a seu favor, melhor, sem dúvida, que as marteladas "testemunhas" que costumam surpreender "conversas" à mesa dos cafés.

Custas pelo recorrente.

Distrito Federal, 22 de julho de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente e relator designado; *Eduardo Espínola Filho*; *Martinho Garcês Neto*, vencido, com o voto em separado:

O Dr. juiz *a quo* reconheceu o seguinte: "não ficou provado nem que houve pagamento no local e no vencimento da obrigação, nem está provado que houve recusa, como também não está provado o contrário. Autor e réu nada provaram. O que há de positivo é a recusa "na oferta judicial" (fls. 29).

E tendo estabelecido estas premissas, assim aplica o direito concernente ao caso: "na ausência de prova de ambas as partes, a presunção é a de que os fatos

se passaram como os narra o autor, pois que ninguém vem a juízo sem algum motivo sério". E, em consequência, depois de outras considerações de menor relêvo, julgou procedente a ação.

Mas, a verdade é que o honrado Dr. juiz *a quo* não atentou para uma distinção fundamental, que se lhe impunha, entre dívida *portable* e dívida *querable*. Porque, se tivesse fixado a natureza da dívida *portable*, teria verificado, também, que, em tais casos, o ônus da prova é, inicialmente, do devedor. Em outras palavras: êste não pode vir a juízo consignar a prestação vencida a não ser provando que procurou o credor, no lugar do pagamento e no prazo em que devia fazê-lo, e que lhe fêz a oferta real da dívida, que teria sido recusada. Só depois de feita esta prova é que incumbe ao credor provar justo motivo para a recusa, ao fito de não ser considerado em mora *accipiendi*. Vale dizer, se o devedor, dada a natureza *portable* da obrigação, não satisfaz o ônus da prova que, inicialmente, é seu, deve o credor ser absolvido, pois a mora, no caso, será *solaendi*. O credor não pode, em consequência, arcar com uma recusa não provada. Só nos casos em que incumbe ao credor procurar o devedor, isto é, na hipótese da dívida ser *querable*, é que poderá o devedor consignar judicialmente a prestação vencida, para se libertar do pagamento, sem que tenha de fazer, inicialmente, a prova de não ter sido procurado pelo credor, que é uma prova negativa. Nas dívidas *quesíveis*, o ônus da prova desloca-se para o credor, ao qual incumbe provar haver procurado o devedor, sem lograr receber o pagamento da prestação vencida.

Ao devedor que acorre a juízo para pagar, vencida a obrigação, será suficiente alegar a mora *accipiendi*. É que, nas dívidas *querables* - nunca é demais acentuar - a mora do devedor não se verifica, embora vencido o prazo, se o credor não procura o devedor. É a lição uníssona de LAFAYETTE. COELHO RODRIGUES, UBALDINO, EDUARDO ESPÍNOLA, SÁ PEREIRA, CARVALHO SANTOS, WHITAKER, SOUSA RIBEIRO, ASTOLFO RESENDE (*apud* L. A. DE ANDRADE & MARQUES FILHO, "Locação predial urbana", São Paulo, 1952, pág. 181).

Daí também decorre que, para ser considerado em mora o devedor, nas obrigações *quesíveis*, incumbe ao credor a prova de que foi ao lugar estabelecido para o pagamento e não conseguiu obtê-lo. Já tivemos oportunidade de fixar bem essa distinção entre dívida *portable* e *querable*, da

maior importância prática, em trabalho que mereceu transcrito pelos doutos juristas L. A. DE ANDRADE & MARQUES FILHO. Dessas modestas páginas, reproduzimos a sua conclusão e que é a seguinte:

"Em síntese: o ônus da prova cabe: ao credor, na dívida *querable*, regra geral do art. 950, quando o pagamento se faz no domicílio do devedor; ao devedor, na dívida *portable*, exceção do art. 950, quando o pagamento se faz no domicílio do credor.

"No 1º caso, o credor deverá provar, inicialmente, que foi ou mandou receber a prestação no domicílio do devedor, e este não pagou; no 2º caso, o devedor deverá provar, inicialmente, ao consignar, que foi ou mandou pagar, e que o credor se recusou a receber a prestação" (ob. cit., pág. 790).

Ora, no presente caso, apura-se que a dívida era *portable* (cláusula 3ª do contrato, fls. 3), como, aliás, é incontroverso. Logo, à falta de prova, de qualquer das partes, a solução lógica, curial, jurídica e legal *in casu*, não era condenar, arbitrariamente, o credor, e sim, absolvê-lo, pois o devedor é que arcava, inicialmente, com o ônus da prova.

O devedor, isto é, o autor-consignante estava obrigado a provar, dada a natureza *portable* da obrigação, inicialmente, ou seja, para que pudesse agir judicialmente contra o credor, que o havia procurado e a ele oferecera a prestação devida e recusada. Oferta efetiva. Real. Anterior à judicial. Não, apenas, simbolicamente. Não é direito do devedor vir a juízo acionar o credor, sem provar, nas dívidas *portables*, que cumpriu com a sua obrigação - a de oferecer, no lugar do pagamento, efetivamente, a prestação devida. Porque, a presunção legal decorrente do nosso sistema, do direito codificado brasileiro, é a de que o devedor que assim não procede está em mora, e não pode invocar mora do credor. E, assim, *data venia* da egrégia maioria, não logrei atinar com a invocação de presunções *hominis*, quando a presunção legal irrefragável é a de que, no caso destes autos, a mora é do devedor, do consignante, porque este não provou, como devia, haver procurado o credor. Não é um direito do devedor *pagar em juízo*, com incômodo e despesas para o credor, *a não ser* que, haja recusa deste ao lhe ser oferecida a prestação vencida. Mas, por isso mesmo, é absolutamente indispensável, nas dívidas *portables*, que o autor da consignação prove que procurou o credor e que lhe ofereceu a importância. Só

diante dessa prova é que o credor será havido em mora, se não provar, a seu turno, justo motivo para a recusa. Entretanto, se o devedor nada provar, nada terá o credor que provar, para ser absolvido. Foi, portanto, desacertada a aplicação do direito, feita na sentença apelada, que reformávamos, para julgar improcedente a ação.

\*

## **DESPESAS DE CONDOMÍNIO - RESPONSABILIDADE DO LOCATÁRIO**

**- O locatário não responde pelas despesas de condomínio que correspondam a reparos de vulto.**

Serafim Miños Piñeros *versus* José Bernardino Silva

Ap. nº 18.014 - Relator: DESEMBARG. SADI GUSMÃO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 18.014, apelante Serafim Miños Piñeros e apelado José Bernardino Silva:

Ação executiva para cobrança de despesas de condomínio, impugnadas pelo locatário, ora apelado.

Apela a apelante da sentença de fôlhas 62, que excluiu a cobrança da despesa de pintura externa, admitindo as demais (fls. 65).

A sentença, todavia, deve ser mantida.

Evidentemente, a lei, ao referir-se a despesas de condomínio (art. 8º da lei nº 1.300, de 1950), não visou tôdas as despesas a que está obrigado o condômino, mas as normalmente relacionadas com as locações, ou seja: serviços ordinários ou extraordinários do interêsse dos locatários.

Quanto a obras e reparos, o sistema da lei é similar ao do direito francês, o qual distingue *grosses réparations* e reparos de *menu entretenu*, consoante bem mostra GUILLOUARD em seu tratado "Du Contrat de Louage", vol. I, págs. 122 e segs.

Relativamente a obras de grande porte, ou reparos por estragos decorrentes do tempo e do uso normal, o Cód. Civil os atribuiu ao locador (art. 1.189, I, combinado com os arts. 1.192, IV, e 1.206).

O elemento histórico, o estudo da formação da lei, abona essa interpretação, no referente ao texto do art. 8º da lei de emergência em vigor, deixa claro que o legislador teve em mira sujeitar os locatários apenas a despesas decorrentes do uso do edifício, conforme bem o assinala LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE e J. J. MARQUES FILHO ("Locação Predial Urbana", pág. 94).

Não há como estender-se a obrigação A pintura externa do edifício e o melhoramento do interêsse do locador.

Ante o exposto:

Acordam os juízes da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, unânimemente, em negar provimento ao recurso e confirmar a bem fundamentada sentença de fls. 82.

Custas pelo apelante.

Distrito Federal, 20 de junho de 1952. - A. *Sabóia Lima*, presidente; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator; *Oscar Tenório*.

\*

**TRIBUNAL MARÍTIMO - NAUFRÁGIO CULPOSO - BARATARIA DO  
CAPITÃO - FORTUNA DO MAR - RESPONSABILIDADE DA  
SEGURADORA**

**- Embora o Poder Judiciário não esteja adstrito às decisões do Tribunal Marítimo, lícito não lhe é desprezá-las, salvo se contrariadas pela evidência.**

**- A baratária ou rebeldia do capitão são tôdas as prevaricações cometidas por êste ou pela tripulação.**

**- Desde que o sinistro se deu em conseqüência de causas evitáveis - negligência do capitão, mau estado de conservação do navio, má estiva, excesso de carga e desvio de rota - e provado não ser o naufrágio decorrência da fortuna do mar, deixa de se configurar a responsabilidade contratual da seguradora e em conseqüência o segurado terá que arcar com todos os prejuízos.**

Artur Donato Comércio e Indústria, S. A. *versus* Atlântica Companhia Nacional de Seguros e outra

Ap. nº 6.428 (embs.) - Rel.: DESEMB. GARCÊS NETO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado, na apelação nº 6.428, em que é apelante Artur Donato Comércio e Indústria, S. A., e embargadas Atlântica Companhia Nacional de Seguros e outra:

Acordam os juízes que compõem o 1º Grupo de Câmaras Cíveis, contra o voto do desembargador ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, rejeitar os embargos, pagas as custas pela embargante.

E assim decidem em atenção às seguintes razões e fundamentos:

A jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal já assentou, em definitivo, que as decisões do Tribunal Marítimo não fazem coisa julgada e podem ser revistas pelo Judiciário. Mas, ao mesmo passo que assim se tem decidido, não se deixa de assinalar, como o faz a ministro OROZIMBO NONATO, no rec. ext. nº 7.445, que não devem os juízes ou tribunais repelir sem muita circunspecção e

cautela os laudos ou decisões dêsses colégios de técnicos, criados exatamente para aliviar o trabalho do magistrado no desate de questões que demandem conhecimentos especializados, de ordem técnica. E porque êles ministram perícia, laudo, prova, de fôrça quase irresistível de persuasão, não pode o Judiciário desprezá-los, a não ser quando contrários à evidência ("Rev. de Direito Administrativo", vol. 17; pág. 229). Essa diretriz da nossa jurisprudência sôbre a competência do Tribunal Marítimo e o valor das respectivas decisões (rev. cit., vol. 2, pág. 153; vol. 6, pág. 413; vol. 9, pág. 133, e vol. 2, pág. 231), estampa-se também na boa doutrina, recolhida em SEABRA FAGUNDES, que assim se pronuncia: "É um colégio administrativo"... "Não é possível admiti-lo como órgão judicante, no sentido técnico" ("O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário", págs. 113 e 114). Uma coisa, porém, é certa: "O que êle decide, em matéria técnica, em questão de fato, desvela grande importância de momento", segundo as palavras incisivas do ministro OROZIMBO NONATO (rev. cit., vol. 9, pág. 137). E, embora o Poder judiciário não esteja adstrito às suas conclusões, lícito não é desprezá-las, salvo se contrariadas pela evidência. Ora, verifica-se, no presente caso que houve pronunciamento do Tribunal Marítimo, que, em duas decisões unânimes, proclamou a culpa do capitão do navio, responsabilizando-o pelo sinistro (fls. 339 e 341). Entretanto, essas decisões não colidem com a evidência, antes encontram-se amparadas, robustecidas, prestigiadas pelas provas coligidas, num esforço exaustivo, na interpretação adequada e inteligente que das mesmas faz a sentença apelada e o acórdão embargado (fl. 751, 767 e 830 832 v.). Não se encobre, é claro, que há inúmeros depoimentos de tripulantes do navio sinistrado, que fazem referência expressa aos elementos da natureza, descrevendo-os ao fito de levantar dúvidas sôbre a verdadeira causa do naufrágio. Essas referências estão esparsas nos autos e quase que com as mesmas palavras: "vento forte" e "temporal" (fia. 93 v. e 101); "muito mar e vento duro" (fls. 95 e 101 v.); "muito mar e muito vento" ou "vento forte e mar de vagalhões" (fl. 96 e 97); "muito mar e muito vento" (fl. 99). Mas, essas afirmações perdem muito de sua fôrça e prestígio, se se considera que foram feitas no inquérito administrativo, e, ainda mais, que se chocam com afirmações não menos categóricas, de outras testemunhas ouvidas no Tribunal Marítimo, quando se colhe que, na ocasião do sinistro, o tempo era bom e o mar à feição (fls. 250 v.), de pequenas vagas, em virtude de um vento fresco (fôlhas 251). Aliás, nessa fase do processo, o tripulante Pedro Rangel limita-se a falar em avarias do leme e fratura conseqüente de uma chapa do costado (fls.

255 v. e 256), não reeditando a referencia anterior de "muito mar e vento duro" (fls. 95). O mesmo acontece com o maquinista José Cândido do Nascimento, que menciona apenas a existência de "vento sempre regular", "mar calmo (às seis horas)", "mar de pequenas vagas (às 12 horas)", e "mar mais forte (na ocasião do acidente)" fls. 253. Para o tripulante Lupicínio não houve mais do que "fresca lestadada que agitava as águas" e "ondas batendo no costado" (fls. 257). Indubitável, pois, o acêrto da conclusão do Tribunal Marítimo, quando afirma que "o estado do tempo nada tinha de perigoso para um navio em condições normais". Outra não é a conclusão a que chega o Dr. perito-desempatador, respondendo ao 6º quesito suplementar das rés, nestes têrmos: "Embora o navio fôsse velho... o mar e o vento por si sós não causariam o naufrágio" (fôlhas 544), para acrescentar, em relação ao 15º quesito: "Já foi dito que o estado do mar e do tempo não justificariam o naufrágio" (fls. 546). É ainda o que volta a sustentar, prestando esclarecimentos na audiência de instrução e julgamento (fôlhas 613 v.). De fato, enquanto o armador comunica à Capitania que o navio havia naufragado "acossado por violento temporal" o Serviço de Meteorologia, desacreditando essa informação, esclarecia que, em Cabo Frio, no dia do sinistro, o tempo era bom entre as 0 e 15 horas, tanto que a maior rajada foi de fôrça 6, que, na escala do Beaufort, corresponde a uma velocidade de 22 até 27 milhas por hora ou de 38 até 44 quilômetros também por hora, o que, embora permitisse a formação de grandes ondas, nada tinha de perigoso para um navio em condições normais (fôlhas 340). Êsse vento é, por isso mesmo, designado de "muito fresco", segundo a referida escala, e apenas agita a superfície das águas, formando carneirada, e assobia nos fios de arame, obrigando um barco de pesca a rizar o pano (fls. 524 do 2º vol.).

Daí, a resposta do perito desempatador, que é um fecho a êste capítulo: "De um modo geral, parece ao abaixo assinado perfeitamente argumentada a resposta do perito das rés, quando conclui que um vento que obriga um barco de pesca a rizar o pano, não é de molde a ameaçar e, menos, a provocar o naufrágio de um navio do tipo do "Norte". E conclui: "O estudo atento e cuidadoso da matéria do quesito, as argumentações expendidas, etc., levam o abaixo-assinado a concluir que, normalmente, tal tempo e tal mar não podem ser por si sós responsáveis pelo naufrágio do Norte" (fls. 534).

Há, pois, que pesquisar outras causas, para explicar o sinistro. E estas não podem ser senão as que foram apontadas pela sentença apelada e endossadas

pelo acórdão embargado: negligência do capitão, mau estado de conservação do navio, má estiva, excesso de carga e desvio da rota, todas estas *causas evitáveis*, que determinam a responsabilidade do armador e excluem a das seguradoras. Sòmente na hipótese de se dar um valor exagerado, inexplicável e inusitado ao depoimento dos tripulantes, cuja sinceridade sofre sérios embates, diante de certas contradições, isto é, só na hipótese de se emprestar a êsses depoimentos um valor absoluto, o que em matéria de prova testemunhal seria verdadeira temeridade, com total olvido e obscurecimento dos pareceres e conclusões dos técnicos (baseados na informação do Serviço Meteorológico, na significação da escala de Beaufort e nas decisões do Tribunal Marítimo), é que se pode fazer *tabula rasa* das verdadeiras causas do sinistro, para atribuí-lo à fortuna do mar.

Em primeiro lugar - a culpa do capitão. Antes de mais nada, e a êste respeito, cumpre assinalar que a conclusão expressa no voto vencido, de que as testemunhas que depuseram a requerimento da autora afastam a responsabilidade do capitão do navio, é, *data venia*, o resultado de uma errônea interpretação dessa prova, ou melhor, de uma interpretação unilateral, que sòmente emprestou relêvo e significação a certas afirmativas das testemunhas, desprezando outras, que não seriam despiciendas, mas, ao contrário, mereciam especial atenção. Basta lembrar o que relata o maquinista José Cândido do Nascimento. Foi êste, que, indo tomar banho às 6 horas da manhã, constatou a invasão de água salgada no tanque de água doce, "que embarcava pela borda e se escoava para o tanque, cuja tampa se encontrava inutilizada pelo tempo". Esclarece, ainda, essa testemunha que "o perigo vinha do fato dessa caixa d'água transbordar para o porão por furos produzidos por corrosão das chapas de ferro do tanque, que não haviam sido consertadas" (fls. 253), de modo que, às 13 horas, como a situação se agravasse, o chefe de máquinas procurou o comandante para pô-lo ao corrente da situação e do risco que estava correndo, ocasião em que se encontravam presentes o depoente e o foguista José Barbosa. Que fêz o capitão? Como procedeu êle, ao ter ciência do que ocorria? Segundo as próprias expressões da testemunha, sem alterar uma palavra sequer, "respondeu perguntando, dirigindo-se ao grupo, se estavam com medo e *nenhuma outra providência tomou*" (fls. 253 v.). Por sua vez, outro tripulante do "Norte", o marítimo Lupicínio, informa que: "*Não viu por parte do comandante nenhuma providência e como a situação ia piorando cada vez mais*, por volta das 14 horas foi despertar o contra-mestre que se encontrava

descansando" (fôlhas 257). Entretanto, essa mesma testemunha ainda elucida que, "desde o meio-dia, quando deixou o serviço, já se pressentia um comêço de situação perigosa" (fls. cit.), que era a de "soçobrar" (*idem*). Aliás, é o próprio capitão do navio, que confessa, em seu relatório aos armadores, ter sido avisado, às 14 horas, pelo segundo maquinista, da invasão, à ré, do tanque de água doce pela água do mar, e, posteriormente, da invasão do túnel, pela passagem da água salgada do porão. Apenas, o comandante afirma que, às 15,15 horas, como a situação se agravasse, teria mandado alijar ao mar 16 toras de madeira que se encontravam no convés (fls. 83), o que foi inútil porque o navio submergia de pôpa, com muita rapidez (fls. 83 v.). De resto, neste tópico de seu relatório já se encontra o bastante para destruir uma afirmação não comprovada, de que o naufrágio se verificou "em menos de cinco minutos" (fls. 91 v.), porque é o próprio capitão que esclarece que, desde as 14 horas, estava êle ciente da situação de perigo para o navio, que descreve (fls. 83). Realmente, o capitão do navio confessa que o trabalho de alijamento de oito toras, e não 16, do navio levou cêrca de 40 minutos (fls. 269 v.). Mas, quando o capitão não houvesse confessado êste fato, bastaria invocar o testemunho de diversos tripulantes do "Norte", que atestam haver o naufrágio levado cêrca de meia hora para se consumir (fls. 652, 655 e 678). Ora, se assim é, se o sinistro teve êsse desenrolar, se êle se processou de tal modo, é absolutamente inexplicável que o capitão não haja salvado o "Diário de Navegação", nem o livro de Azimuths, apesar de reconhecer que a defesa do seu nome profissional dependia da exibição daquele "Diário" (fls. 263 v.), em que pêse tenham sido salvas. por um taifeiro, não só as cadernetas dos tripulantes, como o rol da equipagem e os respectivos papéis (fls. 92). Entretanto, Eustáquio, que ajudou o comandante a salvar ditas cadernetas, colocando-as numa pasta, não revela nenhuma preocupação do capitão em salvar o "Diário de Navegação" (fôlhas 251 v.), o que é profundamente lamentável e revela a negligência com que procedeu em todo êsse naufrágio aquêle que tinha maior soma de responsabilidade. Acrescente-se que não se salvaram apenas as cadernetas da tripulação e o rol da equipagem, mas também o manifesto da carga (fls. 101 v.). E, das informações do maquinista José Cândido, colhe-se que na baleeira em que se encontrava, a salvo, foram colocadas duas pastas contendo papéis de bordo (fls. 102 v.). Incurialmente, só não se encontrava entre êles o "Diário de Navegação", que poderia explicar as verdadeiras causas do naufrágio. Daí, a crítica incensurável da sentença apelada: "Tudo isto mostra a inércia com que se portou o capitão, cujas únicas providências, no dizer dos tripulantes,

consistiram em mandar tocar as bombas para esgotar o tanque (fls. 253 e 257) e alijar algumas toras de madeira, e que afinal descuidou de salvar o "Diário de Navegação", que tinha sob sua grave responsabilidade, apesar de salvar cadernetas de "tripulantes" (fls. 757). Mas, qual a consequência mais importante da perda do "Diário de Navegação"? Parece indiscutível que essa consequência é a inexistência de protesto, cuja falta Induz presunção' de culpa por parte do capitão. Não há ratificação, se a ata não consta do "Diário". Em outras palavras: o protesto formado a bordo precisa ser ratificado, mas a sua ratificação depende da ata, que há de constar do "Diário de Navegação". Logo, perecendo êste, inexistente a ata e, por consequência, protesto marítimo decorrente da ratificação da mesma ata, que há de constar do "Diário" a ser exibido juntamente com o protesto ao juiz (Cód. de Proc. Civil, artigo 727). Logo, para que a presunção de culpa do capitão do navio segurado fôsse elidida, impunha-se à autora, isto é, à Companhia armadora fazer a prova contrária, o que, entretanto, não ocorreu. Pelo contrário, a prova coligida só faz robustecer essa presunção de culpa. Com efeito, o navio não estava em condições de navegar.

Acrescentem-se a tudo isto mais duas circunstâncias da maior ponderação, e que ficaram devidamente salientadas na sentença e no acórdão - que o navio levava excesso de carga, e por isso mesmo navegava derrabado, e sofreu desvio de rota, não corrigido pelo capitão, e teremos todos os elementos indispensáveis para colocar em evidência a culpa do capitão, em uma palavra - *a barataria*, para cuja configuração é suficiente a culpa grave, equivalente ao dolo (GOVARE, "L'Assurance Maritime Anglaise", pág. 73; LYON-CAEN et RENAULT, "Traité", vol. 5, n° 524, *apud* AQUILES BEVILÁQUA, "Código Comercial Brasileiro", pág. 277). Não ignoramos que alguns escritores de nota perseveraram em subordinar a existência da barataria à configuração de um ato criminoso, mercê de uma interpretação restritiva ao art. 712 do Cód. Comercial, que, assim, influiria decisivamente sobre o artigo 711 do mesmo Código. Ainda hoje é êsse entendimento defendido por HOMERO PRATES ("Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", verb. "Barataria", vol. 5°, pág. 327). Parece-nos que a boa doutrina, e com ela a razão jurídica, está ainda com aquêles que, a exemplo de SILVA COSTA, sustentavam e sustentam que, segundo as nossas leis, a barataria compreende tôda negligência, por mais leve que seja, que importe a indenização do navio e carga. E quando não se queira ir ao extremo sufragado por SILVA COSTA, que admite a configuração da barataria com base em negligência, por mais leve que seja, o certo é que não é

possível negar a conclusão, desde que haja culpa grave, equivalente ao dolo, conforme a orientação seguida pela doutrina italiana e pela francesa (PIPIA, "Trattato di Diritto Maritimo", vol. 1º, pág. 371; VIDARI, "Corso", vol. 7, pág. 90; LYON-CAEN et RENAULT, "Manuel", pág. 957; BONNECASE, "Traité", pág. 615). Como ensinava FERREIRA BORGES, a "barataria" ou rebeldia do capitão, também denominada barateria, ribaldaria, são tôdas as prevaricações cometidas pelo capitão ou pela tripulação, e pode resultar, por exemplo, do seguinte: de não estar o navio bem estanque: de não estarem bem fechadas as escotilhas durante a viagem; de má estiva e arrumação; do excesso de carga. Tudo isto se chama culpa e negligência do capitão ("Dicionário Jurídico Comercial", pág. 62). Em outras palavras, a barataria existe tôdas as vezes que o capitão fêz o que não devia ou deixou de fazer o que cumpria (BEDARRIDE, "Du Comm. Marit.", vol. 4º, nº 1.270; VIDARI, "Corso", vol. 7, loc. cit.; cf. BENTO DE FARIA, "Código Comercial Anotado", volume I, pág. 708, nº 737). Ora, não é só a conclusão a que chegou o Tribunal Marítimo, em duas decisões, que faz sobrenadar a culpa ou negligência do capitão. Há, nos autos, elementos fartos, demonstrativos da barataria, resultante justamente de fatos que a configuram sem sombra de dúvida, tais como: má estiva, excesso de carga, desvio de rota e má conservação do navio. Acrescente-se outro fato, devidamente assinalado na sentença e no acórdão - a falta de vistoria, - e ter-se-á mais um elemento preciso para configurar a barataria do capitão. Assim já decidia, em 1896, o Supremo Tribunal Federal, em acórdãos de abril e maio, pois a nenhuma embarcação é lícito aparelhar, carregar e empreender viagem sem se achar em estado de navegabilidade, presumindo-se navegável a que se sujeitou à vistoria e inavegável a que se não submeteu a essa prova, segundo as regras estabelecidas desde o alvará de 12 de fevereiro de 1795 (*apud* BENTO DE FARIA, loc. cit., pág. 709).

Distrito Federal, 2 de outubro de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Martinho Garcês Neto*, relator; *Romão Côrtes de Lacerda*, vencido, pois recebia os embargos nos termos do voto vencido do desembargador SOUSA SANTOS. O navio fôra dado como em boas condições de navegabilidade, pela Capitania dos Portos, dias antes do naufrágio. Navio vetusto, de 50 anos, mas, para aceitarem o seguro e lograrem as vantagens do contrato, não o acharam velho as embargadas, seguradoras. E isso não constitui vício próprio ou intrínseco que exonere o segurador, conforme ensinam os autores (citados em AQUILES BEVILÁQUA, "Código Comercial", nota ao

art. 211, nº 10). Seria, de resto, irrisório, que a vetustez não fôsse vício para incidir o pagamento dos prêmios do seguro e volvesse a tê-lo para justificar o não-pagamento do mesmo seguro. Barataria também não houve, no conceito do Cód. Comercial, arts. 711 e 712; não ocorreu ato "criminoso" (*sic*, art. 712) ou *intencional* do capitão, que desse causa ao naufrágio (AQUILES BEVILÁQUA, nota 550 ao art. 711). A vistoria da Capitania de Portos estabelece a presunção de que o sinistro ocorreu por fortuna do mar e não por vício intrínseco, como é da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal (AQUILES BEVILÁQUA, cit., página 278, nota ao nº 10 do art. 711). Como consta do laudo desempatador e se faz ver a fls. 847, o vento que soprava na ocasião é capaz de produzir fortes ondas (atestadas pelas testemunhas presenciais), de modo que, tratando-se de navio velho, pôsto que em condições de navegabilidade atestadas pela Capitania, o fato foi devido a fortuna do mar, não se podendo exigir de embarcação vetusta a mesma resistência que de embarcação nova. Mas, repita-se, a vetustez não pode ser alegada pelo segurador, que dela sabia e, apesar disso, aceitou o seguro. Inexpressiva, conjectural, a prova de que o navio foi mal estivado ou de que o capitão não tomou providências adequadas à salvação do barco, ou de que êste tivesse vício de construção (navegava há 50 anos e a Companhia deu-o por bom). Prova evidentemente ineficaz para destruir a presunção resultante de vistoria da Capitania dos Portos.

\*

## **EXECUTIVO CAMBIAL - PRESCRIÇÃO - SIMULAÇÃO DE PAGAMENTOS PARCIAIS**

**- Ação executiva por nota promissória. Não aproveita ao credor atos de simulação de pagamentos parciais para interrupção da prescrição.**

José de Afonseca e outro *versus* Massa falida do Banco Ipanema S. A.

Ap. nº 8.235 (embs.) - Rel.: DESEMB. OSCAR TENÓRIO

**ACÓRDÃO**

Acordam os juízes do 3º Grupo de Câmaras Cíveis, por unanimidade de votos, nos autos dos embargos de nulidade e infringentes na apelação cível nº 8.235, sendo embargantes José de Afonseca e Otávio de Afonseca e embargada massa falida do Banco Ipanema S. A., julgar procedentes os embargos, reformando o acórdão embargado e a sentença da primeira instância, e julgar prescrita a dívida.

A embargada promoveu contra os embargantes uma ação executiva para cobrança de uma nota promissória, com vencimento para 11 de julho de 1944. A promissória foi emitida sem data de vencimento. Conforme a carta de fls. 12, o título estava em branco em 23 de fevereiro de 1948. Conseqüentemente, desde que decorrido o prazo de 12 meses, começou a correr o prazo da prescrição.

A embargada sustenta que a prescrição foi interrompida, em virtude de recebimentos por conta. Mas é manifesta a fraude utilizada para compor a interrupção. A simulação é gritante. Basta acentuar que a promissória é de Cr\$ 21.000,00. Consta do título o primeiro pagamento, por conta, da irrisória quantia de Cr\$ 50,00. Nenhum banco aceitaria pagamento tão insignificante, incapaz de cobrir as despesas de expediente. O voto vencido foi minucioso no exame das provas, convencendo da má-fé empregada pela credora, para obter uma interrupção para saldar o crédito.

Custas pela embargada.

Distrito Federal. 27 de novembro de 1952. - *Henrique Fialho*, presidente; *Oscar Tenório*, relator.

Ciente, em 24 de abril de 1953. - *Fernando Maximiliano*.

\*

## **TRANSPORTE MARÍTIMO - VISTORIA**

**- Para efeito da ação do segurador, sub-rogado nos direitos do embarcador, não é necessária a vistoria judicial.**

Corporação Lloyd's (Departamento de Recuperações) *versus* Sociedade Importadora e Exportadora Maura y Coll Limitada

Ag. nº 7.976 - Relator: DESEMBARG. FARIA COELHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.976, em que figuram como primeiro apelante Corporação Lloyd's (Departamento de Recuperações), como segunda apelante a Sociedade Importadora e Exportadora Maura y Coll Limitada e como apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, integrado neste o relatório de fls. 158, em negar provimento ao agravo no auto do processo de fls. 45, reduzido a termo a fls. 51, visto como não há ilegitimidade de parte e competente é o fôro desta Capital, consoante já tem sido decidido em casos análogos, e em não conhecer do segundo recurso, a fim de, reformando a sentença apelada, julgar procedente a ação, pagas as custas na forma da lei. O segundo recurso não foi conhecido, por intempestivo, uma vez que, sendo a sentença publicada em audiência, de cuja realização tinha o advogado da recorrente ciência inequívoca, só 22 dias após, contando o prazo pela publicação no "Diário da Justiça", foi entregue o recurso. Com relação ao primeiro recurso, é de ver-se que o Dr. juiz *a quo* julgou a ação improcedente, por não ter sido feita a vistoria judicial para apurar o dano na carga transportada, consoante a exigência do art. 618 do Cód. Comercial. A jurisprudência, entretanto, tem se orientado no sentido de considerar tal dispositivo como obsoleto e, mesmo, revogado pelo disposto no art. 756, § 1º, do Cód. de Processo Civil. Este tem sido o modo de entender da Câmara, mostrando o primeiro apelante, em suas razões de recurso, o acerto de tal orientação, que tem o apoio dos mais eminentes tratadistas.

Distrito Federal, 1º de agosto de 1952.

Foi, voto vencedor e presidiu o julgamento o desembargador FREDERICO SUSSEKIND. - *Vicente de Faria Coelho*, relator; *Henrique Fialho*.

RELATÓRIO DE FLS. 158

Ação da seguradora para haver indenização contra o transportador marítimo.

Adoto o relatório da sentença apelada (fls. 110). A ação foi julgada improcedente, por não ter sido observado o disposto no art. 618 do Cód. Comercial.

Houve recurso de ambos os litigantes (fls. 120 e fls. 133), visando a modificação do julgado, porfiando o primeiro apelante pela procedência da ação e a segunda apelante para que sejam conhecidas as preliminares argüidas e a condenação em honorários de advogado, de 20% sôbre o valor da causa.

Foram os recursos contra-arrazoados.

Há agravo no auto do processo (fôlhas 45), interposto pela segunda apelante contra o despacho saneador de fls. 43 v.

Saliento que a ação foi proposta em junho de 1949 e a data da entrega da mercadoria, transportada ocorreu, anteriormente, a junho de 1947 (docs. de fôlhas 31-32 e referência de fls. 121, *in fine*).

Ao Exmo. Sr. desembargador revisor.

Distrito Federal, em 4 de julho de 1952. - *Vicente de Faria Coelho*.

\*

## **TRANSPORTE MARÍTIMO - PRESCRIÇÃO ANUA**

**- Prescrevem em um ano tôdas as ações decorrentes do extravio de mercadoria, no curso do transporte marítimo.**

Companhia Comércio e Navegação *versus* Companhia Seguradora Brasileira S.  
A.

Ap. nº 14.346 (embs.) - Rel.: DESEMB. CÔRTES DE LACERDA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade na apelação cível nº 14.346, embargante a Companhia Comércio e Navegação, embargada a Companhia Seguradora Brasileira S.A.:

Acordam, em 1º Grupo de Câmaras Cíveis, receber os embargos, para julgar, como julgam, prescrita a ação e, conseguintemente, indevidos os honorários do advogado da autora. Procede esta como sub-rogada na ação de carregador por entrega da carga pela embargante. Mas, o Cód. Comercial, art. 449, nº II, dispõe prescreverem em um ano "as ações por entrega da carga, a contar do dia em que findou a viagem". Não se contesta que decorreu mais de ano da chegada da carga ao pôrto de destino.

O art. 449, nº II, do Cód. Comercial cogita da ação "por entrega da carga", isto é, da ação para exigir do transportador o cumprimento da obrigação de entregar a carga. Pouco importa o *motivo* variável, pelo qual a obrigação não foi cumprida: extravio ou perda da carga, furto, roubo, avaria, etc. No caso, o motivo alegado, a não entrega, é o extravio da carga; diz o acórdão que a ação não é *por entrega*, isto é, para obter a entrega, mas para lograr indenização por extravio. Mas êsse raciocínio consiste em admitir que, por linhas oblíquas, obtenha o interessado o que à lei lhe nega lograr por linha reta; se o interessado não tem ação por entrega da carga após um ano do fim da viagem, claro é que não tem ação de indenização por essa não entrega; seja qual fôr o motivo do descumprimento da obrigação. O que prescreveu foi a obrigação de entregar: logo, não cabe indenização pela falta de entrega. Assim não fosse, isto é, coubesse a indenização, neste caso não estaria prescrita a ação, pois que a obrigação de entrega em espécie se transformaria, em todos os casos, em obrigação de indenizar, e a ação continuaria a existir. É claro que prescrita está a de indenizar pela não entrega. É quando não cumpre a obrigação, que o devedor responde por perdas e danos; ora, prescrita a ação para exigir o cumprimento da obrigação, prescrita está a ação por indenização resultante do descumprimento. Por outro lado, as reclamações dirigidas ao transportador, pessoa de direito privado, não interrompem ou suspendem a prescrição. Inadmissível substituir a ação por entrega da carga por ação por extravio culposo, por culpa em não guardar, por culpa em avaria, ou outra.

Custas pela embargante.

Distrito Federal, 11 de dezembro de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Romão Côrtes de Lacerda*, relator.

\*

## FALÊNCIA - DESTITUIÇÃO DO SÍNDICO

**- Justifica-se a destituição do síndico, provado que excedeu os prazos marcados na lei e que infringiu outros que lhe eram impostos.**

S. Fridman *versus* Banco do Brasil S. A. e outros

Ag. nº 3.438 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos éster autos de agravo de instrumento nº 3 438, sendo agravante S. Fridman e agravados Banco do Brasil S. A., Ministério público e massa falida de I. Markiewicz:

Acordam os juízes da Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo e confirmar o despacho que destituiu o agravante da função de síndico da falência de I. Markiewicz.

Autoriza o art. 66 do dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, a destituição do síndico "no caso de exceder qualquer dos "prazos que lhe são marcados nesta lei, de infringir quaisquer outros deveres que lhe incumbem, ou de ter interêsses contrários aos da massa".

Se tem havido excesso de prazo no andamento da falência, com o concurso mesmo do juízo, certo é que se não justifica o procedimento do síndico, a quem o art. 63 do decr. lei nº 7.661 impõe deveres, a serem cumpridos nos prazos expressamente fixados. Assim, pelo inciso IV, competia ao síndico recolher, em 24 horas, ao estabelecimento bancário, as quantias pertencentes à massa, recolhimento que não necessitava de determinação do juiz, por ser dever

impôsto diretamente ao síndico. Se pagou, com o que recebeu, créditos de empregados, não precedeu de acôrdo com o art. 126. Deixou o agravante de juntar, mensalmente, os balancetes, como lhe cumpria (nº XXI do art. 63). Não providenciou, insistindo junto ao juiz, para a verificação de seu crédito (artigo 85, § 2º). Tais atos justificaram a destituição.

Distrito Federal, 30 de setembro de 1952. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Faustino Nascimento*; *Narcélio de Queirós*.

\*

### **PENHOR - REGISTRO - TERCEIROS**

**- Não se encontrando inscrito no Registro de Títulos e Documentos, inoponível é o penhor em relação aos demais credores, com o seu valor preferencial.**

**- Aplicação do inc. II do art. 134 do dec. nº 4.857, de 1939.**

Joaquim Fernandes Romero *versus* Massa falida de Construtora Ribeiro S. A.

Ag. nº 3.373 - Relator: DESEMBARG. SERPA LOPES

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.373, em que é agravante Joaquim Fernandes Romero e agravada massa falida de Construtora Ribeiro S. A.:

Acordam os juízes da 5ª Câmara, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Alegando o agravante ter entregue ao falido, em caução, determinadas importâncias declinadas na inicial, pediu a sua restituição, nos têrmos dos arts. 76-79 da Lei de Falências. Impugnado o pedido, informou o síndico que as importâncias caucionadas não haviam sido encontradas em poder do falido, em razão de que faltava um dos requisitos integrantes da ação proposta, pois

restituíveis eram apenas as coisas encontradas. Apreciando o feito, a sentença agravada repeliu essa primeira argumentação, bem considerando que, em se tratando de coisas fungíveis - caução em dinheiro - desaparecia a razão de ser do requisito legal do encontro da coisa em poder do falido. Todavia, improcedia o penhor com eficácia real, dado que não se havia feito a inscrição respectiva no Registro de Títulos e Documentos, apoiando-se na autoridade de autores alienígenas. Incensurável é a sentença recorrida, sem carência de outro apoio que não o resultante do nosso direito positivo, qual o disposto no inciso II do art. 134 do dec. número 4.857, de 1939, tornando obrigatória a formalidade da inscrição e fixando um prazo para a sua efetivação. Sem o preenchimento desse requisito, o penhor é ineficaz *erga omnes*, em razão do que não assiste ao agravante a restituição pretendida, transformando-se o seu crédito em quirografário.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 14 de novembro de 1952. - *Miguel Maria de Serpa Lopes*, presidente e relator; *Eurico Portela*; *Gastão de Macedo*.

Ciente, em 27 de dezembro de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

\*

## IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO - SIMULAÇÃO

**- O aforisma "fraus inter proximus praesumitur" constitui uma presunção simples que somente poderá servir ao juiz para estabelecer a simulação se fôr apresentada grave, precisa e concordante através da prova testemunhal.**

Banco Auxiliar da Produção *versus* D. Maria de Lourdes Jorge

Ag. nº 2.373 - Relator: DESEMBARG. HUGO AULER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 2.373, em que é agravante Banco Auxiliar da Produção e é agravada D. Maria de Lourdes Jorge:

Acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, negar provimento ao presente recurso para o efeito de confirmar a sentença agravada por todos os seus fundamentos.

E assim decidem porque, instaurado o concurso de credores na ação executiva proposta pelo Banco Auxiliar da Produção contra Osmar Haddad e D. Laura Haddad pelo Juízo de Direito da 14ª Vara Cível, houve por bem D. Maria de Lourdes Jorge habilitar-se pelo crédito de Cr\$ 93.266,50, proveniente de uma nota promissória deste valor, emitida por aquêle primeiro devedor, vencida, protestada e não paga, e que dera origem ao executivo que a portadora do título promovera contra o emitente perante aquela jurisdição, em a qual foi julgada procedente a ação. Impugnado o crédito representado por aquela nota promissória e a sentença proferida nesta última demanda, o Banco Auxiliar da Produção impugnou o crédito, qualificando-o de fruto de simulação, de um conluio entre a enteada e o executado, que são justamente a credora e o devedor. O Dr. juiz de direito da 14ª Vara Cível julgou improcedente a impugnação e mandou que o crédito impugnado concorresse ao rateio, na proporção.

Contra esta. decisão foi que se insurgiu o Banco Auxiliar da Produção, que dela agravou de instrumento com apoio no art. 842, nº XIII, do Cód. de Processo Civil.

É o relatório.

A sentença não merece cassação. Com efeito, o aforisma - *fraus inter proximus praesumitur* - constitui apenas uma presunção simples que sòmente poderá servir ao juiz para estabelecer a simulação no caso de ser apresentada grave, precisa e concordante através de uma prova testemunhal. Cf.: PAUL GLASSON ("Théorie de la Simulation", Paris, ed. ARTHUR ROUSSEAU, 1897, pág. 138); RAYMOND BARRAINE ("Théorie Générale des Présomptions en Droit Privé", Paris. Droit & Jurisprudence, 1942, número 340, pág. 265). É que se trata de uma presunção de fato que não sòmente cede à

prova em contrário como pode ser ilidida pela presença de fatos, indícios ou circunstâncias que, por sua natureza, estão a impedir o reconhecimento do que à *prima facie* se presume por um simples cálculo de probabilidade. Na hipótese dos autos, o agravante não produziu qualquer prova no sentido de permitir o reconhecimento daquela presunção: a circunstância da credora ser enteada do devedor pode constituir, em linha de princípio, uma presunção de ser a dívida fruto de simulação. Mas a verdade é que, na espécie, o agravante não fez a menor prova, não coligiu quaisquer elementos de convicção da formação de um conluio entre padrasto e enteada para prejudicar terceiros. Pelo contrário, a agravada fez prova plena da legitimidade de seu crédito, revelando, inequivocamente, a causa da obrigação cambial que foi objeto de execução judicial, como bem demonstrou o Dr. Juiz *a quo* às fls. 247-248 da sentença agravada e que passam a constituir razões de decidir dêste julgamento em grau de recurso.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 28 de dezembro de 1952. - *Sílvio Martins Teixeira*, presidente; *Hugo Auler*, reator; *Estácio de Sá e Benevides*.

\*

## **PROMISSÓRIA - VENCIMENTO**

**- É pagável à vista a nota promissória sem a indicação da época de seu vencimento.**

João de Figueiredo Simitella *versus* Roberto Faustino Ramos

AP. nº 9.317 (embs.) - Rel.: DESEMB. GUILHERME ESTELITA

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes de julgado na apelação cível nº 9.317. entre partes, embargante João de Figueiredo Simitella, embargado Roberto Faustino Ramos:

Acordam os juízes do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, desprezar os embargos e manter assim o acórdão embargado, que decidiu a espécie de acórdão com a lei regedora dos fatos da causa. Trata-se de uma cobrança de nota promissória emitida sem indicação da data do vencimento e, portanto, pagável *à vista*, ou seja, exigível 12 meses depois de emitida (lei número 2.044, de 1908, art. 58, § 2º). Não sendo a época do pagamento requisito essencial do título, o portador não tem mandato legal para preenchê-lo (lei cit., art. 54, § 1º). Disposição aquela aplicável à nota promissória (art. 56). Na espécie, a emissão se deu a 9 de fevereiro de 1942, a exigibilidade ocorreu a 11 de fevereiro de 1943 e a cobrança judicial iniciou-se a 7 de março de 1949; quando já prescrita a dívida. Pretendeu, é certo, o credor livrar-se da prescrição alegando constar do título o lançamento de vencer-se o mesmo em 9 de fevereiro de 1945, mas a perícia feita na causa demonstrou haver sido esse lançamento feito posteriormente à emissão. Sendo assim, e não se tratando do exercício do aludido mandato legal, não há como fugir à prescrição.

Em face do exposto, nada há que alterar no acórdão embargado.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 28 de agosto de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Guilherme Estelita*, relator.

\*

## **FALÊNCIA - REIVINDICAÇÃO – CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS**

**- O art. 102, § 3º, nº II, do dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1946, não revogou a segunda parte do art. 9º do dec.-lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937, e o art. 76 daquele decreto-lei não exclui os casos especiais da reivindicação ou restituição.**

I. A. P. I *versus* Banco Delamare S. A., síndico da falência de Alfredo Peixoto Júnior

Ag. nº 3.205 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO PINHEIRO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.205, sendo agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, agravado o Banco Delamare S. A., síndico da falência de Alfredo Peixoto Júnior, e fiscal o Ministério Público:

Acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao agravo de fls. 21 para reformar a sentença agravada de fls. 17-19 e determinar a restituição pedida a fls. 2-3.

Assim decidem, em que pêsse ao parecer contrário de fls. 44-45, porque não se ajusta à espécie a classificação do crédito do art. 102, § 3º, nº II, da lei número 7.661, de 21 de junho de 1945, restrita às contribuições devidas pelo falido como empregador, objeto da segunda parcela da verificação de fls. 5.

Ora, o agravante não se habilita por essas contribuições. O que êle pede é a restituição das contribuições recebidas pelo falido de seus empregados mediante desconto nos salários dêstes, objeto da primeira parcela da mesma verificação de fls. 5.

Portanto, o caso não é de crédito privilegiado (cit. art. 102, § 3º, nº II, da lei nº 7.661, e art. 9º, primeira parte, do dec.-lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937), mas de reivindicação ou de restituição (cit. art. 9º, segunda parte).

Não houve revogação do art. 9º do dec.-lei nº 65, nos têrmos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil, pelo art. 102, § 3º, nº II, da lei nº 7.661, uma vez que êste nº II reproduz a primeira parte daquele art. 9º, restringindo-se às contribuições que o falido dever.

Diversa é a situação prevista na segunda parte do discutido art. 9º. As contribuições descontadas dos salários dos empregados não se incorporam ao patrimônio do empregador, sendo dinheiro que, feito o desconto, sai do patrimônio dos empregados e passa, incontinenter, para o patrimônio do Instituto, tanto assim que, *ex vi* do art. 5º do mesmo dec.-lei nº 65, "o empregador que retiver as contribuições recolhidas de seus empregados e não

as recolher na época própria", incide no crime de apropriação indébita. As contribuições são descontadas em nome do Instituto e para entrega a êste.

O art. 76 do dec.-lei nº 7.661 (Lei de Falências) não exclui os casos especiais de reivindicação ou restituição, donde a subsistência do caso da segunda parte do art. 9º do dec.-lei nº 65.

A juridicidade da pretensão do agravante é por êle bem demonstrada em sua minuta de fls. 22-26 e encontra amparo na jurisprudência nela invocada e nos anexos de fls. 27-34.

Custas pelo agravado.

Distrito Federal, 22 de setembro de 1952. - *Mário Guimarães Fernandes Pinheiro*, presidente e relator; *Romão Côrtes de Lacerda*; *João Coelho Branco*.

Ciente, em 10 de outubro de 1952. - *Fernando Maximiliano*.

\*

### **TRANSPORTE MARÍTIMO - PRESCRIÇÃO - CLÁUSULA DE INOPONIBILIDADE - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- A prescrição da ação do segurador para haver o reembolso da indenização paga ao segurado pelo extravio das mercadorias durante o transporte marítimo é a fixada no art. 449, II, do Cód. Comercial.
- A cláusula de inoponibilidade, sendo proibida por lei, não pode ser considerada como excludente da responsabilidade.
- Na forma do art. 988 do Código Civil, o novo credor se sub-roga em todos os direitos, privilégios e garantias do primitivo credor, pelo que ao segurador sub-rogado nos direitos do sub-rogante cabe o direito de haver honorários de advogado.

Cia. Internacional de Seguros *versus* Cia. de Comércio e Navegação

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 16.481, em que são apelantes: 1ª) Cia. Internacional de Seguros; 2ª) Cia. de Comércio e Navegação, sendo apeladas as mesmas:

Acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, por unanimidade, em negar provimento a ambos os recursos.

Trata-se de ação ordinária proposta pela apelante para haver da 2ª apelante o reembolso de quanto pagou como indenização pela perda de mercadorias, segundo os fatos descritos na inicial.

Tendo a sentença apelada julgado procedente em parte a ação, recorreu a 2ª apelante pretendendo a improcedência *in totum*.

Entretanto, não é de se acolher tal pedido. Baseia-se na cláusula de inoponibilidade, matéria já reiteradamente assenta na jurisprudência, no sentido de recusar qualquer eficácia à mesma, dado haver lei expressa proibindo-a. Também pretendeu a 1ª apelante que não fôssem incluídos na condenação os honorários de advogado, argumentando com o preceito constante do art. 989 do Código Civil. Por fôrça do qual, em havendo sub-rogação, o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até a soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor. Entretanto, êsse dispositivo deve ser interpretado conjugadamente com o art. 988 do referido Código, determinando que a sub-rogação transfere ao novo credor, em razão do que lhe cabe exigir honorários de advogado nas ações promovidas para haver o valor do crédito em que se sub-rogou, com as mesmas garantias do antigo credor.

Por outro lado, não merece provimento o recurso da 1ª apelante, embora tenha sido até o presente aceita por esta Câmara a interpretação no sentido de não admitir a prescrição anual. Todavia, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manifestou-se, ultimamente, de um modo reiterado, no sentido da aplicação do art. 449, II, do Cód. Comercial, tornando-se, assim, inútil resistir a êsse movimento interpretativo, contrariando uma das finalidades da

jurisprudência, que é precisamente esta: tender para uma uniformidade, e não para um regime de instabilidade e insegurança. Impõe-se, assim, a confirmação da sentença apelada.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 19 de agosto de 1952. - *Miguel Maria de Serpa Lopes*, presidente e relator; *Eurico Portela*; *Gastão de Macedo*.

\*

## **CONDOMÍNIO - COMPRA E VENDA - RESPONSABILIDADE**

**- As mercadorias vendidas a condomínio de edifícios só podem ser cobradas à sua administração, representada pelo administrador, ou síndico, respondendo cada condômino apenas pela cota-parte que lhe tocar na composição da verba comum.**

Ferragens Dias Pinheiro Ltda. *versus* Cândido de Araújo Neto

Ap. nº 1.680 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 1.680, em a qual é apelante Ferragens Dias Pinheiro Ltda., sendo apelado Cândido de Araújo Neto:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em negar provimento ao aludido recurso e confirmar a sentença recorrida, pagas as custas na forma da lei.

Trata-se de uma ação ordinária proposta pela ora apelante contra o Condomínio do Edifício "Rio Bonito", com sede à rua Sá Ferreira, 188, Copacabana, Cândido de Araújo Neto, Hans Jordan e David Thomaz Morlay, como seus incorporadores, para a cobrança da soma de Cr\$ 22.841,00, relativa a mercadorias que lhe teriam vendido.

A sentença condenou aos dois últimos, Hans Jordan, porque se não defendeu, e David Thomaz Morlay, porque, citado com hora certa, teve ineficiente defesa da Curadoria de Ausentes. Não levou em consideração o pedido contra o Condomínio do Edifício "Rio Bonito" porque, não tendo sido citado, na sua citação não tivesse insistido a suposta credora.

Essa decisão só é confirmada porque dela apenas recorreu a autora da ação, Ferragens Dias Pinheiro Ltda.

A cobrança em questão tem por base uma duplicata, não aceita e por isso protestada, de fls. 3, a que corresponderia a fatura de fls. 4, ambas expedidas exclusivamente contra o Condomínio do Edifício "Rio Bonito", protesto também apenas contra êste tirado (fls. 5). A mercadoria a que aludem é chumbo não especificado, mas presumivelmente encanamentos.

Ora, por aquêles elementos, - *os únicos oferecidos como prova do crédito*, - o devedor é apenas o Condomínio do Edifício "Rio Bonito", contra o qual foram expedidos e protestados.

Se é certo que o condomínio de edifício não é *pessoa jurídica* com os característicos que a estas informam, não há dúvida, porém, quanto a constituir uma especial *comunhão convencional de propriedade* em a qual uma grande soma de serviços, utilidades e obras, dizendo respeito aos interêsses de todos os condôminos ficam sob a *administração* de um dêstes, - *administrador ou síndico*, cuja investidura se dá pelo voto daqueles para o exercício de um mandato bienal (arts. 8º a 10 do dec. nº 5.481, de 25 de junho de 1928), de sorte que é o *condomínio de edifício* que responde em juízo, representado por seu administrador, síndico ou cabecel, pelas obrigações que contrair, situação que não constitui novidade alguma por ser pacífica como princípio geral de direito disciplinador do mandato, já estando, outrossim, condensada em lei em vários países, como, v. g., França, lei de 28 de junho de 1938, art. 7º; Itália, régio dec.-lei nº 56, de 15 de janeiro de 1934, convertido na lei nº 8, de 10 de janeiro de 1935, cap. III, arts. 16-26; Espanha, Cód. Civil, art. 398; México. Cód. Civil de 1928, arts. 942-949, e muitos outros.

É possível, pois, a separação formal dos interesses do "condomínio" daqueles do condômino, sendo que êste só responde na fôrça de sua cota-parte quanto às obrigações daquele (Cód. Civil, arts. 624-628, dec. n° 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 9°).

Ora, no caso dos autos, a mercadoria teria sido vendida ao "condomínio", mas foi cobrada a êste e a *três condôminos*, sem que se limitasse o pedido à proporcionalidade da lei no pagamento reclamado.

Ademais, a prova do crédito contra alguns daqueles só foi admitida pela sentença por mera presunção decorrente do silêncio da defesa, o que não foi, porém, possível estender ao apelado que o impugnou, tanto que foi por ela repelida a cobrança contra êste. Realmente, tal prova não existe, sendo, portanto, procedentes os fundamentos da sentença neste particular como, aliás, na parte em que não incluiu na condenação dos dois outros co-réus honorários de advogado.

Distrito Federal, 18 de julho de 1952. - *Homero Pinho*, presidente e relator; *Artur Marinho*; *Omar Dutra*.

\*

## **FALÊNCIA - DEPENDÊNCIA**

**- A Lei de Falências, no art. 202, § 2º, sòmente sujeita a distribuição por dependência as ações que devam ser propostas no juízo da falência.**

Entregadora Limitada *versus* Banco do Comércio do Café S. A.

Ag. n° 3.673 - Relator: DESEMBARG. SADI GUSMÃO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n° 3.673, agravante Entregadora Limitada, agravada Banco do Comércio do Café S. A.:

Trata-se de executivo hipotecário, distribuído por dependência no Juízo da 3ª Vara Cível, por onde corre a concordata proposta pela agravante.

Esta excepcionou o juízo, alegando que a Lei de Falências não autoriza a distribuição por dependência, nos casos de concordata preventiva, por isso que é expressa apenas com referência às ações que devem correr no juízo da falência.

O Dr. juiz *a quo* deu por improcedente a exceção.

Mas a verdade é que a regra da distribuição alternada somente pode ser atingida ou modificada pelas exceções legais expressas.

E o disposto no art. 202, § 2º, da Lei de Falências é relativo e expresso apenas em relação aos processos que, de acordo com o art. 7º, hajam de correr no fôro da falência.

Isto pôsto:

Acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos; em dar provimento ao agravo e para reformar a decisão agravada, a fim de que seja observado o princípio da distribuição obrigatória e alternada.

Custas pela agravada.

Distrito Federal, 5 de novembro de 1952. - *A. Sabóia Lima*; presidente; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator; *Oscar Tenório*.

## **JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA**

### **RETOMADA - CO-HERDEIRO**

- Cabe ao co-herdeiro o direito de retomada do imóvel do espólio para uso próprio, não sendo lícito ao locatário opor o caráter parcial do direito sucessório.

Floriano Leite de Resende **versus** Roberto Pinto Duarte

Ap. nº. 17.796 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 4 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.654)

\*

### **DESPEJO - QUITAÇÃO DE IMPOSTOS E TAXAS - OUTORGA UXÓRIA**

- Para propor ação de despejo não exige o Cód. de Processo prova de quitação de impostos e taxas.
- Nas ações de despejo, não urge outorga uxória para o autor, nem citação da mulher do réu, porque a locação não versa sobre direito real e sim obrigacional.
- Da prova de residência em prédio alheio emana **praesumptio juris tantum** de não ser **dominus** de outro imóvel.
- Não se confunde, na retomada por promissário-comprador, a **irretratabilidade** com a **irrescindibilidade**.

Ezequiel da Silva campos **versus** José Joaquim Teixeira

Ap. n. 19.281 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 3 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE - Cív. 8.655)

\*

### **MANDADO DE SEGURANÇA - RECLASSIFICAÇÃO DE FUNCIONÁRIO**

- Se a Prefeitura impõe, como condição à reclassificação do funcionário, o reconhecimento por êste da prescrição de vantagens anteriores, não cabe mandado de segurança para anular essa limitação, se o servidor não demonstra a inexistência da causa prescricional.

Impetrante: Antônio Coelho Furtado Beleza

Mand. de seg. nº 789 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 8 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.656)

\*

### **SUCCESSÃO - HABILITAÇÃO DE HERDEIROS**

- Em face da atual redação do art 1.612 do Cód. Civil, a vocação hereditária na linha colateral limita-se ao quarto grau.

- Na linha colateral, a afinidade desaparece com a dissolução do Casamento por morte de um dos cônjuges.

Hortênsia de Barros Martins Costa **versus** Espólio de Gertrudes Mota de Barros Falcão

Ap. nº 18.674 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 15 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.657)

\*

### **COMODATO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE**

- Cabe ao comodante contra o comodatário em mora o interdito **recuperandae possessionis**, para constrangê-lo à restituição da coisa emprestada.

Orlando Néri **versus** Emílio Thevenard

Ap. nº 17.677 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 3 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.658)

\*

### **APELAÇÃO - PRAZO**

- Quando a sentença é prolatada na audiência de instrução e julgamento, presentes, ou não, as partes regularmente cientificadas de sua realização, o prazo para apelar é contado da data da mesma audiência.

J. M. Gonçalves **versus** Josek Szyja Brakarz

Ap. nº 18.643 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 11 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.659)

\*

### **RESPONSABILIDADE CIVIL - COLISÃO DE VEÍCULOS**

- Em abalroamento de automóveis, apurada a culpa exclusiva do motorista, ou do proprietário, de um deles, responde o mesmo **dominus** pelos danos sofridos pelo outro veículo.

Emprêsa Viação Santo Antônio Ltda. **versus** Vanor Ribeiro Junqueira

Ap. nº 18.104 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 23 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.660)

\*

### **RESPONSABILIDADE CIVIL - IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA**

- Julga-se improcedente a ação de indenização, quando a prova dos autos demonstra que o acidente resultou de imprudência exclusiva da vítima, que, inadvertida e descuidadamente, caminhava pelo leito da via férrea.

Aristides da Silveira Goulart **versus** Leopoldina Railway Limited

Ap. nº 17.755 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 4 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.661)

\*

### **APELAÇÃO - CUSTAS - DESERÇÃO**

- Recebida a apelação, lícito não é julgá-la deserta por falta de pagamento das custas vencidas em primeira instância, desde que o recurso só não pode ter seguimento se o escrivão exigir as despesas do preparo e remessa do mesmo.

Otília Nessimian **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ag. nº 3.702 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 10 de dezembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.662)

\*

## **MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO INÓCUO**

- Denega-se o mandado de segurança se não há legalidade ou abuso no ato administrativo incriminado e se este é ineficaz para causar qualquer lesão aos direitos alegados pelos impetrantes.

Antônio Olinto Gonçalves e outros **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 7.759 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 26 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.663)

\*

## **DESPEJO - CONDÔMINO - BENFEITORIAS - DIREITO DE RETENÇÃO**

- A lei só exige prévia comprovação de "necessidade e sinceridade" na hipótese da alínea V do art. 15 da lei nº 1.300.

- Ao condômino é lícito retomar o imóvel comum para seu uso.

- Não assiste **ius retentionis**, a quem não prova a realização de benfeitorias.

Aliccius Arruda de França **versus** Albertina Mascarenhas Vallier

Ap. nº 17.038 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 8 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.664)

## DESQUITE - INJÚRIA GRAVE

- Constitui injúria grave à mulher, imputar-lhe falsamente o marido o crime de adultério.

Armando Pereira Ramos **versus** Iracema Pires Ramos

Ap. nº 16.286 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 26 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.665)

\*

## AÇÃO POSSESSÓRIA - RELAÇÃO "EX LOCATO" – LIDE TEMERÁRIA

- Improcede a ação possessória fundada na inexistência de relação **ex locato** se a locação foi efetivamente concedida por um sócio do locador, fundado em contrato de sociedade incontestável.

- Caracteriza-se a lide temerária, se o autor argúi de falso um documento por ele próprio firmado, ficando provado a autenticidade de sua assinatura.

Adriano Joaquim dos Santos **versus** Helena de Almeida Cunha

Ap. nº 16.941 – Relator DESEMBARGADOR SERPA LOPES – Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. De Just. do Distrito Federal, em 2 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.666)

\*

## RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - ALUGUEL - PRAZO

- Em ação renovatória de contrato de locação comercial, deve-se, na fixação do aluguel mensal, observar o critério estatuído, e, na fixação do prazo da nova locação, seguir a jurisprudência, segundo a qual não deve êle exceder de cinco anos.

Apelantes: Pestana da Silva & Cia. Ltda. e outros

Ap. nº 16.782 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 13 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.667)

\*

### **AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO – TÊRMO - EMPREITADA POR ADMINISTRAÇÃO - RESCISÃO**

- Não se conhece de agravo no auto do processo que não foi reduzido a têrmo.

- Em empreitada por administração, rescindido o contrato por culpa do empreiteiro, assiste-lhe, apenas, direito ao recebimento das despesas feitas e do trabalho efetuado, cabendo-lhe, todavia, ressarcir os prejuízos do proprietário.

Paulo Krause **versus** Kurt Niederberger

Ap. nº 17.348 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 28 de maio de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.668)

\*

### **DESQUITE AMIGÁVEL – PACTO SUCESSÓRIO – PROVA DO CASAMENTO**

- Deve ser negada homologação de desquite amigável, em que os cônjuges convencionam pacto sucessório nulo de pleno direito e em que não juntaram prova do casamento.

Apelados: Luís Phillippe Saldanha da Gama e outra

Ap. nº 18.733 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 27 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.669)

\*

### **PREFEITURA DO DISTRITO FEDERAL - FUNCIONÁRIO - TRANSFERÊNCIA - POSSE**

- Não é lícito prorrogar além dos prazos estatutários a posse do funcionário transferido, se se reconhece a inexistência de obstáculo legal à pretendida investidura.

Moisés de Oliveira Ferreira **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ag. nº 3.486 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 10 de dezembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.670)

\*

### **ACIDENTE DO TRABALHO - SEGURO**

- Em ação de acidente do trabalho, à entidade seguradora que confessa o vínculo obrigacional com o empregador, compete provar que a vítima não estava garantida pelo seguro compulsório.

Manuel Costa **versus** Buarque & Cia. Ltda.

Ag. nº 3.516 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 15 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.671)

\*

### **REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LOCAÇÃO**

- E de julgar improcedente a ação de reintegração de posse, se na hipótese está nitidamente caracterizada relação **ex locato**, que só pode ser rescindida por meio próprio e com fundamento previsto na legislação especial.

Manuel Ferraz Pinto Filho **versus** Pedro Marcelino Sousa Filho

Ap. nº 16.839 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 7 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.672)

\*

### **APELAÇÃO - PRAZO - TRANSPORTE DE MERCADORIAS - RESPONSABILIDADE DO COMISSÁRIO**

- Para interposição de apelação, o prazo se conta com observância do princípio inscrito no art. 125 do Cód. Civil e reproduzido no artigo 27 do Cód. de Proc. Civil, segundo o qual **dies a quo non computatur in termino e dies ad quem computatur in termino**, princípio que só pode ser ab-rogado por lei ou regra especial em contrário.

- Durante o transporte, não sendo o dano decorrente de vício inerente à coisa, de força maior ou de caso fortuito, consoante prova imputável ao comissário, responde êste pelas perdas ou avarias sofridas pelas mercadorias.

Ernesto Leemann **versus** Ana Baum

Ap. nº 19.136 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 8 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.673)

\*

### **ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - INTIMAÇÃO - CUSTAS - DESPACHO SANEADOR**

- Não pode ser decretada a absolvição de instância com base no art. 201, nº V. do Código de Proc. Civil, se o autor não foi regularmente intimado do despacho que se diz descumprido.

- Desde que a lei não exige o pagamento das custas antes do despacho saneador, não tem lugar a absolvição de instância por falta de tal preparo.

Júlio de Sousa Araújo **versus** Antônio Barbosa

Ag. nº 2.669 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 4 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.674)

\*

### **DOAÇÃO - CONCUBINA - ANULAÇÃO - PRESCRIÇÃO**

- Prescreve em dois anos, a contar da dissolução da sociedade conjugal, a ação para anular doação feita a concubina e dissimulada em confissão de dívida.

Alcina Carlota Saracusa **versus** Teresa Carvalho de Almeida

Ap. nº 17.275 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 7 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.675)

\*

### **APELAÇÃO - PRAZO**

- O prazo para apelar conta-se da audiência de leitura e publicação da sentença, quando ela foi regularmente designada.
- Segundo a regra do art. 823 do Código de Proc. Civil, não basta para efetuar-se a interposição da apelação o despacho do juiz, urgindo a entrada do recurso em cartório.

Reinaldo Guimarães da Costa Amazonas **versus** Ludovina Ventura Terra de Sousa

Ag. nº 3.298 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 27 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.676)

\*

### **INVENTÁRIO - SEGUNDA AVALIAÇÃO - RECURSO**

- Não comporta recurso a decisão que ordena segunda avaliação em inventário.

Espólio de Brígida Amélia Monteiro Bittencourt **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ag. nº 3.420 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 25 de agosto de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.677)

### **Tribunal de Justiça de São Paulo**

#### **RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - RETOMADA - CARÊNCIA DE AÇÃO**

**- Se o autor é julgado desde logo carecedor da ação renovatória, não pode haver lugar para o exame do pedido de retomada formulado pelo réu.**

Sociedade Imobiliária Jaraguá Ltda. *versus* Empresa Cine Brasil Ltda:

Ap. nº 59.536 - Relator: DESEMBARG. BARROS MONTEIRO

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 59.536, da comarca de São Paulo, em que é apelante a Sociedade Imobiliária Jaraguá Ltda. e apelada a Empresa Cine Brasil Ltda.:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls.. em negar provimento a apelação, palras as custas como de direito.

Assim é de se decidir, porque bem concluiu o Dr. juiz de direito negando as perdas e danos e honorários advocatícios pretendidos pela apelante, e, bem assim, trancar, desde logo, o processo, sem exame do pedido de retomada formulado na contestação.

Acêrca da condenação em honorários de advogado e perdas e danos, se é certo que a propositura da presente demanda apresenta laivos de temeridade por parte da recorrida, porque devia ela ter conhecimento da impossibilidade absoluta de renovar o contrato, não menos exato é que, logo que o egrégio Supremo Tribunal Federal deixou de tomar conhecimento do recurso extraordinário, se

apressou em requerer a desistência do feito. Só esse fato, atestando a lisura de seu procedimento, é de molde a afastar a condenação da autora naquelas penalidades.

Sôbre o exame do pedido de retomada do imóvel para uso próprio, formulado pela ré em sua defesa, também aí decidiu acertadamente o magistrado, deixando de ordenar o prosseguimento do processo para êsse fim. Embora a ação renovatória de locação, quando na contestação é formulado pedido de retomada, assumo o caráter dúplice, valendo aquêle pedido como reconvençional ("Rev. dos Tribunais", volume 177, pág. 876), incontestável é que só deve aquêle pedido ser apreciado quando ao direito do inquilino à renovação se opõe o do proprietário, fundado na pretendida retomada para uso próprio.

E acolhido, então, êsse pedido, é que deve a renovatória ser julgada improcedente, concedido ao locatário o prazo de seis meses para desocupar o prédio, nos térreos do art. 360 do Cód. de Processo, e, fazendo-se a entrega do imóvel em execução de sentença, pela forma do artigo 992 do mesmo Código (revista citada, vol. 186, pág. 687).

Em tais condições, desde que, na espécie, foi a autora, desde logo, julgada carecedora da ação proposta, não podia haver lugar para o aludido exame do pedido de retomada.

Impõe-se, assim, a confirmação da decisão recorrida.

São Paulo, 2 de outubro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente e relator; *Prado Fraga: Pedro Chaves*.

\*

## **DOTÉ - MULHER AGRAVADA EM SUA HONRA - PROVA POR PRESUNÇÕES**

**- Provam-se por presunção os requisitos da ação de indenização que cabe à mulher agravada em sua honra.**

José Santili Sobrinho *versus* E. S.

Ap. nº 59.328 - Relator: DESEMBARG. J. M. GONZAGA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 59.328, da comarca de Assis, em que são apelantes e reciprocamente apelados José Santili Sobrinho e E. S.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., negar provimento tanto ao agravo no auto do processo, como às apelações.

Quanto ao agravo: na verdade, os fatos visados pelos quesitos que foram excluídos não dependiam de conhecimento especial de técnicos e, assim, não deviam ser admitidos, nos térreos do art. 255, nº I, do Cód. de Proc. Civil. Ademais, a agravante nem ao menos apresentou, como lhe cumpria, as razões da ilegalidade do despacho recorrido.

Quanto às apelações: as razões dos recorrentes não convencem do desacerto ou da injustiça da sentença. Esta, pelo contrário, longa e brilhantemente fundamentada, arrima-se sòlidamente nas provas feitas e no direito concernente à espécie.

Não há dúvida que a autora era menor ao tempo em que ocorreram os fatos narrados na inicial. Demonstrou-o cabalmente o juiz, de forma tal que nem o réu, nas razões do recurso, se animou a contestar essa circunstância.

O segundo requisito exigido pelo artigo 1.548 do Cód. Civil é que a menor tenha sido deflorada pelo réu. Também êste requisito ficou satisfatòriamente provado, consoante mostra a sentença, examinando e cominando minuciosamente a prova, à luz dos princípios legais e doutrinários norteadores da matéria.

Em tais condições, não pode o réu eximir-se da obrigação de pagar à autora, nos expressos termos do nº I do citado artigo 1.548, um dote correspondente à sua própria condição e estado, dote êste que a sentença, com justiça, fixou em

Cr\$ 100.000,00, com os juros da mora e mais 20% para honorários de advogado. Não há que se cogitar da hipótese do n. III, dêse mesmo artigo, porque as provas não autorizam a conclusão de que a autora tivesse sido seduzida com promessas de casamento. Mas daqui também não se pode concluir, como quer o réu, que a ação fique prejudicada, pois que a inicial não invocou apenas êste fundamento: invocou-o juntamente com o do nº I.

Em contraposição, não nega a autora a sua obrigação de ressarcir o réu pelos danos que sofreu (danos emergentes e lucros cessantes) em consequência de ter sido agredido e ferido a tiros pela autora, fato êste reconhecido e proclamado na Justiça Criminal, que condenou a agressora a cumprir a pena de três meses de detenção. Rebelar-se ela, unicamente, contra a fixação dessa indenização em Cr\$ 42.135,00. Sem razão, porém, porque tal fixação encontra apoio razoável nas provas que o réu reconvinte forneceu.

São Paulo, 14 de outubro de 1952. - *Percival de Oliveira*, presidente, com voto: *J. M. Gonzaga*, relator: *Frederico Roberto*.

## SENTENÇA

*Omissis...*

VIII. O primeiro fundamento da presente ação é o art. 1.548, nº I, do Código Civil, que reza:

"A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:

I. Se, virgem e menor, fôr deflorada".

Como se vê do dispositivo transcrito, para a procedência da ação é mister que ocorram os dois seguintes requisitos: *a)* que a mulher seja menor; *b)* que seja virgem e fôr deflorada.

IX. Primeiro requisito: Segundo se depreende da certidão de nascimento de fls., a autora E. S. é de menor idade, pois nasceu em 28 de outubro de 1928. Conta, portanto, menos de 21 anos. É, pois, menor, nos termos do art. 9º do Cód. Civil.

Para fugir a esta realidade, afirma o réu que o art. 9º do Cód. Civil foi abrogado pelo dec. nº 20.330, e pelas Constituições de 1934, de 1937, art. 117, e pela vigente, art. 131. Funda-se, ainda, em BATISTA DE MELO, CLÓVIS BEVILÁQUA, FRANCISCO CAMPOS e NÉLSON HUNGRIA. Realmente, segundo a opinião de BATISTA DE MELO ("Rev. dos Tribunais", vol. 97, pág. 43) e AQUILES BEVILÁQUA ("Código Civil Anotado", 1947, pág. 23), o dec. federal nº 20.330, de 27 de agosto de 1931, introduziu no art. 9º do Código Civil, o § 2º, assim redigido:

"Para o efeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 anos".

As Constituições federais, de 1934, artigo 108, de 1937, art. 117, e a vigente, artigo 131, de fato, concederam aos maiores de 18 anos, alistados na forma da lei, capacidade política. Com base nestes dispositivos, CLÓVIS BEVILÁQUA ("Rev. dos Tribunais", vol. 97, pág. 35), BATISTA DE MELO ("Rev. dos Tribunais", vol. 97, página 43) e o desembargador VICENTE DE AZEVEDO ("Rev. dos Tribunais", volume 108, pág. 76) sustentaram que os menores de 18 anos, depois de alistados, gozarão também da plenitude dos direitos civis. Inspiraram-se, quiçá, para isso, em TEIXEIRA DE FREITAS, quando ensina que: "Quem pode exercer direitos políticos, está habilitado para os atos da vida civil" ("Consolidação das Leis Civis", 3ª ed., 1876, pág. 168) e em LAFAYETTE: "O exercício dos direitos políticos pressupõe no indivíduo um certo grau de independência, incompatível com a submissão ao pátrio poder". É, pois, uma verdade irrecusável a seguinte proposição de TEIXEIRA DE FREITAS: "Quem pode exercer direitos políticos, está habilitado para os atos da vida civil" ("Consolidação", nota 5, ao art. 202, § 6º) ("Direitos de Família", ed. de 1918, pág. 250, nota 554).

Esta doutrina, entretanto, não tem sido aceita entre nós. Opondo-se ao magnífico parecer do Dr. VICENTE DE AZEVEDO, o ilustre JÚLIO DE FARIA salientou, com apoio em ESMEIN ("Droit Constitutionnel", págs. 389 e 396), que a "idade não constitui elemento ponderável na determinação das

condições de alistamento, uma vez que ela coincida com certas manifestações de discernimento", e conclui, com apoio em LEON DUGUIT: "*Il appartient en effet toujours au législateur de régler et de modifier des conditions nécessaires pour l'exercice d'une fonction publique*" ("Droit Constitutionnel", 4º vol., pág. 586) "Revista dos Tribunais", vol. 108, págs. 87 e 88). Daí o dizer MELQUIADES PICANÇO que os dispositivos, subordinados ao capítulo "Dos direitos políticos", se restringem ao assunto político (*apud* VICENTE DE AZEVEDO, *in* parecer citado, "Rev. dos Tribunais", vol. 108, pág. 83). Daí, também, o dizer PONTES DE MIRANDA: "Tirar da lei eleitoral conseqüências de direito privado é de uma extravagância doutrinária que não precisa de comentários. Cada ramo tem seu domínio" ("Constituição Federal de 1934", tomo II, pág. 48). Com base nestes e em outros argumentos, aquela doutrina não teve acolhida entre nós, pois foi rejeitada pela maioria de nossos escritores e tribunais (cf. PONTES DE MIRANDA, "Constituição de 1937", vol. 3, pág. 48: *idem*, "Constituição de 1937", vol. 3, pág. 352, nº 5; *idem*, "Constituição de 1946", vol. III, pág. 125, nº 7: ARAÚJO CASTRO, "A Constituição de 1937", pág. 255, nota 10: TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "A Constituição Federal Comentada", vol. III, pág. 25; CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1946", vol. III, pág. 24, nº 490; VALDEMAR FERREIRA, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 67, pág. 539, acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado por LAUDO DE CAMARGO, de 30 de abril de 1937, citado por ARAÚJO CASTRO, *ob. cit.*, pág. 256: acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 13 de abril de 1935, "Rev. dos Tribunais", vol. 96, pág. 367; acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 14 de fevereiro de 1935, "Revista dos Tribunais", vol. 97, pág. 90; acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 4 de fevereiro de 1937, "Rev. dos Tribunais", vol. 108, pág. 67; acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará, de 30 de setembro de 1936. "Rev. dos Tribunais", volume 114, pág. 282, e artigo de LÚCIO CINTRA DO PRADO, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 105, pág. 439). Nestas condições, não há dúvida de que a tese do réu, em relação à menoridade da autora, não tem qualquer procedência.

Uma outra questão, todavia, merece destaque, ainda a respeito da menoridade. O Cód. Penal vigente, inovando a legislação anterior, diminuiu de 21 para 18 anos a idade da ofendida, para caracterização do defloramento, hoje sedução (art. 217). Exercerá esta inovação qualquer influência sobre o disposto no

artigo 1.548, nº I, do Cód. Civil? Opinando a respeito, escreveu NÉLSON HUNGRIA, em quem, aliás, se apóia o réu:

"Sòmente a donzela maior de 14 anos e menor de 18 anos pode ser sujeito passivo de sedução. Se a virgem não é maior de 14 anos, o crime a configurar-se é o estupro, por presunção de violência (art. 224, letra *a*), não tendo o Código adotado o critério carrariano da sedução presumida; e se já ultrapassou a idade de 18 anos, o fato é penalmente irrelevante" ("Comentários ao Código Penal", vol., VIII, pág. 172).

E acrescenta em nota:

"Em tal caso, tendo precedido promessa de casamento, a sedução constituirá simples ilícito civil, dando direito à reparação do dano (Cód. Civil, artigo 1.548, nº III)" (ob. cit., vol. VIII, página 172, nota 45).

No que pês a autoridade do mestre insigne, a solução tem que ser posta em outro prisma. Não há dúvida que não há diferença substancial entre o ilícito civil e o ilícito penal. O Prol. NOÉ AZEVEDO, versando a matéria, escreve: "Não vejo diferença substancial entre a culpa criminal e a culpa civil, pois, como demonstra FLORIAN, não há distinção intrínseca entre o ilícito criminal e o ilícito civil. Diz o grande mestre italiano que a doutrina anterior a MERKEL considerava essas duas espécies de ilícito como figuras jurídicas realmente distintas. Mas divergiam por mil modos os autores, quanto à determinação da diferença entre um e outro. Estabeleceu MERKEL o princípio da unidade de todo o ilícito, no sentido de ser a voluntária rebelião contra a lei. Tôda a infração é uma discórdia entre a vontade, objetivada nas normas jurídicas. Tanto a sanção civil, chamada ressarcimento, quanto a sanção penal, objetivam a interêsse geral e são formas de reação contra os fatos antijurídicos, tendo como escopo eliminar a desarmonia entre a vontade geral e a vontade individual" ("Rev. dos Tribunais", vol. 156, pág. 412).

Apesar desta unidade, salienta o ilustre professor de São Paulo que "todos os juristas compreendem perfeitamente essa possibilidade de reconhecimento no civil de uma culpa que havia sido negada pela sentença criminal", e, por isso, afirma que "seria preferível decretar a absoluta independência das duas responsabilidades e das duas jurisdições". E, referindo-se aos campos diversos

das duas jurisdições, escreve: "Assim, embora o novo Cód. Penal estabeleça, no art. 15, as mesmas modalidades de culpa previstas no direito civil, isto é, imprudência, negligência ou imperícia, a absolvição no juízo criminal, por falta de culpa, não importará no reconhecimento da inexistência da culpa civil. Isto porque, como muito bem acentua o acórdão ora comentado (proferido na apelação número 22.210, da Capital), os juízes do cível e do crime podem apreciar com critério diverso a intensidade da culpa. Quando esta se apresenta em grau elevado, revelador de periculosidade, exige a imposição de uma pena de natureza criminal. Quando ela não revele uma inadaptação do indivíduo ao meio social em que vive, inadaptação que torne a sua conduta perigosa para os seus semelhantes, não haverá necessidade de imposição de pena" ("Rev. dos Tribunais", vol. 156, pág. 412).

Esta lição é inquestionavelmente certa. O Cód. Civil brasileiro, reproduzindo disposições do direito anterior, prescreveu, em seu art. 1.525, que a responsabilidade civil é independente da criminal. Assim, embora o ilícito seja intrinsecamente um só, as suas conceituações variam em intensidade, no direito público e no direito privado. Daí o dizer do professor argentino ANTONIO CAMMAROTA: "*La mayoría de los delitos civiles han sido absorbidos y contemplados por la ley penal: pero esto nada significa. La órbita delictual civil siempre perdura; sobra con que el hecho ilícito sea significativo de un daño. De no ser así, el código debería supeditarse al derecho penal; bastaría remitirse a sus preceptos, con lo cual la órbita civil se reduciría considerablemente*" ("Responsabilidad Extracontractual", volume 1º, págs. 43-44).

Donde poderemos concluir com SOURDAT, que: "*La faute civil peut exister bien que le fait ne soit pas réprimé pénalement*" ("Traité de la Responsabilité", vol. 1º, página 366) (*apud* RAFAEL DE BARROS MONTEIRO, *in* sentença de "Rev. dos Tribunais", vol. 169, pág. 678).

Dêstes subsídios doutrinários poderemos afirmar que os ilícitos penais e civis, apesar de sua unidade, diferem, tais como os conceituam os respectivos Códigos. Assim, a conclusão a que se chega é a de que o disposto no art. 217 do Cód. Penal, em relação à idade da ofendida, não exerce qualquer influência sobre a conceituação do art. 1.548, nº I, do Cód. Civil. Esta é a lição de AGUIAR DIAS, quando escreve: "Nosso Cód. Civil contempla, nos artigos

1.548 e 1.549, a responsabilidade por ato ilícito contra a honra da mulher. Não oferece nenhuma dificuldade a questão da ofensa à honra da mulher, dada a clareza do texto legal, que continua em pleno vigor, sem receber qualquer influência da mudança de orientação do Código Penal com relação à figura jurídica da sedução, até porque as duas ordens de jurisdição são independentes e o Código Civil não faz depender a reparação da existência do crime, caracterizado como tal, mas apenas do fato da sedução, desvirginamento, rapto, etc." ("Da Responsabilidade Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. 1º, pág. 388, nº 160).

Assim, o ilícito previsto no art. 1.548, nº I, é o que o Cód. Civil, neste dispositivo, conceitua, sem qualquer interferência da lei penal. É a conclusão de CARVALHO SANTOS, quando ensina: "O que se deduz, porém, do texto em análise é que a obrigação de indenizar resulta do fato da perda da virgindade, independente de violência, ou sedução, isto é, ainda que o ato não se revista dos caracteres do ato punível pela lei penal" ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. XXI, pág. 299).

Esta é, também, a lição de ANTONIO CAMMAROTA: *"No interesa puntualizar la discordancia existente entre los preceptos penales y civiles. Desde nuestro punto de vista, sustancialmente cualquiera de ellos supone atentar contra el honor, la honestidad o el pudor de la mujer. El art. 1.088 no supedita al tecnicismo ni a las condiciones establecidas por la ley penal; las ideas de engaño, violencia, dolo, etc., no requieren explicación para procurar correlacionarlas con las de orden penal, pues se les debe atribuir un concepto propio, sin otro alcance, amplitud o limitación que los emergentes de esa disposición, que involucra la violación, el estupro, la corrupción, el abuso deshonesto, las exhibiciones obscenas y el rapto"* (ob. cit., vol. 1, pág. 212).

Assim sendo, não tem razão o réu, quando impugna a menoridade de E. S.:

X. Segundo requisito: Exige o Código Civil, como segundo requisito, que a menor "seja virgem e fôr deflorada". JOÃO LUÍS ALVES, criticando esta exigência legal, escreveu: "A frase "se virgem, fôr deflorada", é defeituosa. Na técnica médico-legal o defloramento pressupõe a virgindade. Bastava que o texto dissesse "se menor, fôr deflorada" ("Código Civil dos Estados Unidos do Brasil", vol. II, pág. 588).

Êste reparo do ilustre civilista, acolhido por VICENTE DE AZEVEDO ("Crime-Dano-Reparação", pág. 296), é inteiramente procedente. De fato, o defloramento pressupõe, evidentemente, a virgindade. Assim, afirmando-se que houve defloramento, afirmado está que, à época, virgem era a menor. Limitemo-nos, portanto, a afirmar que E. S. fôra deflorada. Êste fato é indiscutível em face da prova dos autos e está demonstrado, sobretudo, pelo auto de corpo de delito de fls.

XI. Afirmando estes dois requisitos, nasce a obrigação de indenizar, na forma do art. 1.548, n° I, do Cód. Civil, ficando dispensados todos os demais elementos exigidos pela lei penal para a configuração do crime de sedução. Esta é a orientação do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo quando decidiu: "Para que se verifique a obrigação de indenizar, com fundamento no art. 1.548, n° I, do Código Civil, é necessário verifique provado o ato material da perda da virgindade e que a vítima era menor a esse tempo, dispensados os elementos exigidos tão-sòmente no crime, da sedução ou violência" ("Rev. dos Tribunais", vol. 144, pág. 211).

Em outro acórdão, o mesmo Tribunal volta a ressaltar a mesma orientação: "Desde que a mulher seja virgem e menor, a obrigação de indenizar resulta do fato da perda da virgindade. A responsabilidade civil é independente da criminal, caracterizando-se mesmo na ausência do elemento sedução" ("Rev. dos Tribunais", vol. 185, pág. 788).

Não se faz, portanto, mister qualquer outra indagação em face do texto preciso da lei, melhor esclarecido pela orientação jurisprudencial apontada. Está, portanto, afirmada a obrigação de indenizar.

XII. Prova: Afirmando a obrigação de indenizar, cabe, agora, indagar a quem cabe esta obrigação. Teria sido José Santili Sobrinho o autor do defloramento de E. S., e, conseqüentemente, caberia a êle a obrigação de indenizá-la? A resposta envolve uma *vexata quaestio* probatória. É princípio firmemente assentado que o ônus da prova compete ao autor - "*actori incumbit probatio*". Apreciando esta matéria, já decidiu o egrégio Tribunal de São Paulo: "O ônus da prova era da autora (Cód. de Processo, art. 209, § 1°; RICCI, "Comment.", vol. 2, pág. 8; CHIOVENDA, "Derecho Procesal", n° 2, § 55; CHIRONI,

"Colpa Contratuale", pág. 712; KELLY, "Código Civil Interpretado pelo Supremo Tribunal", nº 440) ("Rev. dos Tribunais", vol. 164, pág. 636).

Seguiu, assim, a orientação geralmente aceita pela doutrina e jurisprudência (cf. HENRY et LEON MAZEAUD, "Responsabilité Civile", vol. II, pág. 569; SOURDAT, "Traité de la Responsabilité", vol. 1 pág. 554; "Brasil-Acórdãos", vol. II, página 237, ns 4.423, 4 424 e 4.425).

No entanto, como observam HENRY et LEON MAZEAUD, *"mettre à la charge de la victime la preuve de la faute, c'est lui refuser toute réparation", porque "fréquemment que les circonstances du dommage, circonstances d'où résulte la preuve de la faute, n'ont été constatées par personne et ne peuvent s'induire avec certitude d'aucune présomption de l'homme"* (ob. cit., vol. II, pág. 569).

E acrescentam: *"Voilà pourquoi tous ceux qui, sans aller jusqu'à nier la nécessité de la faute, ont tenu à faciliter l'action de la victime, se sont efforcés de renverser le fardeau de la preuve de la faute; voilà pourquoi les rédacteurs du Code Civil d'abord, la jurisprudence ensuite, dans certains domaines, ont, ou moins en apparence, déchargé la victime de l'obligation de faire cette preuve"*,

Em seguida, em página lapidar, firmam, de maneira clara e precisa, a verdadeira doutrina a respeito: *"Mais, si le principe actori incumbit probatio constitue le droit commun en matière de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, il importe de bien comprendre la portée de l'adage. Il ne signifie pas que, toujours, la Charge de la preuve pèse sur le demandeur: reus in excipiendo fit actor: Le sens exact de l'adage est le suivant: celui que allègue un fait contraire à la situation acquise de son adversaire est tenu d'en établir la réalité. Qu'en résulte-t-il? Sans doute que, plus souvent, c'est à la victime qu'il incombe d'établir la faute du défendeur: la situation acquise, la situation normale, c'est en effet l'absence de faute. Mais les circonstances particulières de la cause peuvent renverser les rôles: il peut résulter de ces circonstances que le défendeur paraît en faute; il incombera alors à ce dernier d'établir l'absence de faute s'il veut échapper à la responsabilité. Or il importe de noter ici le grand pouvoir que appartient aux juges du fait; ils peuvent décider que les circonstances de la cause, font présumer l'existence d'une faute, fondant*

*ainsi leur décision sur des présomptions de l'homme. Les tribunaux sont parvenus de la sorte à créer dans quelques domaines ce que JOSSERAND appelle "des fautes virtuelles dont la preuve directe et spéciale n'est point exigée du demandeur" (ob. citada, vol. II, pág. 570, nº 1.687).*

Em face desta lição precisa e clara, poderemos assentar que, em regra, o ônus da prova cabe ao autor, mas que, fatos ou circunstâncias da causa podem fazer "*que le défendeur paraisse en faute*", havendo, neste caso, uma inversão do *ônus probandi*, cabendo, nesta hipótese, ao réu demonstrar que não está incurso em responsabilidade.

Pergunta-se, então, haverá nestes autos, na forma indicada, elementos probatórios bastantes que permitam afirmar ter sido José Santili Sobrinho o autor de defloração de E. S.? A resposta afirmativa é uma imposição da prova. Não resta dúvida que havia entre E. e José Santili relações mais ou menos estreitas. Encontravam-se, por força destas relações, constantemente, em diversos pontos da cidade. Êle próprio, em depoimento prestado no processo criminal, afirma que teve com E. 10 ou 12 encontros marcados e mais alguns em que ela o abordava na rua (fls.). Estes encontros tiveram início dois anos e meio, mais ou menos, antes, havendo 4 ou 5 seguidos, na primeira semana e continuaram após um intervalo de um ano (fls.). Os 4 ou 5 primeiros encontros foram nas proximidades da casa de E. (fls.), passando, em seguida, a se encontrarem nas proximidades da atual Delegacia Regional, nas proximidades do buracão, sendo que desta vez seguiram juntos até a chácara do Garcês" (fls.). "O último encontro de ambos foi nas proximidades da Igreja da Vila Xavier, atrás da casa paroquial" (fls.). Êstes encontros eram marcados por ambos "principalmente por ela" (fls.), servindo como "recadeiros" M. C. e I. C. Trocaram, também, diversos bilhetes, como se vê de fls., ambos reconhecidos pelo réu. Aliás, em relação a êstes bilhetes, em seu citado depoimento, esclarece o próprio réu, "que o depoente rasgou todos os bilhetes que recebeu de E., ficando apenas um que não conseguiu encontrar" (fls.).

Na presente ação, em depoimento pessoal, afirmou o réu: "que no início do conhecimento conversou com E. seguidamente, mas depois só esporadicamente é que conversava com ela, aliás por iniciativa ou por ciladas dela", e acrescentou: que pouco antes do delito em que foi vítima teve encontros com E., sendo que um dêles foi no leito da Estrada de Ferro Sorocabana, nas

proximidades do local onde é hoje a Delegacia Regional e depois outro na igreja da Vila Xavier".

Em relação a êste último, esclarece: "que quando deste último, ao se aproximar do depoente, E. se afastou, dirigindo-se para um lugar escuro e assim êste encontro foi numa rua que fica atrás da casa paroquial da Vila Xavier" (fls.).

Estão provados, portanto, em face da própria confissão do réu, os encontros que teve com a autora, alguns deles em lugares escusos.

Alega, porém, o réu que êstes encontros eram simplesmente amistosos, de vez que nunca foi namorado de E.. A troca de bilhetes, porém, assim como os lugares dêstes encontros revelam que não poderiam ser eles apenas amistosos. Não se prestavam, de outro lado, tais lugares para simples conselhos à autora. Êstes encontros, assim, fazem gerar a presunção da existência de um namôro, constituindo, como assinalaram os irmãos MAZEAUD, uma daquelas causas ou circunstâncias que importam em uma inversão do ônus da prova. Aliás, o próprio réu, não podendo fugir à realidade, a fls., de seu depoimento, afirma que "o bilhete teria sido escrito na primeira semana do namôro". Assim sendo, da própria confissão do réu, dos encontros provados nos autos e dos lugares onde tais encontros se deram, resulta bem claro que José Santili Sobrinho e E. S. eram namorados.

De outro lado, a prova dos autos contém elementos preciosos neste sentido. I. C., que era recadeira, a fls. afirma que José e E. eram namorados, narrando, em seguida, encontro de ambos, por ela presenciado (fls.). A fls., volta a mesma testemunha a afirmar o namôro, acrescentando que fôra portadora de bilhetes trocados pelos namorados. A. A. A., de sua vez, também afirma que José e E. eram namorados (fls.). Mais robustecida fica, assim, a prova da existência do namôro entre a autora e o réu.

Estas circunstâncias, provadas tôdas nos autos, geram a presunção de que foi, realmente, o réu José Santili Sobrinho quem deflorou E. S. Constituem elas aquelas *circumstances particulières de la cause*, a que se referem HENRY et LEON MAZEAUD, das quais pode resultar "*que le defendeur paraísse en faute*", importando numa inversão do ônus da prova, pelo que caberia ao réu, para fugir à sua responsabilidade, "*établir l'absence de faute*". Isto mesmo

pretendeu o réu fazer com os depoimentos que ofereceu. Não o conseguiu, porém. O. G. O. (fls.) foi desmentido por J. G. (fls.). M. C. não sabe quem deflorou E. (fls.). W. M. ouviu a respeito de E. referências muito vagas (fls.). O depoimento de J. B. C., sobre não merecer aceitação, porque o que narrou é completamente inverossímil e incompreensível mesmo, não tem qualquer influência, de vez que, como já se salientou, no cível, não se levam em conta outros elementos além dos indicados pela lei. Permanece, assim, em sua plenitude probatória a presunção de culpabilidade já apontada.

A prova da responsabilidade do réu está, assim, suficientemente feita. Não se poderia exigir maior rigorismo probatório, pois seria, como acentuam HENRY et LEON MAZEAUD, negar à vítima qualquer possibilidade de indenização. Tratando-se, como se trata, de um defloramento, em geral cometido às escondidas e com tôdas as cautelas, não se poderia exigir uma prova plena. A prova, na espécie, salienta-o SOURDAT (ob. cit., vol. I, pág. 554), será feita por todos os meios admitidos em direito, inclusive por presunções. A circunstância, discutida nos autos, relativa à cicatrização himenal, não exercendo, em face das afirmações da ciência, qualquer conclusão, torna-se inteiramente inoperante. A "linha branca cicatricial", a que se refere uma das testemunhas (fls.), só poderá ser encontrada em "casos excepcionais", nas soldaduras de hímens rotos (ALMEIDA JÚNIOR, "Lições de Medicina Legal", pág. 275). A diferença de coloração só servirá para distinguir a ruptura de um entalhe congênito (ALMEIDA JÚNIOR, ob. cit., pág. 278). Assim, cicatrizadas as rupturas, só se poderá afirmar que há um defloramento antigo, "cuja época não mais podem precisar" (ALMEIDA JÚNIOR, ob. cit., pág. 274). Nestas condições, a apontada circunstância não pode fornecer qualquer elemento de prova.

Em resumo, os elementos de prova apontados, que bem se conjugam e se ajustam às declarações da autora, indicam suficientemente que José Santili Sobrinho foi o deflorador de E. S., e, em consequência, será responsável pela indenização a que ela tem direito, nos termos e na forma do art. 1.548, nº I, do Cód. Civil.

XIII. Os demais fundamentos da ação não têm procedência. Não se provou que houvesse entre a autora e o réu qualquer promessa de casamento. Ao contrário, firmado está que ambos eram noivos de terceiras pessoas. Não pode, portanto,

fundar-se esta ação no nº III do art. 1.548 do Cód. Civil. Não provado ficou o fundamento no nº II do mesmo artigo, em face do silêncio completo da prova.

*Omissis...*

Assis, 28 de março de 1952. - *Otto de Sousa Lima*.

\*

### **CONTRATO PRELIMINAR - AJUSTE PRÉVIO - CAMPANHA PUBLICITÁRIA - RESPONSABILIDADE DO PRÉ-CONTRATANTE**

**- O ajuste preliminar não se nivela ao contrato definitivo, na sua execução. Desatendido o pré-contrato, responde a parte inadimplente pelos danos acarretados pela falta, danos êsses que se medem pelo alcance dos esforços e despesas efetuadas.**

Abrasivos Bom Bril Ltda. *versus* Standard Propaganda S. A.

Ap. nº 59.333 - Relator: DESEMBARG. CANTIDIANO DE ALMEIDA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 59.333, da comarca de São Paulo, apelante Abrasivos Bom Bril Ltda. e apelada Standard Propaganda S. A.:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, adotado o relatório último, dar provimento ao recurso, em parte, a fim de reduzir a condenação a Cr\$ 57.968,40, ficando, no mais, mantida a sentença.\*

Custas em proporção.

O ajuste preliminar, apresentado pelos franceses, em casos semelhantes, hoje em dia, sob a forma de *pour-parler*, e pelos italianos, debaixo da designação de *trattative*, não se nivela ao contrato definitivo, na sua inexecução.

Na hipótese, houve um arranjo prévio, para efeito de desenvolver-se uma campanha publicitária, dos produtos fabricados pela ré. Os planos foram organizados, com aprovação da interessada, com algumas restrições. Mas não se chegou a concretizar-se o contrato definitivo, para efetivação do projeto. Ou, em outras palavras, não se passou do terreno dos planos para o de sua execução. Nenhuma combinação se concluiu a propósito, desinteressando-se a apelante da propaganda ensaiada por intermédio da autora. Não permaneceu, em suma, obrigada a executá-la.

Existe, no entanto, a responsabilidade dos contratantes, ou pré-contratantes pelo inadimplemento da obrigação, pelo descumprimento do pactuado, de comêço.

Consoante nota JOSÉ FREDERICO MARQUES, em sentença trazida ao conhecimento dêste Tribunal (apelação cível nº 52.339, da Capital), reportando-se ao ensino de FRANCESCO MESSINEO ("Studi di Diritto delle Società", 1949, pág. 17, nota 4), nada impede um "pacto preliminar, um pré-contrato", que abarque "os entendimentos prévios dos contratos de qualquer natureza..."

Mas não consegue a infração extravasar-se dêsses limites, para abranger, por igual, a obrigação principal, que não veio a consubstanciar-se.

Daí dizer o aludido magistrado, professor ilustre: "Com êsse contrato preliminar, o alcance da responsabilidade de quem incorreu em inadimplemento deve ser medido por outro estalão".

Os prejuízos sòmente merecem envolver as despesas e trabalhos inproveitados pelos pré-contratantes, segundo o ensino de MÁRIO ROTONDI ("Istituzioni di Diritto Privato", 1945, pág. 353). Ou, como quer ALBERTO TRABULHI, um e outro também lembrados na sentença referida, "o ressarcimento dos danos daí derivados estão limitados aos denominados interêsses negativos, que correspondem à diminuição patrimonial que o sujeito não teria sofrido se não houvesse contratado e não estivesse vinculado à tratativa" ("Istituzioni di Diritto Civile", 1948, páginas 557-561).

Êsse ponto de vista foi sufragado pela egrégia 6ª Câmara Civil, ao manter, nessa porção, o julgado interior. Do voto do desembargador SILVA LIMA, que

prevaleceu, a final, em embargos, são as palavras seguintes, aplicáveis à espécie: "Entendem alguns... que, na culpa resultante do contrato preliminar, responde o culpado, como nas obrigações de fazer, pela aplicação dos arts. 879 e 1.059 do Cód. Civil. Essa doutrina é um tanto perigosa. Prometer fazer o contrato não é o mesmo que dever fazer aquilo que o contrato primitivo havia de mencionar expressamente, com risco e deveres para ambas as partes. As consequências da promessa não podem ser iguais às da própria convenção já efetivada, nem as partes podem obter as mesmas vantagens, ou, quiçá, maiores, com o contrato preliminar, do que teriam com o definitivo..." (acórdão na apelação cível nº 52.339, da Capital).

Como resultado de todo o exposto, entendem que só em parte tem razão a autora. A ré desatendeu ao pré-contrato, respondendo pelos danos acarretados pela falta. E êsses danos medem-se pelo alcance dos esforços e despesas efetuadas com o plano da campanha publicitária, gravações, cantores, projetos, etc, que a própria apelada estima em Cr\$ 57.968,40. Não há, pois, motivo para o pagamento também da parcela de Cr\$ 111.884,40, relativa ao que deixou de ganhar, com a não realização do contrato principal, não infringido, porque sequer concluído.

Para reduzir a condenação, na maneira acima, mantida a verba de honorários de advogado, na base de 20% sobre o apurado, dão provimento, em parte, ao recurso.

São Paulo, 18 de setembro de 1952. - *Teodomiro Dias*, presidente, com voto vencido, de acôrdo com a seguinte declaração:

1. Alega a autora, em substância, que, encarregada pela ré de organizar a propaganda comercial de determinado produto de fabricação desta, procedeu aos necessários estudos e submeteu-os à aprovação da ré. Essa aprovação foi conseguida, por vêzes com ligeiras modificações. Os preços foram estipulados, também com aprovação da ré, já quanto à preparação do material de propaganda, já quanto à remuneração da autora.

Quando, porém, tudo se achava definitivamente organizado para que se desse início à propaganda, através das estações de rádio, jornais, revistas, etc., a ré inexplicavelmente recuou, confiando a propaganda a outra empresa congênere.

Por sinal que essa empresa, para levar a divulgação do mencionado produto, lançou mão de material que oferece caráter de indissimulável similaridade com os que resultaram dos trabalhos preparados pela autora. Fato apurado pelos peritos e apreciáveis a uma simples inspeção ocular.

Resultou do exposto vir a juízo a autora demandar por esta ação o pagamento das despesas feitas e dos proventos que deixou de auferir, acrescidos de honorários de advogado, juros da mora e custas.

2. Não nega a ré - antes expressamente confessa - a autenticidade da copiosa documentação oferecida pela autora e pelos peritos como ilustração de seus laudos. Sustenta, porém, que contrato algum se aperfeioou; nem mesmo contrato preliminar, ou pré-contrato. As partes - segundo afirma - não chegaram a transpor o terreno das meras confabulações iniciais, ou, segundo um horrendo neologismo italiano, das *trattative*. A êsse respeito houve largas explicações, inclusive na erudita sentença.

3. O exame atento do processo convenceu-me de que não houve somente as chamadas *trattative*. Não houve apenas um *pactum de contrahendo*. Celebrou-se, ao revés, um contrato perfeitamente delineado, para cuja perfeição concorreram todos os pressupostos legais.

É princípio fundamental, consignado no art. 82 do Cód. Civil, cujas regras se aplicam aos contratos comerciais (Código Comercial, art. 121), que a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Que os agentes, no caso, são capazes e o objeto da convenção é lícito - ninguém põe em dúvida, nem seria possível fazê-lo.

Resta verificar se o fato se revestiu da forma prescrita ou não defesa em lei.

O art. 129 - a que se reporta o citado art. 82 - prescreve que a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial senão quando a lei expressamente a exigir.

Ora, para contratação de serviços de propaganda comercial não exige a lei forma especial. Incluiu-se, portanto, na legião das declarações de vontade para cuja prova o direito escrito não estabelece nenhuma peculiar formalidade. Cai no regime do art 136 do Cód Civil, com a restrição do art. 141 (Cód. Comercial, artigos 112 e 123).

4. A luz dêsses princípios verifica-se que a prova da intenção da autora é abundante e convincente.

As três primeiras parcelas demandadas, no total de Cr\$ 57.968,40, dizem respeito a despesas com materiais para preparação de anúncios, despesas essas aprovadas por escrito pelo representante legal da ré (fls.), que, em depoimento, reconheceu a autenticidade de sua assinatura. A prova documental consta do processo e foi verificada pelos peritos, sem divergência:

A outra parecia reclamada, do valor de Cr\$ 111.884,40, refere-se à remuneração da autora, pelos estudos e planos elaborados na base de 17,65% sobre o montante total das despesas com a propaganda. A sua prova é também irretorquível. Deflui dos documentos de fls., que são orçamentos alusivos a tais despesas, com a expressa inclusão da mencionada cota de remuneração da autora. Em todos esses papéis lê-se a aprovação explícita da ré, datada e assinada por seu diretor.

Que mais seria necessário? O contrato, nos termos do art. 127 do Cód. Comercial e art. 1.086 do Cód. Civil, reputou-se desde então concluído.

Acrescente-se que, segundo ficou apurado através da prova pericial e testemunhal, essa é a forma usual em convenções dessa natureza. Roteiro seguido pela autora em vários casos idênticos igualmente adotado por outras empresas de publicidade (fls.).

5. O contrato, por conseguinte, estava perfeito: o encontro de vontades manifestara-se inteiramente harmônico, por forma que vinculasse, como vinculou, juridicamente, as contratantes. Foi quando a ré, inopinadamente, retrocedeu. Ao invés de ordenar que a autora desse execução aos trabalhos contratados confiou, sem motivo conhecido, a propaganda a uma outra

empresa, que se aproveitou dos estudos da autora, ou pelo menos indisfarçavelmente se inspirou neles.

Impossibilitou-se de tal arte a prestação do fato contratado com a autora. E isso por culpa exclusiva da ré, a quem cumpre responder pelas perdas e danos a que deu causa (Cód. Civil, art. 879). Perdas e danos que abrangem, além do que o credor efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (artigo 1.059). Vale dizer - à ré toca pagar o que a autora desembolsou e o que deixou de receber, de acôrdo com o ajustado, pela execução dos serviços que lhe foram confiados.

A ação, em conclusão, procede, inclusive quanto aos honorários de advogado, *ex vi* do art. 64 do Cód. de Processo, pois è evidente que a ação resulta de culpa contratual. A taxa de 20% é, na espécie, razoável; *Cantidiano de Almeida*, relator designado; *Pinto do Amaral*.

---

Notas:

\* SENTENÇA REFERIDA:

*Omissis...*

Qualquer que seja a forma, ensina CLÓVIS, o contrato gera obrigações, salvo se a lei exige forma especial, ou as partes convencionaram estabelecê-la

Assim, não há forma rigorosa, em geral: e a manifestação da vontade pode ser tácita, quando a lei não exige seja expressa.

Todavia, o consentimento deve ser sempre inequívoco.

Agora, um problema tem cindido, há muito, escritores do melhor quilate, criando orientações diversas.

É o que diz respeito ao momento em que se opera a conclusão dos contratos entre ausentes, assim titulados impròpriamente, sob o estrito ângulo técnico-jurídico.

Bastará que a declaração de aceitação seja emitida, ou deve chegar ao conhecimento do proponente, ou, pelo menos, chegar ao seu poder.

São conhecidas as soluções dadas pelas teorias da manifestação (Aüserungstheorie) ou declaração (Declarationstheorie), da transmissão ou expedição (Uebermittelungstheorie), do recebimento (Empíganstheorie) e da cognição ou informação (Vernehmungs-Rescisions-Recognitions-Agnitionstheorie).

O certo, porém, é que nosso direito, nos artigos 127, do Cód. Comercial, e 1.086, do Cód. Civil, agasalhou, sem sombra de dúvida, a doutrina da expedição ou transmissão, intermediária entre a pura declaração é o recebimento.

É sabido, outrossim, que ao contrato pode preceder um outro contrato, com o qual se assume a obrigação de concluir o contrato principal.

Trata-se de chamado contrato preliminar (Vorvertrag), pré-contrato, compromisso ou **pactum de contrahendo**.

O seu objetivo é uma maior segurança do contrato futuro, é um verdadeiro contrato, contrato inominado, cujo objeto é um fazer e precisamente a formação de um contrato obrigatório (**umcontrahere**), tendo de particular que a conclusão do contrato definitivo extingue a obrigação nascente do contrato preliminar e não cria um novo.

Por isso, professa CARVALHO DE MENDONÇA que o pré-contrato gera uma obrigação de fazer, subordinada à declaração de vontade posterior acordante do credor desta obrigação. O devedor que, culposamente, impossibilita a prestação destas obrigações responde por perdas e danos (art. 879 do Cód. Civil).

É mister, porém, não se confundir o pré-contrato com as trocas de idéias, discussões, fórmulas, negociações, combinações preliminares e minutas, sem

qualquer vínculo jurídico (**delineatio, projet, trattative, trakiate, punktation**).

Não obstante, casos há em que as negociações ou as minutas podem assumir o caráter de verdadeiros contratos.

Assim, quando existe a intenção clara e firme de estabelecer vínculo, achando-se as partes de acôrdo sôbre os pontos principais, só dependendo de acôrdo futuro os pontos acessórios.

Então, ensina WINDSCHEID, "**può esigersi la esecuzione del contratto, e se non si effettua alcun accordo sui punti accessori, decide relativamente ad essi la regola della legge**".

E, por seu turno, esclarece CAPORALI: "**Ove poi le parti si siano accordate in tutti i punti e manchi soltanto una particolare forma scritta, piena e per stesso ovvero in carta da bollo anzichè in carta semplice, la minuta sottoscritta dalle parti dovrà fino. A prova contraria valere como contratto perfeito, se però la legge non richieda alla validità di questo la forma dell'atto pubblico nel qual caso la minuta sottoscritta non può avere altra efficacia che quella di un contratto preliminare**" (cf. WINDSCHEID, FADDA e BENZA, "Pandette", Turim, 1930-VIII, vol. 2, § 306, notas 2, 3 e 4, págs. 181-186: § 309, ns. 1 e 2, págs. 200-201, e § 310, págs. 225-228; CAPORALI, in "Dizionario Pratico del Diritto Privato", SCIALOJA. vol. II, CE-E. págs. 442-454; MESSINEO, "Dottrina Generale del Contratto", 3ª ed., 1948, págs. 173-175, números 1 e 2; RUGGIERO-MAROI, "Istit. di Diritto Privato", 8ª ed., 1951, vol. 2º, págs. 177-178; CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial", vol. 6, 1ª parte, 4ª ed., nº 544, páginas 456-458, nota 1; nº 545, págs. 459-461; ns. 546, páginas 463-464: nº 555, págs. 470-471, e nº 562, páginas 474-476; CLÓVIS, com. ao art. 1.086 do Código Civil).

Por outro lado, reza o art. 1.080 do Cód. Civil, que a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos têrmos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do auto.

A conseqüência disso é, segundo a lição de CLÓVIS, que o proponente, que retira a sua oferta, nos casos em que não o pode fazer, responde por perdas e danos.

Não se pode, pois, falar na fragilidade da proposta no direito pátrio (CARVALHO DE MENDONÇA).

Diante desses princípios, e apreciando os fatos, verifica-se, desde logo, a inteira procedência desta demanda.

É que, além do mais, existe um dever de lealdade recíproca, tanto no desenvolvimento das negociações como na formação do contrato.

Ora, na espécie, a ré não cumpriu êsse dever, e agiu culposamente, no mínimo.

Porque é incontestável que as negociações tiveram duração prolongada: é irrecusável que a demandada foi quem teve a iniciativa do negócio (fls.), e é indiscutível que a autora tinha razões, decorrentes de fatos objetivos, para confiar na plena execução do avençado.

Aliás, a expressa aprovação dos planos e orçamentos é uma demonstração concreta de que foi ultrapassada a fase de simples discussões e negociações (fls.).

Houve, sem dúvida, algumas restrições escritas opostas pela ré.

Mas não foram elas de molde a afetar a essência do negócio, como bem demonstrou a autora em seu memorial (fls.).

Assim, mesmo que não se admita, na hipótese, a existência de um contrato definitivo, ou de um contrato preliminar, é inegável que as negociações, na situação em que se achavam as coisas, não poderiam ser rompidas, como foram, arbitrariamente, sem qualquer motivo justificável (fls.).

A demandada executou serviços para a ré, com a sua aprovação.

E de tal maneira foram satisfatórios os planos de propaganda apresentados, que a empresa com a qual a ré contratou, posteriormente, inspirou-se nêles (fls.).

Ademais, está provado que os contratos de propaganda são ajustados mediante conversações verbais, sem formalismo algum, com a simples apresentação do plano de propaganda e orçamento, devidamente aprovados pelo outro interessado (fls.).

E não há nem pode haver dúvidas que êsse é o costume, no tocante aos contratos firmados pela demandada (fls.).

Por último, é mister notar que, quando a ré encarregou a firma norte-americana da propaganda, a autora já cumprira todas as suas obrigações (fls.).

Agora, com referência à remuneração, está demonstrado que a taxa habitual de serviços, no ramo de propaganda, é, na verdade, de 17,65% sôbre os orçamentos aprovados (fls.).

E essa foi a taxa avençada entre as partes litigantes, consoante decorre dos planos e orçamentos aprovados (fls.).

Não obstante, como se viu, a demandada entregou a propaganda, a final, sem justo motivo, a outra empresa (fls.).

De outra parte, é inegável que as despesas invocadas pela autora estão devidamente comprovadas e são legítimas (fls.).

Julgo, portanto, procedente a presente ação e condeno a ré no pedido, juros da mora, custas e honorários advocatícios, na base de 20% sôbre o valor da causa (art. 34 do Cód. de Proc. Civil brasileiro).

São Paulo, 19 de fevereiro de 1952. - **Alceu Cordeiro Fernandes.**

\*

**FALÊNCIA - HIPOTECA CONSTITUÍDA NO TÊRMO LEGAL**

**- A hipoteca constituída no termo legal pelo falido para obtenção de recursos com que solver parte de seu passivo, incide na sanção do art. 52, III, do dec.-lei nº 7.661, de 1945, e art. 823 do Cód. Civil. Entretanto, seria injusto deixar de reconhecer, em favor do credor impugnado, o direito de concorrer à falência como quirografário.**

Síndico da massa falida de Ben Alen Davis, Jorge Simão *versus* Antônio Xavier Mendonça

Ag. nº 60.016 - Relator: DESEMBARG. TEODOMIRO DIAS

### ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 4ª Câmara, vistos, relatados e discutidos os autos de agravo de petição nº 60.016, da comarca de Lucélia, em que são, do mesmo passo, agravantes e agravados a massa falida de Ben Alen Davis, Jorge Simão, e o Dr. Antônio Xavier Mendonça, negar provimento a todos os recursos, confirmando desse modo a última decisão do juiz, constante da sustentação de fls., cujos fundamentos adotam, por jurídicos e justos.

A hipoteca constituída pelo falido, para obtenção de recursos com que solver parte de seu passivo, incide efetivamente na sanção legal do art. 52, nº III, do decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e art. 823 do Cód. Civil.

Tal procedimento, quanto aos seus efeitos, é perfeitamente equiparável à outorga a garantia real em favor unicamente dos credores beneficiados pela boa vontade do falido, em detrimento dos demais. Com quebra, portanto, da igualdade de tratamento, que deve ser assegurada a todos os credores.

Entretanto, injusto seria deixar de reconhecer, em favor do credor impugnado, o direito de concorrer à falência como quirografário. Contra a realidade de seu crédito nada se argúi de ponderável, que possa destruir a prova resultante de uma escritura pública e de três títulos cambiários que o documentam. O produto do empréstimo foi aplicado na solução de créditos verdadeiros e antigos, que não sofreram impugnação, e com cuja importância se locupletaria injustamente a massa falida, se se não reconhecesse a qualidade de credor quirografário ao titular da hipoteca ora derriscada.

São Paulo, 25 de setembro de 1952. - *Teodomiro Dias*, presidente e relator *ad hoc*; *Augusto Nery*, vencido; *Cantidiano de Almeida*.

\*

## **ACIDENTE DO TRABALHO – MOLÉSTIA PROFISSIONAL - TUBERCULOSE**

**- Considera-se a tuberculose moléstia profissional se ocorreu ao tempo do trabalho e a sua causa pode ser atribuída às condições em que era executado êsse trabalho.**

Cia. Boa Vista de Seguros *versus* Diogo Martins

Ag. nº 59.920 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO MASAGÃO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 59.920, de São Paulo, sendo agravante a Cia. Boa Vista de Seguros e agravado Diogo Martins:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., negar provimento ao agravo e confirmar a sentença de primeira instância, que resolveu o litígio conforme a prova existente. Assim decidem pelos motivos constantes da sustentação, adotados no parecer da Procuradoria Geral a fls. Não tem razão a agravante quando fala em inversão do *ônus probandi*. O laudo pericial concluiu pela relação de causalidade entre os trabalhos executados pelo autor e a moléstia que o atacou, não sendo razoável abandonar-se essa conclusão sem qualquer elemento em contrário.

Custas pela agravante.

São Paulo, 19 de setembro de 1952. - *Mário Masagão*, presidente e relator: *Clóvis de Moraes Barros*; *Vicente Sabino Júnior*.

### **SUSTENTAÇÃO**

Egrégio Tribunal.

1. A ilustre seguradora nunca se conformou com o entendimento que a jurisprudência de todo o país, inclusive do egrégio Supremo Tribunal Federal, deu ao problema da tuberculose em Infortunistica do Trabalho. O primeiro caso de "concausa" em doenças do trabalho (caso desta Vara, Francisco Rodrigues contra The Texas Co.), sustentado pela seguradora referida, como ré, subrogada (rec. ext. nº 8.036) é um caso edificante: Não concorda a agravante até hoje com o julgado, não aceita a opinião unânime dos grandes tribunais do país; e, para não clamar contra os tribunais, grita contra a Vara de Acidentes de São Paulo, embora sem mencionar os nomes dos nossos grandes tribunais, repita neste recurso o seu costumeiro parecer de que "nunca é demais repetir, muito embora já se haja generalizado, infelizmente, através da rotina, uma conceituação em sentido contrário, tôda subjetiva, de natureza sentimental, de todo fora da lei e dos princípios que a informam, no tocante à tuberculose como doença profissional" (vide razões de recurso a fls.). Mostramos, com a citação da palavra dos tribunais pátrios, qual o entendimento da lei, relativamente ao problema da tuberculose em acidentes do trabalho: Pode a tuberculose ser considerada doença profissional "se a sua manifestação ocorre ao tempo do trabalho e pode ser atribuída às condições em que êsse trabalho se executa" (Supremo Tribunal Federal, vide "Diário da Justiça", da União, de 24 de janeiro de 1951, página 189).

No caso *sub judice*, a doença se manifestou ao tempo do trabalho. E, ainda mais, o laudo pericial mostrou que pode ser dita doença atribuída às condições do trabalho, laudo êsse de ilustração e idoneidade comprovadas.

Não há falar-se em distorção processual, de vez que o Dr. advogado agravante conhece a legislação trabalhista e a da infortunistica.

FLAMÍNIO FAVERO tomou parte na Comissão organizadora da atual Lei de Acidentes do Trabalho, e sua doutrina é que foi aceita pela Comissão. Dadas as alegações do agravante, a dizer que a lei não foi imaginada como a entendem os tribunais pátrios, convém, para refutar a argumentação do agravo, repetir-se, neste passo, a palavra sempre cheia de ensinamentos do Prof. FAVERO. Assim, usaremos de minúcias para mostrar o acêrto da jurisprudência:

"...Mister se torna", ensina FLAMÍNIO FAVERO, "que uma preexistência infectuosa exista, numa forma latente e silenciosa do mal, e o trabalho, ou qualquer outra possibilidade agressiva estranha mesmo ao trabalho, a desperte". É como tenho considerado o problema", continua o Prof. FAVERO, "sempre na vigência da lei atual, como na anterior, em matéria de Infortunistica. As condições do ambiente, onde age o empregado, já infectado talvez desde a infância, diminuem a resistência orgânica e a tuberculose se deflagra, após certo tempo. E daí? Diante da lei, o fator deflagrante do mal, por êste mecanismo, não precisa ser causa única a agir. E até nem seria possível, na maioria dos casos, oferecer êsse fator único - o próprio germe da tuberculose, o que só por exceção acontecerá. Basta, porém, que concorra com certo contingente para o efeito nocivo e, assim, será apontado como causa para a aplicação da lei. Dir-se-á que é exagêro doutrinário, visando apenas ao benefício do operário, que terá outros locais onde o mal podia ter irrompido, ou outros determinantes para isso: excessos fora do trabalho, má alimentação, má habitação, desregramentos vários, etc. Tudo é certo. Mas, como verificá-los e excluí-los? O trabalho é mais fácil de verificar e admitir. E por pequeno que seja o contingente nocivo do trabalho, surgindo quase como gota d'água a transbordar o copo cheio, de outra forma, já pesará como verdadeira causa. Êste concurso causal ou condicional é suficiente para agir sôbre a capacidade de reação de cada um.

É claro que daí não se deduz tratar-se de doença profissional, mas apenas de doença motivada pelas condições do trabalho, sem qualquer especificidade nociva e sem exclusividade, insisto. Tudo se liga às condições personalíssimas de reação do empregado e à possível preexistência infectuosa, posta em atividade pelo trabalho que, em outro empregado, nas mesmas condições, nada faria. E que concluir disso tudo? Duas coisas de capital importância: *a)* A primeira é que, demonstrada uma reduzida ligação que seja entre a doença deflagrada e as possibilidades agressivas do trabalho, ainda que inespecíficas, mas só genéricas, para os efeitos da admissão do acidente indenizável, a afirmação se impõe. Será uma afirmação legal, diante do imperativo benevolente e humanitário do preceito, visando à proteção do empregado. Mas é necessária. *b)* Essa afirmação nem sempre implica, entretanto, o reconhecimento da insalubridade do trabalho, embora responsável em diminuta parcela pelo dano a ser ressarcido. Talvez até presunção apenas dêsse contingente. Não importa. Talvez até outros elementos estranhos, de concôrto

com a preexistência infectuosa, tivessem agido eficazmente, tudo fora do trabalho. Não importa. Mas importa concluir que isso não constitui acusação formal ao trabalho, onde o empregado atuou" (vide FLAMÍNIO FAVERO, parecer existente no processo nº 2.145, 1º Cartório desta Vara Privativa). Como se vê, a jurisprudência está assentada na boa doutrina. E que é acertada, os fatos estão a demonstrar, pois todos falam da situação diferente do problema nos mesmos dias. Mesmo nesta Vara, não há, de dois anos a esta parte, o aparecimento de tuberculose pondo sangue pelos corredores do Palácio da Justiça, e andar térreo (coisa comum em 1947 e 1948). É que todos (Justiça, SESI, hospitais, Previdência Social) encaram o problema com a seriedade que requer.

Pela exposição da lição de FLAMÍNIO FAVERO, bem se vê que não há falar-se em prova de fatos negativos, em distorção do sistema processual, como se declara a fls. da minuta de recurso... O fato positivo que se prova é a verificação sobre se há no trabalho do empregado o contingente nocivo. Se há, claro que a doença pode ser atribuída ao trabalho.

A agravante, desde 1946 (desde o recurso extraordinário nº 8.036, de 2 de julho de 1946), deseja a volta ao envelhecido conceito da concausa só nos acidentes típicos, coisa que nem os povos adiantados de outras regiões admitem. Quem ler revistas internacionais da infortunística verá como está diferente hoje o conceito de acidente do trabalho. Mas o nosso legislador - sempre humano e sempre cristão - desde longa data lançou na lei escrita o conceito que só agora vive a brilhar nas leis de outros povos...

2. Mantenho a decisão agravada. O egrégio Tribunal, sábio e justo, melhor decidirá. Subam os autos. Usei o prazo suplementar por excesso de serviço. Int.

São Paulo, 23 de junho de 1952. - *Isnard dos Reis*.

\*

**FALÊNCIA – EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO –  
PROCESSO NÃO ENCERRADO – DÍVIDAS FISCAIS NÃO  
PRESCRITAS**

**- Insuficientes os bens arrecadados para o pagamento, sequer, das despesas do processo, cumpre seja observado o disposto no art. 75 da lei falimentar, para o fim de ser encerrada a falência. A omissão dêsse procedimento, na época devida, não deve prejudicar o falido, para o efeito de requerer êle, no momento oportuno, a extinção de suas obrigações.**

**- A extinção das obrigações, do falido não está condicionada, pela lei, ao prévio resgate dos débitos fiscais.**

Fazenda do Estado e 1º curador fiscal de Massas Falidas *versus* Falência de  
Rafael Sorrentino

Ag. nº 60.020 - Relator: DESEMBARG. PRADO FRAGA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição nº 60.020, da comarca de São Paulo, entre partes, agravantes a Fazenda do Estado e o Dr. 1º curador fiscal de Massas Falidas e agravado Rafael Sorrentino:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, para confirmar a respeitável decisão agravada, pelo seus jurídicos fundamentos.

Assim decidem porque:

Não há dúvida de que a falência deve ser encerrada por meio de sentença. Assim o demonstra o ilustrado Dr. curador fiscal, em suas eruditas alegações.

Mas, no presente caso, como observa o Dr. juiz de direito, o liquidatário eleito, no dia 13 de dezembro, exibiu a conta do leiloeiro oficial, sôbre a venda dos bens da massa, com o recolhimento ao Banco do Brasil do saldo apenas de Cr\$ 546,40, a 21 de março de 1939. E pela verificação de contas resultou que as custas absorveram êsse e o saldo restante, não havendo assim numerário para os credores privilegiados. Desde então, tôdas as prestações mensais do

liquidatário foram negativas. Portanto, faltaria até numerário para as custas do encerramento da falência (fls.).

Ora, o art. 75 da Lei de Falências, reproduzindo o art. 79 da lei anterior, determina que, se os bens arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, levado o fato ao conhecimento do juiz, e cumpridas as formalidades mencionadas no mesmo artigo, se os credores nada requererem, "será a falência encerrada pelo juiz nos respectivos autos".

A omissão dêsse procedimento, na época devida, não deve prejudicar, agora, o falido.

Diz, com efeito, RAMELLA, que: "Se nenhum processo de falência deve logicamente abrir-se quando não exista massa de ativo suficiente para cobrir as despesas do processo, certa e necessariamente, deve o procedimento cessar logo que se verifique a falta de uma massa de que se possa esperar um útil resultado para satisfação dos credores ou quando o saldo possa ser absorvido pelas despesas do processo, cujo resultado é o mesmo. A continuação do processo para uma puramente formal repartição ou ainda a mera suspensão de fato das operações por desinterêsse do curador, teria o prejudicial efeito de fazer continuar a produzir a falência as suas jurídicas conseqüências, com a circunstância de procrastinar ao falido por mais longo tempo o exercício vantajoso de qualquer nova indústria..." ("Trattato del Fallimento", 2ª ed., vol. II, nº 492, págs. 252-253).

Quanto ao recurso da Fazenda, diz com acêrto a douta Procuradoria Geral da Justiça que, ainda que não estivesse prescrita a dívida, a extinção das obrigações não está condicionada pela lei ao prévio resgate dos débitos fiscais (fls.).

Em face do exposto, negam provimento a ambos os agravos, para o fim acima mencionado.

São Paulo, 2 de outubro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*; *Francisco de Sousa Nogueira*.

DECISÃO AGRAVADA

1. Rafael Sorrentino, declarado falido neste Juízo, por sentença de 13 de setembro de 1938 (fls.), em cujo processo o último ato praticado foi a 10 de setembro de 1941, não sendo promovido, ante o descaso do representante legal, o encerramento regular da falência, no prazo legal de dois anos, visto como não houve a ocorrência de motivo de força maior que a isso obstasse.

Assim, com fundamento no art. 135 da vigente lei falimentar, requer a sua habilitação, instruindo o pedido com os documentos referidos.

2. Processado regularmente, não houve impugnação de qualquer interessado, apresentando-se apenas a Fazenda com a reclamação sobre impostos atrasados (fls.), mas que o requerente impugnou, por estar prescrita a dívida fiscal. Em seguida, o ilustrado Dr. curador fiscal emitiu o seu parecer contrário, por não estar encerrada a falência com a necessária sentença, apoiado na jurisprudência que enumerou.

Passo a decidir, considerando que:

3. Compulsando os autos da falência, verifica-se que, com efeito, o último ato praticado no processo é o certificado a fls..

E o liquidatário eleito na assembléia de fls., no dia 13 de dezembro de 1938, Dr. Oscar Tollens, exibiu, a fls., a conta do leiloeiro oficial sobre a venda dos bens da massa com o recolhimento ao Banco do Brasil do saldo de Cr\$ 546,40 (fls.), a 21 de março de 1939. E pela verificação de contas (fls.), resultou que as custas absorveram êsse e o saldo restante, não havendo assim numerário para os credores privilegiados.

Desde então, tôdas as prestações mensais do liquidatário foram negativas, ao mesmo tempo que foram resolvidas as reclamações a respeito de uma reivindicatória.

Portanto, faltaria até numerário para as custas do encerramento da falência e, como sói acontecer em casos idênticos, deixa de haver essa providência legal, mas por cuja omissão não poderá ser prejudicado o falido, em face da disposição legal vigente, que confere a reabilitação. E assim, ao contrário do

respeitável parecer do Dr. curador, tem entendido e consagrado pacífica jurisprudência (cf. "Rev. dos Tribunais", vol. 162, pág. 585; vol. 166, página 596; vol. 175, pág. 331; vol. 177, página 354, e vol. 193, pág. 930) tem admitido a reabilitação, não obstante a ausência da sentença de reabilitação, focalizando casos idênticos.

4. Nessa conformidade, julgo por sentença extintas as obrigações do citado falido, nos termos do art. 135, n° III, da Lei de Quebras, e, em consequência, encerrada a falência, para que produza os efeitos de direito, cumpridas as demais formalidades legais.

Custas *ex causa*. P. I.

São Paulo, 10 de junho de 1952. - *Francisco de Paula Cruz Neto*.

\*

### **CASAMENTO - ANULAÇÃO - ÊRRO ESSENCIAL - RECUSA DA MULHER À COABITAÇÃO - PRESCRIÇÃO**

**- Se a recusa à coabitação, pela mulher, faz suspeitar o seu desvirginamento anterior, ignorado pelo marido, não pode êste quedar-se inerte durante largo tempo, para propor a ação anulatória do casamento quando lhe aprouver, sob pretexto de que não começou a fluir a prescrição do art. 178, § 1º, do Cód. Civil, à falta de relações sexuais. Cumpre-lhe, desde o momento em que teve motivos para suspeitar de que a mulher não era virgem e de que fôra êle ilaqueado em sua boa-fé, iniciar o procedimento judicial.**

D. R. P. L. C. *versus* F. X. T. C.

Ap. n° 57.967 - Relator: DESEMBARG. C. LACERDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 57.967, de São Paulo, em que são apelantes o juiz *ex officio*, D. R. P. L. C. e o Dr. curador do vínculo e é apelado F. X. T. C.:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, adotado o relatório de fls. como integrante dêste, dar provimento à apelação para julgar prescrita a ação que foi ajuizada quando já decorridos muito mais de 10 dias da realização do casamento e bem assim do momento em que o apelado teve motivos para suspeitar de anterior defloramento de sua mulher.

O casamento civil realizou-se a 20 de novembro de 1947, e 20 dias depois celebrou-se a cerimônia religiosa. A presente ação anulatória, porém, só foi proposta em 20 de julho de 1950.

É verdade que o autor alega não ter havido coabitação, o que se deveu à atitude da ré, sob os mais variados pretextos, ora dizendo não querer residir na companhia dos sogros, ora manifestando o desejo de morar em casa própria, recusando, porém, o apartamento que o autor conseguira para residência do casal. Foi essa atitude da mulher que despertou no espírito do marido as suspeitas de que ela não era virgem quando convolou núpcias.

Daí a presente anulatória do casamento movida pelo autor, com fundamento nos arts. 218 e 219, ns. I e IV, do Cód. Civil - êrro essencial sôbre a pessoa da mulher e defloramento desta, ignorado por aquêle.

Defendeu-se a ré, alegando, preliminarmente, prescrição da ação com base nos §§ 1º e 7º do art. 178 do Código Civil, que declaram prescrever em 10 dias e em dois anos, respectivamente, a ação para anular o casamento sob tais fundamentos.

E, no caso, a ação foi ajuizada quando já haviam decorrido mais de dois anos e meio da realização do enlace matrimonial dos litigantes.

No mérito, sustentou a defesa que ao autor cabia a culpa de não ter havido coabitação, pois que, tendo êle se embriagado no dia do casamento, não procurou arranjar acomodações para o casal, descuidando-se até mesmo do mobiliário necessário para a montagem do lar.

A defesa foi perfilhada pelo Dr. curador geral e pelo defensor do vínculo, não só pela preliminar de prescrição, como também pelo seu merecimento.

Na instrução da causa recusou-se a ré ao exame médico requerido pelo autor para prova do seu defloramento. Outras provas foram realizadas, sobrevindo a sentença de fls., que repeliu a alegação de prescrição e julgou a ação procedente, acolhendo a presunção de achar-se a ré deflorada ao tempo do seu casamento.

Apelaram a ré e o defensor do vínculo, pronunciando-se a Procuradoria Geral da Justiça no sentido do provimento da apelação para o fim de declarar-se prescrita a ação.

Assim também decidiu a maioria da Turma julgadora da apelação.

Trata-se de ação proposta quando já haviam decorrido mais de 30 meses da realização do casamento que se pretende anular, quando é certo que, sob os fundamentos invocados na inicial, a prescrição é de 10 dias ou de dois anos, contados da data da realização do ato (Código Civil, art. 178, §§ 1º e 7º).

Para repelir a prejudicial de prescrição, a sentença acolheu a alegação do autor, segundo a qual aquêles prazos se contam do momento da coabitação dos cônjuges e, no caso, os nubentes não coabitaram, como o reconhece a própria ré e informam as testemunhas ouvidas.

Invocou-se, em abono da tese, o aresto desta Câmara, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 171, pág. 525, em que se sustentou que "a prescrição prevista no art. 178, § 1º, do Cód. Civil não pode ocorrer quando o marido não chega a ter relações com a mulher, seja pela resistência ou malícia desta, simulando doenças, etc., seja pelo fato de não ter querido acompanhar o marido, após a cerimônia nupcial".

É de considerar que no caso dêsse julgado o pedido de anulação tinha outro fundamento o apenas incidentalmente foi que se cogitou do defloramento da mulher, questão que, por bem dizer, tivera interêsse apenas acadêmico no exame da prescrição.

Na hipótese, porém, a questão é de interêsse capital para a sorte da preliminar de prescrição, de vez que, em relação ao outro fundamento da ação, o do êrro essencial sôbre pessoa, não se pronunciou a sentença inferior e, se o tivesse feito, seria necessàriamente para julgar a ação.

No caso dos autos, não há como prevalecer, em tôda a sua extensão, ou com a amplitude pretendida pelo apelado, a tese daquele julgado que foi subscrito também pelo relator dêste acórdão. É que, depois do casamento e sem ter logrado coabitar com a sua mulher, o autor deixou decorrer um prazo exageradamente grande para, só então, vir a juízo demandar a anulação do casamento, fundado na suspeita de que a recusa da mulher à coabitação indiciava a possibilidade do seu anterior defloramento.

Tempo de sobra teve êle para recorrer à Justiça, a fim de pleitear a anulação, fundado na suspeita nascida da recusa ao contato carnal.

É de lembrar que a propósito da contagem do prazo de prescrição estabelecido pelo Cód. Civil nos §§ 1º e 7º, nº I, do art. 178, referente à anulação de casamento, o dec. nº 13, de 29 de janeiro de 1935, alterando o Cód. Civil, dispôs no seu art. 1º o seguinte:

"Os prazos de prescrição estabelecidos pelo Cód. Civil no art. 178, §§ 1º e 7º, nº I, serão contados da data em que o cônjuge enganado tenha tido conhecimento do fato que constitua êrro essencial, nos têrmos do art. 219 do Cód. Civil".

Afina, sem dúvida, com esse dispositivo leal o acórdão desta Câmara, citado linhas atrás.

Na hipótese *sub judice* cabe indagar desde quando o autor teve motivos para suspeitar do desvirginamento da mulher. E êle próprio quem informa que as suas suspeitas a tal respeito tiveram origem no fato dela se recusar à coabitação. E de quando data essa recusa, é ainda o autor quem responde, ao articular no item 3º da petição inicial que, após o casamento religioso, realizado a 10 de dezembro de 1947, a suplicada se esquivou sempre, como ainda o faz, à

coabitação com o suplicante, para o que vem usando desde o enlace matrimonial dos mais variados pretextos e subterfúgios.

Não podem restar dúvidas, portanto, de que o presumido defloramento da mulher, primeiro fundamento da ação e também fato constitutivo do erro essencial de que o autor teria sido vítima, foi por êle admitido desde quando se evidenciou a recusa à coabitação. Cumpria assim ao autor, desde o momento que teve motivos para suspeitar que a sua mulher não era virgem e que ele fôra ilaqueado em sua boa-fé, palavras do item 4º da inicial, a iniciativa do procedimento judicial de que sòmente se utilizou mais de 30 meses mais tarde.

Essas mesmas considerações se aplicam em relação ao segundo fundamento da ação que foi proposta muito mais de dois anos depois do autor achar-se convencido de haver incorrido em êrro essencial sôbre a pessoa que desposara, cuja honra estava gravemente comprometida pelo contato carnal com outrem anteriormente ao casamento.

Admitir a ação nas circunstâncias que cercam o caso em apreço é, no entender da maioria da Turma julgadora da apelação, transigir em demasia e exagerado arbítrio com o preceito imperativo da lei em assunto de tanta magnitude e de interêsse público de tanta relevância, qual seja o da prescrição.

Não deve, pois, subsistir a sentença apelada proferida em ação a que o autor já não tinha direito, porque evidentemente prescrita. É o que decidem, pagas as custas pelo apelado.

São Paulo, 9 de maio de 1952. - *H. da Silva*, presidente, com voto vencido, conforme declaração que segue:

A meu ver, deve a sentença ser confirmada, como imperativo de moralidade e justiça.

Foi repelida a prescrição e muito bem. O art. 178, § 1º, do Cód. Civil, editando a curta prescrição de 10 dias, supõe (e isto é da razão lógica das coisas) que o marido venha a ter conhecimento do anterior defloramento da mulher, em virtude de contato sexual que com ela tenha mantido, após o casamento, ato normal e quase sempre inevitável no primeiro encontro do novo casal, "*solus et*

*sola, nudus et nuda in codem lecto*", segundo a frase dos antigos, repetida por CHAUVEAU et HÉLIE. A não ser mediante adivinhação ou através de um exame especial, com auxílio de especialistas, não sei por que outra via pudesse o marido conhecer ou ignorar o defloramento anterior da esposa, para poder tomar a deliberação de acioná-la ou calar, conscientemente, incorrendo em prescrição. Ressalva-se, é claro, o caso de confissão, que muitas vezes ocorre, o que, todavia, não é o caso dos autos, pois a ré nada confessou, e, ao contrário, afirma que está virgem.

E qual a razão dessa curta prescrição? Foi pôr-se a lei em harmonia com a ciência: além dos 10 dias, seria difícil concluir que houve ou não defloramento recente; poderia ser realizado no período do casamento, e um marido ignorante ou maldoso vir a alegar que fôra anterior. Se se deixasse passar um prazo maior, depois das relações sexuais do novo casal, correr-se-ia o risco de aceitar acusações infames, discussões escabrosas, sem possibilidade de prova idônea. Portanto, a prescrição pressupõe a conjunção carnal; é esta o seu ponto de partida, o elemento decisivo do prazo. Está certa, pois, a conclusão do acórdão invocado pelo autor ("Rev. dos Tribunais", vol. 171, pág. 523; v. também CLÓVIS BEVILÁQUA, comentário ao art. 219, nº IV, do Cód. Civil; CARPENTER, "A Prescrição", pág. 398; ESPÍNOLA, "Código Civil Brasileiro", volume 2, pág. 438; CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. 4, página 239; FLAMÍNIO FAVERO, "Medicina Legal", pág. 608; AFRÂNIO PEIXOTO, "Medicina Legal", pág. 28). Mas não é só: a prescrição parte do ato ou fato que dá nascimento à ação: e êste ato é, no casamento, não a sua realização jurídica, mas a coabitação, com a definição ensinada por RUI BARBOSA ("Parecer sôbre o Projeto do Código Civil", págs. 184 a 186); é essa coabitação o meio que o marido tem - e meio único, salvo a confissão - de conhecer o defloramento anterior da mulher.

Fazer partir a prescrição de outro ato é raciocinar contra a ordem natural das coisas: é tornar letra morta o art. 219, inc. IV, do Cód. Civil; é incidir no perigo oposto, isto é, deixar livre campo à malícia de mulheres despidoras, que criariam fãcilmente a prescrição a seu favor. O art. 219, nº IV, do Cód. Civil refere-se a "defloramento anterior ignorado pelo marido". E quando deixa ou pode deixar de ser êsse defloramento ignorado ou conhecido? É quando se realiza o primeiro encontro sexual, ressalvado, como se disse, o caso de confissão. Se não houve êsse encontro, porque foi impossível e porque a

mulher criou tôda espécie de embaraços a ele, não se pode afirmar que o defloramento fosse sabido ou ignorado, para daí partir o momento inicial da prescrição

A interpretação inversa dará em resultado a mesma imoralidade que a lei quis evitar da parte do marido. Passará a ser usada pela mulher impura: bastará que esta, durante os 10 dias seguintes ao casamento, impeça, com inúmeros pretextos, de fácil criação em raparigas sabidonas, com aventuras passadas, a investida do homem, como aqui ocorreu. Depois dêsse 10 dias, percebido o defloramento anterior pelo pobre ludibriado, estará consumada a prescrição. Uma ação, que ainda não tivera nascimento, já estará prescrita. A boa-fé por parte do homem - como escreve CUNHA GONÇALVES - pode acrescer o dolo da mulher. O direito não pode ser interpretado com a conseqüência de produzir imoralidades desta ordem.

As provas dos autos revelam uma dessas conseqüências. que se conhecem através da palavra da própria ré, no depoimento de fls. Conseguiu ela obter o decurso dos 10 dias facilmente, sem que o marido pudesse consumir o ato sexual, usando de expedientes e subterfúgios vários. Em primeiro lugar, arranjou ela que o casamento religioso fôsse feito 20 dias depois do civil, o que nunca se viu entre noivos residentes na mesma cidade. E para isto apresentou a engraçada futilidade de não querer fazer a festa matrimonial no Brasil. Mas ainda depois da cerimônia religiosa, conta ela que se recusou a acompanhar o marido, que, evidentemente, não podia possuí-la à distância. Antes do casamento - é ela ainda quem informa - combinaram residir com os pais do noivo; mas, logo depois de casada, a ré mudou de deliberação. Nova combinação para irem morar em companhia da mãe dela; novo fracasso determinado pela ré, que para isto invocou a desculpa de ter brigado com a mãe... Mais uma vez quis o aflito marido solucionar o "impasse": arranjou um apartamento para o casal; nova oposição da apelante e, desta vez, sem nenhuma explicação. O autor fêz uma viagem ao Rio Grande do Sul e convidou a ré a ir para sua companhia, ao que ela, entretanto, não acedeu. Tudo isto demandou tempo; tudo isto impediu a aproximação do casal no leito nupcial, que nunca chegou a ser arrumado. Mas o apelado, dando prova da sua paciência e de desejo de fazer vida comum com a mulher escolhida, ainda tentou aproximar-se sem resultado. Ora, essa espera do autor, por mais esquisito que pareça, mereceu censuras dos julgadores em maioria, sob a alegação de que deixou

passar longo tempo para a ação, caindo em prescrição... Mas se isso se deu, a culpada única foi a mulher, usando das artimanhas que arranhou, deixando passar o tempo que a deveria aproveitar, segundo os julgadores em maioria. E o mais estranhável é que, embora confessando e insistindo em que se acha virgem, nega-se ao exame, com as mesmas desculpas esfarrapadas de que usou para iludir o apelado. Dificilmente essa virgindade será acreditada por qualquer pessoa sensata, e muito menos, por juízes, que devem possuir uma certa malícia, uma certa esperteza, necessárias ao julgamento dos homens e da vida.

Nunca mais poderá nenhum marido enganado mover a ação de que trata o art. 219, nº IV, do Cód. Civil, se a mulher, já deflorada antes, fôr suficientemente astuta. E a mulher que tem a coragem de casar nesse estado, terá sempre bastante audácia para não se deixar apanhar nas malhas da ação e do exame ginecológico: oporá alguns obstáculos hábeis e ardilosos, fingirá pudor, constrangimento, vergonha, medo e até sentimentos religiosos, como vi num outro caso recente, o que será fácil durante 10 dias. Poderá perder o marido, mas terá sempre vantagens.

Aliás, diga-se, por fim, que a interpretação que estou combatendo ainda daria um outro resultado verdadeiramente absurdo: nos casos de casamento por procuração, em que o casal só se vem a encontrar normalmente muito tempo depois do ato civil, jamais se poderia acionar com base na mesma nulidade.

A prescrição é de repelir-se. Quanto ao mérito, a ação procede. Pode-se sustentar, sem medo de êrro, que a apelante casou já deflorada e visou a impedir que o marido viesse a conhecer o seu estado. Trata-se de uma mulher normal, não apresentando nenhum distúrbio que justifique qualquer temor ao congresso sexual. Por outro lado, como já decidiu o egrégio Tribunal, a recusa ao exame prova a acusação de defloramento anterior ("Rev. dos Tribunais", vol. 121, pág. 670; vêde a mesma revista, vol. 92, pág. 189). Também a contumácia da mulher é elemento contrário à sua alegação de virgindade ("Rev. dos Tribunais", vol. 149, pág. 197). E para concluir, nos têrmos do art. 209 do Cód. de Proc. Civil, o fato alegado pelo marido é presumido como verdadeiro, pois a ré, que lhe opôs outro relevante, não deu prova nenhuma, e até se recusou à prova que o seu acusador desejava realizar.

Julgo procedente a ação e anulo o casamento; *João M. C. Lacerda*, relator; *Justino Pinheiro*.

\*

## **TRANSPORTE TERRESTRE - SUB-ROGAÇÃO - SEGURO**

**- Não há razão para que fique desamparado o expedidor que remete sua mercadoria por via terrestre. O motivo que inspirou o art. 928 do Cód. de Comércio também aqui ocorre.**

Cia. Paulista de Estradas de Ferro *versus* "Preferencial", Cia. de Seguros Gerais

Ap. nº 58.033 - Relator: DESEMBARG. AUGUSTO NÉRI

### **ACÓRDÃO**

Vistos, examinados, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível número 58.033, da comarca da Capital, em que é apelante a Cia. Paulista de Estradas de Ferro e apelada a "Preferencial", Cia. de Seguros Gerais:

Acordam os juízes da 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, em negar provimento à apelação, confirmando assim a sentença de fls., que está muito bem lançada.

A apelante não nega o extravio da mercadoria que lhe foi confiada. Alega, sim, que a apelada é parte ilegítima para promover a cobrança dos prejuízos verificados, porque não explicada a espécie de sub-rogação da qual se diz titular. Nem era necessário qualquer explicação ou esclarecimento a respeito. Trata-se de sub-rogação legal. Tendo contratado o seguro da mercadoria extraviada, e tendo pago a importância respectiva, sub-rogou-se por isso mesmo no direito que tinha o remetente. Não colhe o argumento de que o art. 728 do Cód. de Comércio só se refere ao seguro marítimo. Nem há razão para que fique desamparado o expedidor que remete sua mercadoria por via terrestre. O motivo que inspirou o art. 728 do Cód. de Comércio, também aqui ocorre. Aliás, o art. 985, nº III, 6 muito claro. Pague o apelante as custas do feito.

São Paulo, 27 de maio de 1952. *Teodomiro Dias*, presidente, com voto; *Augusto Néri*, relator; *Pinto do Amaral*.

\*

## CONTESTAÇÃO - PRAZO

**- O prazo para contestação e oposições de exceções quando a citação é feita por precatória, conta-se da anexação desta aos autos ou da sua entrada em cartório, depois de cumprida.**

Cel. José Kemnitz Moreira Lima e outros *versus* José Caffaro & Filhos Ltda. e outro

Ap. nº 58.058 - Relator: DESEMBARG. BARROS MONTEIRO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 58.058, da comarca de Piedade, em que são apelantes e reciprocamente apelados o coronel José Kemnitz Moreira Lima e outros e José Caffaro & Filhos Ltda. e outro:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., em negar provimento ao agravo no auto do processo e às apelações, pagas as custas como determina a lei.

Quanto ao agravo no auto do processo, é de ser mantido, por seus fundamentos, o despacho recorrido. O prazo para contestação e oposições de exceções, quando a citação é feita por precatória, conta-se da anexação desta aos autos ou da sua entrada em cartório, depois de cumprida ("Rev. dos Tribunais", vol. 178, pág. 291). Nenhum dispositivo de lei existe ordenando seja o citado intimado da devolução da precatória, para que possa êle ter ciência da data em que se inicia o prazo para defesa. Competia-lhe ficar vigilante, seja reclamando contra a demora na devolução da precatória, seja da entrada desta em cartório, para não perder o prazo para contestação. Não o tendo feito, não pode agora

pretender que devia ser intimado da devolução da carta, uma dupla intimação ou citação, de que não cogita o Cód. de Processo.

No mérito, bem fixou a sentença, frente aos elementos probatórios existentes nos autos, em Cr\$ 12.400,00 as perdas e danos que os executados devem pagar aos exeqüentes. Para assim proceder, fundou-se o Dr. juiz de direito no laudo do perito desempatador, o qual, incontestavelmente, é o que deve prevalecer, diante da segurança, como diz o magistrado, com que foi elaborado e da insegurança das demais provas produzidas.

Mesmo no que diz respeito às custas, que a sentença ordenou fôsem pagas pelas partes, em proporção ou em partes iguais, não há que censurar-se a decisão: se é certo que declararam os exeqüentes que se sujeitavam ao que viesse a ser arbitrado; tal, entretanto, não sucedeu, pois que, do arbitramento feito em primeira instância, inconformados, apelaram para êste egrégio Tribunal.

Impõe-se, nessas condições, a integral confirmação da sentença de primeira instância.

São Paulo, 16 de junho de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente e relator; *Prado Fraga*; *Pedro Chaves*.

\*

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECONVENÇÃO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - MANDATO EM CAUSA PRÓPRIA - MORTE DO MANDANTE - PERDAS E DANOS**

- Os embargos de decisão quando não declarados manifestamente protelatórios, suspendem o prazo para outros recursos, o que não se confunde com interrupção, e beneficiam ambas as partes e não sòmente a que embargou.

- Admite-se reconvenção na cominatória de prestação de contas se o réu não contesta a sua obrigação de prestá-las e oferece suas contas desde logo.

**A simples defesa na prestação de contas traz, implícita, era seu bôjo, a idéia de reconvenção, dispensando-se, mesmo, qualquer rótulo formal.**

**- A procuração em causa própria não se extingue com a morte do mandante, pois não passa o mandato de modo de cumprir-se mera obrigação assumida em benefício do mandatário.**

**- O mandato em causa própria pode ser revogado pelo mandante, que responderá, todavia, por perdas e danos que o ato acarretar.**

**- É nula a cláusula que, em contrato de mútuo, atribui ao mutuante, além dos juros, uma bonificação, a título de recompensa pelo empate do capital.**

Taufik Mastabi *versus* Chafik Lutaif

Ap. nº 58.160 - Relator: DESEMBARG. CANTIDIANO DE ALMEIDA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 58.160, da comarca de São Paulo, apelantes e apelados, Taufik Mastabi e Chafik Lutaif

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, integrante dêste o relatório de fls., não conhecer do recurso do réu, Chafik Lutaif. E, por unanimidade, dar provimento ao do autor, Taufik Mastabi, para os fins abaixo declarados.

Custas em proporção.

1. Preliminarmente, não conhecem da apelação do réu, que veio a destempo. Não porque a suspensão do prazo para recurso, prevista no art. 882, § 5º, do Código de Proc. Civil, só alcance o apresentante dos embargos de declaração, como decidiu êste Tribunal ("Rev. dos Tribunais", vols. 171-629 e 173-194). Interpretação semelhante não prosperou, resolvendo o próprio Tribunal em sentido adverso, a seguir ("Rev. dos Tribunais", volumes 173-287 e 173-255), agora com o endôso do Supremo Tribunal Federal ("Arq. Judiciário", vol. 86-127). Não conhecem porque, interpostos os embargos, reputa-se suspenso o

prazo "para outro recurso", voltando a correr, decidido o apêlo. Não se interrompe o prazo, de molde a fluir por inteiro, novamente. Suspende-se, diz a lei, restando, após a decisão dos embargos, o tempo necessário a completá-lo (BEVILÁQUA, "Código Civil", vol. 1º, 1931, obs. 1ª ao art. 172).

Mas não excede, como entendeu o apelante, interpondo a apelação no 15º dia depois de ciente do desfecho dos embargos de declaração, momento em que só lhe restavam 13 dias, publicada a sentença em 27 de outubro de 1951, e juntos os embargos a 30. Os dois dias decorridos nesse ínterim são contados, suspendendo-se o prazo, com o novo recurso, voltando a correr, todavia, no restante, e não no todo, solucionado o pedido. Em suma, apelando no 15º dia depois de intimado dos embargos de declaração, esgotado se achava o prazo, pelo decurso anterior de dois dias, que não se descontam. Ou, como se externou o Pretório Excelso: "Opostos... embargos de declaração no "curso do prazo para a apelação, deve-se considerar o mesmo suspenso e devolvido à parte o tempo dessa suspensão para o efeito da tempestividade do recurso..." ("Arq. Judiciário", vol. 86, pág. 128). Devolva-se à parte o prazo gasto com o processamento dos embargos de declaração. Restitui-se o prazo que medeia o oferecimento dos embargos e a decisão dêles. Não também o antes decorrido.

2. No mérito, bem admitiu a sentença se alongasse a controvérsia acêrca da matéria debatida na contestação. Na cominatória, visando à prestação de contas, na primeira, fase, não se admite a reconvenção ("Rev. dos Tribunais", volume 191, pág. 819). Só se discute a obrigação de prestar contas. Mas, aqui, essa obrigação não foi contestada, oferecendo o réu suas contas, desde logo. Então, a simples defesa traz implícita, no seu bôjo, a idéia de reconvenção, dispensando-se mesmo qualquer rótulo formal, a propósito, consoante o ensino de PONTES DE MIRANDA ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, tomo 1º, pág. 147) e LUÍS MACHADO GUIMARÃES ("Comentários ao Código de Processo Civil"; ed. "REVISTA FORENSE", vol. IV, nº 283, pág. 285), já trilhado por êste Tribunal ("Rev. dos Tribunais", vol. 189, pág. 314). Portanto, não agiu desacertadamente o Dr. juiz *a quo*, quando deixou de afastar, de início, a reconvenção oposta.

Sequer merece reforma quando fêz subsistir a verdadeira contraprestação, consubstanciada na procuração em causa própria. Ao contrário do que pretende o apelante, a dívida, na espécie, não está paga, para desaparecer a

contraprestação, assegurada pelo mandato em causa própria. Nem se resolve com a mera entrega do saldo, em dinheiro, dê que acertado o pagamento em terras do imóvel, mediante outorga de "escritura de doação" ou de venda a terceiros, para isso, sim, outorgado mandato em causa própria. Êste, pois, era mero reflexo do ajuste principal. Surgia a fim de que facilitada fôsse a venda dos lotes, a terceiros. Nem haveria, em suma, caducidade da cláusula, não satisfeita a obrigação principal, nas condições impostas, como se viu. Aliás, aparecia mais para possibilitar o arranjo, permitindo a disposição dos terrenos pelo credor, nos têrmos do contrato, que, pròpriamente, como garantia.

Nem se há de limitar o alcance da procuração em causa própria a Cr\$ 50.000,00, atribuído à avença. De valor inestimável na ocasião, sòmente veio declarado o *quantum* para efeitos fiscais.

Não desponta, por outro lado, no caso, o denunciado pacto comissório, com infração do art. 785 do Cód. Civil. Em primeiro lugar, não ocorre "garantia real" alguma - penhor, anticrese ou hipoteca - para encontrar aplicação o preceito acima. Depois, não se fêz mais que fixar em terra a moeda do pagamento, adiantando-se a liquidação, consistente na tradição de um imóvel (Cód. Civil, art. 951) - e para êsse fim outorgada a procuração em causa própria - com a venda a terceiros, a compensar-se no importe do débito, a final.

Quanto à extinção do mandato em causa própria, conseqüente à morte do mandante, Nagib Mastabi, é público ("Rev. dos Tribunais", vols. 188-222 e 190-206), enfileira-se o relator entre aquêles que entendem não ocorrer tal extinção, não passando o mandato de modo de cumprir-se mera obrigação, assumida, nesse ponto, em benefício - do mandatário. Em tal rumo já se manifestou o egrégio Supremo Tribunal Federal, dizendo: "O mandato em causa própria não é um contrato para que se administre negócio do mandante, mas se destina a proporcionar ao mandatário vantagem que lhe é devida pelo mandante. A morte dêste não extingue o direito atribuído ao mandatário de gerir o seu próprio negócio, a *res sua*", (acórdão *in* "Jurisprudência", do "Diário da Justiça", da União, de 22 de abril de 1949, pág. 1.215). E de outra feita: "... entre as exceções mencionadas no artigo seguinte, 1.317, está a hipótese do mandato em causa própria e, ainda, a de ser o mandato conferido condição de um contrato bilateral ou meio de cumprir uma obrigação contraída" ("Arquivo Judiciário", vol. 87, pág. 152).

Contudo, não há dúvida, pode ser revogado o mandato, ainda em causa própria, respondendo o mandante pelas perdas e danos que o ato acarretar. A jurisprudência orienta-se nessa direção, a despeito do ensino em contrário de BEVILÁQUA ("Código Civil", vol. V, obs. ao art. 1.317), seguido por CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado", volume 18, pág. 314). Ouça-se, acêrca do assunto, decisão da egrégia 1ª Câmara Civil do Tribunal: "A cláusula de irrevogabilidade, "expressa ou implícita, não anula a revogação posterior, sujeita, apenas, o mandante a pagar ao mandatário os prejuízos oriundos da obrigação de não-fazer" ("Rev. dos Tribunais", vol. 130, pág. 612).

Na hipótese, portanto, revogou-se o mandato com a notificação junta aos autos. Responde o autor, como mandante, dê seu sucessor de seu irmão, e da própria mulher, por via da partilha, no desquite, pelos danos que acarretou ao mandatário o aludido proceder. E no que concerne a tôda avença, não extinta, na porção relativa ao primitivo mandante, por tratar-se de mandato que, além de outorgado em causa própria, tinha como objetivo cumprir uma obrigação determinada.

Dessa forma, resta ao apelante compor ao réu, como alternativamente dispôs a sentença, os lucros cessantes amputados com a ruptura do negócio, deixando de realizar-se a transferência das terras em consequência do mandato revogado. Mas tendo em conta a data da revogação. Desfeito o combinado, restava ao réu apresentar suas contas, sem mais espera, para apurar-se incontinentemente o montante dos ganhos frustrados. Se assim não obrou, se aguardou a provocação do autor, para oferecer suas contas, da demora não consegue tirar proveito.

Sobra agora examinar as verbas constantes da prestação de contas, das quais a decisão recorrida apurou um saldo de Cr\$ 185.605,40, a favor do réu.

A verba de Cr\$ 60.000,00 subsiste, em parte, como resolveu a sentença. É exato, o importe total foi declarado à Câmara de Reajustamento Econômico, em habilitação lançada, tanto pela firma Nagib Mastabi & Irmão, como por Taufik Mastabi, único sócio sobrevivente, em seu nome individual. Mas, no silêncio do credor, ficou liberado o crédito reajustável. Não créditos irreajustáveis mesmo arrolados pelo devedor, sem qualquer reclamo do credor, alertado por notificação da Câmara. É que esta sòmente aliviou os demais

créditos, arrolados, ou não, "desde que anteriores a 15 de dezembro de 1939". Não outros, ainda arrolados, posteriores a essa data. E o crédito de Cr\$ 22.000,00 vem de época posterior, de molde a escapar aos efeitos do julgado da Câmara de Reajustamento. A decisão administrativa não abarcou a segunda parcela de dívida, contraída em 1940, ressalvando de expresso que só ficavam liberados os demais débitos, declarados ou não, dêz que anteriores a 15 de dezembro de 1939. Não sendo anterior, deixou de obter liberação. Não se desconhece, pois, a função específica da Câmara de Reajustamento Econômico, no campo de competência que lhe é reservada, na conformidade de lei expressa (dec.-lei nº 2.238, de 28 de maio de 1940, regulamento anexo, art: 39).

Não existe o que reformar na sentença, acêrca do reconhecimento de verba semelhante.

Com relação a outras parcelas, acolhem os argumentos do recurso, para excluir as de Cr\$ 1.000,00, adicionada em duplicata, e de Cr\$ 5.000,00, ao perito Dr. Carlos Browne, não arbitrada no curso da lide, a qualquer título. Não se sabe a razão a ditar tal pagamento. E para reduzir a Cr\$ 51.971,50 os emolumentos do engenheiro, Dr. André Perez Velasco, consoante o laudo. A ocasião do aludido pagamento, no entanto, não se antecipou, como diz o apelante, sendo procedido, a final, ou seja, concluídos os serviços a cargo do agrimensor.

Sobra verificar a bonificação de 20%, que é atribuída ao apelado pelo "empate de seu capital". Essa bonificação acresce ao principal e juros de 196 ao mês, juros máximos permitidos. A lei veda, porém, a elevação dêsses juros, a que pretexto seja. O art. 2º do dec. nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que ainda não perdeu seu vigor, consoante se apura do minucioso trabalho do Juiz VIEIRA NETO ("Código Civil Brasileiro", atualizado, ed. Saraiva, 1951. pág. 486), proíbe "a pretexto de comissão, receber taxas maiores do que as permitidas por esta lei" Não se nega, serviços prestados, à parte, realmente comprovados, não ficariam impossibilitados de reparo. Mas, aqui, a comissão não retribui serviço algum. Tão-só, como explicitamente declara o contrato, o empate do capital. Aliás, os encargos com o processo divisório correram à conta dos profissionais contratados, que, pelos trabalhos, tiveram a remuneração adequada, satisfeita pelo devedor. Não se justificava, dessa maneira, a comissão estatuída ao arrepio da lei de ordem pública, *jus cogens*, que acôrdo de vontade algum consegue afastar a aplicação coercitiva. E de nenhuma valia tal cláusula, que se arreda da

condenação. De notar-se, a matéria não desponta com foros de novidade, sempre fulminada convenção parelha, contida em empréstimos hipotecários de instituição bancária da praça, quando do advento da lei de exceção ("Rev. dos Tribunais", vols. 98-460, 100-499, 101-135, 105-529 e 108-744).

Nem se invoque, para o caso, como fêz a sentença, e ainda outra, mantida por êste Tribunal ("Rev. dos Tribunais". vol. 189-733), a lição de CARVALHO DE MENDONÇA, proferida quando livre era a estipulação de comissões paralelas aos Juros. Hoje, essa comissão, que o desembargador JÚLIO DE FARIA classificava de simples forma de usura, não consegue subsistir, ultrapassando os juros máximos tolerados em lei. Estes, por si sós, compensam o emprego do capital, proibida a imposição de novos, ainda que sob denominação diversa. Ademais, as vantagens visadas com a operação não se restringiam à comissão. Abrangiam, por igual, o pagamento, em terras, do *quantum* devido, a beneficiar-se de tôda valorização futura, prevista pelas partes.

São Paulo, 23 de maio de 1952. - *Mário Masagão*, presidente; *Cantidiano Garcia de Almeida*, relator; *Clóvis de Moraes Barros*; *Camargo Aranha*, vencido na preliminar, de acôrdo com o seguinte voto:

Quanto à preliminar de não se conhecer do recurso do réu por interposto fora do prazo legal, é de ver que, de acôrdo com a anterior redação do § 5º do artigo 862 do Cód. de Processo, os embargos declaratórios, quando receitados, não interrompiam os prazos para outros recursos, o que quer dizer que; quando recebidos interrompiam o prazo para o recurso.

Mas, com a nova redação dada ao aludido preceito legal pelo dec.-lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1948, passou assim a ser redigido: "Os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar".

Do confronto das duas redações resulta que a anterior só interrompia o prazo quando recebidos os embargos; quando é certo que a nova redação não fala mais em interromper, mas em suspender, sem ter em vista o recebimento ou rejeição dos embargos, salvo se manifestamente protelatórios.

Na anterior redação foi usada a expressão "interromper", o que quer dizer, romper ou cortar a continuação, cessação temporária, etc. Quando na nova redação foi substituída por "suspender", que quer dizer, impedir de fazer ou executar, fazer cessar, reter, adiar, deixar para outra ocasião, retardar, sustar, sobrestar.

Portanto, se anteriormente interrompia, sem prejuízo do prazo já decorrido, para só depois recomeçar, agora suspende, para só ter início ou começar a correr o prazo depois da decisão dos embargos, sem levar em conta o que já decorreu. Conseqüentemente, em face da relação vigente, o prazo não se interrompe, mas se suspende, com a interposição dos embargos declaratórios, pouco importando para êsse efeito que sejam recebidos ou rejeitados. Portanto, o prazo para o recurso de apelação no caso em aprêço só começou a fluir depois da decisão que recebeu os embargos, que passou a ser um complemento da sentença, fazendo com ela um só corpo.

Nessas condições, conhecia da apelação do réu, por ter sido interposta dentro do prazo legal.

\*

### **DESQUITE LITIGIOSO – INJÚRIA GRAVE**

**- Acusações reputadas injuriosas contra o réu, e não provadas, articuladas na inicial e reafirmadas pela autora em seu depoimento pessoal, constituem injúria grave, que justifica a procedência de pedido reconvenicional de desquite.**

*A. D. versus A. S. L. D.*

Ap. nº 58.197 - Relator: DESEMBARG. C. LACERDA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 58.197, da comarca de São Paulo, em que é apelante A. D., sendo apelada A. S. L. D.:

A presente ação de desquite, movida pela autora A. S. L. D. ao seu marido A. D., ajuizada quase ao completar o casal o vigésimo quinto aniversário do casamento, tem por fundamento o art. 317, inciso III, do Cód. Civil, ou seja, o de injúrias graves do marido à mulher.

Data o casamento de 7 de julho de 1928, quando marido e mulher contavam, respectivamente, 35 e 28 anos de idade. Êle viúvo e ela solteira, consorciaram-se após um conhecimento e noivado de apenas 12 dias. Do seu primeiro leito trazia o marido duas filhas menores e não tardou a que outras nascessem do segundo matrimônio.

Foi, portanto, no ocaso da vida que os desquitandos viram ser impossível a continuação da vida conjugal. Antes da autora recorrer a juízo, houve, tentativas frustradas de um desquite consensual não realizado por culpa que agora não se individualizou.

Relata a inicial que a viagem de núpcias do casal se fez para a Europa (Paris), onde o marido fôra exercer função pública do govêrno brasileiro e em cujo exercício se demorou cêrca de 10 anos. Na França nasceram as duas filhas do novo casal. De regresso ao Brasil, a família fixou residênciã no Rio de Janeiro, mudando-se, cerca de dois anos depois, para São Paulo. Mais tarde, no ano de 1937, o marido voltava a Paris para, exercer comissão do Instituto do Café, ali permanecendo 10 meses, no dizer da autora, ou apenas sete meses, segundo afirmação do réu.

Regressando dessa última viagem à Europa, seriamente enfêrmo, teve o réu de fazer, algum tempo depois, prolongado estágio em Campos do Jordão.

Conta ainda a autora, na petição inicial, que, desde a viagem de núpcias, a bordo do vapor que os levava à Europa, o réu começou a injuriar a família que os tinha aproximado, propiciando casamento; não obstante tratar-se de gente boa e distinta. Entretanto, que a verdadeira razão da revolta do réu residiria no fato de a autora não ter podido levar um grande dote. Começaram, assim; muito cedo os seus desenganos, que a transformaram em martírio.

Em Paris, no ano de 1926, o réu levou vida incompatível com o seu estado de casado, ausentando-se tôdas as noites e freqüentando os cabarês de

Montparnasse. Na primeira passagem de ano da vida do casal o marido a festejou sozinho, regressando ao lar às seis horas da manhã. Levava vida nababesca, viajando constantemente sozinho e deixando a autora em casa.

De volta ao Brasil, 10 anos depois, piorou mais ainda a vida do casal, de vez que o réu, inconformado com a nova situação, provocava constantes escândalos, que só a intervenção de amigos fazia cessar.

No Rio de Janeiro destacou-se o réu como assíduo freqüentador de cassinos, regressando à casa alta madrugada e não raro embriagado. O dinheiro que ganhava não lhe bastava, e, de certa feita, exigiu da autora certa importância sob ameaça de suicídio, para repor uma retirada do cofre do Instituto do Café, tendo a autora conseguido o dinheiro por empréstimo a uma sua parente. Isto teria ocorrido no ano de 1936.

Em São Paulo, para onde o casal transferiu residência, mais se agravaram as relações ente marido e mulher, pois que o réu, tendo se acostumado na abastança, graças aos proventos das representações que desempenhara a às rendas que lhe propiciava a sua arte de pintor renomado, e porque não dispusesse mais de tais recursos, passou a beber e a provocar escândalos noturnos, sendo preso certa vez pela Rádio Patrulha, ficando detido até às seis horas da manhã, quando foi pôsto em liberdade por interferência da autora e do dono de uma confeitaria, que lhe dera notícia da prisão de seu marido.

Incontáveis, refere ainda a inicial, as cenas degradantes de embriaguez, provocadas pelo réu altas horas da noite, ao regressar ao lar. Alcoolizado, ou não, proferia costumeiramente injúrias gravíssimas, arrebatando quadros e objetos da casa. Dirigia à autora os mais pesados insultos, ofendendo-a na, sua honra, sem a menor parcela de razão.

Por tôdas essas razões julgando-se gravemente injuriada, propôs a presente ação de desquite, que o réu contestou e reconveio.

Nega o contestante todo o articulado na inicial e na sua reconvenção alega que os fatos que a inicial lhe imputa constituem injúria grave à sua pessoa.

Contraditando as afirmações da autora, ofereceu o réu vários documentos emanados de terceiras pessoas e da própria autora, todos êles atestando a sua honorabilidade. Dentre tais documentos, destaca o contestante as cartas que a autora lhe enviou a Paris quando de sua viagem para exercer comissão do Instituto do Café.

Os têrmos dessas missivas, profundamente afetuosas, particularmente a de fls., pela qual, em 1937, muito tempo depois aos acontecimentos de Paris, quando o casal ali residiu, e também depois do que se passara no Rio de Janeiro, carta em que a ré lhe distinguiu com o tratamento de *noble epoux*, constituem solene desmentido às acusações agora assacadas, atribuindo ao réu procedimento irregular e incompatível com a sua condição de homem casado, aos maus tratos e às injúrias de que a autora teria sido vítima logo após o casamento, como também durante todo o tempo de duração da vida conjugal.

Pretende, por isto, o réu, que o injuriado seja êle e que, portanto, o desquite deva ser decretado, mas por culpa exclusiva da ré, que lhe atribuiu a prática de atos infamantes, o mais grave dos quais é o que o acusa de peculatório.

A sentença de primeira instância julgou procedente a ação e improcedente a reconvenção. Para assim decidir, considerou satisfatòriamente provados os maus tratos e as injúrias infligidos pelo autor à ré nos últimos tempos de sua residência nesta Capital, havendo como suficientes os depoimentos dos domésticos, corroborados por outras testemunhas, e plenamente provado o fato de o réu ter sido prêso pela Rádio Patrulha em estado de embriaguez alcoólica.

Com respeito à reconvenção o julgador não considerou injurioso o procedimento da autora, nos autos atribuindo ao réu a prática de atos infamantes que não restassem provados. Além disso, fêz distinção entre o articulado pelo patrono da autora, não se devendo presumir sempre que em tais casos o advogado receba instruções do constituinte para formular determinadas considerações reputadas injuriosas.

Apelou o vencido.

A sentença apelada, ainda que mereça confirmação na parte relativa à ação, não pode, entretanto, subsistir quanto à solução dada ao pedido reconvenicional, que também devia ter sido acolhido.

Não resta dúvida que o procedimento do réu nos últimos tempos da vida do casal nesta Capital foi merecedor de censura, por incompatível com a sua condição de chefe de família e de homem de sociedade.

A profunda; incompatibilidade reinante entre êle e sua mulher, provocando as constantes alterações a que aludem as testemunhas domésticas, e dando motivo às injúrias recíprocas, de modo a tornar martirizante a vida em comum, é fato incontestável.

Manda a justiça se proclame a verdadeira razão de ser dêsse estado de coisas, que reside, principalmente, na repentina mudança das condições financeiras do casal, com a qual não se conformara apenas o marido, assim também sua mulher. A êsse propósito é de ouvir-se a própria autora quando em certa passagem de seu libelo alude ela à agravação das relações do casal, pois que, tendo o réu se acostumado na abastança, graças aos proventos das representações que desempenhara e às rendas que lhe propiciava a sua arte de pintor renomado, e porque não mais dispusesse de tais recursos, passou a beber e a provocar escândalos, etc ....., culminando com a sua prisão pela Rádio Patrulha.

Tem conhecimento esta Câmara, através dos litigantes, que os recursos financeiros na ação de alimentos provisionais entre os litigantes, que os recursos financeiros do réu estão hoje limitados aos proventos de sua aposentadoria como funcionário do Instituto do Café e que são apenas de Cr\$ 6.000,00 mensais, sujeitos a vários descontos em fôlha.

Evidentemente não seria possível ao casal, que se acostumara na abastança de seus primeiros 10 anos de residência em Paris, conformar-se com as restrições impostas pelos minguados proventos agora auferidos, acrescida a circunstância de achar-se o marido sèriamente enfêrmo e impossibilitado, física e psicologicamente, de exercer a sua arte de pintor.

Nesse desajustamento reside, sem dúvida, a verdadeira causa das dissensões dos litigantes, de tal sorte e com tamanha influência que a própria autora não pode escondê-la, conquanto pretendesse responsabilizar apenas o réu.

Para tanto, necessitou recapitular acontecimentos os mais remotos, como o do proceder do marido desde os primeiros dias de casados até ao suposto peculato, fatos que, provados que estivessem, não podiam ser invocados como injuriosos a quem, por tanto tempo, silenciou a respeito.

A sua lembrança atual, não apenas na petição inicial e no memorial de autoria do advogado da postulante, mas também por esta reafirmados em depoimento pessoal, só podia ter o objetivo predeterminado de ferir a suscetibilidade do marido, expondo-o ao desprezo de seus concidadãos, no vasto círculo de seus amigos, na alta sociedade a que pertence o casal. E note-se que a autora reafirmou tais imputações em juízo, quando já articulado o pedido reconvençional, pelo qual se lhe atribuía a responsabilidade de haver injuriado o réu reconvincente.

Se, como diz a sentença apelada, nem sempre se há de presumir que os patronos das partes tenham recebido instruções para formular considerações reputadas injuriosas, em casos, como o dos autos, em que a parte reitera e endossa a imputação injuriosa, não há como invocar em seu prol aquela escusa. E, na espécie, a autora não logrou provar muitas das acusações feitas ao réu, dentre as quais a mais grave e mais fortemente infirmada pelas provas dos autos, de modo especial pelas cartas emanadas do próprio punho da postulante, foi a que atribuiu ao réu a pecha de peculatório.

Fôrça é convir, portanto, que, se o réu nos últimos tempos teve procedimento injurioso para a autora, não é menos verdade ter também esta o injuriado gravemente.

Impunha-se, pois, a decretação tanto da ação como da reconvenção, porque culpados ambos os litigantes.

Isto pôsto:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao agravo no auto do processo, de vez que nenhum prejuízo resultou para a agravante, e dar provimento parcial à apelação para, mantendo a sentença apelada na parte relativa à ação, reformá-la na que repeliu a reconvenção, que julgam também procedente.

Custas em proporção.

São Paulo, 8 de junho de 1952. - *H. da Silva Lima*, presidente, com a seguinte declaração de voto:

Não aceitei, como fundamento da reconvenção, as injúrias que o marido alega estarem contidas na inicial divergindo assim, e com justificado pesar, do parecer do emitente ministro COSTA MANSO, para manter o que sustentei em acórdão desta Câmara ("Rev. dos Tribunais", vol. 191, pág. 759).

É forçada a equiparação das injúrias, que dão causa à instauração da instância, às injúrias proferidas na sustentação ou defesa da causa, protegidas pela imunidade do art. 142, nº I, do Cód. Penal, imunidade que passaria a vigorar pela metade, pois não daria ensejo à sanção penal, mas produziria efeitos, civis, apesar da razão superior que levou o Código, a editar o princípio, que se impõe no cível como no crime. Ainda mais: as partes seriam tratadas desigualmente: o reconvinente teria ação por injúrias e o autor, injuriado, em reconvenção nada mais poderia fazer na ação. Dar-se-ia por uma injúria que não existia antes da ação e que passou a existir depois desta, no decorrer da causa, quase sempre no auge da paixão, respondendo, o autor pessoalmente pelas palavras e atos de seu advogado. É princípio tradicional – diz LESSONA - que o procurador pode prejudicar *in omittendo e não in committendo*: "*potest quae sunt necessitatis, non voluntatis*". E acrescenta, lembrando um acórdão da Corte de Cassação de Turim: "*Investito dell'esercizio delle azioni e delle eccezioni, il procuratore propone, produce e conclude, ed omettendo un atto procedura, un istanza, una conclusione, pregiudica le parti se non vi ripara prima della sentenza; ma no essendo rivestito della facoltà di disporre ne gratuitamente ne per forza di espressa o tacita trasazione, rinunciando in parte all'azione oppure ad un eccezione, non potrebbe vincolare il cliente, si non ebbe il positivo consenso di questo*" ("Teorie delle Prove", vol. 1, pág. 510).

O que o advogado escreve, com a autonomia que lhe dá o poder de dirigir a causa, sem lições do cliente; não pode prejudicar a êste. Dir-se-á que o que o advogado afirma foi-lhe transmitido pelo mandante; mas seria preciso que se provasse que o mandante o fizera com as mesmas palavras, a mesma fidelidade, os mesmos qualificativos e igualmente o mesmo *ánimus nocendi*.

O que, em geral, se verifica, é que o cliente conta os fatos, mas quem os descreve e traz a juízo é o advogado, usando naturalmente do poder de educação, narração, de adjetivação de que é capaz, pelo seu talento, temperamento e arte de advogar. Não é de supor, escreve JORGE AMERICANO - que o mandante possa impedir a liberdade de palavra do advogado, e o conluio não é de presumir.

Partindo do princípio de que o mandato não pode ser constituído para praticar atos contrários à lei ou à sua intenção, devemos concluir que o advogado é civilmente responsável pelas injúrias ou calúnias irrogadas contra o adversário, responsabilidade esta que se estenderá até o cliente, se se provar, mancomunação entre ambos. Mas o advogado não poderá defender-se senão provando a verdade dos fatos imputados, jamais alegando cumprir ordens do mandante (JORGE AMERICANO, "Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda", página 104). Aliás, para o notável jurista CUNHA GONÇALVES, nem mesmo incorre em responsabilidade civil, contratual ou na extracontratual por difamação ou injúria, o advogado que, em defesa dos direitos de seu cliente, se vê forçado a dizer ou escrever, em juízo, que o adversário é adúltero, falsificador, gatuno, litigante de má-fé, etc., se algum destes fatos fôr fundamento ou elemento da ação ("Tratado de Direito Civil", vol. 12, pág. 764).

Repilo, pois, a reconvenção com fundamento em acusações articuladas na inicial; mas acolho-a pela injúria que a autora também cometeu contra o réu com a maliciosa confidência feita em 1936 à testemunha D. F., com o acintoso deixamento do leito conjugal, durante a convivência, de ambos na mesma casa, o abandono manifestado, quando da doença do réu em Campos do Jordão, assim como a saída da autora da casa, levando objetos vários, que deviam estar sob a administração do marido, fatos que se acham provados, inclusive por depoimento da própria apelada. O provimento é parcial.

Quanto ao agravo de fls., nego-lhe provimento; *João M. C. Lacerda*, relator; *Justino Pinheiro*.

\*

**RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE DE PASSAGEIRO -  
RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO  
PÚBLICO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ALIMENTOS**

**- O fato de haver ocorrido o acidente quando a vítima viajava no estribo do bonde e por culpa de terceiro, não exclui a responsabilidade contratual da transportadora.**

**- Em face do disposto no art 194 da Constituição federal de 1946 é responsável pela reparação do dano a pessoa jurídica de direito público, a qual o funcionário, prestava seus serviços.**

**- O conceito de funcionário, para o fim previsto no art. 194 da Constituição federal de 1946, tem extensão mais larga. Devem ser considerados funcionários públicos, quando se cogita de aplicar o mencionado texto constitucional, todos os que praticarem o ato danoso ou incorrerem em omissão no exercício de função pública. Não importa a legalidade ou ilegalidade da investidura.**

**- Da sentença que em ação de indenização fixa pensão alimentícia não deve constar restrição referente à sua percepção pelo filho do acidentado, enquanto menor. A simples aquisição da maioridade não legitima a cessação da fluência dos alimentos.**

The City of Santos Improvements Co. Ltd. e outros *versus* Idalina Silva

Ap. nº 58.698 - Relator: DESEMBARG. SILOS CINTRA

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 58.698, de São Paulo, em que á recorrente o juízo *ex officio* e são apelantes The City of Santos

Improvements Co. Ltd., a Prefeitura Municipal de Santos e a Fazenda do Estado, sendo apelada Idalina Silva:

1. José da Silva, quando viajava no estribo, do lado da entrevia, num bonde da The City of Santos Improvements Co. Ltd., foi apanhado por um caminhão da Prefeitura Municipal de Santos, dirigido por um soldado do Corpo de Bombeiros, vindo a falecer em consequência do acidente.

2. Com a finalidade de reclamar indenização para si e para seu filho menor, José Carlos, pela morte do marido, compareceu a juízo Idalina Silva com a presente ação contra a Cia. City e contra a Prefeitura Municipal de Santos.

3. A Cia. City contestou o pedido alegando que nenhuma culpa lhe coube no acidente. Para o evento lastimoso concorrera, exclusivamente, o motorista do caminhão, já condenado em processo criminal. Não lhe cabia nenhuma responsabilidade pelo ato culposo de terceiro, mesmo em face do contrato de transporte.

4. A Prefeitura arredou de si a responsabilidade pela indenização do dano causado à família da vítima, dizendo que o motorista do caminhão, causador do acidente, era funcionário do Estado, a cujo encargo estava o serviço de limpeza da cidade, por motivo de greve do pessoal assalariado para esse fim.

5. A vista dos termos da defesa da Prefeitura, foi a Fazenda do Estado citada para integrar a contestação e fê-lo a fls., no sentido de demonstrar que nenhuma culpa lhe cabe no acidente, depois de argüir a incompetência do Juízo de Santos para conhecer da causa e de proclamar ser parte ilegítima para ser demandada.

8. Os autos vieram para o Juízo dos Feitos da Fazenda Estadual e processou-se a causa com a intervenção do representante do Ministério Público.

7. A ação foi julgada procedente contra todas as rés, as quais foram condenadas, solidariamente, ao pagamento das pensões vencidas, honorários de advogado, fixados em Cr\$ 35.000,00, e a aplicar o capital necessário à prestação da pensão mensal de Cr\$ 1.750,00.

8. Recorreu de ofício o juiz e apelaram as rés.

9. Decisão. A responsabilidade contratual da Cia. City foi bem proclamada, uma vez que não se duvida mais da aplicação da lei nº 2.681, de 1912, aos transportes urbanos e não foi ilidida a presunção de culpa da transportadora. O fato de haver ocorrido o acidente quando a vítima viajava no estribo do bonde e por culpa do motorista do caminhão da limpeza pública não exclui essa responsabilidade. No sentido dessa afirmação tem decidido este Tribunal e, também, o Supremo Tribunal Federal (cf. rec. ext. número 15.544 - ac. de 15 de dezembro de 1950 e rec. ext. nº 15.544 - ac. de 16 de maio de 1950).

10. Demonstrado que ficou haver sido o motorista do caminhão o causador direto do doloroso evento referido nestes autos, resulta evidente, em face do disposto no art. 194 da Constituição federal, que é responsável pelo ressarcimento do dano a pessoa jurídica de direito público à qual o referido motorista prestava seus serviços. E isso sem cogitação de prova de culpa por parte do poder público porque a medida de sua responsabilidade é puramente objetiva. O conceito de funcionário, para o fim previsto no art. 194 da Constituição Federal, tem extensão mais larga, PONTES DE MIRANDA esclarece que se devem considerar funcionários, quando se cogita de aplicar o mencionado texto constitucional, todos os que praticaram o ato dano ou incorreram em omissão, no exercício de função pública. Não importa a legalidade ou ilegalidade da investidura. São contraditórias, mesmo, as decisões no sentido de responsabilizar o poder público pelos danos resultantes de atropelamento causado pelo condutor de veículo a seu serviço.

11. Na hipótese em tela, o motorista causador direto do desastre que vitimou José Silva, embora fosse funcionário do Estado, estava a serviço da Prefeitura de Santos. E foi no exercício de função pública inerente ao município que causou o dano cujo ressarcimento é pedido nestes autos. Seria inversão da ordem natural das atribuições administrativas dizer que, em face da greve dos assalariados da Prefeitura de Santos, assumira o Estado a execução dos serviços de limpeza da cidade. Tão-só a Fazenda Municipal deve arcar com a responsabilidade pela indenização do referido dano.

12. A pensão alimentícia devida aos autores foi bem fixada, tendo-se em vista o laudo pericial. E não havia necessidade de se estipular a parte nessa pensão que cabe à autora e a que cabe a seu filho. Entende-se que cada um se beneficiará

com a metade dela. Insustentável, também, a pretensão das apelantes, Cia. City e a Prefeitura Municipal de Santos, com referência à estipulação de que a autora somente terá o benefício da pensão enquanto se mantiver viúva e honesta e que o menor, seu filho, deixará de perceber sua cota ao atingir a maioridade. São fatos êsses que devem ser apreciados em execução e na ocasião oportuna, sendo certo que a simples aquisição da maioridade não legitima a cessação da fluência dos alimentos. É que o pai, depois de se tornar o filho maior, tem obrigação de sustentá-lo, se êle não pode prover à própria manutenção por seu trabalho. Não se há de presumir a cessação da obrigação de prestar alimentos apenas pelo advento da maioridade do beneficiário.

13. A verba para honorários de advogado teve razoável fixação, não sendo de admitir-se o critério sugerido pela apelante Cia. City. O Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário de São Paulo, teve ocasião de sancionar o critério do cálculo da referida verba em função do capital destinado a garantir o pagamento das prestações vincendas (cf. rec. ext. nº 19.357 - ac. de 26 de novembro de 1951).

14. Pelas razões expostas:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento à apelação da Fazenda Estadual para absolvê-la do pedido e negá-lo, também por unanimidade de votos, aos demais recursos.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 30 de maio de 1952. - *Mário Masagão*, presidente, com voto; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Clóvis Morais Barros*.

\*

## **CONCUBINA - SOCIEDADE DE FATO**

**- O simples fato de administrar a concubina o lar, fazendo os serviços caseiros, com dispensa de criadas, já constitui um meio de concorrer, de maneira não desprezível, para as economias do chefe da casa.**

## Anunciação de Sena Ferreira *versus* Espólio de Joaquim de Carvalho

Ap. nº 58.715 - Relator: DESEMBARG. J. M. GONZAGA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 58.715, da comarca de Campinas, em que é apelante Anunciação de Sena Ferreira e apelado o espólio de Joaquim de Carvalho:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório de fls., dar provimento, em parte, ao recurso, para o efeito de reconhecer à autora apelante o direito de reclamar uma cota sobre o patrimônio deixado pelo *de cujus*, conforme se apurar na execução.

Custas, em proporção, na forma da lei.

As provas feitas tornam certo que a autora, apelante, vivendo maritalmente com o finado Joaquim de Carvalho, desde fevereiro de 1947 até novembro de 1949, data da morte de Joaquim, cooperou, com o seu trabalho, para o resultado econômico que o falecido obteve durante a vigência do concubinato. As testemunhas ouvidas a fls. atestam, de ciência própria, que a apelante ajudou o inventariado nos serviços do bar e, embora não costumasse servir no balcão, fazia pastéis, empadinhas, coxinhas e outras petisqueiras que eram vendidas no estabelecimento. Aliás, a apelante, já em Portugal, ao retirar o seu passaporte, declarara ser de profissão "cozinheira de casa particular". E o simples fato de administrar o lar, fazendo os serviços caseiros, com dispensa de criada, já constitui um meio de concorrer, de maneira não desprezível, para as economias do chefe da casa.

Estabeleceu-se, por essa forma, uma sociedade de fato entre Joaquim e Anunciação, sociedade essa que, conquanto não autorize a pretensão manifestada pela recorrente na inicial, de ser havida como meeira, dá-lhe direito de recolher os frutos de seu labor, conforme se declarou no início dêste acórdão. Os honorários do advogado da apelante serão arbitrados de acôrdo com os preceitos do art. 11, § 1º, da lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

São Paulo, 27 de maio de 1952. – *J. M. Gonzaga*, presidente e relator;  
*Frederico Roberto*; *Ulisses Dória*.

\*

## CONCORRÊNCIA DESLEAL - CLÁUSULA DE NÃO- CONCORRÊNCIA

- A cláusula de proibição, segundo a qual o alienante de estabelecimento comercial se obriga a não se estabelecer com o mesmo ramo de comércio, impede também que êle se associe a terceiro para exercer a antiga profissão no local.
- A sociedade comercial, embora diversa, na sua constituição original, da que adquiriu o estabelecimento comercial pode demandar, de quem lhe vendeu o fundo de comércio, qualquer direito decorrente da cláusula proibitiva de estabelecimento com o mesmo ramo, porque a garantia é instituída em favor do negócio comercial, que não se alterou nos seus elementos constitutivos, a despeito de serem outros os sócios, componentes da firma.
- Não há transgressão ao princípio de liberdade de comércio na cláusula proibitiva de concorrência, restrita quanto ao espaço e ao objeto, não obstante a falta de limitação no tempo, pois essa falta não traduz prazo indefinido.
- É desnecessária a cláusula expressa de não-concorrência, pois tal obrigação decorre do próprio dever que ao vendedor incumbe de não perturbar o uso e gôzo do estabelecimento comercial pelo comprador.

Manuel Pereira *versus* A. Carvalho & Fernandes

Ap. n° 59.397 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n. 59.397, desta Capital, em que são apelantes e reciprocamente apelados Manuel Pereira e A. Carvalho & Fernandes:

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., repelida a preliminar de não conhecimento dos recursos interpostos, em negar-lhes provimento, para confirmar a decisão apelada, que está fundada no direito e na prova dos autos, pagas as custas na forma da lei.

Pôsto que interpostas fora do prazo contado da audiência de publicação da sentença, infringindo-se, assim, o preceito dos arts. 812 e 823 do Cód. de Processo, conhecem das apelações interpostas porque as partes não foram intimadas para a audiência em que seria lida e publicada a decisão final.

Relativamente ao mérito é confirmada a sentença recorrida, quer quanto à preliminar, quer quanto ao mérito pròpriamente dito, adotando-se os fundamentos da sentença apelada.

São Paulo, 17 de junho de 1952. - *J. M. Gonzaga*, presidente; *Frederico Roberto*, relator; *Ulisses Dória*; *A. de Oliveira Lima*.

## SENTENÇA

*Omissis...*

A primeira questão a decidir é a relativa à preliminar aventada pelo réu na contestação: quem estaria praticando o comércio proibido no contrato é uma firma comercial, de que o réu faz parte, e não êle pessoalmente; só contra a praticante da concorrência poderia a autora dirigir a sua ação.

Falta razão ao réu. Deixando para dentro em pouco decidir sôbre a validade da cláusula e a concretização dos fatos apontados como, transgressores dela, o que se tem a dizer, no momento, é que foi o réu quem - pessoalmente se obrigou a pagar aos compradores a multa estipulada, se, desrespeitando o pactuado, voltasse a comerciar no mesmo ramo de comércio do estabelecimento vendido.

Contra êle, pois, é que a autora tem ação de cobrança da multa indenizatória, se e quando o vendedor passar a praticar atos de mercancia que caracterizem a concorrência proibida.

E a alegação de que não está o réu infringindo a obrigação, pois não é êle quem, pessoalmente, pratica o comércio, e sim a sociedade de que faz parte, não merece acolhida. Do contrário, tornar-se-ia fácil a concorrência desleal. Para que esta exista não é necessário que o vendedor do negócio anterior figure mesmo como dono do posterior. Basta que lhe empreste a sua colaboração ativa ("Revista dos Tribunais", vol. 193, pág. 875).

Note-se que êsse acórdão se refere a caso em que a mulher, casada com separação de bens, vendeu um estabelecimento comercial, com a cláusula proibitiva. Posteriormente, o marido abriu outro idêntico ou parecido, a que sua mulher dava colaboração ativa, ainda que não fosse sócia.

E o egrégio Tribunal julgou suficiente essa circunstância para acolher a alegação de concorrência desleal.

No caso dos autos, com maior razão, é de se concluir que a cláusula de proibição impede ao réu associar-se a terceiro, para exercer a antiga profissão no local. Na qualidade de sócio, toma parte ativa no movimento da casa comercial, como o comprovam, as fotografias que acompanham o laudo da vistoria *ad perpetuam*. Pratica atos de comércio, no ramo a que antes se dedicava; embora não seja exclusivamente seu o produto do seu trabalho e de seu comércio, certo é que tem interêsse em aumentá-lo, para que cresça a sua cota-parte nos lucros da sociedade a que pertence; se, como sócio, não é comerciante, mas antes a firma, certo é que desenvolve atividade principal no interior do estabelecimento, no sentido de ampliar e desenvolver as suas vendas, de angariar freguesia nova, de conservar a antiga, de, enfim, estimular a concorrência da sua firma com outros negócios idênticos.

Em síntese, a ação só poderia ser dirigida contra o réu, pessoalmente, porque êle é quem se obrigara (e não a firma de que faz parte) a garantir a integridade do fundo de comércio. A firma aludida é parte estranha ao contrato. Além disso, embora não comercie em seu nome, dá sua experiência e seu trabalho em

favor da firma, praticando atos de que prometera abster-se. Logo, se infração houve, foi êle e não a sociedade quem a praticou; e só êle poderá ser acionado.

Diz o réu, já no mérito, que as obrigações foram mutuamente instituídas entre êle e os primitivos adquirentes do estabelecimento. As sucessivas alterações da firma autora tiraram àqueles o direito de exigir qualquer reparação pela pretensa concorrência. E, pois, nem a autora pode fazê-lo, porque a cláusula não foi objeto da transferência conseqüente às diversas alterações contratuais.

Com o progresso contínuo dos negócios e a vicissitude da situação dos sócios, as sociedades em nome coletivo podem ter necessidade de mudar de forma, de, mesmo, se transformar em outra espécie. Mas não importam nenhuma transformação o espaçamento da duração da sociedade, a retirada de sócios, a entrada de novos na mesma qualidade dos que já existem, a redução ou aumento de capital, a mudança da firma ou denominação. Todos êsses acidentes acarretam apenas alteração ou modificação do contrato, não a transformação, porque esta, no sistema legal, se não dá sem a passagem da sociedade de uma espécie ou tipo jurídico determinado para outra espécie ou tipo (CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado", vol. III, ns. 578-579).

No caso dos autos, a sociedade primitiva, Tavares & Ferrão, composta dos sócios Deltinho Martins Tavares e Aníbal Ferrão, estabeleceu-se com o fundo de comércio adquirido ao réu. Essa sociedade sofreu várias alterações, como sejam, a retirada de Deltinho, o ingresso de Aníbal Carvalho e, posteriormente, a substituição de Aníbal Ferrão por Américo Fernandes, que passaram, então, a constituir a sociedade ora autora.

Em todos êsses casos, não houve transformação de sociedade, não houve desaparecimento de uma para dar lugar a outra. Não houve dissolução da primitiva sociedade, com a conseqüente liquidação do patrimônio social entre os sócios. O patrimônio da sociedade primitiva é o mesmo, apesar das várias modificações ou alterações da sua constituição ou de seu capital.

Mas a sua natureza jurídica, a sua finalidade mercantil, o seu gênero de comércio e a grande maioria das cláusulas contratuais continuaram os mesmos.

Assim, o estabelecimento comercial adquirido ao réu por Tavares & Ferrão é o mesmo hoje de propriedade da firma autora A. Carvalho & Fernandes.

Ora, estabelecimento comercial, na acepção que aqui interessa, é o complexo de meios idôneos - materiais e imateriais - pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio; é o organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio. Equivale essa expressão ao *negotium* ou *negotiatio*, do direito romano, ao *fonds de commerce*, do direito francês e belga, à *azienda commerciale*, do direito italiano, ou ao *goodwill*, do direito inglês e norte-americano (CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., V, parte 1<sup>a</sup>, pág. 15; BOUTAUD et CHABROL, "Traité Générale des Fonds de Commerce"; PIPIA, "Diritto Industriale", n° 1).

Segundo a lição dos mais eminentes estudiosos da matéria, entre os quais o nosso grande CARVALHO DE MENDONÇA, são elementos principais do estabelecimento comercial: o aviamento, a insígnia, o material, as mercadorias, a marca de indústria e comércio, o privilégio de invenção industrial, representado pela patente de invenção e, em resumo, quaisquer direitos que completem aquela organização (CARVALHO DE MENDONÇA, ob. e loc. cits., pág. 18; CUNHA GONÇALVES, "Da Compra e Venda", pág. 165).

É simples universalidade de fato êsse conjunto de coisas, criado, constituído e dirigido pela vontade do homem e apresenta o caráter próprio, distinto dos seus elementos componentes, ainda que êstes não se constituam de coisas materiais, podendo, como tal, ser objeto de atos jurídicos. Mas, cada um dos elementos que o formam conserva a sua individualidade. Assim, o estabelecimento comercial não tem existência autônoma.

Entre os elementos componentes do estabelecimento comercial está o aviamento, que é a aptidão ou disposição do estabelecimento comercial ao fim a que se destina. Forma-se com o tempo, com a obra diligente do comerciante, com a bondade dos produtos, com a honestidade, é o índice da prosperidade e da potência do estabelecimento comercial, ao qual êle se acha visceralmente unido. É a esperança de lucros futuros, no dizer de CUNHA GONÇALVES. Não tem vida autônoma, porque não se pode conceber nem existir separado do estabelecimento, de que constitui a essência. Sem o estabelecimento, não se pode vender a chave ou o aviamento; sem êste não se pode dizer que o

comprador é comerciante, sucessor do antigo proprietário (CARVALHO DE MENDONÇA, CUNHA GONÇALVES, ob. e locs. cit.; PIPIA, "Trattato di Diritto Commerciale", vol. 3, nº 57; VIVANTE, "Trattato", 3º vol., nº 840).

Um dos fatores principais que, formados pouco a pouco, concorrem para constituir o aviamento do estabelecimento comercial, está na freguesia. Consiste nas relações ciladas pela habilidade do comerciante e mantidas pela reputação que souber granjear; supõe o complexo de pessoas acostumadas a procurar o estabelecimento para os seus negócios. No sentido jurídico, a freguesia traduz a aptidão do estabelecimento para ter cliente, ainda que, realmente, os não tenha, Não há fregueses pròpriamente falando, mas probabilidades de manter aquelas relações.

Ora, elemento essencial que é do estabelecimento, a venda ou cessão dêste importa na alienação daquele, a freguesia ou clientela. O comerciante compra um complexo destinado a escopo comercial. Abrange assim o seu aviamento, que, por seu turno, inclui, particularmente, a clientela, seu elemento essencial (CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit.; LYON-CAEN et RENAULT, "Traité de Droit Commercial" vol. 3º, nº 245; LEBRÉ, "Traité des Fonds de Commerce", nº 66; BOUTAUD e CHABROL, ob. cit., nº 97).

Em face de todos êsses princípios, podemos agora dizer que o estabelecimento comercial, com todos os seus elementos componentes, inclusive freguesia, adquirido ao réu pela firma Tavares & Ferrão, continua o mesmo, não obstante as modificações sofridas na constituição da firma, a qual é hoje a autora A. Carvalho & Fernandes.

Conseqüentemente, a cláusula que garantia da concorrência pelo vendedor êsse fundo de comércio, permanece íntegra, apta a tornar exigível, pelos meios competentes, a reparação das perdas e danos por quem a transgredia.

Mesmo que outra tivesse sido a firma autora - diversa na sua constituição original da que adquiriu o estabelecimento - mas titular dêste; mesmo que a primitiva, após a alienação, desaparecesse e nenhum liame jurídico tivesse com a nova detentora do estabelecimento, - ainda assim a cláusula prevaleceria contra o vendedor, porque instituída em garantia de um negócio comercial, que

não se teria alterado nos seus elementos constitucionais, mas apenas mudado de dono.

E, por consequência, podia e pode a autora - a mesma firma primitiva, ligeiramente alterada na sua composição - invocar contra o réu, vendedor do estabelecimento, qualquer direito decorrente daquela cláusula, plenamente vigente, a despeito de serem outros os sócios dela, que não os que assinaram o contrato de fls.

Resta, agora, o exame da principal argüição do réu, como seja, a nulidade da cláusula, que importou em proibição absoluta de o réu comerciar, sem limitação de tempo.

É de se reconhecer o esforço do nobre advogado no sentido de demonstrar a sua teoria. No entanto, não conseguiu convencer o juízo em seu favor.

Mais uma vez invoca-se aqui a esplêndida palavra de CARVALHO DE MENDONÇA a respeito do assunto:

"O contrato de compra e venda do estabelecimento comercial não deixa de oferecer algum perigo para o comprador. Não que se cogite de negócio próprio aleatório, porém o aviamento, sobretudo a freguesia, que vale o próprio estabelecimento, pode dispersar-se. De certo, não se transferem ao comprador os fregueses, mas a aptidão do estabelecimento para ter clientes. O que o direito reprova é que o vendedor, por ato próprio, direto ou indireto, tente desviar a freguesia ou efetivamente a desvie, revelando o dolo com que procedeu" (ob. cit, vol. VI, parte 2ª, página 157).

"O comerciante, cedendo o estabelecimento em atividade, não garante, de futuro, as relações porventura estabelecidas entre o cessionário e os seus fregueses, fundadas na confiança recíproca; o que com o estabelecimento cede é a probabilidade de conservar o negócio, a situação ou posição que adquiriu; é a freguesia possível e não a real. Garante, assim, o gôzo pacífico do seu sucessor, cumprindo-lhe evitar a prática de qualquer ato pessoal, que possa desviar ou sequer enfraquecer ou turbar aquelas relações" (vol. V, parte 1ª, págs. 22-23).

Admite-se, em regra, a validade da cláusula de não-concorrência, seja porque a livre renúncia ao exercício de um comércio, indústria ou profissão não é, em princípio, contrária à lei; seja porque a convenção visa garantir o adquirente de um fundo de comércio ou indústria (incluída a clientela, aviamento, *goodwill*) contra uma possível concorrência desleal da parte do vendedor. Se é obrigação dêste fazer boa àquele a coisa vendida e não o inquietar na sua posse e domínio (Cód. Comercial, arts. 214 e 215), nem haverá necessidade de uma cláusula expressa proibitiva da referida concorrência desleal ou assecuratória do direito à clientela. Por fôrça da própria lei, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe possa retirar tôda ou parte da clientela. Esta turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador, no todo ou em parte, da coisa vendida.

A clientela constitui-se pelas relações do estabelecimento comercial com o público, ou com determinadas pessoas; tem um valor real, próprio, consistente na esperança de que lhe proporcionará negócios jurídicos. Incorpora-se ao estabelecimento, é "a energia despendida e cristalizada em um forte núcleo de relações de negócios; cede-se a energia transformada em matéria" (HERMANCE, "Annales de Droit Commercial", 1907, pág. 165, cit. in CARVALHO DE MENDONÇA).

O vendedor deve, necessariamente, garantir a freguesia ou clientela, ainda que no contrato estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma (Código Comercial, art. 214). Essa garantia, segundo a lei, decorre do contrato (*tacite inest*), elevada a preceito de ordem pública e vedando a sua revogação pelas partes. Não há, portanto, necessidade da estipulação formal, expressa, pela qual o vendedor se obrigue a não se restabelecer (CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., VI, 2ª parte, nº 767; CUNHA GONÇALVES, ob. cit., pág. 479; VIVANTE, "Trattato" IV, nº 1.659; PIPIA, *id.*, número 708; AUBRY et RAU, ob. cit., IV, § 355 e nota 2; LYON-CAEN et RENAULT, "Précis de Droit Commercial", III, número 247).

Quem adquire um estabelecimento comercial tem em vista a situação próspera dessa organização, que sòmente a freguesia mantém e valoriza. A clientela é o elemento principal do estabelecimento mercantil, elemento essencial, preponderante e único, característico, a sua alma. Vender o estabelecimento reter a clientela seria um absurdo, comenta GIANINNI, seria o mesmo que

ceder os instrumentos e dêles se valer, isto é, cedê-los e retê-los ao mesmo tempo (LEBRE, ob. cit., n° 3; VIVANTE, "Trattato", vol. 3°, n° 840; THALLER, "Traité de Droit Commercial", n° 82; GOMBEAUX, "La Notion Juridique du Fonds de Commerce", págs. 98-99; BOUTAUD et CHABROL, ob. cit., ns. 46 e 66; GIANINNI, "La Concorrenza Sleale", n° 32; LAURAIN, "Le Natissement de Fonds de Commerce", págs. 10-12).

E CARVALHO DE MENDONÇA conclui: "Se se realiza a venda sem qualquer explicação a êste respeito, não vemos violação mais grave de um contrato e dos princípios de direito do que o vendedor do estabelecimento comercial procurar retomar-lhe a clientela".

De onde se vê ser desnecessária, por fôrça do próprio art. 214 do Cód. Comercial, a cláusula expressa de não concorrência, pois tal obrigação decorre do próprio dever que ao vendedor incumbe de não perturbar o uso e gôzo do estabelecimento comercial pelo comprador.

Mas, se se torna explícita a condição, maior razão para que o vendedor a respeite. Trata-se de estipulação que não ofende princípio algum de direito, nem cerceia a liberdade do vendedor, que se pode estabelecer fora da região designada no contrato ("Rev. de Direito", 31-357).

E essa obrigação não a pode o vendedor iludir por vias indiretas, por exemplo, tendo um testa de ferro, autorizando sua mulher a comerciar, associando-se com outro comerciante, entrando como gerente ou como empregado, ou fingindo de credor consignatário de rendimentos, etc. (CUNHA GONÇALVES, "Compra e Venda", pág. 480).

Pretende o réu seja nula a cláusula 6ª do contrato por não ter limitação no tempo a proibição ali contida. Ora, essa cláusula teve em mira prevenir, da parte do vendedor, o exercício de uma concorrência desleal. Em verdade, como já se viu, não havia mister se obrigasse êste, expressamente, a não se ocupar do mesmo comércio. Se o fizesse, mesmo sem cláusula proibitiva, estaria praticando, concorrência desleal.

No caso, deparam-se dois princípios, que não se chocam, mas, ao contrário, podem perfeitamente se harmonizar: o da liberdade de comércio e indústria,

assegurado na Constituição, e o da proibição da concorrência desleal, uma das formas pelas quais o vendedor torna má a sua venda. Essa proibição passa a ser, então, uma restrição apenas àquela liberdade, que é inalienável. Conclui-se daí que as cláusulas de interdição devem ser interpretadas restritamente. Isso, porém, não leva ao extremo de se considerar nula, por ilícita, a cláusula proibitiva que não contenha restrição quanto à sua execução no tempo. Tal restrição deve ser havida como implícita no acôrdo de vontades, até o limite necessário para evitar a concorrência desleal. E os tribunais, por via de interpretação, podem fixar êsse limite.

Já disse GIANINNI: "A cláusula tem por pressuposto necessário a concorrência, de tal sorte que, ao aplicá-la, não se devem ultrapassar os limites de uma suficiente tutela dessa concorrência. A limitação está na razão direta do comércio que se quer tutelar" ("Dicionário Prático do Direito Privado", SCIALOJA, *verbis*, "Concorrenza sleale e illecita", vol. II, pág. 272).

"Uma tal cláusula - assevera P. PRÉE, não tem por fim e efeito entravar a liberdade do vendedor, mas apenas proteger os direitos do adquirente do fundo e assegurar-lhe a posse da clientela" ("De l'Interdiction de se Rétablir", pág. 36).

Tendo-se em consideração a finalidade precípua, a utilidade, objeto ou pressuposto necessário da cláusula, é bem razoável concluir-se, com o citado GIANINNI que... "a limitação de espaço é compatível com uma proibição absoluta, no tempo, ou por um tempo tão longo que equivalha a uma proibição absoluta, desde que assim se torne necessário para a garantia contra a concorrência". "*L'argomento contrario, desunto dalla invalidità di un patto vitalizio di locazione d'opera è senza forza, poichè l'astenersi non è locare l'opera propria, ne le regole dettate per i servi possono estendersi ai commercianti o professionisti*".

Mais expressivo é êste trecho da citada monografia de PRÉE: "Convém não perder de vista o objeto da cláusula de interdição, mas considerar seu fim e tomar como medida de sua validade, sua utilidade para assegurar o respeito aos contratos. E em tais condições e em circunstâncias antes excepcionais, mas sem que se possa dizer haja contradição com os princípios acima enunciados, que os tribunais têm sido levados a validar uma limitação universal e absoluta, em

relação ao tempo e ao lugar, contanto que seja suficientemente limitada quanto ao objeto do comércio interdito. É aos juízes do feito que compete investigar se uma interdição tão ampla é necessária e indispensável ao gozo pacífico do comprador, velando também em que ela não imponha à liberdade do cedente entraves muito estreitos" (página 42).

Na jurisprudência francesa, acrescenta o autor, "a grande idéia diretriz, o critério, é o fim em vista do qual a cláusula foi inserta. Na medida em que a cláusula é indispensável para afastar uma causa de prejuízo ao comprador, o Tribunal a valida. Ao contrário, quando a cláusula tem um outro objetivo e quando, notadamente, nada mais faz que formular uma exigência abusiva da parte deste comprador, o Tribunal se recusa sancioná-la" (pág. 53).

Em suma, o que não se tolera é a cláusula que contenha uma proibição absoluta, vale dizer, expressamente ilimitada quanto ao tempo, espaço e objeto, ou a que, sem ser assim absoluta, exceda manifestamente os limites do necessário para impedir a concorrência desleal. Se, porém, há limite, ou quanto ao objeto, ou no tempo, ou no espaço, já será possível admitir-se a validade da cláusula, tais sejam as circunstâncias ocorrentes ("REVISTA FORENSE", vol. 126, pág. 158).

No caso dos autos, a cláusula 6ª do contrato de fls, não tem limitação quanto ao tempo. É, porém, restrita quanto ao objeto e no espaço. Assim é que o réu se comprometera a não exercer o mesmo ramo de comércio dentro de um raio de dois quilômetros, partindo essa distância do prédio onde está situado o estabelecimento negociado.

Poderia, pois, o autor, como pode, estabelecer-se dentro daquele raio, com outro gênero de comércio, que não fizesse concorrência à autora e não lhe tirasse parte da clientela, por êle próprio implicitamente garantida ao fazer a transação.

Poderia, também, como pode, estabelecer-se com o mesmo ramo de comércio da autora, fora daquele raio de dois quilômetros.

Inexiste, pois, a proibição absoluta, a transgredir o princípio da liberdade de comércio. E mesmo a falta de limitação no tempo não é absoluta, indefinida.

Não se diz que o réu "jamais" poderá estabelecer-se com êsse ou aquele ramo de comércio. É de se entender, dos próprios termos do contrato, da vontade das partes ali revelada, que a finalidade da cláusula foi a de evitar a prática da concorrência desleal. Logo, assim que a autora cesse as atividades a que se dedica, cessará também a restrição.

Note-se que essa cláusula não traduz uma exigência abusiva por parte da autora, porquanto esta, por sua vez, se obrigou a não exercer, dentro do mesmo espaço, o comércio a que o réu iria se entregar. De onde se vê que a intenção manifesta das partes contratantes era a de impor expressamente a proibição para obviar qualquer tentativa de concorrência desleal. A falta de fixação no tempo não traduz prazo indefinido; assim, deliberadamente resultou a omissão do desejo das partes de se garantirem com aquela cláusula, enquanto necessária para a garantia de suas respectivas atividades; o limite da interdição se traçaria em conformidade com o próprio objetivo dela, ou seja, até onde a concorrência possa fazer sentir a sua presença.

E, da mesma maneira que a autora não estava impedida de, transferindo o seu estabelecimento, dedicar-se ao comércio de ferragens, também poderia o réu, se a autora se mudasse para fora do círculo de dois quilômetros de raio, ampliar à vontade as suas atividades mercantis.

Tudo isso, tudo quanto vimos dizendo, faz-nos convictos de que a cláusula, muito longe de ser absoluta ou indefinida no tempo, muito longe de ser ilícita, tinha um término prefixado, ainda que incerto, - a duração da sociedade autora, o tempo em que se fizesse sentir a necessidade da proteção do seu fundo de comércio e evitar a concorrência do réu. Essas conclusões estão perfeitamente de acordo com os princípios, hauridos em grandes escritores, e em parte transcritos nesta decisão.

A matéria de fato ficou plenamente provada, não só pelo laudo de vistoria *ad perpetuam*, como também pela defesa do réu e seu depoimento pessoal. Em ambas essas peças confessa êle que está trabalhando, como sócio de certa firma, no mesmo ramo de comércio da autora. O seu estabelecimento comercial se situa contíguo ao desta última.

É de se atentar para a circunstância de que o réu se estabeleceu logo após a venda do seu primitivo estabelecimento. Tinha, assim, ainda boa freguesia que encaminhou para a consumidora dos artigos com que passou a trabalhar. Firmou, certamente, com bons resultados (como o demonstra a sua vontade de ampliar o negócio), essa freguesia: Passando, agora, a vender os artigos da autora, estará criando facilidades à sua própria freguesia, que encontrará num único local as mercadorias de que necessita e que antes lhe eram fornecidas por dois comerciantes diversos.

Estará o réu arrebatando à autora a clientela que lhe transferiu, como parte componente do estabelecimento, parte essencial dêle, que, sem ela, não pode existir. Estará, pois, fazendo concorrência desleal, como já vem fazendo, desde que resolveu desrespeitar a cláusula proibitiva.

E diga-se, para terminar, que, mesmo prevalecesse a tese do réu, no sentido de ser ilícita a cláusula de não-concorrência, isso não lhe daria o direito de concorrer deslealmente com ela, oferecendo à clientela desta, com facilidades maiores, os artigos que compunham antes o seu estabelecimento e que transferiu à autora, com o compromisso de não voltar a idêntico ramo mercantil dentro de determinado espaço.

De todo o exposto, resume-se:

*a)* a ação tinha que ser proposta contra o réu e não contra a firma que estaria comerciando em ramo idêntico ao da autora. A firma é estranha ao contrato em que se estipulou a cláusula de proibição e nada teria que pagar de indenização à autora. O ato ilícito foi praticado pelo réu e contra êle, pessoalmente obrigado, é que a ação teria que ser dirigida;

*b)* a cláusula proibitiva, constituindo garantia do fundo de comércio, do aviamento, parte da universalidade de fato, que é o estabelecimento, permaneceu íntegra e perfeita, por força da manutenção do mesmo estabelecimento, não obstante as diversas alterações sofridas, na sua constituição, pela firma titular. Cabe, assim, à autora, como proprietária daquele estabelecimento com todos os seus elementos componentes, defendê-lo e exigir, de quem lho perturbe o uso e gozo, a multa pactuada;

c) por força do art. 214 do Cód. Comercial, está o vendedor obrigado a garantir ao comprador a coisa alienada, com todos os seus elementos. Não pode, por isso, turbar o comprador na posse, uso e gozo da coisa vendida, e nem arrebatá-lo ou diminuir-lhe a freguesia, elemento essencial do estabelecimento. Assim, nem mesmo seria obrigatória a inserção da cláusula para que se tivesse como impedido o réu de se dedicar, no espaço prefixado ou na vizinhança, à mesma espécie de negócio comercial;

d) a cláusula implícita no contrato não é ilícita, porque é restrita quanto ao objeto e no espaço. No que toca ao tempo de vigência, entenderam as partes, como o demonstra a cláusula 7<sup>a</sup>, no mesmo sentido e contra a autora, que se restringiria ao tempo da atividade da firma desta e enquanto se tornasse necessário a evitar a concorrência desleal. Não contém exigência abusiva e teve em mira justamente garantir-se a autora contra a concorrência desleal do réu, como êste procurara cercar-se, mediante o estabelecimento da cláusula 7<sup>a</sup>, de garantias contra a autora. Note-se que o negócio da autora fôra comprado ao réu, enquanto que o dêste nenhuma relação tinha com aquêle.

Houve, portanto, infração da cláusula 6<sup>a</sup> do contrato de fls., pelo que incorreu o réu na respectiva sanção, o valor do contrato, que foi de Cr\$ 328.824,00. Os juros da mora devem ser contados a partir da data em que se teria por provada a infração, com a prática de concorrência desleal. Essa data é a de 29 de maio de 1951, quando foi arquivada na Junta Comercial a alteração de contrato social da firma de que é sócio o réu (fls.), manifestando-se aí, em tôda a sua plenitude, o desejo do réu de furtar-se ao cumprimento da obrigação assumida.

Tratando-se de multa pactuada na previsão de prejuízos decorrentes de ato ilícito, claro é que as partes prèviamente estimaram-nos naquele valor. Assim, na multa já está compreendida a verba de honorários de advogado, que a autora pleiteia e que ora nego.

As custas - inclusive as da vistoria *ad perpetuam*, prova efetuada pela autora como preparatória e preventiva de seu ingresso em juízo - serão pagas em proporção, em face de ter a requerente decaído do pedido de honorária.

Assim, julgo procedente, em parte, a ação, para condenar o réu a pagar à autora a importância de Cr\$ 328.824,00, acrescida de juros de mora, a partir de 29 de maio de 1951.

Custas na proporção determinada.

Façam-se as publicações necessárias para os fins legais.

São Paulo, 23 de fevereiro de 1952. - *Eryx de Castro*.

\*

### **CONCORDATA PREVENTIVA - SOCIEDADE COMERCIAL – REGISTRO - LIVROS OBRIGATÓRIOS - FALÊNCIA**

**- Não pode pleitear concordata a sociedade comercial que não levou a registro a prorrogação de seu contrato e que não possui livros obrigatórios, entre eles os exigidos por leis posteriores ao Cód. Comercial.**

**- Aplicação dos arts. 140, nº I, 158, nº I, 151, parág. único, e 160 do dec.-lei nº 7.661, de 1945.**

Fábrica de Parafusos São Paulo Ltda. *versus* Síndico da massa falida da Fábrica de Parafusos São Paulo Ltda.

Ag. nº 58.262 - Relator: DESEMBARG. OLIVEIRA LIMA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº 58.262, da comarca de São Paulo, em que são partes, agravante Fábrica de Parafusos São Paulo Ltda, e agravado o síndico da massa falida da Fábrica de Parafusos São Paulo Ltda.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, negar provimento ao agravo de instrumento interposto e confirmar a decisão recorrida.

A Fábrica de Parafusos São Paulo Ltda., estabelecida nesta capital, na rua Dr. João Ribeiro, nº 513, requereu lhe fôsse concedida concordata preventiva, propondo pagar aos seus credores 60% dos respectivos créditos em quatro prestações iguais e semestrais de 15%. O Dr. Juiz de direito da 15ª Vara Cível desta capital, pela decisão trasladada a fls., nos termos do disposto no art. 181 da Lei de Falências, denegou o pedido e declarou aberta a falência da requerente, pelos motivos examinados na sobredita decisão.

Agravou a requerente, com fundamento legal, da decisão declaratória da falência. Contraminutado o recurso pelo síndico e pelo Dr. curador fiscal,\* manteve o juiz a decisão agravada (fls.).

Nesta instância, o Dr. procurador geral emitiu parecer opinando pela confirmação da decisão agravada.

A decisão recorrida decidiu com acêrto, como o demonstrou o Dr. curador fiscal, em sua bem deduzida contraminuta de fls., cujos argumentos são de tôda procedência Merece ser confirmada.

Custas pela agravante.

São Paulo, 20 de maio de 1952. - *J. M. Gonzaga*, presidente, com voto; *A. de Oliveira Lima*, relator; *Frederico Roberto*.

---

Notas:

\* CONTRAMINUTA DO 1º CURADOR FISCAL:

O recurso não merece provimento, pois a respeitável sentença recorrida está lançada de acôrdo com a lei.

Com efeito. Estabelece o art. 140, nº I, da lei falimentar que "não pode impetrar concordata o devedor que deixou de arquivar, registrar ou inscrever no Registro

do Comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio".

O art. 158, nº I, da mesma lei, por sua vez, dispõe:

"Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições:

I - exercer regularmente o comércio há mais de dois anos".

E o parág. único do art. 159:

"A petição será instruída Com os seguintes documentos:

I - prova de que não ocorre o impedimento do nº I do art. 140;

II - prova do requisito exigido no nº I do artigo anterior:

III - o contrato social em vigor, em se tratando de sociedade", etc.

Dispõe também o art. 160 o seguinte:

"Com a petição inicial o devedor apresentará os livros obrigatórios, que serão encerrados pelo escrivão, por têmos assinados pelo juiz".

Essas as prescrições legais, além de outras que o pretendente à concordata preventiva tem de observar ao ingressar em juízo com o seu pedido. E se assim não proceder, manda a lei que o juiz declare, em 24 horas, aberta a falência ("...ao juiz, que, se o pedido não estiver formulado, nos têmos da lei, ou não vier devidamente instruído, declarará, dentro de 24 horas, aberta a falência..." - art. 161). Ora, no caso dos autos, ficou provado ocorrer o impedimento do nº I do artigo 140, pois, não só não foi levada a registro a prorrogação do contrato social, deixando, assim, de existir sociedade perfeitamente legal e passando a ser irregular o exercício de seu comércio, como também não providenciou a requerente a obtenção de todos os livros que, por força de lei, tinha do possuir. E no tocante aos livros, engana-se a agravante. Os livros obrigatórios não são

apenas os mencionados no Cód. Comercial. São êsses e mais os outros que leis posteriores passaram a exigir para o exercício legal do comércio.

Ora, neste passo, verifica-se que a requerente não possui os livros de registro de duplicatas, de vendas à vista, de inventário e de compras tornados obrigatórios pelas leis nº 187, de 15 de janeiro de 1936, art. 24, e nº 154, de 25 de novembro de 1947, art. 2º. Mas, não é só. Também o copiador de cartas, exigido pelo art. 11 do Código Comercial, não o possui a agravante. E porque assim ocorre, não pôde cumprir integralmente o prescrito pelo art. 160, tendo contra si igualmente o impedimento do nº I do art. 140.

O prazo do primitivo contrato social já se expirara.

De conseguinte, deixara de existir, legalmente, a sociedade pactuada. Mister seria, para a legalidade de comércio, que se lavrasse novo contrato ou uma prorrogação do anterior, levando, a seguir, a registro, na Junta Comercial, o novo contrato ou o instrumento de prorrogação. Como isso não se fez, passou a sociedade de regular a irregular e, conseqüentemente, deixou de ser, legal o exercício de seu comércio.

Infringindo, portanto, a requerente, por essa e pelas razões antes apontadas, os dispositivos legais citados, tinha mesmo o MM. juiz de proceder consoante o fez, declarando aberta a falência. Assim agindo, não foi injusto nem exorbitou de suas funções. Apenas cumpriu a lei, decretando a quebra em obediência ao art. 181 da lei falimentar.

Eis porque, em síntese, o recurso não merece provimento.

São Paulo, 23 de janeiro de 1952. - João Gomes da Silva, 1º curador fiscal de Massas Falidas.

\*

**AGRAVO DE PETIÇÃO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA - EMBARGOS  
À EXECUÇÃO - PRAZO - RECURSO**

**- De decisão que, liminarmente, deixa de receber embargos à execução por intempestivos, cabe o recurso de agravo de petição.**

**- Não há que confundir a intimação, ordenada pelo art. 948 do Cód. de Processo, com a citação, a que alude o art. 1.009 ou o art. 819. A citação do art. 918 é a primeira, quando se trata de execução por quantia certa, para pagar ou nomear bens à penhora, e, feita esta, dela se intima o executado para embargá-la em cinco dias, na forma do art. 498. A citação, a que se refere o art. 1.009, não se confunde com a do art. 918 e é a mesma intimação ordenada pelo art. 948.**

Etelvina Gonçalves Biar *versus* Espólio de Rafaela Lasbrugata

Ag. nº 58.595 - Relator: DESEMBARG. PEDRO CHAVES

### ACÓRDÃO

Vistos, reatados e discutidos estes autos de agravo nº 58.595, da comarca de São Paulo, em que é agravante Etelvina Gonçalves Biar e agravado o espólio de Rafaela Lasbrugata, dêles se verifica o seguinte:

Trata se de agravo de instrumento interposto de decisão que denegou apelação interposta pela agravante de outra decisão que lhe rejeitara embargos opostos em execução de sentença por estarem fora do prazo legal de cinco dias. Sustentou o juiz, ao denegar a apelação, que o recurso cabente era o de agravo no auto do processo, na forma do art. 851, número II, do Cód. de Proc. Civil. Nessa preliminar não foi feliz o magistrado, pois o recurso cabente era o de agravo de petição, como ensina TULLIO LIEBMAN no nº 92, *in fine*, de sua obra "Processo da Execução", e outra não é a lição da jurisprudência, como se vê da "Rev. dos Tribunais", vol. 155, pág 139, em notável acórdão relatado pelo Sr. desembargador PAULO COLOMBO, em caso absolutamente idêntico a este.

Aliás, o agravo no auto do processo visa apenas evitar a preclusão dos despachos de prosseguimento, ou ordinatórios simples, e não é próprio para aqueles despachos, que fazem coisa julgada, que encerram ou impedem a discussão da questão sem lhes conhecer o mérito. Seria, pois, de se dar

provimento ao recurso para mandar processar a apelação como agravo de petição, se este instrumento não permitisse resolver desde já o mérito com grande economia processual em processo já por demais procrastinado.

Entendeu o primitivo despacho, certificado a fls. do instrumento, que os embargos estavam fora de prazo e mandou desentranhá-los porque a executada agravante, intimada da penhora em 15 de março, só os ofereceu no dia 21, no sexto dia, portanto.

Sustenta a agravante que o dispositivo aplicável à espécie seria o do artigo 1.009, que manda contar o prazo de cinco dias da data da citação, e como esse prazo da citação só começa a correr da entrada do mandado em cartório, estariam os embargos dentro do quinquídio, porque o mandado só foi recolhido no dia 16.

Nenhuma razão assiste à agravante. Não há que confundir a intimação ordenada pelo art. 948 do Cód. de Processo, com a citação a que alude o art. 1.009, ou o art. 819.

A citação do art 918, é a primeira, quando se trata de execução por quantia certa, para pagar ou nomear bens à penhora, e feita a penhora, dela se intima o executado para embargá-la em cinco dias, na forma do art. 948. A citação, a que se refere o art. 1.009, não se confunde com a do art. 918 e é a mesma intimação ordenada pelo art. 948, como ensina AMÍLCAR DE CASTRO, só se devendo falar em citação quando se referir à mulher do executado que pela primeira vez fôr citada, como manda o art. 948, última alínea. Aliás, isso decorre do dispositivo do art. 28 do Cód. de Processo, que manda correr os prazos das datas das citações, intimações ou notificações, salvo disposições em contrário, como a do art. 292, que é dispositivo especial para as contestações e não tem aplicação à espécie.

Assim, estava absolutamente certo o despacho que não admitiu os embargos opostos no sexto dia pela agravante.

Conhecendo, pois, do recurso:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar a êle provimento, para confirmar, como confirmam, a decisão que não admitiu os embargos.

Custas pela agravante.

São Paulo, 5 de junho de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente, com voto; *Pedro Chaves*, relator; *J. R. A. Valim*

\*

### **TESTAMENTEIRO – VINTENA – HERDEIRO LEGÍTIMO**

**- O herdeiro legítimo não faz jus à percepção da vintena quando no exercício da testamentária.**

**- Inteligência do art 1.766 do Cód. Civil.**

Pedro Egídio de Sousa Aranha *versus* Espólio de Narcisa Arruda de Sousa Aranha

Ag. nº 59.074 - Relator: DESEMBARG. SILOS CINTRA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos, êstes autos de agravo de instrumento nº 59.074, de São Paulo, em que é agravante Pedro Egídio de Souza Aranha, sendo agravado o espólio de Narcisa Arruda de Sousa Aranha:

1. Contra o despacho que lhe negou remuneração pelo exercício da testamentária, no inventário de Narcisa Arruda de Sousa por ser herdeiro legítimo da *de cujus*, o testamenteiro, Pedro Egídio de Sousa Aranha interpôs o recurso de agravo de instrumento.
2. Sustenta o agravante que quando a lei nega ao herdeiro ou legatário o direito à vintena, pelo exercício da testamentária, refere-se ao herdeiro instituído e não ao herdeiro legítimo que sucede por direito próprio. E essa é a interpretação

justa, porque quem não herda por direito próprio mas por força do testamento já deve, pela liberalidade recebida, considerar-se remunerado pelos serviços da execução da vontade do testador.

3. O agravo foi regularmente processado, tendo a Procuradoria Geral da Justiça opinado pela confirmação da decisão recorrida.

4. Questiona-se nestes autos se o herdeiro necessário tem direito à vintena pelo exercício da testamentária, não sendo, também, herdeiro-testamentário ou legatário. A questão é controvertida e aqueles que esposam a afirmativa argumentam que o herdeiro legítimo não aufere vantagens do testamento e, assim, traduz-se melhor o pensamento do legislador ao dar redação ao art. 1.766 do Código Civil, restringindo o alcance do vocábulo "herdeiro" à significação de "herdeiro instituído". Nesse sentido merece citado, por ser mais recente, o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que está publicado no "Arq. Judiciário", vol. 82, pág. 195.

5. Não é merecedor de acolhida êsse entendimento. O exercício da testamentária é um serviço que o testamenteiro presta e pelo qual, em regra, adquire direito a uma remuneração. Sempre se afastou, todavia, como titulares dêsse direito, aquelas pessoas que estão obrigadas a fazer cumprir a última vontade do testador. Ao cônjuge meeiro, por exemplo, sempre se negou fizesse jus à vintena, quando no cumprimento de um dever seu. É verdade que muitos doutrinadores se apressaram em admitir a possibilidade do pagamento de prêmio ao meeiro, quando do advento do Cód. de Processo Nacional e isso porque êsse Código, no seu art. 549, dispõe que o testamenteiro pode obter a sua remuneração por via de adjudicação de bens. Adjudicação que se proíbe ao testamenteiro que não é cônjuge. O citado art. 549, porém, não afirma que o meeiro, quando no exercício do cargo de testamenteiro, sempre tem direito à vintena. Focaliza a possibilidade de ter êsse direito e isso pode acontecer na hipótese de o testador, expressamente, lho haver abonado.

Mas, se em relação ao cônjuge meeiro ainda pode perdurar a dúvida quanto à percepção da vintena, o mesmo não se pode dizer dos herdeiros necessários que, também, como representantes do *de cujus*, assim considerados desde os tempos da velha Roma, carregam a obrigação de dar cumprimento à sua derradeira vontade.

A respeito do herdeiro, o art. 1.766 do Cód. Civil repetiu o que já estava no artigo 1º do dec. nº 1.405, de 1854. Argumenta-se, todavia, que a lei se refere ao herdeiro instituído porque o dispositivo se inscreve sob o título "A sucessão testamentária". A isso pode-se responder que nos capítulos em que se desdobra o referido título, onde houve necessidade de distinguir entre herdeiro legítimo e herdeiro instituído, fê-lo o legislador com clareza. No art. 1.646 está dito que, morto o testador, publicar-se-á em juízo o testamento com citação dos herdeiros necessários; o art. 1.650, nº IV, refere-se ao herdeiro instituído, que não pode ser testemunha em testamento; dispõe o artigo 1.675, que tocará aos herdeiros legítimos o objeto certo e determinado que o testador não disser que não caiba ao herdeiro instituído; o art. 1.690 reza que o legado puro e simples confere desde a morte do testador ao legatário o direito, transmissível aos seus sucessores, de pedir aos herdeiros instituídos a coisa legada.

E no mesmo diapasão seguem-se inúmeros outros artigos, que seria fastidioso enumerar. Digno de menção é ainda o art. 1.754, que fala da posse e administração da herança, que pode ser deferida ao testamenteiro, não havendo cônjuge ou herdeiro necessário, dispondo o parág. único dêsse artigo que qualquer herdeiro pode, entretanto, requerer partilha imediata, ou devolução da herança, habilitando o testamenteiro com os meios para o cumprimento dos legados ou garantido de prestá-los. É evidente que no vocábulo "herdeiro" dêsse parágrafo há de estar incluído o herdeiro legítimo.

O mesmo pode-se dizer a respeito do art. 1.755, que reza:

"Tendo o testamenteiro a posse e a administração dos bens, incumbe-lhe requerer o inventário e cumprir o testamento.

Parág. único. Se lhe não competir a posse e administração, assistir-lhe-á direito de exigir dos "herdeiros" os meios de cumprir as disposições testamentárias; e se os legatários demandarem, poderá nomear à execução os bens da herança".

"Herdeiro" significa aí tanto o legitimário como o instituído. Ainda mais: no tocante à nomeação do testamenteiro, na falta de indicação a respeito pelo testador, manda a lei que compita ao rabeca de casal e em falta dêste ao "herdeiro" nomeado pelo juiz. Ninguém ousará dizer que o herdeiro legítimo

não tem direito a essa nomeação tão-só porque o artigo se inscreve sob o título "Da sucessão testamentária e onde se fala em herdeiro *tout court* quer significar-se que a referência é ao herdeiro instituído.

Mesmo no art. 1.766 vê-se que não houve a intenção de restringir a proibitamentária" e onde se fala em herdeiro instituído. É que logo a seguir, no parágrafo único, dispôs o legislador que, em havendo "herdeiro necessário", o prêmio se deduz somente da metade disponível.

Quando o vocábulo "herdeiro" significa, apenas, "herdeiro instituído", essa significação ressaí clara do texto. Fala-se, então, em nomeação ou instituição de herdeiro ou o artigo tem relação com outro em que essa nomeação ou instituição é clara. O art. 1.703, por exemplo, quando diz que se o testador cometer designadamente a certos "herdeiros" a execução dos legados, por estes só aqueles responderão, refere-se, exclusivamente, a "herdeiro instituído" É que o dispositivo entrosa-se com o anterior, que diz: "Instituindo o testador mais de um herdeiro..."

Além do mais, o Cód. de Processo, onde não se apontam impropriedades no emprêgo do vocábulo "herdeiro", dispõe no art. 548, § 2º:

"Sendo o testamenteiro casado com herdeira ou legatária do testador, não terá direito ao prêmio, se o regime do casamento fôr o de comunhão de bens".

Repete a exclusão do "herdeiro", sem distinção, da percepção da vintena. Ressalte-se que o mesmo Código, no seu artigo 546, fala em herdeiro que deve fornecer as quantias e os bens necessários ao testamenteiro para o pagamento dos legados e cumprimento dos demais deveres da testamentária. E não se pode contestar que se cuida também do herdeiro legítimo.

6. Pelas razões expostas:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas pelo agravante.

São Paulo, 30 de maio de 1952. - *Mário Masagão*, presidente, com voto; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Clóvis de Moraes Barros*.

\*

## **IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" – RENÚNCIA A HERANÇA**

**- O herdeiro que recolhe, além de seu quinhão, a herança renunciada por outros, deve pagar o impôsto de transmissão "causa mortis" respectivo.**

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* Espólio de Henrique Pott

Ag. nº 59.093 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO MASAGÃO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº 59.093, de Limeira, sendo agravante a Fazenda do Estado e agravado o espólio de Henrique Pott:

Deixou o inventariado dois filhos e uma filha. Aquêles renunciaram à herança, de maneira que esta é herdeira única.

Ao proceder ao cálculo, o contador acusou impôsto sôbre um têrço da herança, explicando que não era devido sôbre os dois terços restantes por corresponderem a direito de acrescer. Houve reclamação da Fazenda, desprezada pelo Dr. juiz de direito, o que motivou o presente agravo, regularmente processado.\*

Vê-se dos autos que a herdeira recolhe Cr\$ 24.000,00, valor de meação do *de cujus* nos bens do seu casal. O impôsto tem de ser calculado sôbre essa importância, que é o valor da transmissão *causa mortis*, de pai a filha. Não há cogitar de direito de acrescer, instituto estranho à hipótese dos autos.

Pelo exposto:

Acordam, em 5ª Câmara, por votação unânime, dar provimento ao agravo, e mandar que se faça o cálculo na forma acima.

Custas pelo agravado.

São Paulo, 20 de junho de 1952. - *Mário Masagão*, presidente e relator; *Clóvis de Moraes Barros*; *Camargo Aranha*.

---

Notas:

\* DECISÃO AGRAVADA

"Egrégio Tribunal:

Mantenho a decisão agravada, embora contraste com a respeitável decisão proferida pelas Câmaras Civas Reunidas desse conspícuo e egrégio Tribunal no recurso de revista relativo ao agravo de instrumento nº 50.242, de Araçatuba ("Rev. dos Tribunais", vol. 192, pág. 397).

Não posso desta vez aceitar os argumentos do eminente desembargador TEODOMIRO DIAS, a quem, de há muito, me acostumei a admirar, pelo brilho de sua inteligência e solidez de sua cultura de par com outros altos dotes de espírito.

E tendeu S. Ex<sup>a</sup>, e com êle a maioria ocasional da 4ª Câmara no julgamento do agravo de instrumento nº 50 242, de Araçatuba ("Rev. dos Tribunais" vol. 188 pág. 841) e a maioria definitiva da Seção Civil no julgamento da revista interposta dêsse primeiro julgado ("Rev. dos Tribunais", vol. 193, pág 397), que "o que o legislador pretendeu no citado dispositivo do Código de Impostos e Taxas (Livro VI art. 7º Item 8º), foi isentar de imposto o acréscimo pròpriamente dito, ou melhor, a renúncia. Estabeleceu assim diferença de fretamento entre a renúncia pura e simples e a cessão da herança em favor de determinado herdeiro. Esta - a cessão - está sujeita ao impôsto de transmissão **inter vivos**, sem prejuízo do impôsto de transmissão **causa mortis**, devido pelo

herdeiro cedente, desde o momento em que aceitou a herança. A renúncia foi declarada isenta de impôsto pelo texto em exame.

"Aberta a sucessão, com a automática transmissão do domínio e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, nasce desde logo para a Fazenda o direito a recolher o impôsto de transmissão **causa mortis** sôbre a totalidade da herança. Êsse direito não pode ser prejudicado pelo ato de um ou mais herdeiros, abrindo mão do que é seu, para beneficiar os demais. Ela já faz muito em não tributar a renúncia. Mas o impôsto de transmissão **causa mortis** é devido pela totalidade da herança transmitida, sejam quais forem as herdeiros que a recolham.

"Se não fôra assim, poder-se-ia chegar a absurdos inomináveis. Admita-se que falece alguém deixando um arranha-céu de valor de Cr\$ 50.000.000,00 e 10 filhos. Estão êles concertados em vender o prédio e repartir o preço. A vingar a tese propugnada pelo agravante, nada impediria que nove dos herdeiros renunciassem aparentemente à herança: o remanescente pagaria apenas um décimo do imposto, ou seja, a cota correspondente ao seu quinhão individual, excluído o acréscimo: em seguida, faria a venda e repartiria o preço com os demais herdeiros. O fisco seria calamitosamente defraudado em nove décimos do imposto realmente devido. Não se concebe fôsse esse o intento do legislador, sempre cioso na defesa dos interesses fiscais".

Êsses argumentos, evidentemente não me passaram despercebidos - e o disse expressamente - quando proferi a decisão que, com um erro de revisão, vem publicada na "Rev. dos Tribunais", vol. 166, pág. 138; nem tampouco às egrégias 4ª e 5ª Câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando, por unanimidade de votos, negaram provimento aos agravos ns. 31.865, de Limeira ("Rev. dos Tribunais", vol. 106, pág. 133), 39.882, de Limeira ("Diário Oficial" de 16 de outubro de 1943 e "Rev. dos Tribunais", vol. 177, pág. 800, e 41.001, de Tietê ("Rev. dos Tribunais", vol. 179, pág. 846).

As razões de decidir, ora adotadas pelo egrégio Tribunal, **data vênia**, não procedem. Como já dissera anteriormente ("Rev. dos Tribunais" volume 166 pág. 138), êsse dispositivo legal ("Código de Impostos e Taxas", Livro VI, art. 7º, inciso 8º) é a meu ver, desarrazoado e absurdo. Mas é um imperativo de lei que não comporta outra interpretação senão a literal. Com efeito: (no caso de

acrescimento de herança em virtude de renúncia de um dos herdeiros ou legatários, a transmissão se opera diretamente do autor da herança aos beneficiários do acréscimo, como se o renunciante nunca tivesse sido herdeiro (CLÓVIS, comentário do art. 1.589); MAXIMILIANO, "Direito das Sucessões", nº 39). "O direito em virtude do qual os co-herdeiros de renunciante, desde que da mesma classe, recolhem a parte, denomina-se "acrécimo" (CARVALHO SANTOS. "Código Civil Interpretado", vol. 22, pág. 178). "A renúncia não se considera transmissão de propriedade, dádiva, liberalidade, ou doação; dela não resultam, pois, as conseqüências jurídicas e fiscais daqueles atos: o renunciante é considerado como se não existisse, ou melhor, como se não houvesse herdado, nem tivesse sido contemplado em testamento" (MAXIMILIANO, ob. cit., pág. 67).

"Assim, pois, nem se pode pretender que a isenção diz respeito à pastagem dos bens do renunciante para os beneficiários do acréscimo, porque essa passagem não existe, e, se existisse, seria uma transmissão **inter vivos**, devendo, por isso a isenção figurar em outra parte do Código de Impostos e Taxas, não onde se encontra.

"Por que, então, a isenção estabelecida? Só poderá servir para lesar o fisco, estimulando as simulações de renúncia com reposição em dinheiro, o que, entretanto, absolutamente não se presume que seja o caso dos autos.

"As leis anteriores à de nº 5.101, de 7 de julho de 1931, não concediam semelhante isenção. Por outro lado, não há razão de nenhuma ordem para atender à distinção pretendida pela Fazenda do Estado quanto ao crescimento na sucessão testamentária ou na legítima. As razões da isenção, se existentes, devem prevalecer nos dois casos" (loc. cit).

Vê-se por aí que a isenção não diz respeito, como ora pretende o egrégio Tribunal, à renúncia, porque esta não opera transmissão: o renunciante é havido como se nunca fôra herdeiro e a transmissão é considerada como feita diretamente do autor da herança ao herdeiro que a recebe. E, se houvera transmissão do renunciante ao chamado à sucessão, a isenção deveria buscar-se na lei do impôsto de transmissão *inter vivos* e não na do impôsto de transmissão **causa mortis**.

Por outro lado, não há razão de justiça para conceder-se isenção do impôsto ao acréscimo proveniente de renúncia de herança testamentária e negá-lo ao proveniente da renúncia de legítima. Não padece dúvida, em face ao disposto no artigo 1.589 do Cód. Civil, que a renúncia, na sucessão legítima, também constitua um acréscimo ao quinhão dos outros herdeiros ("Rev. dos Tribunais", vols. 177, pág. 800, e 179, pág. 846).

Como já foi dito, o dispositivo legal surgiu com a lei nº 5.101, de 7 de julho de 1931. A legislação anterior não contemplava essa isenção.

E, por compreender a sua inconveniência, o seu absurdo, tão bem salientado pelo egrégio Tribunal, o Poder Legislativo outra coisa não fêz senão revogá-la, pura e simplesmente, pela lei número 936, de 30 de dezembro de 1950, art. 10. Isso demonstra, a meu ver, que a egrégia Assembléia Legislativa também entendeu que o dispositivo legal não comportava outra interpretação diversa da literal. Nem me parece método louvável de hermenêutica o que importe em atribuir-se ao legislador a pecha de canhestro no manejo do idioma pátrio.

Por tais fundamentos, mantenho a decisão recorrida, em que pêsse à opinião em contrário últimamente adotada pelo egrégio Tribunal de Justiça.

Motivo de ordem pessoal autoriza-se e aconselha-me a acrescentar que, em divergindo de sua respeitável opinião, nenhum agravo faço, a êsse egrégio e ilustrado Tribunal, pois que tão-sòmente uso de uma prerrogativa de meu cargo, não merecendo cenoura por isso.

Convém rememorar a lição autorizada de CARLOS MAXIMILIANO: "A interpretação jurisprudencial distingue-se da autêntica por não ter efeito compulsório senão no caso em apreço e sòmente para o juiz inferior, na hipótese de recurso provido, ou para os litigantes; ainda assim, obriga relativamente à conclusão apenas e não quanto aos motivos, aos consideranda. **"Res inter alios judicata alli non nocet"**.

"Tanto o magistrado une lançou uma exegese nova, como os de categoria inferior à dêle, gozam da liberdade de a desprezar, ou seguir, em outras decisões sòbre espécies judiciárias iguais ou semelhantes. Quantas vêzes se observa achar-se no voto vencido, de alto juiz, ou na sentença reformada, do

pequeno, do novo, estudioso e brilhante, a boa doutrina, tímida, isolada, incipiente, hoje, triunfante, generalizada, amanhã!

É obrigatório observar a lei, não o seguir determinada jurisprudência: "**non exemplis sed legibus judicandum est**" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito" nº 201).

A mim não cabe. mercê de Deus, a exprobração do referido mestre: "Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões, na aparência, documentadas cientificamente" (ob. cit., nº 194).

Remetam-se os autos à superior instância, dentro do prazo legal, observadas as cautelas do estilo I.

Limeira, 16 de abril de 1952. - **Raul da Rocha Medeiros Júnior.**

\*

### **ÊRRO DE CONTA - CONCEITO - HONORÁRIOS DE CURADOR A LIDE**

- **Tem-se ampliado o conceito de erro de conta. Admite-se como tal não só o aritmético mas também o resultante da má aplicação do Regimento de Custas ou leis concernentes à matéria, na contagem das custas, salários ou emolumentos.**

- **A fixação de honorários de curador à lide, na base de 20% sôbre o valor das legítimas dos curatelados, é exagerada, pois essa taxa, consoante a praxe forense, só é usual em feitos contenciosos e nunca foi observada em processos de inventário.**

D. Georgeta Batista de Almeida e outros *versus* Dr. Irineu Penteadó Filho

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo nº 59.235, da comarca de Rio Claro, em que são agravantes Georgeta Batista de Almeida e outros e agravado o Dr. Irineu Penteado Filho:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, tomar conhecimento do agravo e lhe dar provimento para reformar a decisão recorrida e reduzir para 5% sobre o valor das legítimas a percentagem mandada pagar ao agravado.

Custas na forma da lei.

O agravado, nomeado curador à lide dos agravantes em certo processo de inventário, serviu com zelo e proficiência enquanto necessária sua intervenção, e, finda ela, pediu arbitramento de honorários, que o juiz fixou em 20% sobre o valor das legítimas dos curatelados.

Os herdeiros agora representados no processo por advogados de sua escolha não se conformaram com o arbitramento, por entendê-lo exagerado, e agravaram para êste Tribunal, com fundamento no art. 842, nº X, do Cód. de Proc. Civil. Suscitou o agravado preliminar de inadmissibilidade do agravo por não se enquadrar a espécie no inciso citado, sendo a preliminar esposada pelo juiz na sustentação, mas foi ela rejeitada sem discrepância de votos. De há muito vem este Tribunal ampliando o conceito de erro de conta e na "Rev. dos Tribunais", volume 142-258, encontra-se brilhante e preciso julgado da colenda Seção Civil, onde se lê: "Admite-se como erro de conta não só o aritmético, como o resultante de má aplicação do Regimento de Custas, ou leis concernentes à matéria, na contagem das custas, salários ou emolumentos". Essa orientação tem sido seguida, como resulta dos julgados publicados pela mesma revista, vols. 177-331, 191-269 e 189-843, para possibilitar a "reparação de injustiças", admitindo-se até de ofício pela segunda instância a redução de "salários demasiadamente onerosos" no exercício de "função correcional", como salientou o acórdão da egrégia 6ª Câmara Civil, no vol. 189, pág. 843, já referido.

Quanto ao mérito, pareceu realmente exagerada a fixação feita na base de 20% sobre o valor das legítimas, pois tesa taxa, consoante a praxe forense, só é usual em feitos contenciosos e nunca foi observada em processos de inventário. Além disso, os ex-curatelados já constituíram advogados, que terão também de remunerar, e isso prova, a um só tempo, que nem o processo está findo, nem foram totais os incontestáveis serviços do agravado. Interrompida que foi, por força de lei, a função do agravado, com a intervenção direta dos herdeiros no processo, em que estão representados por outros advogados, a remuneração deve corresponder aos limites dos serviços prestados, tendo-se em conta também o valor da causa. A taxa ora fixada, de 5%, atende com justiça ao valor dos serviços do agravado, sem onerar por demais aos agravantes titulares de pequena legítima.

São Paulo, 19 de junho de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente, com voto; *Pedro Chaves*, relator; *J. R. A. Valim*.

\*

### **TESTAMENTEIRO – VINTENA – RESPONSABILIDADE DOS CREDORES**

**- Diz a lei que a vintena deverá recair sobre a herança líquida. O que não quer dizer que não havendo herança líquida, fique o testamenteiro privado da remuneração do seu trabalho. Nesse caso, tal remuneração é devida e deve ser tirada do acervo hereditário, recaindo sobre os credores.**

Otávio Mendes Filho e outros *versus* Margaret Hermann

Ag. nº 59.330 - Relator: DESEMBARG. CAMARGO ARANHA

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 59.330, da comarca da Capital, em que é agravante o Dr. Otávio Mendes Filho e agravada D. Margaret Hermann:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar, em parte, provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Do despacho que fixou em Cr\$ 10.000,00 os honorários de advogado do Dr. Otávio Mendes Filho, pelos serviços profissionais prestados como inventariante dativo do espólio de Gustav Hermann, e negou-lhe o prêmio referente à vintena, na qualidade de testamenteiro, por entender que não houve líquido a partilhar, visto o ativo ter sido absorvido pelo passivo, agravou o Dr. Otávio Mendes Filho com fundamento no art. 842, nº VIII, do Cód. de Processo. O instrumento regularmente formado e processado, teve a decisão mantida, sendo que o Dr. subprocurador geral do Estado opinou, em seu parecer, pelo provimento do recurso, a fim de que sejam fixados os honorários de advogado pleiteados pelo agravante em Cr\$ 15.000,00 e paga a vintena a que tem direito, à razão de 1% ou 2% sobre o total a que se refere o documento de fls., isto é, sobre a quantia líquida apurada, na importância de Cr\$ 314.640,50.

Isto pôsto, é de ver que a pretendida majoração dos honorários, por êste simples instrumento de agravo, não se pode aquilatar do acêrto ou desacêrto da decisão, uma vez que não existe elemento suficiente para fixá-los numa base razoável e justa, sendo de se supor que o seu prolator, com pleno conhecimento dos autos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos serviços prestados, tenha com justiça arbitrado seu pagamento, não sendo assim, com relação a esta parte, de se atender à pretensão do agravante.

Quanto à vintena pretendida e que lhe foi negada, assiste-lhe razão. É verdade que o art. 1.788 do Cód. Civil, assim, como o § 1º do art. 548 do Cód. de Processo, dispendo sobre o arbitramento relativo à vintena, manda que o prêmio, que não excederá de 5%, recaia sobre a herança líquida. O que não quer dizer que, não havendo herança líquida, fique o testamenteiro privado da remuneração do seu trabalho. Nesse sentido, tanto a doutrina como a jurisprudência têm sido de que a remuneração é devida, e deve ser tirada do acervo hereditário, recaindo sobre os credores, tal como bem demonstrou o agravante, com apoio em ODILON DE ANDRADE, CLÓVIS, CARLOS MAXIMILIANO e FERREIRA ALVES, em comentário aos referidos

dispositivos legais, e em acórdão constante da "Rev. dos Tribunais", vol. 144, pág. 123.

Assim, não há dúvida de que, quando as dívidas passivas abrangem todos os bens da herança, ou se elas absorverem toda a herança, devem os credores neste caso excepcional pagar o prêmio, saindo este de todos os bens, para que o testamenteiro não fique sem remuneração, em benefício dos quais trabalhou" (FERREIRA ALVES, "Manual do Código Civil", vol. XIX, pág. 447).

Nessas condições, dão provimento em parte ao recurso, para que seja fixada como de direito a vintena devida ao agravante.

São Paulo. 20 de junho de 1952. - *Mário Masagão*, presidente, com voto; *Camargo Aranha*, relator; *Joaquim de Silos Cintra*.

## **JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA**

### **DESQUITE LITIGIOSO - INJÚRIA GRAVE**

- Não constitui injúria grave a exposição do marido a uma situação de vexame e humilhação pública, se este procedimento é consequência do estado de enfermidade da mulher, doente dos nervos, desde antes do casamento.

O. M. M. **versus** A. M.

Ap. nº 52.593 - Relator: DESEMBARGADOR PINTO DO AMARAL - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.678)

\*

**TRANSPORTE DE MERCADORIA - CAFÉ - PERDA - SACARIA EM MAU ESTADO - OBSERVAÇÃO LANÇADA NO CONHECIMENTO**

- Admite-se a exoneração, em parte, da responsabilidade da estrada de ferro, pela falta de café, até um por cento da diferença para menos entre o peso de procedência e o verificado no destino, se o café foi acondicionado em sacaria em mau estado e feita essa ressalva no conhecimento, no momento do embarque. Sem contradita do carregador.

Apelante: Leite Barreiros S. A.

Ap. nº 57.491 - Relator: DESEMBARGADOR PERCIVAL DE OLIVEIRA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.679)

\*

### **EVICÇÃO - POSSE**

- A mudança do título do adquirente, em virtude de sentença definitiva, em que o domínio estava definitivamente julgado contra êle. Justifica a oportunidade da evicção independentemente da perda material da posse.

Guilherme Melzer e sua mulher **versus** Américo Ursolini e sua mulher

Ap. nº 58.712 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO CHAVES - Ac. da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 22 de janeiro de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.680)

\*

### **OBRIGAÇÃO - PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO - PERDAS E DANOS**

- Não basta a promessa de bons ofícios em favor dos interesses de alguém para, *ipso facto* responsabilizar-se. Mister se faz assuma o promitente a obrigação de obter o fato, que interessa à outra parte. E, quando a promessa não

aparece formalmente, poderá resultar de uma cláusula penal, ou de outro meio, que revele a intenção inequívoca que teve o promitente de se obrigar.

Alfredo Chucri Assad e outros **versus** Maria de Santo Toledo e outra

Ap. nº 59.111 - Relator: DESEMBARGADOR SABINO JÚNIOR - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, 3 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.681)

\*

### **CONTRATO PRELIMINAR - CONTRATO PERFEITO E ACABADO**

- Não ocorre pré-contrato, mas contrato perto e acabado, quando, não exigindo o negócio jurídico forma especial, existe apresentação de orçamento, no qual a outra parte após a sua aquiescência.

Standard Propaganda S. A. **versus** Abrasivos Bom Bril Ltda.

Embs. nº 59.333 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT - Ac. do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Justiça de São Paulo, em 26 de fevereiro de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.682)

\*

### **ATENTADO - CONDÔMINO**

- Não constitui atentado, que deva ser revogado. o fato de o condômino exercer atos possessórios sobre a coisa comum, desde que não excluído o mesmo direito dos demais co-proprietários.

Dr. Ernesto Kury e sua mulher **versus** Antônio José Pires Mercado

Ap. nº 60.319 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 17 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.683)

\*

### **COMPRA E VENDA - VÍCIO DE VONTADE - FRAQUEZA MENTAL DO VENDEDOR - MALÍCIA DO ADQUIRENTE**

- Provada a fraqueza mental do vendedor e a malícia do adquirente, chega-se à conclusão da existência de vício de vontade no ato da venda, razão pela qual se anula a respectiva escritura.

João Guarnieri **versus** Luís Mariotte

Ap. nº 60.440 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT - Ac. da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 17 de fevereiro de 1963.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.684)

\*

### **RESPONSABILIDADE CIVIL - INCÊNDIO DE PRÉDIO LOCADO - CULPA PRESUMIDA DO LOCATÁRIO**

- Falhando o inquilino na vigilância à coisa locada, ensejando a iniciativa de terceiros para a deflagração do incêndio, julga-se procedente a ação.

Dr. Francisco de Sales Gomes e outros **versus** Cia. Concórdia de Tecidos

Ap. nº 60.737 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de abril de 1963.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.685)

\*

## **PROMESSA DE COMPRA E VENDA - OUTORGA UXÓRIA**

- A promessa de compra a venda não é ato translativo da propriedade imóvel, mas a sua validade, desde que envolva essa obrigação, fica subordinada à outorga uxória, em sendo casado o promitente-vendedor.

Alfredo Branco **versus** Maria do Carmo Vasconcelos

Ap. nº 60.639 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just de São Paulo, em 3 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.686)

\*

## **CASAMENTO - ÊRRO ESSENCIAL SÔBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE**

- Constitui fundamento legal para a anulação do casamento o fato de ser um dos cônjuges portador de constituição psicopática incurável, com manifestações sôbre suas funções sexuais, impeditivas do ato genésico.

M. J. C. S. **versus** M. S. S.

Ap. nº 60.920 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 19 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.687)

\*

## **PRESCRIÇÃO - INTERRUPÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- Manifestada a diligência pelo autor, submetendo o despacho a petição pedindo a citação do réu apresentada ao cartório, e aextraído o mandado citatório, com a sua entrega ao oficial, com os meios essenciais à sua efetivação, interrompida estará a prescrição, porque o citante terá realizado tempestivamente tudo quanto dêle dependia para a interrupção, manifestando propósito contrário à inércia que caracteriza a prescrição.

- A profissão do advogado deve merecer paga correlativa à sua importância social. O valor da causa em que os serviços foram prestados, a condição econômica dos clientes, o proveito que receberam com os resultados da demanda e o valor profissional do mandatário são elementos que devem entrar em linha de conta na fixação dos honorários.

Apelante: José Bonito Filho e outros

Ap. n 60.957 - Relator: DESEMBARGADOR SILVA LIMA - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 27 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.688)

\*

### **CONCUBINA - COBRANÇA DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS - CONVÍVIO ESPORÁDICO**

- A concubina que tem direito à remuneração dos serviços domésticos é aquela que se torna verdadeira companheira do amante, residindo sob o mesmo teto e fazendo tais serviços em benefício da economia de ambos.

Alice Áurea da Silva Mesquita **versus** Kameichi Nakayama

Ap. nº 61.077 - Relator: DESEMBARGADOR AUGUSTO NÉRI - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.689)

\*

**BEM PÚBLICO - PERMUTA – "CAUSA PETENDI" –  
"SUPERVENIENS"**

- São alienáveis todos os bens públicos, desde que o permitam as leis ordinárias.

- A proibição de mudar o pedido no curso da lide e, por conseqüência, de mudar a **causa petendi**, não exclui que se possa fazer valer uma causa **superveniens**, quando seja o próprio fato jurídico afirmado como existente na demanda judicial e que, naquele momento, ainda não existia.

Irmãos Buschinelli & Cia. e outro **versus** Município de Santa Gertrudes

Ap. nº 61.129 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA  
- Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de abril do 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.690)

\*

**DESPACHO SANEADOR - ILEGITIMIDADE DE PARTE -  
ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - RECURSO**

- O recurso cabível do despacho saneador, que acolhe preliminar de ilegitimidade de parte e decreta a absolvição da instância, em relação a uma das partes, é o de agravo de petição; todavia, não constitui erro grosseiro a interposição de apelação, desde que o despacho entre, ainda que parcialmente, no exame do mérito.

Dr. Antônio de Almeida Leme Júnior e sua mulher **versus** S. A. Paulista de Construções e Comércio

Ap. nº 61.538 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 12 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.691)

\*

### **DESQUITE LITIGIOSO - INJÚRIA GRAVE - AGRESSÃO**

- Não constitui injúria grave a agressão praticada pela mulher contra o marido, que só reclama o fato anos depois.

Antônio Fernandes Lisboa Filho **versus** Erminda da Silva Lisboa

Ap. nº 61.548 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT - Ac. da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just de São Paulo, em 16 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.692)

\*

### **PROTESTO DE TÍTULO - DUPLICATA**

- O protesto de duplicata, aceita por comerciante, cujo pagamento é efetuado em data muito posterior ao vencimento, e de modo inesperado, não tendo o credor possibilidade de sustar a medida, não constitui, só por si, cobrança ou exigência de quantia indevida.

Agenor Alves Junqueira **versus** Distribuidora de Artigos Métricos e Domésticos "Citylux" Ltda.

Ap. nº 61.657 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 12 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.693)

\*

## **CONCUBINA - COBRANÇA DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS**

- Ninguém poderá sustentar, com bons fundamentos, que, quando um homem e uma mulher se unem em concubinato, estejam pensando em fazer um contrato de locação de serviços. Os que eventualmente um prestar ao outro não são remuneráveis.

Vicentina Mosilli **versus** Carlos Galiteris

Ap. nº 61.693 - Relator: DESEMBARGADOR PERCIVAL DE OLIVEIRA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just de São Paulo, em 24 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.694)

\*

## **EXECUÇÃO DE SENTENÇA - EMBARGOS A ARREMATACÃO - ACIONISTA**

- O acionista não pode opor embargos à arrematação de bens da sociedade executada.

- O art. 1.011 do Cód. de Proc. Civil só outorga o direito de embargos ao executado.

José Antônio da Silveira e outros **versus** Irineu Corsetti

Ap. nº 61.831 - Relator: DESEMBARGADOR LEME DA SILVA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.695)

\*

## **TRANSPORTE DE MERCADORIA - "FRETE A PAGAR"**

- Se a mercadoria foi remetida com o "frete a pagar" e se o destinatário a recebeu, não pode êle escusar-se do pagamento do transporte. Se êle nada convencionou diretamente a respeito e achou exorbitante o preço cobrado, poderia deixar de receber a mercadoria, nunca, porém, recebê-la sob condição, por êle próprio estipulada, sem expressa aquiescência da transportadora, que, com a entrega da mercadoria, ficou despojada do direito de retenção.

Expresso G. Borlenghi **versus** Rodolfo Jungers & Cia. Ltda.

Ap. nº 61.965 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 26 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.696)

\*

## **PROMESSA DE COMPRA E VENDA – IMÓVEL NÃO LOTEADO**

- Uma das condições para que o promitente-comprador de imóvel não loteado possa pedir adjudicação compulsória, é a de que o compromisso de compra e venda não contenha cláusula de arrependimento.

- Infere-se o direito de arrependimento da cláusula que estabelece uma pena para o caso de recusa de outorga de escritura definitiva pelo promitente-vendedor.

Dr. Francisco E. de Oliveira Celso Filho e sua mulher **versus** Espólio de Antônio Carvalho dos Santos

Ap. nº 62.045 - Relator: DESEMBARGADOR OLIVEIRA LIMA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" – Cív. 8.697)

\*

### **INVENTÁRIO - APURAÇÃO DE HAVERES - APELAÇÃO - TERCEIRO PREJUDICADO**

- Toma-se conhecimento de apelação interposta por sociedade, como terceira prejudicada, da decisão que, em inventário, homologa laudo de apuração de haveres de sócio falecido.

- Se os sócios sobreviventes da sociedade comercial e os herdeiros do sócio falecido estiverem de acôrdo com a apuração e liquidação de haveres, do **de cujus**, poderá ela fazer-se nos autos de inventário. Caso contrário, se forem levantadas questões que exijam maior indagação, deverá o juiz remeter os interessados para às vias ordinárias, a fim de que, no juízo cível, promovam a liquidação da sociedade.

M. Andrade & Cia. Britadora Mauá Ltda. **versus** Aurora de Andrade Fernandes e seu marido

Ap. nº 62.085 - Relator: DESEMBARGADOR J. M. GONZAGA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.698)

\*

### **INVENTARIANTE - PRESTAÇÃO DE CONTAS - AÇÃO COMINATÓRIA - RECURSO**

- O inventariante é obrigado a prestar contas, mesmo depois de encerrado o inventário e cessadas as suas funções.

- Na primeira fase da ação cominatória de prestação de contas discute-se a questão de direito. Oferecidos os embargos, o processo toma o curso ordinário. Da decisão final cabe apelação.

- A ação de prestação de contas não corre nas férias forenses.

Manuel Mateus **versus** Guilherme Francisco Mateus

Ap. nº 62.189 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT -  
Ac. da 8ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.699)

\*

### **REGISTRO CIVIL - ASSENTO DE NASCIMENTO - ENGANO - FILHO DE PAIS INCÓGNITOS**

- Mesmo anteriormente à modificação introduzida no art. 348 do Cód. Civil pelo decreto-lei nº 5.860, de 30 de setembro de 1943, e não obstante a magnitude do valor que sempre se atribuiu ao assento de nascimento, jamais se põe em dúvida não abranger a proibição contida no dispositivo os casos de falsidade e êrro do registro.

José Ribas Pimpão e sua mulher **versus** Teresa Cristina Bonesi Pimpão

Ap. nº 62.246 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO - Ac.  
unânime da 3ª

Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.700)

\*

### **PROMESSA DE COMPRA E VENDA - IMÓVEIS NÃO LOTEADO - MORA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CLÁUSULA PENAL**

- Incorre em **mora solvendi** de pleno direito o promitente-comprador de imóvel não loteado que não paga a prestação na data do vencimento.
- A lei não exige para a constituição em mora do promitente-comprador de imóvel não loteado seja êle intimado a requerimento do promitente-vendedor, pelo oficial do Registro de Imóveis, na forma e para os fins mencionados no art. 14 da lei nº 58, de 1937.
- Rescindido de pleno direito o compromisso de compra e venda de imóvel não loteado, por culpa do promitente-comprador, pratica êste verdadeiro esbulho se não restitui o prédio ao promitente-vendedor.
- Estabelecida a cláusula penal para o total inadimplemento da obrigação, e escolhido pelo credor o direito de exigir a pena, desaparece a obrigação originária, e com ela o direito de exigir perdas e danos, que já se acham prefixadas na pena.

Espólio do Dr. Vicente Giaccaglini **versus** Raul Marcato

Ap. nº 62.274 - Relator: DESEMBARGADOR OLIVEIRA LIMA - Ac.  
unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de abril de  
1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.701)

\*

### **SOCIEDADE COMERCIAL - DISSOLUÇÃO PARCIAL - APURAÇÃO DE HAVERES**

- A sociedade comercial, cuja dissolução se pleiteia, pode recorrer como terceira prejudicada se a ação não foi dirigida contra ela.
- Omissa o contrato e sendo a retirada de sócio, sem a dissolução da sociedade, em tudo semelhante, no que diz respeito às suas conseqüências, ao falecimento

do sócio, àquela retirada deve ser aplicado o que estabelece o art. 471, § 4º, do Cód. de Proc. Civil.

Indústria de Equipamentos e Caldeiras Hércules Ltda. e outros **versus** Dr.  
Roberto Herz

Ap. nº 62.357 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.702)

\*

### **RESPONSABILIDADE CIVIL - DESASTRE - ATO DE PREPOSTO**

- Não basta ter um motorista carta de habilitação para ser escolhido a dirigir um caminhão: o proprietário dêste tem o dever de estudar os seus antecedentes e hábitos antes de contrata-lo.

- Quem quiser usar uma coisa perigosa, como é um automóvel, deve fazê-lo com o máximo cuidado; se não o usa diretamente, mas por meio de preposto, deve exercer sôbre êste a maior vigilância para evitar que possa causar dano a terceiros.

Itália Protti **versus** Melo & Resende

Ap. nº 62.411 - Relator: DESEMBARGADOR PAULO COLOMBO - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.703)

\*

### **VALOR DA CAUSA - IMPUGNAÇÃO**

- Desde que não impugnado o valor dado à causa pelo autor, será êle imutável até o final da demanda, pouco importando que, com as provas oferecidas no correr da ação, possa ser alterado.

Jorge João **versus** Germano César Maluf

Ap. nº 62.413 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.704)

\*

### **VALOR DA CAUSA - IMPUGNAÇÃO - IMUTABILIDADE**

- Estimado o valor da causa, na inicial, pelo autor, e não impugnado pelo réu na contestação, vale o mesmo como definitivo e será imutável até final.

Joaquim José de Pontes **versus** Sebastião Rodrigues da Cruz, sua mulher e outros

Ap. nº 62.587 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO - Ac. unânime da 3ª

Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 23 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.705)

\*

### **EXECUÇÃO DE SENTENÇA - EMBARGOS - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - RECURSO**

- Se nos embargos à execução forem articulados alguns dos fatos previstos pelo artigo 1.010 do Cód. de Proc. Civil, deve o juiz designar a audiência de

instrução e julgamento; no caso contrário, não há mister designação de audiência, devendo prosseguir na execução, com a rejeição liminar.

Cia. Brasileira Rhodiaceta - Fábrica de Raion S. A. **versus** Leonor de Sousa Queirós

Ap. nº 62.641 - Relator: DESEMBARGADOR OLIVEIRA LIMA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.706)

\*

### **FALÊNCIA - EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO - CURADOR DAS MASSAS FALIDAS - RECURSO**

- O curador das Massas Falidas pode recorrer da sentença que declara extintas as obrigações do falido.

1º curador de Massas Falidas **versus** J. B. Viana Nogueira e outro

Ag. nº 61.741 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA - Ac. da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 12 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.707)

\*

### **CONCORDATA SUSPENSIVA - PROTESTO**

- Não é a simples falta de pagamento do título vencido há mais de 80 dias que caracteriza a impontualidade e impede a concordata. É preciso o protesto do título.

José da Silveira Melo **versus** Síndico e curador das Massas Falidas

Ag. nº 61.906 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. da 8ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 5 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.708)

\*

### **INVENTÁRIO - RENÚNCIA DE HERANÇA**

- A renúncia da herança a favor de determinada pessoa configura antes uma cessão ou doação do que renúncia pròpriamente dita. Sendo os bens de valor superior à taxa legal, deve ela ser concretizada mediante escritura pública.

Deográcias Paes Castanhares **versus** Espólio de Luzia Garcia Paes

Ag. nº 61.971 – Relator: DESEMBARGADOR CORDEIRO FERNANDES - Ac. da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 27 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.709)

\*

### **FALÊNCIA - FRAUDE CONTRA CREDORES - EMBARGOS DE TERCEIRO**

- Em matéria falimentar é possível a anulação do ato praticado em fraude de credores mediante defesa em embargos de terceiro, não havendo necessidade de ação própria.

Max Hacher **versus** Síndico da falência de Maurício Klerer

Ag. nº 59.896 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 26 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.710)

\*

## **ACIDENTE DO TRABALHO - BENEFICIÁRIOS**

- Na falta de filhos e de espôsa do acidentado no trabalho, são beneficiários a mãe e o pai inválido, quando viverem, realmente, na dependência econômica da vítima.

Alexandre Ferreira de Sousa **versus** Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes

Ag. nº 60.045 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 24 de fevereiro de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Civ. 8.711)

\*

## **FALÊNCIA - IMEDIATIDADE - EMBARGOS DE TERCEIRO**

- Mesmo sem que se enfrente a controvérsia sobre a aplicação das regras da imediatidade e identidade física do juiz nos processos falimentares, repele-se a preliminar de nulidade, se foi o próprio juiz titular quem sustentou a sentença agravada, proferida pelo magistrado que o substituíra e que não presidira à instrução do feito.

Massa falida de Raul Margutti e outros **versus** Angelo Signorini

Ag. nº 60.139 - Relator: DESEMBARGADOR JOSÉ FREDERICO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 3 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.712)

\*

## **EXECUÇÃO DE SENTENÇA - SOBRESTAMENTO - RECURSO**

- O sobrestamento do feito indefinidamente importa a sua terminação, sem pronunciamento sôbre o mérito, pelo que, deve conhecer-se de agravo de petição interposto, na falta de outro recurso específico.

Milton Silveira de Sousa **versus** Ineida Sousa de Sales Oliveira, seu marido e  
outra

Ag. nº 60.213 - Relator: DESEMBARGADOR JOSÉ FREDERICO - Ac.  
unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de dezembro  
de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.713)

\*

## **FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - CLASSIFICAÇÃO - RECURSO**

- O agravo das decisões proferidas na verificação dos créditos, nas falências,  
pode ser interposto até cinco dias depois de publicado o quadro de credores,  
mas nada impede sua interposição a contar da decisão prolatada em autos de  
impugnação.

Rodrigo Simon **versus** Síndico da massa falida de Exportadora Junqueira  
Meireles

S. A.

Ag. nº 60.749 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac.  
unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 24 de fevereiro  
de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.714)

\*

## **VEREADOR - CASSAÇÃO DE MANDATO**

- Líquido e certo é o direito do cidadão exercer mandato para o qual foi eleito no regime representativo adotado entre nós. A violação desse direito deve ser corrigida pelo mandado de segurança.

- As sessões da Câmara, sob pena de nulidade, devam realizar-se no edifício destinado ao seu funcionamento, salvo as hipóteses previstas no pará. único do art. 35 da Lei Orgânica dos Municípios. Não se consideram faltosos os vereadores que deixarem de comparecer a sessões realizadas em prédio diverso, contra a determinação da lei.

Câmara Municipal de Iporanga **versus** Celso Décio e outros

Ag. nº 61.910 - Relator: DESEMBARGADOR J. M. GONZAGA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 24 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.715)

\*

## **COISA JULGADA - AÇÃO POSSESSÓRIA**

- Para admitir-se a exceção de coisa julgada nas ações possessórias, em que por vezes os atos de turbação podem não se confundir com os primeiros, mesmo através de pessoas diferentes, não há senão empregar-se acentuado rigor na apreciação dos requisitos da identidade de coisa, causa e pessoa.

Suzue Okamoto **versus** Heitor Barbosa de Macedo

Ag. nº 61.936 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.716)

\*

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO - EXORBITÂNCIA A ATIVIDADE  
DISCRICIONÁRIA - CONTRÔLE JURISDICIONAL**

- Tudo que signifique desvio ou exorbitância do âmbito traçado à atividade discricionária, enseja o controle jurisdicional.

Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes **versus** Henrique Peres

Ag. nº 62.347 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA  
- Ac. da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.717)

\*

**LIBERDADE DE PROFISSÃO - ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL -  
LOCALIZAÇÃO - LICENÇA - PODER DE POLÍCIA**

- O poder de polícia, poder discricionário, é indispensável à autoridade pública, como decorrência da autonomia jurídica da administração. Mas a liberdade do poder público, de agir de acordo com o seu critério, pode ser sujeita pela lei ao controle judicial. E, nesse caso, a administração não pode promover atos ou decisões executórias sem a intervenção do Poder Judiciário.

Prefeitura Municipal de Marília **versus** Irmãos Molinas

Ag. nº 62.403 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO - Ac.  
unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 27 de março de  
1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.718)

\*

## **ACIDENTE DO TRABALHO - ANEURISMA DA AORTA**

- Julga-se procedente ação de indenização por acidente do trabalho, do qual resultou a morte de operário, portador de aneurisma da aorta, cujo rompimento se deu no trabalho, em que o esforço por êle dispendido constituiu uma das causas para o apressamento e o agravamento da doença e seu desenlace.

Sul América Terrestre, Marítimos e Acidentes **versus** Marcelina Teresa de Barros

Ag. nº 62 736 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 23 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.719)

\*

## **APELAÇÃO - FALTA DE EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO**

- O requisito da exposição do fato e do direito na apelação é dispensável porque o recurso devolve à instância superior o conhecimento integral da causa.

Benigno Carrera Álvarez **versus** Hernor Salgado e sua mulher

Ap. nº 3.016 - Relator: DESEMBARGADOR PEREIRA DA COSTA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 19 de fevereiro de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.720)

\*

## **DESPEJO - MULTA - CONSTRUÇÃO**

- Não havendo o locador dado ao prédio destino diverso do invocado, mas apenas retardado a construção, êle apenas fica sujeito ao pagamento da multa

prevista no art. 22 do dec.-lei nº 9.669, de 1946, imposta não no interesse do inquilino, mas sim no da coletividade, razão pela qual somente é arrecadada pelo poder público.

Subhe Bachá **versus** Guilhermina Jardim de Almeida

Ap. nº 3.088 - Relator: DESEMBARGADOR VASCO CONCEIÇÃO - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 10 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.721)

\*

### **SENTENÇA - LAUDO - DEBATES**

- É nula a sentença se não foram adiados os debates, pelo fato de não ter sido o laudo apresentado em cartório até cinco dias antes da audiência.

Atílio Marchi e sua mulher **versus** José de Oliveira e sua mulher

Ap. nº 3.345 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE - Ac. da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo, em 7 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.722)

\*

### **MULHER CASADA - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - PROMITENTE-COMPRADOR - FATO SUPERVENIENTE - REFORÇO AO PEDIDO INICIAL**

- É pacífica na jurisprudência que a disposição do art. 82 do Cód. de Proc. Civil fora estabelecida em benefício dos cônjuges, visando a harmonia e a disciplina que devem reinar no casal e para que não pudesse sofrer qualquer diminuição, a qualidade que cabe ao marido, de chefe da sociedade conjugal. O marido, sim, é que pode impedir o processamento da causa, pleiteando mesmo a nulidade de

quanto se tenha realizado. A parte contrária, porém, nada tem que argüir neste sentido.

- O fato de ser o promitente-comprador de um prédio proprietário de outro imóvel não impede o seu direito de retomada daquele, objeto do compromisso, cumprindo-lhe apenas, já que sua situação se assemelha à do locador que reside em prédio próprio, provar a necessidade do prédio, sabido como é que, pela sistemática atual, como aliás já se observava na lei anterior, nenhuma obrigação tem de fazer essa prova o locador, que, residindo em prédio alheio, reclama, para seu uso próprio, o que se faz objeto da demanda.

- É admissível no curso da lide a prova de fato superveniente, que venha amparar ou reforçar o pedido da inicial.

Francisco Godói Sobrinho **versus** Aline Carvalho Damásio

Ap. nº 3.416 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 17 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.723)

\*

## **RESPONSABILIDADE CIVIL - DESASTRE - CHOQUE DE VEÍCULOS - CULPA DE PREPOSTO**

- A culpa do preposto faz presumir a do preponente, cabendo a êste o ônus da prova em contrário.

Cia. Municipal de Transportes Coletivos **versus** Darci Irami Maurício  
Halembeck

Ap. nº 3.684 - Relator: DESEMBARGADOR CORDEIRO FERNANDES - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 2 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.724)

\*

## **DESPEJO - NOTIFICAÇÃO - EQUÍVOCO QUANTO AO NOME DA RUA**

- O equívoco na notificação, quanto ao nome da rua em que se situa o imóvel retomando é relevável, se ficou esclarecido que dito imóvel é o ocupado pelo locatário, onde foi êle notificado.

Neusa Braga **versus** Manuel Picão Júnior

Ap. nº 3.838 - Relator: DESEMBARGADOR LUÍS MORATO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 17 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.725)

\*

## **DESPEJO - NOTIFICAÇÃO POR EDITAL - LOCATÁRIO EM LUGAR CERTO E SABIDO**

- É nula a notificação do locatário realizada por meio de edital se êle se achava em lugar certo e sabido.

- O fato de ter êle contestado a demanda não pode convaler a notificação, cuja nulidade acarretou a da ação.

Carlos Joaquim do Amaral **versus** Benedita Aparecida Bueno Brandão

Ap. nº 3.892 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 13 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.726)

\*

## **NOTA PROMISSÓRIA – AVAIS EM BRANCO**

- São simultâneos e não sucessivos os avais em branco. Nos avais em branco o avalista que resgata o título tem o direito de exigir dos demais a sua cota-parte na obrigação comum.

José Lopes Dita **versus** João Birolli

Ap. nº 3.909 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de abril de 1953).

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.727)

\*

## **DESPEJO - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - FALECIMENTO DO NOTIFICADO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - PROMITENTE-COMPRADOR**

- Válida é a notificação, para fins de despejo, feita a pessoa que se afirma, mas não se prova, ser um débil mental, mormente estando presente o cônjuge.

- A notificação feita ao locatário vale para a sua viúva e sucessores, pessoas da família que continuaram a ocupar o prédio.

- O fato de possuir o promitente-comprador outro prédio, além do retomando, não constitui obstáculo à retomada. O que importa é possuir outro prédio de que se possa valer para o fim que tem em vista, condizente com as suas condições de vida e justificados interesses.

Maria Carmela Pastore Lanzetta e outros **versus** Rádio Televisão Paulista S. A.

Ap. nº 3.953 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 10 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.728)

\*

**RETOMADA PARA RECONSTRUÇÃO – PROMITENTE-  
COMPRADOR - CARÊNCIA DE DIREITO NÃO ARGÜIDA NA  
CONTESTAÇÃO**

- Contestada a lide, encerra-se o período da fixação do litígio. Não tendo o réu argüido carência do direito na contestação, não pode fazê-lo noutra fase processual, pois não tem êle o direito do variar de defesa.

Shinishi Noguchi **versus** Dr. Paulo Lavras

Ap. nº 3.963 - Relator: DESEMBARGADOR PEREIRA DA COSTA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.729)

\*

**DESPEJO - FALTA DE PAGAMENTO E INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO  
LEGAL - PRAZO PARA CONTESTAÇÃO - MULTA CONTRATUAL -  
REDUÇÃO PROPORCIONAL**

- Se a ação fôr proposta também por outro fundamento, o prazo para contestar passa automaticamente a ser de 10 dias.

- A redução proporcional da multa contratual, segundo o critério preconizado pela doutrina e pela jurisprudência, deve consistir na divisão do seu valor, pelos meses estabelecidos para a vigência do contrato, deduzindo-se do seu total o valor correspondente aos meses em que foi o contrato cumprido.

José Tulman **versus** Maria de Sousa Beleza e outra

Ap. nº 4.081 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 17 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.730)

\*

## **DESPEJO - FALTA DE PAGAMENTO - PURGAÇÃO DA MORA**

- Considerando que a Lei do Inquilinato criou o instituto da purgação da mora, com a finalidade de proteger os desafortunados, e tendo em vista a aplicação dos princípios da equidade, julga-se válido o pedido da purgação da mora feito pelo inquilino, pessoalmente, sem o patrocínio de advogado.

Hamleto Raffaelli **versus** John Tazzwel Jones

Ap. nº 4.148 - Relator: DESEMBARGADOR VASCO CONCEIÇÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.731)

\*

## **RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - FIM COMERCIAL**

- É lícita a retomada do prédio pelos proprietários para uso de sociedade a ser constituída por êles.

Armando Simonetti **versus** César José Demétrio e outro

Ap. nº 4.216 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 14 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.732)

\*

## **DESPEJO - INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO LEGAL**

- Embora se trate de pessoa que viva em companhia do inquilino, a sua permanência no prédio, após a mudança do locatário, somente não constituirá sublocação ou empréstimo se a moradia vinha sendo fornecida a título de alimento.

Idalina Araújo Bernardini **versus** Silvio Iasi e outro

Ap. nº 4.243 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.733)

\*

### **RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - FIM COMERCIAL**

- A simples circunstância de o autor residir em prédio próprio não o impede de retomar prédio locado que destine a seu comércio e, em tal hipótese, não se verifica qualquer inversão do ônus probatório. Tocar-lhe-ia a obrigação de comprovar a necessidade, se seu comércio, já estivesse instalado em prédio próprio.

- Não é necessário que o locador esteja estabelecido, para fazer o pedido de retomada para fim comercial.

Isaac Chusid **versus** Moisés Gotz

Ap. nº 4.261 - Relator: DESEMBARGADOR CORDEIRO FERNANDES - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.734)

\*

### **DESPEJO – INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO LEGAL – SUBLOCAÇÃO**

- Não merece acolhida a argüição de que as relações entre o locador e o locatário devem reger-se exclusivamente pela lei vigente ao tempo em que a locação foi feita.

- O que a nova Lei do Inquilinato não alcança, são as sublocações já efetivadas, que constituem direito adquirido. As sublocações que se fizerem na sua vigência incidem na sanção legal, constituindo infração quando não satisfaçam suas exigências.

Joana Parafati Maturo **versus** Gustavo Forti

Ap. nº 4.265 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE – Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 14 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.735)

\*

### **HONORÁRIOS DE ADVOGADO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO**

- A simples improcedência da ação não sujeita o autor ao pagamento da verba para honorários de advogado.

João Evangelista Mesquita Dias e outro **versus** Prefeitura Municipal de Cabreúva

Ap. nº 4.273 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 13 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.736)

\*

### **APELAÇÃO - RAZÕES**

- Não se conhece de apelação em que não foram satisfeitos os requisitos dos ns. II e III do art. 821 do Cód. de Proc. Civil.

Savério Rizzo **versus** Maria Câmara Fabroccini Galisi

Ap. nº 4.306 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 17 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.737)

\*

### **CAMBIAL - FALTA DE INDICAÇÃO DA PESSOA A QUEM DEVA SER PAGA - DESPACHO SANEADOR - RECURSO**

- Não constitui título cambiário, para gozar de força executiva, a letra a que falta a designação da pessoa a quem deva ser paga a importância do saque.

- O agravo no auto do processo é o recurso cabível do despacho que julga o processo saneado. Conhece-se do interposto pela parte que não apelou, desde que a solução da apelação possa ter reflexo sobre aquele recurso.

Stase Bausiene **versus** Saad Daher e outro

Ap. nº 4.326 - Relator: DESEMBARGADOR LUÍS MORATO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 24 de março de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.738)

\*

### **DESPEJO - MAU USO**

- Mantém comportamento licencioso, que afronta a média da moralidade social, destoando da normalidade do ambiente familiar, o inquilino que utiliza o apartamento, a êle locado, como ponto de encontro com mulheres. Êsse

comportamento, importando violação da lei e do contrato, autoriza a rescisão da locação.

Nélson Ari de Camargo **versus** Curtume Coqueiros S. A.

Ap. nº 4.433 - Relator: DESEMBARGADOR ERYX DE CASTRO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.739)

\*

### **DESPEJO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO**

- O fato de o autor ser proprietário de outros imóveis, um dos quais estêve desocupado durante certo tempo, não induz insinceridade do pedido, pois tem a jurisprudência repisado que o proprietário de vários imóveis pode retomar, para seu próprio uso, aquele que melhor, no seu juízo, atenda aos seus interesses.

Scaramuza Antônio Ambrósio e outra **versus** Rosa Lopes da Silva

Ap. nº 4.335 - Relator: DESEMBARGADOR VASCO CONCEIÇÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 14 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.740)

\*

### **POSSESSÓRIA - IMISSÃO DE POSSE - CONDÔMINO**

- Ao condômino é facultado requerer imissão de posse, para o efeito de ser considerado possuidor indireto, contra qualquer dos comunheiros e, com maioria de razão, contra o inventariante que detém a coisa em nome e no interesse dos co-proprietários.

Custódio Games e sua mulher **versus** Henriqueta Franco

Ap. nº 4.365 - Relator: DESEMBARGADOR GIGES PRADO - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 16 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.740)

\*

**SENTENÇA - PRESCRIÇÃO - RECURSO - DOAÇÃO -  
LIBERALIDADE COM ENCARGO - PRESCRIÇÃO**

- Embora controvertida a matéria, é mais defensável a opinião dos que sustentam ser o de apelação, o recurso apropriado da decisão que reconhece a prescrição trintenária, porque ela resolve o mérito da questão, atingindo, assim, o próprio direito.

- Deve admitir-se como "encargo" a cláusula segundo a qual o doador restringiu a vantagem criada pela doação, ao impor ao donatário a obrigação de construir, no terreno doado, um prédio para funcionamento de escola.

- Verifica-se a prescrição trintenária se o doador, só depois de completar-se o período de 30 anos, notifica o donatário para dar execução ao encargo, para o qual não foi prefixado prazo para a sua realização.

Josefa Rodrigues Lopes e outro **versus** Benemérita Loja Sete de Setembro

Ap. nº 4.374 - Relator: DESEMBARGADOR PEREIRA DA COSTA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 16 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.742)

\*

**TRANSPORTE MARÍTIMO - PERDA DE MERCADORIA - AÇÃO  
REGRESSIVA**

- Citada a ré, embora com engano de sua denominação, tem-se por interrompida a prescrição anual.

Cia. de Seguros da Bahia **versus** "Neptunia" Sociedade Marítima e Comercial Ltda.

Ap. nº 4.402 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 9 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.743)

### **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**

#### **IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - PAGAMENTO AO ESTADO EM CUJO TERRITÓRIO OS VALORES DA HERANÇA FOREM LIQUIDADOS OU TRANSFERIDOS AOS HERDEIROS**

**- A Carta Política, vigente dispõe que o impôsto de transmissão "causa mortis" de bens incorpóreos, inclusive títulos e créditos, pertence, ainda quando a sucessão se tenha aberto no estrangeiro, ao Estado em cujo território os valores da herança forem liquidados ou transferidos aos herdeiros.**

Pedro Henrique Krambeck e outras *versus* Estado de Minas Gerais

Ap. nº 6.400 - Relator: DESEMBARG. APRÍGIO RIBEIRO

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é primeiro apelante o juiz *ex officio* e segundos apelantes Pedro Henrique Krambeck e outras, e apelado o Estado de Minas Gerais:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, negar provimento a ambas as apelações. A procedência da demanda está bem justificada na exata e erudita

sentença do juiz de primeira instância, e ao recurso da parte falece também substância, porque não houve dolo na resistência do fisco estadual.

Trata-se de matéria jurídica em que é escusável o erro, e os próprios herdeiros, ora apelantes, agravando, como agravaram da decisão da Justiça do Distrito Federal, que mandara fôsse o tributo ali satisfeito, indiscutivelmente esposavam o mesmo ponto de vista que agora renegam, do fisco mineiro. Destarte, o triunfo da lide não abriu ensanchas à ação de honorários.

Custas em proporção.

Belo Horizonte, 24 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *L. Prates*.

## SENTENÇA

Vistos, etc.

Pedro Henrique Krambeck, Catarina Krambeck e Carolina Elisa Krambeck, na qualidade de únicos sucessores de sua irmã Júlia Deolinda Krambeck, falecida em 8 de setembro de 1944 e cujo inventário se processou na comarca de Juiz de Fora, movem a presente ação contra o Estado de Minas Gerais, a fim de que com os juros moratórios e honorários advocatícios lhes seja restituída a importância que indevidamente pagaram de imposto de transmissão *mortis causa* sobre ações do Banco Mercantil do Rio de Janeiro S. A., descritas naquele inventário e avaliadas em Cr\$ 212.480,00.

Alegam os autores que, julgado o cálculo e pago o imposto de herança, foi expedida precatória à Justiça do Distrito Federal a fim de que fôsse tornada efetiva a transferência das sobrealudidas ações aos herdeiros; entretanto, para que tal conseguissem, foram compelidos ao pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* sobre o valor das mencionadas ações, consoante decisão do Juízo da 3ª Vara de Órfãos e Sucessões, confirmada em grau de recurso pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sob o fundamento de que, nos termos do art. 23, § 4º, da Carta Constitucional de 1937 e art. 19, § 3º, da de 1946, o Imposto de transmissão *causa mortis* sobre bens incorporados,

inclusive títulos e créditos, é devido ao Estado em cujo território os valores da herança forem liquidados.

Assim, tornou-se indevido o impôsto de transmissão *causa mortis* que incidiu sôbre o valor das referidas ações e pago ao Estado de Minas Gerais, por intermédio de sua 1ª Coletoria, em Juiz de Fora, segundo os conhecimentos de ns. 167.658-167.060, expedidos em 27 de fevereiro de 1945.

Instruam a inicial os documentos de fls.

Regularmente citado, o Estado de Minas Gerais opôs a contestação de fls. e seguintes concluindo por pedir a improcedência da ação e condenação dos vencidos ao pagamento das custas.

Saneado o processo (fls.), realizou-se a audiência de instrução e julgamento, durante a qual as partes, por seus procuradores, aduziram as alegações resumidas no termo de fls.

Isto pôsto, passo a decidir:

I. Ficou provado que os autores pagaram duplamente ao Estado de Minas Gerais e à Prefeitura do Distrito Federal (certs. de fls.) o impôsto de transmissão *causa mortis* sôbre o valor das ações do Banco Mercantil do Rio de Janeiro S. A., deixadas por sua irmã Júlia Deolinda Krambeck, falecida em Juiz de Fora, onde se processou o inventário.

Pretendem os autores a restituição do que pagaram ao Estado de Minas Gerais, porque ficou soberanamente decidido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que o impôsto em relação aos referidos bens cabia à Prefeitura daquele Distrito (cert. de fls.).

II. Alega o réu que não pode ser prejudicado com a invocada decisão daquele egrégio Tribunal de Justiça, de vez que não foi parte no dissídio que se verificou entre os autores e a Fazenda Pública do Distrito Federal, que motivou o predito julgamento.

Em tese, é exata a alegação do réu, mas sem aplicação ao caso dos autos, porquanto não pretendem os autores que o réu fique obrigado ao que ali se decidiu, tanto que movem a presente ação para que se declare que indevido foi o imposto de transmissão que incidiu sobre os mencionados bens e se determine a restituição do que foi pago ao Estado de Minas Gerais.

Argúi o réu a incompetência dêste Juízo para a rescisão da sentença que homologou o cálculo no referido inventário, processado em Juiz de Fora, tanto mais quanto as partes se conformaram expressamente com o julgamento da liquidação, não interpondo o recurso legal. Desassiste razão ao contestante, porquanto é êste Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Belo Horizonte o competente, privativamente, para o julgamento das causas em que fôr interessado o Estado de Minas Gerais, como autor, réu, assistente ou oponente, nos têrmos do § 3º do art. 268 do decreto-lei nº 1.630, de 1946.

Demais, não se trata de rescisória de sentença homologatória do cálculo proferida naquele inventário.

E nem há necessidade disso.

Ao que se depreende da argumentação do réu, lícito não é o procedimento dos autores, intentando a presente ação, porque, não tendo êles interposto o recurso próprio daquela decisão, transitou a mesma em julgado.

Trata-se, portanto, segundo o réu, de *res judicata*.

Mas, em verdade, não existe tal.

Sabido é que o inventário é processo tipicamente de jurisdição voluntária ou graciosa, aplicando-se por isso às sentenças nêle prolatadas o disposto no art. 288 do Cód. de Proc. Civil:

"Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processo de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios e de desquite por mútuo consentimento".

Há diferenças que os autores elucidam entre coisa julgada em sentido formal e coisa julgada em sentido substancial.

Ensina o eminente desembargador AMÍLCAR DE CASTRO: "As sentenças proferidas em jurisdição voluntária, por exemplo, transitam em julgado em seu sentido formal, podem ser executadas, mas não adquirem a autoridade da coisa julgada em sentido substancial" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. X, pág. 15).

E o mesmo douto e acatado mestre, em voto proferido na apelação nº 3.734, desta capital, entre partes Dalvo Rodrigues da Cunha e Estado de Minas Gerais, escreveu: "... todos sabem que as decisões proferidas no juízo do inventário produzem coisa julgada no sentido formal, mas não produzem em sentido substancial. Produzem coisa julgada em sentido formal quando não dependem mais de recursos, ou porque o interessado já os tenha esgotado ou porque deles não se tenha utilizado.

"E não produzem coisa julgada em sentido substancial, porque podem as questões por elas decididas ser postas outra vez *sub judice*, na jurisdição contenciosa. Vale dizer, o que é decidido de um modo no juízo do inventário pode ser novamente decidido em juízo contencioso, nada obstando a coisa julgada em sentido formal haver produzido seus efeitos nos autos de inventário".

Decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal ser imprópria a ação rescisória para anular os atos judiciais que não dependem de sentença ou em que esta é simplesmente homologatória; nos termos do parág. único do art. 800 do Cód. de Processo Civil, tais atos só podem ser anulados por ação ordinária ("Arq. Judiciário", vol. 66, pág. 111).

A meu ver não havia necessidade de menção expressa na inicial, no tocante à anulação parcial do ato, visto como está implícito, nos termos em que se formulou o pedido inicial.

Desprezadas, pois, as arguições preliminares da contestação, passo a examinar o mérito.

III. Segundo o disposto no art. 23, § 4º, última parte, da Constituição de 1937, vigente ao tempo da abertura da sucessão, quando esta se haja aberto em outro Estado ou no estrangeiro, será devido o imposto de transmissão *causa mortis* ao Estado em cujo território os valores da herança forem liquidados ou transferidos aos herdeiros.

A Carta Política vigente dispõe que o impôsto de transmissão *causa mortis* de bens incorpóreos, inclusive títulos e créditos, pertence, ainda quando a sucessão se tenha aberto no estrangeiro, ao Estado em cujo território os valores da herança forem liquidados ou transferidos aos herdeiros.

Acena o réu com o disposto no artigo 1.572 do Cód. Civil, "aberta a sucessão, o domínio e posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários", para concluir que, tendo o óbito da inventariada ocorrido em Juiz de Fora, onde se processou o inventário, aí devia ser pago o impôsto, mesmo sôbre o valor das ações do Banco Mercantil do Rio de Janeiro, transmitidas aos herdeiros, naquele lugar.

Não é possível acolher a alegação do réu quanto ao alcance e inteligência do mandamento do art. 1.572 do Cód. Civil, por isso que, ainda que admissível qualquer conflito, a prevalência é do preceito constitucional.

A jurisprudência tem-se orientado, conforme se verifica do acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (cert. fôlhas), no sentido de que, segundo o preceito constitucional, o imposto de transmissão *causa mortis* sôbre bens incorporados, inclusive títulos e créditos, é devido ao Estado em cujo território os valores da herança forem liquidados.

Nessa conformidade o pronunciamento do egrégio Supremo Tribunal: Desde que a sucessão se tenha aberto num Estado e a transferência de valores se venha a dar no Distrito Federal, é neste último lugar que é devido o impôsto de transmissão *causa mortis*. Tratando-se de impôsto de transmissão sôbre ações de sociedade anônima, deve êle ser cobrado no lugar da sede social, onde é de se presumir se encontrem os livros de "Transferência de Ações", no qual se lançará o têrmo de transferência ("REVISTA FORENSE", volume 104, pág. 491).

Sem dúvida que, pela ficção legal do art. 1.572 do Cód. Civil, desde o momento em que faleceu D. Júlia Deolinda Krambeck, aos autores, na qualidade de herdeiros, se transmitiram a posse e o domínio da herança. Entretanto, no que tange às ações, embora já transferidas, era mister, para sua efetivação, o registro no livro próprio.

Ora, o Banco Mercantil do Rio de Janeiro é sociedade anônima, tem sua sede no Distrito Federal, onde pois em seus livros devia se operar a efetiva transferência das ações aos autores.

Tanto a formalidade era indispensável que o juiz do inventário expediu precatória à Justiça do Distrito Federal, para que, em cumprimento da partilha, fôsse feita aos autores, a quem tocaram, a transferência das mencionadas ações.

Não resta dúvida, portanto, de que a efetiva transferência das ações aos autores ocorreu no Distrito Federal, a cuja Prefeitura competia receber o impôsto de transmissão *mortis causa* sôbre o respectivo valor.

Assim sendo, indevido foi o pagamento, ao propósito, feito ao Estado de Minas Gerais.

IV. Se indevido foi o pagamento do impôsto em causa, a conseqüência é a restituição pelo Estado de Minas Gerais. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que, em se tratando de impôsto indevido, não se torna exigível a prova de erro de fato ou de direito, que, aliás, em qualquer caso pode provir de simples dúvidas ou hesitações. Quem pagou para evitar um processo coativo judiciário ou administrativo pode repetir, ainda quando saiba da não-existência do pretense crédito. Em tal caso, não se pode admitir a presunção de liberalismo ("REVISTA FORENSE", volume 100, pág. 59).

Não é de se olvidar o magistério de OROZIMBO NONATO: "Nos casos de pagamento voluntário do indébito, não me parece ocorrer a presunção de doação de ato liberal, porque as liberalidades não se presumem. O que se pode presumir é a ocorrência de uma causa oculta e que o *solvens* tenha interêsse em não ostentar. Com respeito ao fisco, a presunção de liberalidade seria contra a realidade das coisas e tomaria o vulto de absurdo" ("Arq. Judiciário", vol. XCI, pág. 27).

V. Não concedo, entretanto, os pedidos honorários advocatícios, por isso que, embora recebendo o indevido tributo, o réu não procedeu, através de seus prepostos, com dolo ou culpa. Em casos tais, a jurisprudência firme do egrégio Tribunal de Justiça é no sentido de não-concessão ao vencedor de honorários advocatícios (apelação nº 3.734, da comarca de Belo Horizonte).

VI. Em conclusão: Julgo procedente a ação, em parte, para condenar o réu Estado de Minas Gerais a restituir aos autores a importância recebida a título de imposto de transmissão *mortis causa* sobre Cr\$ 212.480,00, valor das ações do Banco Mercantil do Rio de Janeiro S. A., no inventário de D. Júlia Deolinda Krambeck, processado em Juiz de Fora, acrescida aquela restituição de juros moratórios, nos termos do dec. nº 22.785, de 1933.

Custas em proporção: 1/3 pelos autores e o restante pelo réu, observada a isenção legal.

Apelo de ofício.

P. I. R.

Belo Horizonte, 24 de abril de 1950. - *Gentil Guilherme de Faria e Sousa*.

\*

## **FUNCIONÁRIO PÚBLICO – CÂMARA MUNICIPAL**

**- O simples bom-senso indica que a Câmara, sob cuja responsabilidade correm os serviços internos necessários à elaboração legislativa, deve escolher os que na sua Secretaria a sirvam, com o poder de nomeá-los, puni-los, dispensá-los, sob o risco, em caso contrário, de, na hipótese de divergência com o prefeito, se ver cercada de funcionários ineptos e indisciplinados.**

Prefeitura Municipal de Ouro Preto *versus* Antônio Rodrigues Pereira

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de revista nº 341, de Ouro Preto, recorrente o prefeito do município, recorrido Antônio Rodrigues Pereira:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Câmaras Cíveis Reunidas, incorporando a esta decisão o relatório de fôlhas, negar provimento.

Custas pelo recorrente.

Quanto à primeira tese - a condição de esgotar-se a instância administrativa antes do ingresso à via judiciária - há divergência entre os acórdãos, mas deve prevalecer o recorrido, pois em ambos os casos o recurso não teria efeito suspensivo.

Quanto à segunda tese, o acórdão recorrido afirmou a estabilidade do funcionário em questão, por lhe ter sido concedida, por resolução da Câmara, assunto de todo estranho ao acórdão-padrão. Se era ou não regular aquela resolução municipal, é matéria que não pode assim constituir objeto do presente recurso.

Relativamente à terceira tese - competência para nomear os funcionários da Secretaria da Câmara Municipal - há divergência. Decidem, porém, pela prevalência do acórdão recorrido. Se, de um lado, se diz que a nomeação é ato de administração e assim deve caber ao Poder Executivo, que o art. 77, nº XII, da Lei Orgânica dos Municípios, dá ao prefeito, em termos gerais, competência para nomear os funcionários municipais, de outro lado se pode responder que a competência para a organização de seu serviço interno é consequência necessária da independência de qualquer órgão (CARLOS MAXIMILIANO, "Constituição de 1891", art. 58).

Ora, a Constituição estadual (art. 84), repetida pela Orgânica dos Municípios (art. 22), estabelece para o poder municipal dois órgãos independentes - a Câmara, com a função legislativa; o prefeito, com a função executiva.

O simples bom-senso indica que a Câmara, sob cuja responsabilidade correm os serviços internos necessários à elaboração legislativa, deve escolher os que na sua Secretaria a sirvam, com o poder de nomeá-los, puni-los, dispensá-los sob o risco, em caso contrário, de, em caso de divergência com o prefeito, se ver cercada de funcionários ineptos e indisciplinados.

Belo Horizonte, 11 de junho de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*; *Autran Dourado*; *Costa e Silva*; *J. Benício*; *Newton Luz*.

Fui presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral do Estado.

\*

## **FILIAÇÃO ILEGÍTIMA – FILHO NATURAL - SUCESSÃO**

**- A Constituição de 1937, em seu art. 126, revogou o § 1º do art. 1.605 do Cód. Civil, igualando, assim, para os efeitos da sucessão, os filhos naturais aos legítimos. Nem mesmo o fato de ter a Constituição de 1937 perdido a eficácia, altera a situação, uma vez que a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, como está escrito no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil.**

Helena Teixeira de Carvalho e seus filhos menores *versus* Lindolfo Felício de Almeida

Ap. nº 7.283 (embs.) - Rel.: DESEMB. AUTRAN DOURADO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos na apelação nº 7.283, da comarca de Juiz de Fora, entre partes, Helena Teixeira de Carvalho e seus filhos menores, embargantes, e Lindolfo Felício de Almeida, embargado:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, desprezar os embargos, mantendo, assim, o venerando acórdão embargado, que, negando provimento à apelação, manteve,

por maioria de votos, a decisão de primeira instância, "porque a Constituição de 1937, "em seu art. 126, revogou o § 1º do artigo 1.605 do Cód. Civil, igualando, assim, para os efeitos da sucessão, os filhos naturais aos legítimos. Nem mesmo o fato de ter a Constituição de 1937 perdido a eficácia, altera a situação, de vez que a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, como está escrito no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil", vale dizer, revogada a disposição do § 1º do art. 1.605 do Código Civil pelo art. 126 da Constituição federal de 1937, continuou a revogação de pé, mesmo com o desaparecimento daquela Constituição, por não trazer a de 1946 disposição em contrário, nem outra lei restaurando aquele parágrafo foi sancionada; mesmo porque, a de nº 883, a que se referiu o Exmo. Sr. desembargador COSTA E SILVA em seu voto vencido ao pé do julgado embargado, não se refere aos filhos naturais, mas aos havidos na constância do matrimônio, vale dizer, os adúlteros.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Newton Luz*; *J. Benício*; *Lopes da Costa*; *Costa e Silva*, vencido.

### ACÓRDÃO EMBARGADO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.283, de Juiz de Fora, apelante D. Helena Teixeira de Carvalho, por si e por seus filhos menores Leonor, Ivone, Nilda, Teresinha, Maria José, Marlene e Antônio, apelado Lindolfo Felício de Almeida:

Acordam os juízes da Turma, em sessão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, conhecer da apelação, oportunamente preparada nos termos exatos do art. 3º da lei nº 1.408, de 9 de agosto de 1951, e negar-lhe provimento, para confirmar, como confirmam, a decisão apelada homologatória da partilha constante do esboço de fls., por seus próprios fundamentos, vencido, em parte, o juiz relator.

Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 12 de maio de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator, vencido, em parte. Provi parcialmente a apelação para reduzir o

quinhão do apelado, filho natural do *de cujus*, à metade do que se atribuiu a cada um dos filhos legítimos. Dispõe o § 1º do art. 1.605 do Cód. Civil que, havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade que a êste couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358). Antes do casamento, ou após a viuvez do progenitor, se reconhecido o filho, teria quinhão igual ao do legítimo ou legitimado. Promulgada a Carta de 10 de novembro de 1937, estabeleceu-se, no art. 126, que aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei asseguraria igualdade com os legítimos. Essa disposição constitucional ab-rogou o referido § 1º do art. 1.605 do Cód. Civil. A igualdade de direitos reconhecida eliminou a restrição hereditária dos filhos naturais. E certo que, na Constituição federal de 18 de setembro de 1946, não se reproduziu o preceito do citado artigo 128 da Carta de 1937. Parece que houve omissão intencional, pois, na vigente Constituição, se consagram princípios, no capítulo da família, quase idênticos aos da Carta anterior. Assim, ficou revogado o aludido art. 128. Entretanto, não se restabeleceu a exceção consignada no § 1º do citado art. 1.605. A lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil) *quid tum inde?* Veio a lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, e, em seu art. 2º dispôs que o filho havido fora do matrimônio, reconhecido na forma por êle prescrita, terá direito à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado. Não contém êsse diploma legal a restrição do reconhecimento na constância do casamento. No caso, dissolvida a sociedade conjugal pela morte do progenitor, intentou o apelado a ação para que se lhe declarasse a filiação. E, quando se procedeu à partilha do espólio, lá vigorava a nova lei nº 883 e, ao seu mandamento, deve subordinar-se a referida partilha; *J. Benício; Newton Luz.*

## RELATÓRIO

Pela sentença de fls. foi homologada a partilha dos bens deixados pelo finado José Henrique de Carvalho. Em sua decisão frisou o MM. juiz *a quo* que não procedia a reclamação de fls. pelos motivos que aduziu.

Dentro no prazo, apelaram a viúva D. Helena Teixeira de Carvalho e seus filhos, que apresentaram veemente crítica á sentença apelada, como se vê de fls. Foi recebida a apelação em ambos os efeitos. Vieram, em tempo, as contra-razões, em que procura demonstrar o apelado a inconsistência dos motivos do

pedido da reforma da sentença. Também o Dr. promotor pediu se desprovesse o recurso. Subiram os autos oportunamente. Pelo despacho de fls., mandou o Exmo. Sr. desembargador presidente fôsse recebido o preparo do feito, *ad referendum* da Turma a que coubesse o julgamento. No parecer de fls., opina o Exmo. Sr. PINTO RENÓ, subprocurador, que se não deve conhecer do recurso por seu preparo intempestivo e, *de meritis*, pela confirmação da sentença, por flagrantemente protelatório o objetivo do mesmo.

Assim expostos, passo os autos à revisão.

Belo Horizonte, 2 de abril de 1952. - *Costa e Silva*.

\*

### VENDA A PRAZO - MÓVEIS

**- Embora seja efetuada a prazo, mas consubstanciada em notas promissórias, a compra e venda se considera perfeita, o acabada. Nestas condições, não havendo entre as partes o pacto de "reserva de domínio", nada obsta a que o comprador, mesmo sujeito ao pagamento das promissórias, disponha livremente da coisa comprada. A compra e venda se consuma, quando de móveis se trata, pela entrega da coisa.**

José de Paiva Magalhães *versus* Olívio Angelo Tófolo

Ag. nº 3.391 - Relator: DESEMBARG. COSTA E SILVA

### ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 3.391, da comarca da capital, agravante José de Paiva Magalhães e agravado Olívio Ângelo Tófolo:

Em sessão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, acordam os juízes da Turma, integrado neste o relatório *retro*, conhecer do agravo, regularmente interposto e processado, e, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador AUTRAN DOURADO, dar-lhe provimento para, reformando a

decisão agravada, julgar procedentes os embargos e insubsistente a penhora do automóvel "Pontiac", de cor azul, motor 16.895.469, de quatro portas, pagas as custas como de lei.

Frisou a sentença recorrida que Benito Lobato Ferrari não era proprietário do veículo, quando o transferiu ao agravante por intermédio da imobiliária Estréia do Sul. Mostram, entretanto, os autos, em provas concludentes, que Benito, comprando-o ao agravado, o recebeu e, depois, o vendeu à Imobiliária que, sem condições, o transferiu a Paiva Magalhães.

Acentuou o Dr. juiz *a quo* que, havendo sido feita a venda a prazo, mediante a emissão de notas promissórias, não poderia Benito Ferrari alienar o automóvel, como o fez, pois, em tais circunstâncias, de mister não é conste a cláusula de reserva de domínio, para que não possa haver livre disposição da coisa comprada.

Não é exato. Como de lei expressa, transfere-se, pela entrega da coisa móvel, a respectiva propriedade, no contrato de compra e venda. Na hipótese, não é nulo esse contrato por fraude à execução, eis que não havia protesto do título exequendo. Também, sobre o veículo, nenhuma ação real ou reipersecutória. Não se pode induzir má-fé da compra realizada pelo agravante à Imobiliária Estréia do Sul, porque nenhuma prova existe de que ele soubesse que Ferrari comprara a prazo o automóvel em questão. Assim, demonstrados o domínio e a posse, como se encontram nos autos, do embargante, ora agravante, não há por onde se possa manter a improcedência de seus embargos.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator para o acórdão; *J. Benício*; *Autran Dourado*, vencido, de acórdão com a seguinte declaração de voto:

Conheço do agravo com o fundamento invocado, tuas para lhe negar provimento, mantendo, assim, a decisão recorrida, que tem por si a lei e a prova dos autos; pagas as custas pelo agravante. Assim decido porque, a meu ver, embora esteja provada a venda do automóvel penhorado ao agravante, todavia esta, prova não convence da sua boa-fé, quando adquiriu o veículo, pois não é crível que o agravante não soubesse que o carro questionado havia sido vendido a Benito Lobato Ferrari, pelo preço de Cr\$ 50.000.00, em promissórias, sendo

que uma, de Cr\$ 20.000,00, a prazo de quatro meses, e as 15 outras, de Cr\$ 2.000,00 cada uma, vencíveis mensalmente, a partir de 30 de abril de 1949 até 30 de junho de 1950, venda realizada em 20 de outubro de 1948, para adquirir dito automóvel, dias depois, quando ainda não havia sido paga nenhuma das promissórias, por Cr\$ 45.000,00, a dinheiro.

Isso porque, da venda que se diz feita por Benito à imobiliária Estréia do Sul Ltda., em 20 de novembro de 1948, não existe prova nos autos, em face da certidão de fls., que declara: "Certifico finalmente que não consta dos referidos autos (refere-se à carta precatória de onde saiu êste instrumento) nenhum documento por parte de José de Paiva Magalhães provando ser Benito Lobato Ferrari vendido o carro a imobiliária Estréia do Sul Ltda".

E, se, até agora, o agravante alega um fato não provado, de interferência no negócio de terceira pessoa, êste fato deve ser levado em conta da má intenção do vendedor Benito Ferrari, executado em Ouro Preto, para pagar as promissórias vencidas, de, no ato da compra, onde não deu dinheiro algum, prejudicar Olívio Ângelo Tófolo, passando para outrem o carro, logo após a venda; acrescido da presteza em registrar o recibo no cartório de Títulos e Documentos e transcrevê-lo na Delegacia de Trânsito (fls.), e a declaração de não ser a venda com reserva de domínio, no recibo dela, precaução não usada em recibos de transações de tal ordem.

E ainda, nem mesmo o fato de ter sido a penhora feita sem prova de não possuir o executado Benito Lobato Ferrari outros bens a serem penhorados não o favorece, na certeza de que, se o executado não ofereceu bens à penhora (fls.), a nomeação devolveu-se ao exequente, nos termos do art. 926 da lei processual vigente, podendo, assim, constar do mandado executivo, que a pedido do exequente, ora agravado, foi expedido (fls.).

A meu ver, o agravante, querendo provar demais o negócio, deixou a calvo sua intenção de prejudicar, a sua má-fé e a do executado, não podendo a Justiça amparar a sua pretensão de haver o carro, porque isso seria uma justiça às avessas. E ser certo que o dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias (art. 252 do Cód. de Proc. Civil), e êstes foram alinhados acima; mesmo porque a justiça deve ser feita, sem outros procedimentos judiciais, na prova bastante existente nestes

autos, sem apêgo às interpretações variáveis da lei, que ficam em segundo plano. Mandar-se o agravado para as vias ordinárias, ou seja, para a pauliana, seria o mesmo que lhe negar justiça, uma vez que, em se tratando de automóvel, êste passaria de mão em mão, à medida que as ações fôssem iniciadas.

## RELATÓRIO

Vê-se destes autos que, na comarca de Ouro Preto, Olívio Angelo Tófolo, que vendera a Benito Lobato Ferrari um seu automóvel marca Pontiac, fabricação de 1941, motor 16.895.469, de quatro portas, seis cilindros, para cinco passageiros, côr azul-marinho, pelo preço de Cr\$ 50.000,00, pagável em notas promissórias, sendo que a primeira, de Cr\$ 20.000,00, a prazo de quatro meses, e as outras, em número de 15, de Cr\$ 2.000,00 cada uma, vencíveis mensalmente, a partir de 30 de abril de 1949 até 30 de junho de 1950, propôs ação executiva para haver a importância das vencidas, com o pedido de precatória para o Juízo de Belo Horizonte, residência do devedor.

Deferida a inicial e expedida a precatória, foi intimado o devedor a pagar a dívida em 24 horas, e, não o tendo feito, e nem oferecido bens à penhora (fls.), os oficiais penhoraram o carro já descrito, entregando-o ao depositário público.

Isso feito, devolvido o mandado a cartório, José de Paiva Magalhães, com a declaração de que havia comprado o carro da Imobiliária Estréia do Sul, a dinheiro, pelo preço de Cr\$ 45.000,00, que, por sua vez, dias após a compra que Benito Lobato Ferrari fizera a Olívio Angelo Tófolo, ofereceu os embargos de terceiro senhor e possuidor do carro aludido (fls.), embargos que, depois de contestados, foram desprezados pelo Exmo. Sr. juiz deprecado, pela decisão trasladada (fls.), por entender o Dr. juiz *a quo* ter havido fraude e simulação na venda feita por Benito Lotato Ferrara à Imobiliária Estréia do Sul Ltda., porquanto a venda feita pelo executado fôra a prazo e o pagamento ainda não estava completo, e, portanto, o contrato feito e acabado, para poder o executado transferir o automóvel, como fêz.

Contra essa decisão o embargante agravou de instrumento, com base no artigo 842, nº IV, do Cód. de Proc. Civil, procurando provar a sem-razão da decisão,

por entender que a venda ficara perfeita e acabada com a simples emissão das promissórias, que como pagamento do preço devem ser tidas.

Contraminutado o agravo a fls., foi êle respondido pelo juiz a fls., onde manteve a sua decisão. Cancelei duas palavras. No recurso se observaram as prescrições legais. Em mesa, para julgamento.

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 1950. - *Austran Dourado*.

\*

### **ARRESTO - RECURSO**

**- Antes de julgadas as contas, não há falar em dívida líquida e certa, e pela pressuposição de um saldo favorável não pode a parte que me diz credora requerer arrestos de bens da contrária, sob pretexto de prevenir lesões de difícil reparação.**

**- Da aplicação do art. 842, III, do Cód. de Proc. Civil**

Agravado: Dr. O. L.

Ag. nº 113 - Relator: DESEMBARGADOR AMÍLCAR DE CASTRO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento da comarca de Belo Horizonte, entre partes, Dr. D. agravante, e Dr. O. L. agravado:

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, não tomar conhecimento do agravo, que não tem fundamento em lei. O art. 842, nº III, do Cód. de Proc. Civil admite êsse recurso contra a decisão que denegue medida requerida como preparatória da ação e, no caso dos autos, o arresto foi requerido, em meio da demanda, como medida preventiva de lesões de difícil e incerta reparação (ODILON DE ANDRADE, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", nº 214, pág. 235). Medida

preparatória é a que serve de instrução, base ou fundamento da ação principal (CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, "Causas preparatórias, preventivas e incidentes", nº 202, pág. 7), quando na espécie *sub judice* a prestação de contas há muito tempo já foi proposta, e o julgamento final dessa prestação de contas independe inteiramente do pretendido arresto. Aliás, se pudessem tomar conhecimento do agravo, negariam provimento, porque importaria prejudicar a causa afirmar que vai ser, ou não, apurado saldo em favor do agravante; e como bem decidiu o juiz *a quo*, antes de julgadas as contas não pode haver "prova literal de dívida líquida e certa" (art. 681 do Cód. de Proc. Civil), nem ao menos se pode dizer que o agravado seja devedor do agravante.

Custas pelo agravante, na forma da lei.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente: *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado*; *Costa e Silva*.

## SENTENÇA

*Omissis...*

As quantias representadas por vales, recibos, ordens de pagamento e valores de promissórias, que o arrestado confessou haver recebido, não equivalem à prova literal de dívida líquida e certa, e sem essa condição a medida não se concede (Cód. de Proc. Civil, art. 681). Há uma ação de prestação de contas, à qual estão ligadas as quantias recebidas. Encontra-se a causa em sua segunda fase, dependendo de uma perícia, a realizar-se por determinação do egrégio Tribunal de Justiça.

Os peritos é que irão dizer se há saldo devedor. A sentença, em face dos laudos e de outros elementos de cognição, reconhecerá, ou deixará de reconhecer, se há obrigação do arrestado devolver alguma parcela. Positivando-se algum saldo, então fixar-se-á o quantitativo. Até ai não se poderá falar em dívida líquida e certa.

Com isso não estamos negando a fôrça probante das confissões. Mas acontece que o requerido, não obstante confessar, adicionou fatos que considera capazes de elidir ou de atenuar a sua alegada responsabilidade. O caso é de confissão

qualificada, que se verifica quando o confitente acrescenta fatos que podem restringir ou modificar as conseqüências jurídicas do fato confessado (LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil", vol. II, nº 343). Tais alegações serão apreciadas futuramente. Terá o julgador que avaliar o conjunto de provas e só depois dêse exame é que chegará a um resultado real. Considera-se líquida a obrigação certa quanto à sua existência, e determinada quanto ao seu objeto (Cód. Civil, art. 1.533). O Código de Proc. Civil desdobrou o conceito em dois elementos: liquidez - significando a exata determinação do valor da dívida; certeza - quando o débito não está sujeito a condição, nem a térreo, nem a outro limite. O codificador de 1939 teve tanta preocupação em estabelecer requisitos para, a concessão de arresto que se mostrou muito mais rigoroso do que o autor do regulamento nº 737, de 1850, o qual só exigia prova literal de dívida. Sem dúvida que houve um grande recuo, pois, atualmente, além da literalidade, ainda se pede prova de dívida líquida e certa. Mas qualquer possíveis críticas ao Código atual, nesse ponto, só poderão servir como orientação ao legislador. O juiz não pode distanciar-se da ordem jurídica estabelecida. Em relação as custas a situação é outra. A parte que o requerido está obrigado a saldar, como conseqüência da decisão do Tribunal, é líquida e certa. Emanada de condenação definitiva, e nesse caso o requerente poderá valer-se do remédio executivo. E nessa hipótese não se concede o arresto, uma vez que o credor pode, desde logo, obter a penhora (LOPES DA COSTA, ob. cit., vol. 1º, pág. 95). É também êsse o ponto de vista do requerente, em harmonia, aliás, com a melhor doutrina.

Proclamar-se-ia então a inocuidade do instituto? É o resultado a que chega o requerente, com argumento que impressiona: não se defere o pedido sem a apresentação de prova literal de dívida líquida e certa; quando essa prova aparece, remete-se o credor para a via executiva. Mas há casos, *data venia*, em que a dívida não autoriza a execução imediata e é bastante para permitir o arresto. Assim, por exemplo, quando há uma sentença condenando alguém a pagar quantia líquida e determinada. Essa sentença ainda não transitou em julgado e por isso não pode ser executada. Compreende-se, porém, na esfera do artigo 681, eis que se trata de decisão judicial, que é o mais forte dos documentos literais. O mesmo é o caso de uma dívida líquida, incontestável, proveniente de documento particular, sem a assinatura de testemunhas.

Não propicia o exercício da ação executiva, porque vedado o art. 298, XII, do Cód. de Proc. Civil; mas enquadra-se, forçosamente, nas condições do art. 681. Na hipótese de confissão judicial simples, tal como a conceituou LOPES DA COSTA, quando o confitente se limita a admitir a realidade do fato alegado pelo adversário, sem mais nada acrescentar, a situação é a mesma. Não são muito freqüentes os casos, é verdade; mas a limitação é proporcional à índole estrita do instituto.

Com essas considerações, dispenso-me de analisar as circunstâncias de fato que o requerente apontou como suficientes para atender às exigências do art. 675, I e II. É que a condição do art. 681 é excludente e eliminatória. Inexistindo, por mais razoáveis que sejam, outros motivos apresentados, não se defere o arresto.

Pelos fundamentos expostos, indefiro o pedido de fls.

P. e I.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 1951. - *João Procópio de Carvalho.*

## RELATÓRIO

O Dr. D., pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Belo Horizonte, vem movendo contra o Dr. O. L. ação de prestação de contas; e no curso da segunda fase dessa demanda, como medida preventiva de lesões de difícil e incerta reparação, pediu arresto dos bens do réu, por estar convencido de que no julgamento final das contas vai ser apurado saldo a seu favor. O juiz indeferiu o pedido, por falta de prova literal de dívida líquida e certa, não se podendo, antes de julgadas as contas, dizer se vai, ou não, haver saldo credor, ou devedor.

Dessa decisão o Dr. D. agravou de instrumento tempestivamente, com base no art. 842, nº III, do Cód. de Proc. Civil; o agravo foi contraminutado, e o juiz, a final, manteve a decisão recorrida. Remessa e preparo em ordem. Vistos e assim relatados, restituo êstes autos à Secretaria a fim de serem postos em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 1952. - *Amílcar de Castro.*

\*

## DESQUITE AMIGÁVEL - PARTILHA

**- É ilícito atribuir em partilha maior cota a um dos cônjuges, a título de compensação de despesas pela manutenção da prole, que fica sob sua guarda.**

Napoleão Storck *versus* Maria José Storck

Ap. nº 1.194 - Relator: DESEMBARG. APRÍGIO RIBEIRO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da comarca de Manhumirim, em que é apelante o Juízo, e apelados Napoleão Storck e sua mulher Maria José Storck:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do pedido e lhe dar provimento.

O processo, além de ter corrido com as irregularidades intoleráveis que o relatório anunciou, não se apresenta em condições de permitir a ratificação da sentença que homologou o desquite, visto como a desigualdade de partilha assume as proporções de uma venda, que afeta a meação. Sendo Cr\$ 150.000,00 o valor do imóvel do casal, a mulher receberia Cr\$ 40.000,00 em dinheiro, a título de despesas que o marido daria para sustentar a prole. Ora, a manutenção da família é dever do cônjuge a cuja custódia pertence, mas não exclui de modo nenhum a obrigação do genitor, desde que conserve o pátrio poder, de contribuir com sua cota. Observam que os autos subiram a esta instância sem que se esgotasse o prazo de recurso voluntário.

Custas *ex causa*.

Belo Horizonte, 9 de abril de 1953. - *Batista de Oliveira*, presidente: *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lopes da Costa*.

### RELATÓRIO

Trata-se de desquite requerido, processado e homologado na comarca de Manhumirim com atropelo notável das fórmulas. Assim é que o juiz, havendo ouvido os cônjuges a 21 de novembro, designou o dia 17 de dezembro para ratificação do pedido. A 19 do mesmo mês de novembro expediu um alvará de separação de corpos que ninguém solicitara. A 5 de dezembro, data em que devia se limitar a ouvir os cônjuges sobre a persistência na vontade de se desquitarem, procedeu a um interrogatório público sobre os motivos da desavença e, segundo o termo de fls., tendo, sem êxito, procurado reconciliar os esposos, designou o dia 17 de janeiro para ratificação, audiência em que, depois de reincidir na publicação das causas do desquite como se fôsse êle de caráter litigioso, homologou o acôrdo, vindo os autos a esta instância sem decorrência do prazo para recurso voluntário. Observando-se a substância do pedido, verifica-se que os apelados acordaram em que, sendo os bens comuns do valor de Cr\$ 150.000,00, a mulher apenas receberia Cr\$ 40.000,00, sob fundamento de que ao marido caberá a custódia e trato dos quatro filhos menores. Os autos foram preparados nesta instância.

À revisão. - *Aprígio Ribeiro.*

\*

## **SOCIEDADE COMERCIAL - DISSOLUÇÃO - LIQUIDAÇÃO - BALANÇO**

**- O balanço legitimamente realizado e aprovado em inventário é que deve servir de base à liquidação de sociedade cuja dissolução se verificou em virtude da morte de um dos sócios.**

Angélica Muzzi de Lima e outros *versus* José Joaquim Pereira Louro

Ap. nº 7.740- Relator: DESEMBARG. J. BENÍCIO

### **ACÓRDÃO**

Relatados e discutidos êstes autos de apelação, procedentes de Juiz de Fora, apelantes Angélica Muzzi de Lima e outros, apelado José Joaquim Pereira Louro:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, preliminarmente, negar provimento ao agravo no auto do processo. Sem dúvida, o agravado é pessoa legítima, como sócio sobrevivente da sociedade comercial, para cobrar o débito do sócio extinto. E quanto às diligências probatórias, sobre não terem sido especificadas oportunamente pela parte, esta teve tempo de sobra para requerê-las e fazê-las realizar. Só assim não procedeu porque o não quis.

E, quanto à apelação, negam-lhe provimento, por maioria de votos. O balanço que concretizou o saldo devedor do espólio do sócio falecido foi levantado de acordo com o contrato social, que obriga a esposa e sucessores do sócio extinto. Tal peça se fez e foi extraída com observância das formalidades legais por perito da confiança do juiz, sob a fiscalização dos interessados, ora apelantes, e do órgão do Ministério Público. Tal balanço, que produziu todos os efeitos de direito no inventário do sócio morto, e com expressa aprovação da viúva meeira e herdeiros, terá lógica e juridicamente de produzi-los nas relações entre o sócio remanescente e os sucessores do sócio falecido, uma vez que representa a forma, prevista pela lei e pelo contrato social, de apuração da cota, ativa ou passiva, cabente ao espólio do sócio desaparecido. Desta sorte, o sobrevivente pode, fundado no balanço assim levantado e aprovado, reclamar o pagamento do saldo credor, como igualmente ficaria na obrigação de solvê-lo se o saldo, ao invés, fôsse devedor.

As objeções que os apelantes erguem contra o laudo do perito, além de serôdias, umas são irrelevantes, outras ficaram sem prova, quando oportunidade para isso tiveram.

Houvesse o mesmo balanço acusado saldo em favor do espólio, certamente estaria hoje partilhado entre os interessados, e êstes, há muito, teriam reclamado o seu embolso. Mas, como é saldo credor, o repelem e fogem ao pagamento, sem razão de direito.

Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator *ad hoc*; *Newton Luz*; *Costa e Silva*, vencido, quanto à apelação,

que provi para mandar fazer a liquidação nos termos do art. 353 do Cód. Comercial, tendo, sobretudo, em vista o que ponderou o douto parecer do Exmo. Sr. procurador geral em o nº 4.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

### ACÓRDÃO EM EMBARGOS

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, em grau de embargos infringentes, da comarca de Juiz de Fora, entre partes, Angélica Muzzi de Lima e outros, embargantes, e José Joaquim Pereira Louro, embargado:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, desprezar os embargos e manter o acórdão embargado por seus próprios fundamentos, que são conformes ao direito e à prova dos autos. CARVALHO DE MENDONÇA, em nota, invocando a autoridade de RUI BARBOSA, ensina que, pelo simples fato de haver menores interessados na liquidação da sociedade, não se torna judicial a liquidação, que pode ser operado amigavelmente e sempre de acôrdo com o estipulado pelos sócios no contrato social (CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado", vol. III, nº 825, pág. 233). Ora, no caso dos autos, a sociedade de dois sócios se dissolveu pela morte de um deles; o contrato social, na cláusula 13ª, prevê essa hipótese, estabelecendo que por balanço é que se deve apurar o haver do sócio falecido; e nos autos do inventário do espólio do sócio falecido, Artur Inácio de Lima, levantou-se o balanço com as formalidades legais, por perito da confiança do Juízo, sob a fiscalização dos interessados e do promotor de justiça; e o que é mais: êsse balanço produziu todos os seus efeitos no processo do inventário, com expressa aprovação da viúva meeira e herdeiros, que são os embargantes. Por conseguinte, não pode êsse mesmo balanço deixar de mostrar, para todos os efeitos de direito, o que ficou o sócio falecido a dever ao sócio sobrevivente.

Custas pelos embargantes, na forma da lei.

Belo Horizonte, 23 de março de 1953. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *J. Benício*; *Newton Luz*; *Costa e Silva*, vencido: Recebi os embargos de inteiro acôrdo com o meu voto proferido no julgamento

de apelação e com os jurídicos fundamentos do parecer de fls. e da petição dos embargantes.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

## RELATÓRIO

Vem o caso sucintamente relatado na decisão de fls. O Dr. juiz de direito da 1ª Vara Cível de Juiz de Fora julgou procedente a ação e condenou os réus nos termos do pedido, arbitrando em 20% sobre o valor da causa os honorários que devem pagar ao advogado do autor. Apelaram os vencidos e, preliminarmente, pediram o exame do agravo de fls.

*De meritis*, requereram o provimento da apelação para ser anulado o processo a partir do despacho de fls., inclusive, ou, se tal se não der, para ser admitida acolhida para os fins expostos na contestação. Recebido o recurso em ambos os efeitos, foram produzidas as contra-razões de fôlhas, instruídas com o documento de fôlhas. Nesta superior instância, ouviu-se a parte adversa sobre o documento mencionado, a qual não acudiu ao chamado, e opinou o Exmo. Sr. procurador geral, *ut* parecer de fls. Vistos e relatados, à conclusão do Exmo. Sr. desembargador revisor.

Em 21 de outubro de 1952. - *Costa e Silva*.

\*

## TESTAMENTO - IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - LEGATÁRIO

**- Salvo disposição testamentária em contrário, as despesas e os riscos da entrega do legado, incluídos os impostos entre aquelas, correm por conta do legatário.**

**- Aplicação do art. 1.705 do Código Civil.**

D. Raimunda Siqueira Vanderlei e outros *versus* João Batista de Magalhães

Ag. nº 3.534 - Relator: DESEMBARG. COSTA E SILVA

## ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 3.534, de Belo Horizonte, agravante D. Raimunda Siqueira Vanderlei e outros, e agravado João Batista de Magalhães:

Acordam os juízes da Turma, em sessão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por voto unânime, incorporando neste o relatório *retro*, conhecer do recurso, interposto e processado regularmente, e negar-lhe provimento, para confirmar, como confirmam, a decisão agravada, pagas as custas na forma da lei.

Preceitua o art. 1.705 do Cód. Civil que as despesas e os riscos da entrega do legado correm por conta do legatário, se não dispuser, diversamente, o testador. E êste, tomo se verifica da cédula testamentária, não estipulou que, do monte-mor, se deveriam deduzir os impostos, que incidem sôbre os legados. É regra que, aos ônus do ato, deve sujeitar-se quem lhe desfruta as vantagens. Ensina CLÓVIS BEVILÁQUA, "Direito das Sucessões", 4ª edição, página 321, que, "não dispondo, em contrário, o testador, corre a cargo do legatário a despesa com o impôsto de transmissão".

Belo Horizonte, 26 de março de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *J. Benício*; *Newton Luz*.

## RELATÓRIO

D. Raimunda Siqueira Vanderlei e outros, com fundamento no disposto no artigo 842, X, do Cód. de Proc. Civil e Comercial, agravaram de instrumento da sentença que homologou o cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, no inventário dos bens deixados por Joaquim Trajano dos Santos. Em sua minuta, alegam os agravantes que, em têrmos do testamento, com que faleceu Joaquim Trajano, não pode subsistir a decisão agravada, que lhes não acolheu o pedido de dedução, do monte-mor, do impôsto de transmissão contado sôbre os respectivos legados. Alegam, ainda, que, em face do disposto nos arts. 85 e 1.666 do Código Civil e dos dizeres da cédula testamentária, devem receber

integralmente os legados instituídos em seu benefício, sem nenhum desconto. Em sua contraminuta, preliminarmente, sustenta o inventariante que descabe o recurso, porquanto não se cogita de erro de conta e, sim, de pagamento de imposto a cargo do monte ou dos legatários e, *de meritis*, que, ante o preceito do art. 1.705 do Cód. Civil, aos agravantes incumbe saber as despesas dos legados. Também, a Fazenda Estadual, contraminutando, apóia a mesma tese e acrescenta que, segundo opina ITABAIANA DE OLIVEIRA, "Direito das Sucessões", volume II, nº 618, nas despesas incluem-se os impostos de transmissão *causa mortis*, que são devidos pelos legatários, não correndo por conta da herança, salvo determinação diversa do testador. Mantida a decisão pelo MM. juiz *a quo*, vieram os autos a esta instância, cumprindo assinalar que, no recurso, se guardaram as exigências processuais. Em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 22 de janeiro de 1951. - *Costa e Silva*.

\*

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO - ENTREGA EM CARTÓRIO**

**- O agravo só se considera interposto com a entrega da petição em cartório, não bastando a petição ser apresentada a despacho o despachada no prazo para o recurso. É necessário que ela seja entregue em cartório, dentro daquele prazo.**

José Joaquim da Costa *versus* Geraldo dos Santos

Ag. nº 3.825 - Relator: DESEMBARG. AUTRAN DOURADO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo da comarca de João Ribeiro, entre partes, José Joaquim da Costa, agravante, e Geraldo dos Santos, agravado:

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil da Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, não tomar conhecimento do recurso, por serôdiamente interposto, na certeza de que a petição de recurso, despachada

em 13 de abril do corrente ano (fls.), só foi entregue em cartório em 18 daquele mês e ano, quando já se findara o prazo que a parte tinha para recorrer, desde o dia 16, por ter sido intimada da decisão em 9 de abril (fls.), sem prova alguma de embaraço judicial.

Isso porque, como se vem julgando, o recurso só se considera interposto com a entrega da petição em cartório, não bastando a petição ser apresentada a despacho e despachada no prazo para o recurso; é necessário que ela seja entregue, como se disse, em cartório, dentro daquele prazo (ODILON DE ANDRADE, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. da "REVISTA FORENSE", vol. IX, pág. 228 nº 204, com base em acórdão dêste Tribunal, de 22 de fevereiro de 1942).

Custas pelo recorrente.

Belo Horizonte, 29 de outubro de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Costa e Silva*; *Newton Luz*.

## RELATÓRIO

Vê-se dêstes autos que, na comarca de João Ribeiro, na executiva hipotecária que José Joaquim da Costa leva a efeito contra Joaquim Aurélio da Silva, penhorados os bens dados em garantia, Geraldo Resende dos Santos, alegando que construía uma casa nas terras hipotecadas com consentimento do executado, pôs os embargos de terceiro de fls., que, contestados (fls.), foram a final recebidos e julgados provados pela decisão trasladada a fls.

Contra essa decisão o exequente agravou de instrumento, recurso que foi contraminutado a fls. e, a final, a fls. respondido pelo Dr. juiz *a quo*, que manteve a sua decisão.

O preparo foi tempestivo. Em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 14 de maio de 1951. - *Autran Dourado*.

## SOCIEDADE DE CAPITAL E INDÚSTRIA – LIQUIDAÇÃO – NOMEAÇÃO DE LIQUIDANTE

- Quando a sociedade fôr de capital e indústria e formada apenas por dois sócios, a escolha do liquidante deverá recair na pessoa do sócio capitalista, que realizou integralmente o capital.

- Inteligência do § 2º do art. 657 do Cód. de Proc. Civil.

Antônio Baduy *versus* Tolstoi Cardoso

Ag. nº 4.570 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento da comarca de Ituiutaba, entre partes, Antônio, Baduy, agravante, e Tolstoi Cardoso, agravado:

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 ao agravo, para reformar a decisão recorrida e mandar sirva o agravante como liquidante. O juiz *a quo* supõe que, sendo os sócios dois, e não havendo acôrdo em que um dêles seja o liquidante, êste deve ser estranho à sociedade; mas não é isto o que está na lei. Essa regra prevalece apenas quando, na forma do art. 657, § 1º, do Cód. de Proc. Civil, a base de escolha deva ser o número de sócios votantes; não, porém, quando deve ser, como no caso dos autos, o vulto do capital dos sócios que votarem. Neste caso, ainda que os sócios sejam apenas dois, liquidante deve ser o que tiver capital maior, e portanto o sócio capitalista, que realizou integralmente o capital da firma, e não o sócio de indústria, que nenhum capital realizou, nem muito menos pessoa estranha à sociedade.

Custas pelo agravado, na forma da lei.

Belo Horizonte, 16 de março de 1953. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amilcar de Castro*, relator; *Costa e Silva*; *J. Benício*.

## RELATÓRIO

Na comarca de Ituiutaba, se dissolveu e entrou em liquidação a sociedade de capital e indústria Baduy & Cia, que se compunha de dois sócios: Antônio Baduy, capitalista, e Tolstoi Cardoso, de indústria.

O juiz, porque os sócios são dois e não acordaram na escolha, nomeou liquidante pessoa estranha à sociedade, com base no art. 657, § 2º, do Cód. de Proc. Civil. Dessa decisão, agravou tempestivamente o sócio capitalista, pedindo seja nomeado liquidante, por haver realizado integralmente o capital da firma, que é de Cr\$ 3.000.000,00.

O agravo foi contraminutado, e o juiz manteve a decisão recorrida; logo depois os autos foram remetidos no prazo legal, e o agravo foi regularmente preparado.

Vistos e assim relatados, restituo êstes autos a cartório a fim de serem postos em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 16 de março de 1953. - *Amílcar de Castro*.

\*

### **INVENTÁRIO - EXECUTIVO FISCAL – CITAÇÃO - JULGAMENTO "ULTRA PETITA"**

**- Nos executivos fiscais, processo regido por lei especial, a citação inicial do inventariante dispensa, por disposição expressa, a citação dos demais interessados, quando se trata de dívida do espólio. A lei não excluiu o inventariante dativo (como o fez o art. 85 do Cód. de Proc. Civil). Pelo que, mesmo em tal caso, é suficiente a citação dêle.**

**- A sentença não pode abranger espécie que não tenha sido aventada no recurso restrita.**

**- Quem vem a Juízo e amplamente se defende, supre a inexistência de citação ou as irregularidades de que ela se ressinta.**

Fazenda Pública Estadual *versus* Camilo Inácio de Avelar e outros

Ag. nº 3.825 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição, da comarca de Ipanema, entre partes, a Fazenda Pública Estadual, agravante, e Camilo Inácio de Avelar e outros, agravados:

Acordam, em 1ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante deste, dar provimento ao agravo para cassar a sentença recorrida e mandar que outra seja proferida pelo juiz sôbre o mérito da causa, com citação de todos os interessados para a nova audiência de instrução e julgamento.

A questão de ser, ou não, possível correr o executivo fiscal com o inventariante dativo não podia ter sido ressuscitada pelo juiz *a quo*, desde que os interessados não mais a ela se referiram na minuta de folhas, nem a egrégia 1ª Câmara Civil dela cuidou e só tratou de anular a sentença, e não o processo, desde a citação, como agora pretendeu fazer o juiz *a quo*.

E o caso é de executivo fiscal, regido por lei especial, que expressamente declara que a citação inicial do inventariante dispensa "a dos demais interessados, quando a dívida fôr do espólio" (art. 7º do decreto-lei nº 960, de 1938), sem excluir expressamente o inventariante dativo, como o faz o art. 85 do Cód. de Proc. Civil, que não tem aplicação ao caso dos autos, por fôrça de seu art. 1º.

Além disso, na espécie *sub judice* nenhuma defesa foi apresentada pelo inventariante dativo, e os agravados, herdeiros a legatários, vieram a Juízo e se defenderam amplamente, pelo que, com acêrto, decidiu o juiz, a fls., que só por isso estaria suprida a falta de citação dos agravados, se a do inventariante dativo, em executivo fiscal, não fôsse bastante.

Em tais condições, o juiz *a quo*, tendo o processo como válido, deve cuidar apenas de julgar o mérito da causa, que foi o que pediam os agravados a fls., quando pleitearam a anulação da sentença de fls.

A fls. o juiz *a quo* se limitou a apontar irregularidades, mas, evidentemente, se irregularidade houver, precisamente ao juiz *a quo* incumbe mandar saná-las antes de falar sôbre o mérito da causa.

Custas pelas agravados, na forma da lei.

Belo Horizonte, 21 de maio de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado*; *Newton Luz*.

## RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual, pelo Juízo de Direito da comarca de Ipanema, moveu executivo fiscal para haver os valores de impostos devidos pelo falecido José Camilo de Avelar Sobrinho, e foi citado o inventariante dativo do espólio, Dr. Abílio Albuquerque, que não cuidou de oferecer embargos.

Isso não obstante, Camilo Inácio de Avelar e outros, herdeiros e legatários do *de cuius*, embargaram a penhora em que foi convertido o seqüestro *in limine*, realizado, alegando falta de citação dêles mesmos, porque o inventariante dativo não representa o espólio, como dispõe o art. 85 do Cód. de Proc. Civil.

Na sentença definitiva de fls. o juiz declarou válido o processo, porque, ainda na hipótese duvidosa de não poder o inventariante dativo representar o espólio nos executivos fiscais, a falta de citação do herdeiro e legatários estava sanada pelo comparecimento dêles em Juízo, embargando a execução, como embargaram; e julgou procedente a ação.

Dessa decisão, Camilo Inácio de Avelar e outros agravaram da petição, alegando como nulidade, exclusivamente, isto: nulidade da sentença por não terem sido notificados da designação da audiência de instrução e julgamento.

E a egrégia 1ª Câmara Civil, pelo acórdão de fls., deu provimento ao agravo apenas para anular a sentença, mandando que outra fôsse dada com regular intimação dos agravantes.

Voltaram, então, os autos à comarca e, realizada nova audiência com as citações consideradas necessárias, o juiz, que já é outro, houve por bem anular todo o processado desde a citação, porque o inventariante dativo não representa o espólio, acrescentando que não haviam sido intimados para a audiência todos os interessados.

Dessa decisão, agravou de petição, tempestivamente, o representante da exequente; o agravo não foi contraminutado e o juiz a final manteve a decisão recorrida. E logo depois, no prazo legal, foram os autos remetidos a esta instância.

Vistos, e assim relatados, restituo êstes autos à Secretaria, a fim de serem postos em mesa para julgamento.

Belo Horizonte, 21 de maio de 1951. - *Amílcar de Castro*.

\*

## **DESQUITE LITIGIOSO - ADULTÉRIO**

**- O adultério deixará de ser motivo para desquite, se o autor houver concorrido para que o réu o cometa. Êste concurso pode-se manifestar por várias formas: direta ou indireta, por ação ou omissão, e pode ser atendido quando assuma o aspecto de causa ocasional.**

**- Aplicação do art. 319, nº I, do Cód. Civil.**

José Florentino de Castro Filho *versus* Raimunda Cândida Teixeira

Ap. nº 8.145 - Relator: DESEMBARG. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Patos de Minas, em que é apelante José Florentino de Castro Filho e apelada Raimunda Cândida Teixeira:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

A solução do litígio repousa, simplesmente, na inteligência que se deva dar ao art. 319, I, do Cód. Civil, de vez que os fatos alegados são, de modo geral, admitidos pelos contendores e reconhecidos na sentença. Há anos atrás a apelada desregrou-se, a ponto de se ver o apelante constrangido a solicitar ao sogro a recolhesse, ao que, convindo nos motivos, acedeu. Passou, depois disso, o espôso a levar vida discreta até que, corridos anos, abrigou mulher estranha sob seu teto. Acode, agora, a apelada e pleiteia o desquite, sob a alegação de adultério. Defende-se o acusado, respondendo que foi induzido a esta conduta por fôrça do isolamento a que a conduta da mulher impôs. Entendeu o juiz que o caso não se ajusta à proibição legal de invocação da falta, porque a mulher não participou do adultério de modo a deixar entendido que consentiu nêle e, portanto, pode alegá-lo, como causa justa, para a separação judicial. Deve-se considerar demasiado ascética tal exegese, que leva somente a admitir, como ilisiva do adultério, a cumplicidade do cônjuge. É que o Código não fala em se acumpliciar nem em consentir. Não se trata nem de participação de cumplicidade, nem de permissão presumida. A lei prevê a concorrência. O adultério deixará de ser motivo para desquite se o autor houver concorrido para que o réu o cometa. Ora, êste concurso pode-se manifestar por várias formas: direta ou indireta, por ação ou omissão, e pode ser atendido quando assumo o aspecto de causa ocasional. Sem dúvida, se o marido passa as noites no jôgo ou na orgia, ou o dia na ociosidade, isto não autoriza a mulher a prevaricar, porque a ocasião criada ou estimulada, não seria de gravidade equiparável à infidelidade conjugal... Mas, se o marido abandona o lar, não acode com o necessário, lança a mulher e filhos à miséria, não pode se queixar, caso venha ela cair em pecado, porque a sua conduta criou o ambiente em que se poderia prever que a tentação viçaria. Raciocínio análogo tem aplicação no que diz à conduta da mulher. Ora, o caso em exame demonstra que a autora tornou de tal modo irrespirável a vida do casal, que outra alternativa não teve o marido, uma vez, que não queria lança-la à voracidade do escândalo público, senão devolvê-la as telhas paternas, atitude bem compreendida pelo sogro. Tornando-se

culpada, por seus atos criminosos, da situação difícil em que passou a viver o réu, êrmo de carinhos e sem mãe para seus filhos, não é possível negar que concorreu indireta mas vigorosamente para a mancebia, que vem, com tanto ardor, lançar ao rosto do abandonado cônjuge. Sem dúvida, o modo de vida que êste agora leva não é merecedor de aplausos, mas ninguém no mundo, menos autorizado a censurá-lo, de quem lhe deu a causa, transtornando e arrasando uma existência, até então honrada. O apelante, pelo seu trabalho e diligência, fêz prosperar os bens do casal e a mulher, no seu assomo de tardia virtude, nas pretende senão entrar no gôzo da metade do patrimônio, cujos proventos o marido aplica no trato e educação da prole por quem, por tão largo tempo, nenhum interesse manifestou a apelada.

Pague as custas.

Belo Horizonte, 9 de outubro de 1952. - *A. Vilas Boas*, presidente: *Aprígio Ribeiro*, relator: *Eduardo de Meneses Filho*; *Lopes da Costa*.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*.

## RELATÓRIO

Em ação de desquite movida por R., J., condenado pelo juiz de direito de Patos de Minas, se defendera alegando ter sido levado à prática do adultério, base da demanda, pela conduta da mulher, a tal ponto desregrada, que o obrigou a fazê-la retornar à casa paterna. Tudo isso se passara há longos anos e só agora a esposa se lembrava, espicaçada a memória pela perspectiva da divisão dos bens comuns, de regularizar, à custa do ultrajado marido, a separação por tanto tempo consentida. Essas mesmas razões são as do recurso, cujo provimento de razão parece ao Exmo. Sr. procurador geral. E está em termos.

À revisão, 20 de setembro de 1952. - *Aprígio Ribeiro*.

\*

**SISA - IMÓVEIS POR DESTINAÇÃO**

**- Ferramentas agrícolas e bois de carro são imóveis por destinação. Assim também o gado vacum e o gado suíno criados na fazenda e destinados à exploração agrícola. Produtos colhidos não o são, salvo na parte destinada à sementeira. Animal de sela para uso pessoal, bem como mobília da residência, não se consideram imóveis por destinação.**

Société Sucrière de Rio Branco S. A. *versus* Fazenda Pública Estadual

Embs. nº 4.049 - Relator: DESEMBARG. MENESES FILHO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos ao acórdão de 13 de março de 1952, declarado pelo de 5 de junho seguinte, que solucionou o agravo de petição nº 4.049, de Visconde do Rio Branco:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desprezar os embargos de ambas as partes. Os primeiros embargos, que são os opostos pela executada Société Sucrière de Rio Branco S. A., são desprezados contra o voto do Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS, e os segundos embargos, oferecidos pela Fazenda Pública Estadual, são desprezados contra os votos do relator e do Exmo. Sr. desembargador APRÍGIO RIBEIRO. A maioria da Turma julgadora considera que o gado vacum, móvel por natureza, é imóvel por destino, em vista de estar empregado na exploração da propriedade agrícola. Quanto ao gado suíno, a decisão embargada foi tomada sem discrepância de votos e, pois, não há o que decidir nesta via de embargos. Relativamente ao cavalo, a maioria da Turma julgadora entende que não assume a condição de imóvel por destino.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator, vencida, com relação ao cavalo, que reputo imóvel por destino, tão bem quanto o gado, visto ser necessário como aparelhamento da fazenda, para uso do dono ou administrador. Não é exigível que o fazendeiro percorra a fazenda a pé na sua atuação para fiscalizar e dirigir. E é até raro que, para os serviços normais, uma fazenda tenha apenas um único animal de montaria; *Lopes da Costa*; *Gonçalves da Silva*; *A. Vilas Boas*, vencido; *Aprígio Ribeiro*, vencido, em parte, por considerar o equino

imobilizado por destino, de vez que se presta aos serviços da exploração normal da propriedade. E os hábitos rurais levam à manutenção, para êste fim, de mais de um animal, que se apelida, caracterizando bem a sua condição, animal de custeio. Singular estância esta que o fazendeiro administrava, por si ou seus acostados, marchando "pede calcante"...

Presente. - *Onofre Mendes Júnior.*

## RELATÓRIO

Ao relatório do venerando acórdão embargado, que está a fls., acrescento que dito acórdão proveu recurso em favor da Fazenda Estadual, para sujeitar a sisa a transmissão de 105 cabeças de gado vacum, operada juntamente com a parte imóvel por destino, dos bens vendidos. Do aresto divergiu um dos componentes da egrégia Turma, o Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS, que excluía da tributação os bens nela mandados abranger pela maioria vencedora. Com base neste voto, o executado oferece embargos para que a Câmara o adote. Também divergiu do aresto outro dos componentes de sua egrégia Turma, o Exmo. Sr. desembargador APRÍGIO RIBEIRO, porque considerava passível de tributo a transmissão do domínio de um cavalo da fazenda. Oferece o Estado embargos para que a egrégia Câmara também assim entenda e decrete. E em seus embargos usa de expressão que envolve igual pedido quanto aos móveis que guarnecem a sede da fazenda (itens 10 e 11, a fls.). Ambos os embargos são tempestivos e os da executada estão preparados.

Com vista ao Exmo. Sr. procurador geral.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 1952. - *Eduardo de Meneses Filho.*

## ACÓRDÃO EMBARGADO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 4.049, de Visconde do Rio Branco, primeiro agravante o Juízo, pela Fazenda Estadual, segundo agravante a mesma Fazenda, agravada a Societé Sucrière de Rio Branco S. A.:

Acordam os juizes do Tribunal de Justica, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisao o relatório de folhas, dar em parte provimento aos recursos de ofício e voluntário da Fazenda, vencidos em parte todos os juizes da Turma. Custas em proporção.

O provimento é para condenar ao pagamento do imposto de transmissão: a) a venda do gado vacum; b) a venda do gado suíno. Dispõe o art. 181 do Cód. Tributário:

"Na transmissão simultânea de imóveis e móveis, ainda que estes não se reputeem imóveis por força de lei, o imposto será cobrado à taxa dos bens de raiz, sobre o valor ou preço total, salvo quando da guia e da escritura constarem a relação discriminada dos imóveis e o seu preço".

A regra fiscal vem desde o tempo do Império, quando o regulamento nº 4.355, de 17 de abril de 1869, o mesmo dispunha, nos mesmos termos. A interpretação que então lhe era dada é a que ora se dá ao art. 181 do Cód. Tributário de Minas Gerais. A descrição, com a especificação de valores, de todos os móveis, inclusive os móveis cuja natureza fôsse modificada por destinação, não levava a isentar todos eles do imposto de transmissão. Isentava apenas os imóveis que o destino não houvesse imobilizado e que, não discriminados, pagariam o imposto, como se imóveis fôsem (TEIXEIRA DE FREITAS, "Consolidação das Leis Civis", 3ª edição, nota 5 ao artigo 46). A intenção do legislador era evidentemente evitar a fraude contra o Fisco, pela diminuição do preço dos imóveis, dissimulada sob o preço dos móveis, ambos declarados sem discriminação. Desta sorte, havendo a discriminação exigida, ficam livres do imposto os móveis que imóveis, por destino, não forem considerados. Afastada a interpretação pretendida pela agravada, resta examinar quais os bens móveis que, na venda em apreço, devem ser considerados imóveis por destino. Essa classificação, vinda dos "costumes" franceses, sempre foi uma das atormentadas questões do direito civil para os povos que a seguiram. O novo Cód: Civil italiano a aboliu, voltando à tradição romana da classificação natural. O relatório da Comissão Real sobre o Projeto a julgou artificiosa, desnecessária, fonte de dúvidas e de questões (STOLFI, "Il Nuovo Codice Civile Italiano", vol. III, art. 812). LACERDA DE ALMEIDA considerava questão nem sempre fácil de solução a de saber se os móveis existentes no imóvel são destinados ao serviço e meneio deste ("Direito das Coisas", vol. II,

pág. 208). Os autores franceses, justamente os da terra onde surgiu a classificação dos móveis por destino, estão longe de oferecer um critério seguro. Ensinam, por exemplo, que, para serem imóveis por destino, os móveis devem estar a serviço do imóvel por natureza e não o contrário. Assim, os animais de tiro das charruas seriam imóveis por destino. Servem à terra, para melhorar as condições de sua produção. Não, porém, os animais postos a criar nas pastagens. Já aqui a posição é inversa: é um produto da terra que serve ao gado (AUBRY ET RAU, "Traité", II, § 164). Isto seria inteligível se os móveis fôsem imóveis por destinação quando servissem à agricultura. Nesse ponto, o Código Civil italiano era coerente com essa explicação, pois apenas se referia à agricultura, art. 413, *in verbis*: "*per il servizio e la coltivazione del medesimo fondo*". Inda assim os tribunais italianos hesitavam e estendiam à exploração industrial o que o art. 413 restringia à exploração agrícola, como se pode ver na "Giurisprudenza sul Codice Civile", em anotação ao referido texto. Não passam, em verdade de uma figura de retórica dizer, para classificação dos móveis por destino, que a terra serve aos móveis ou *vice versa*. Todos êles, na exploração do imóvel, servem é ao homem, o proprietário, que dêles retira um lucro. Se a terra pode ser explorada para a agricultura, também o pode ser para a indústria, principalmente a indústria pastoril. Terras há que não se prestam à cultura e são, de outro lado, próprias a pastagens. É o seu único destino, que razão, pois, haveria, para dizer que os bois de carro que transportam a colheita da fazenda se acham destinados à exploração do imóvel e negar que isso também se dê com o gado de criação, por intermédio do qual o proprietário aproveita a herva que a terra produz? (BAUDRY-LACANTINERIE ET CHAÛVEAU, "Traité", vol. VI da 3ª edição, nº 66). Nossa lei, art. 43, nº III, do Cód. Civil, não restringe a destinação à exploração agrícola. Refere-se a "tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidades". Mas, ao revés, só se refere a "exploração industrial". Ora, "indústria", de regra, se opõe tènicamente à agricultura, nos três ramos da atividade: agricultura, indústria e comércio. Mas fala-se também em indústria agrícola (AULETE, verbo *indústria*). E os comentadores (CLÓVIS, ao art. 43, nº III: CARVALHO SANTOS, ao mesmo artigo) naquela expressão incluem a agricultura. O gado vacum criado numa fazenda se destina à exploração do imóvel. Pouco importa que seja mais tarde, em parte, no excedente, vendido. A exploração tem uma finalidade financeira. Se o criador não vendesse o excesso do gado, que exploração seria essa, que lucro algum podia dar? O gado criado na fazenda é

assim imóvel por destinação. Não há razão também para excluir o gado suíno. Não consideram imóveis por destinação a mobília da casa, nem o cavalo de sela. São de uso pessoal do proprietário. Não se destinam a tornar mais belo ou mais cômodo o prédio, em sua exploração industrial ou agrícola. Nem o milho já colhido, evidentemente móvel, nada tendo mais que o prenda por natureza ou por destino à terra, salvo, o que não se provou, se se destinasse à sementeira, e não ao consumo do dono ou à venda. As ferramentas agrícolas, o material agrícola e os bois de carro são, como diz a sentença, imóveis por destinação. Fica prejudicada a apelação da ré.

Custas em proporção de cinco (para a exeqüente, que venceu, dos oito, cinco pedidos) para três, que foram os que ela perdeu. O Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS isentava todos os móveis, mesmo imóveis por destinação. O Exmo. Sr. desembargador APRÍGIO RIBEIRO isentava, além dos que a sentença isentou, o gado suíno apenas.

Belo Horizonte, 13 de março de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*, vencido: Reputo não-devidos os impostos no tocante aos móveis transferidos, dada a discriminação constante da escritura. Se móveis imobilizam por acessão, a sua desimobilização se opera por uma declaração de vontade dos interessados. E o que diz o Código Civil e é o que permite o Cód. Tributário do Estado; Aprígio Ribeiro, vencido, em parte, com o seguinte voto: Cifra-se a matéria em lide à exegese do artigo 181 do Cód. Tributário. Preceitua êsse inciso que nas transmissões simultâneas de imóveis ainda, que êstes não se reputeem imóveis por força de lei, o impôsto será cobrado à taxa dos bens de raiz sôbre o valor ou preço total, salvo quando da guia e da escritura constarem a relação especificada dos móveis e seu preço. Veio o texto prevenir possível dúvida, à hipótese de, feita a venda do prédio com os móveis conteúdos, se entendesse - como fãcilmente podia acontecer - ser razão excluir-se do cálculo fiscal tais bens, insuscetíveis à tributação *inter vivos*. Sobreveio a regra legal, estabelecendo um mandamento: a discriminação da natureza e valor dos bens.

O objetivo só poderia ser um, espancar a fraude que se poderia insinuar no negócio, dando como imóveis, legítimos móveis. Outro não poderia ser o intuito do preceito, salvo se, sadiamente, cuidasse o legislador fiscal de legislar contra a Fazenda. De contrário, o que êle a tôda luz quis foi acautelar o

interêsse do erário, porque com a discriminação habilitava-se o exator a averiguar se os arrolados móveis efetivamente pertenciam a essa categoria. O batismo doloso não poderia ter, todavia, o condão de alterar a natureza das coisas e tornar móveis os imóveis maliciosamente alistados e nem tornar móveis os bens que por sua destinação, houvessem perdido êsse caráter, porque seria inépcia de clamar vingança dispensar o tributo a recair sôbre um bem que a própria lei considerava imóvel. E tanto é assim que a lei fala em imóveis, que é gênero, e não imóveis por natureza, que é espécie. Assim entendida a lei, cumpre aplicá-la ao fato e daí o exame do juiz, apreciando cada categoria de per si, tarefa difícil por causa do silêncio dos contratantes, no que tange à natureza legal das coisas vendidas. Tenho por acêrto, ao parecer, que se deve haver como imobilizado o rebanho bovino, para cuja manutenção e cuidados possuía fazenda instalações adequadas e completas e, se o tinha, já que a vendedora não mercanciava em gado vivo, a conclusão é que se destinavam ao gasalhar parte para tração e o restante para aproveitar o leite e isso basta para presumir a imobilização. Nem se compreende estância reduzida a pastagens. O fita dos pastos é alimentar o gado e o gado se integra no conjunto da exploração. Na mesma situação o equino, mas em situação díspar o rebanho porcino, porque os porcos são normalmente criados para venda direta e não para aproveitamento industrial e assim não se podem considerar incorporados por destinação ao imóvel. Também e pela mesma razão, móvel deve ser considerado, e como tal tratado fiscalmente, o milho colhido. Dou, pelo exposto, parcial provimento, ao recurso da Fazenda e hei o da parte como prejudicado.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral.

## RELATÓRIO

Em Visconde do Rio Branco, Gabriel de Andrade Botelho vendeu, à Societè Sucrière de Rio Branco S.<sup>a</sup>, a fazenda Santa Helena e com ela, simultaneamente, 30 carros de milho, 105 cabeças de gado vacum, 32 suínos, seis carros de boi e ferramentas agrícolas. Na escritura, descreveu os imóveis por natureza e lhes deu o valor de aquisição. Pagou o imposto apenas sobre os imóveis por natureza. Mais tarde, achou o Fisco que o imposto deveria ter abrangido os móveis que por destinação a lei considera imóveis. O executado invocou em sua defesa o art. 181 do Código Tributário. O juiz, a final, julgou

em parte a ação procedente, mandando pagar a diferença de impostos, que calculou, sobre material agrícola, avaliado em Cr\$ 13.000,00, as ferramentas, em Cr\$ 10.000,00, e os seis carros de boi, do mesmo valor. E recorreu de ofício. A Fazenda agravou de petição. Pretende que o imposto recaia sobre o que a sentença excluiu. Há também agravo interposto pela ré. Quer a reforma integral da sentença. Alega que a discriminação, na escritura, mostra que todos os móveis, inclusive os que a lei sem embargo da natureza deles considera imóveis, foram vendidos separadamente. Ouvido nesta instância o Dr. Procurador geral, opinou ele pelo provimento do recurso da Fazenda, menos os 32 suínos e os 30 carros de milho. A folhas constam os bens que a guia discriminou e seus respectivos valores.

Em mesa.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 1952. – *Lopes da Costa*.

### ACÓRDÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração opostos ao acórdão que julgou o agravo de petição nº 4.049, de Visconde do Rio Branco, embargante a Societé Sucrière de Rio Branco S. A., embargada a Fazenda Pública Estadual:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, receber os embargos, para declararem: *a)* que fica isenta da tributação a venda do gado suíno; *b)*

que a atribuição das custas se faz a meia. E assim decidem porque, nesse ponto, aquela isenção teve os votos dos Exmos. Srs. Desembargadores VILAS BOAS e APRÍGIO RIBEIRO. É conseqüente a modificação na atribuição das custas.

Belo Horizonte, 5 de junho de 1952 - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*; *Aprígio Ribeiro*.

**Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

## **COMPRA E VENDA MERCANTIL - DEFEITO - RECLAMAÇÃO AO VENDEDOR - DEPÓSITO DA MERCADORIA**

**- Verificando defeito na mercadoria, em compra e venda mercantil, o comprador, após a reclamação ao vendedor, deve devolvê-la ou consigná-la. Ao vendedor, efetuada a devolução, cumpre depositar a mercadoria devolvida, se não quiser consentir na rescisão do contrato.**

**- Aplicação dos arts. 211 e 212 do Cód. Comercial e 14 da lei nº 187, de 15 de janeiro de 1936.**

Malharia Nossa Senhora da Conceição S. A. *versus* Weisemblum & Cia. Ltda.

Embs. nº 8.250 - Relator: DESEMBARG. DÉCIO PELEGRINI

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos:

Acordam, em Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria, julgar improcedentes os embargos infringentes, entre partes, embargante a Malharia Nossa Senhora da Conceição S. A., embargados Weisemblum & Cia. Ltda., para confirmar, por seus fundamentos, a decisão embargada.

Celebrado um contrato de compra e venda de meias, entre a embargante, como vendedora, e os embargados, como compradores, êstes reclamaram defeito na qualidade da mercadoria recebida e, por isso, negaram assinatura à duplicata correspondente ao preço, para cujo pagamento foram acionados.

Não houve divergência, na Câmara, sôbre a tempestividade da reclamação, a devolução das meias à vendedora e seu retôrno em data e por via não esclarecidas nos autos ao estabelecimento dos compradores.

Houve divergência na interpretação dos arts. 211 e 212 do Cód. Comercial e 14 da lei nº 187, de 15 de janeiro de 1936.

Entendeu a maioria da 1ª Câmara que a vendedora, não depositando as meias devolvidas cujos defeitos vieram a ser verificados em vistoria posterior, deu margem a rescisão do contrato e, conseqüentemente, à improcedência da ação de cobrança do preço. O voto vencido não deu pela rescisão, julgando a ação procedente, porque a vendedora não reincorporou a mercadoria em seu patrimônio, antes, fê-la retornar ao poder dos compradores, em cujo estabelecimento teria sido vistoriada, não se concretizando, assim, a devolução, quer aceita, quer imposta.

Examinados os dados dos autos, verifica-se que os compradores procederam, rigorosamente, de acôrdo com o disposto nos arts. 211 e 212 do Cód. Comercial e também em consonância com o art. 14, *in fine*, da citada lei nº 187. Sua reclamação foi tempestiva, inatendida, poderiam devolver a mercadoria, ou, de acôrdo com o último dispositivo mencionado, que alterou o citado art. 212, consigná-la. Preferiram seguir o primeiro dos caminhos apontados pela lei.

Assim, porém, não procedeu a embargante. Não se insurgiu contra a devolução, fazendo o depósito da mercadoria, preferindo fazê-la retornar ao estabelecimento dos embargados. Aceitou a minoria êsse procedimento como legítimo, atribuindo aos compradores a obrigação de fazer o depósito, já que não o fizera a vendedora, antes de discutir o defeito reclamado, para eximir-se do pagamento do preço. A lei, porém, não lhes impunha essa obrigação, pois já haviam optado, como lhes era facultado pelo art. 14 da lei nº 187, pela devolução.

A perícia veio demonstrar que as meias apresentavam defeitos em, pelo menos, 25% do seu total. E nada há, nos autos, a não ser seródia alegação da embargante, a demonstrar que as meias examinadas não foram as por ela vendidas.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 28 de junho de 1953. - *Décio Pelegrini*, presidente e relator; *João Clímaco de Melo Filho*; *Maurílio Alves Daielo*; *Nei Wiedemann*, vencido: Acolhi os embargos. Sob o Cód. Comercial, relativamente à hipótese, ensinou CARVALHO DE MENDONÇA: "não querendo o vendedor absolutamente receber a mercadoria devolvida, se residir na mesma praça do comprador, êste

não terá outro remédio senão, por sua vez, requerer o depósito judicial. Lícito lhe não seria deixar na rua ou na porta do vendedor as mercadorias devolvidas" ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. VI, p. 2<sup>a</sup>, 1934, nº 686, pág. 98); e estendeu a solução, colhida em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, à situação concretizada entre comerciantes localizados em praças diferentes (ob. e vol. cit., números 701-702, pág. 107). Encarando a mesma espécie, mostra FÁBIO PENA que as normas legais não falam "em devolução e sim em entrega e aceitação ou recebimento: pouco importa que o comprador notifique, amigável ou judicialmente, o vendedor do reenvio da mercadoria, se êle não a aceita, nem ela lhe é entregue contra sua vontade" ("Da Duplicata", ed. "REVISTA FORENSE", 1952, páginas 148-149), e entende que, nessa hipótese (quando o comprador não aceita a mercadoria, nem ela lhe é entregue contra a sua vontade), ao comprador compete promover a depósito e a verificação judicial (ob, cit. págs. 150-151). Não se alude à custódia indefinida da mercadoria nas mãos do comprador, obviamente porque essa atitude evidencia a conformidade final dêle; *Moreno L. Lima*, vencido, de acôrdo com o voto do Sr. desembargador NEI WIEDEMANN, ao qual me permito acrescentar: Pela correspondência trocada entre a autora e a ré-embargada, enquanto aquela, desde o início, afirmava e reafirmava ter enviado a esta, em cumprimento do negócio que tinham, 30 dúzias de meias de primeira qualidade e só admitia poder existir entre elas meias de segunda, se misturadas com outras posteriormente, a ré sempre insistiu em que tôdas as peças dêsse artigo, par por par, apresentavam falhas (docs. de fls. 7, 9 e 11 e docs. de fôlhas 8, 10 e 12). Ora, o laudo de fls. 43, confirmado pelo de fls. 51, apurou que a mercadoria em questão só em 25% dela era defeituosa. As demais meias - declara-se no último documento - "são iguais, em perfeito estado".

Êsse claro desmentido da rotunda afirmativa da embargada, aliado ao seu procedimento, suspeito e comprometedor, de receber e ficar com a mercadoria em sua casa, por mais de oito meses, sem promover o seu depósito, sequer a sua verificação judicial, sendo preciso, para tanto, trazê-la a juízo, desvela, a tôda a evidência, a má-fé com que se houve com a outra parte, e sua aceitação - tácita sem dúvida, mas *circunstanciada* e Inequívoca - dos objetos comprados.

Aqui, a simulação de aprazimento que não tinha, não lhe poderia aproveitar: *ex malitia nemo commudum habere debet*.

Se, finalmente, não lhe convinha fazer a consignação judicial, recambiasse de novo a mercadoria ao vendedor: proceder, como procedeu, é que não devia, nem podia; *Artur Oscar Germany; Darci Pinto*, vencido, nos termos do voto do Exmo. desembargador NEI WIEDEMANN; *Lourenço Mário Prunes; Mário Boa Nova Rosa*, vencido, de acôrdo com o voto do Exmo. Sr. desembargador WIEDEMANN.

\*

## **SUSPEIÇÃO - JUIZ REMOVIDO VINCULADO AO PROCESSO**

**- Deve-se conhecer da exceção, quando o juiz exceto, embora removido da comarca, ficou vinculado ao feito em que foi suscitado o incidente.**

Excipiente: Sílvio Nunes de Ávila

Exc. de susp. n° 9 - Relator: DESEMB. MÁRIO BOA NOVA ROSA

## **ACÓRDÃO**

Vistos:

Acordam, unânimemente, em 1ª Câmara Cível, julgar improcedente a exceção de suspeição manifestada contra o doutor José Faria Rosa da Silva, então juiz de direito da 3ª Vara da comarca de Pelotas, por Sílvio Nunes de Ávila, na ação de alimentos que lhe move sua filha legítima Mariza Helena, menor de três anos de idade, representada por sua curadora especial e avó materna Ovni Domingues Figueira.

Conheceram da exceção, embora, segundo informa a Secretaria do Tribunal, o juiz exceto tenha sido promovido e, conseqüentemente, removido da comarca de Pelotas para a desta capital; por isso que, tendo funcionado na instrução do processo em audiência (com a tomada do depoimento da aludida Geni - fls. 42), ficou o magistrado, cuja suspeição se discute, vinculado ao feito em que se suscitou o incidente.

Alega o excipiente que, em audiência, sem o comparecimento do seu procurador, houve um atrito entre êle e o exceto, por negar-se o primeiro a fazer acôrdo com a parte contrária; e que, desde essa ocasião, o juiz passou a lhe "querer mal", como o teria demonstrado pelos seguintes fatos:

1°. No despacho saneador, na ação de apreensão de menor que corre paralela à presente, afirma o exceto que o excipiente "tem amantes e leva uma vida irregular";

2°. Em outra decisão, nesta ação de alimentos, o mesmo magistrado escreveu que o suspeitante "tem um lar irregularmente constituído, e deixou mesmo a espôsa morrer na miséria, atacada de tuberculose";

3°. Tendo falecido a autora (espôsa do excipiente), o juiz deu prosseguimento à ação de alimentos, nomeando curadora especial a avó da filha menor daquela e do réu, quando é certo que a ação estava extinta pela transação, pois o mesmo excipiente já vinha entregando à predita curadora, de comum acôrdo e por liberalidade, a pensão paga pelo I. A. P. I. à sua espôsa e que êle passara a receber após a morte dela - do mesmo passo que o exceto dera ao aludido pecúlio a função de alimentos provisionais em favor da mencionada menor.

Sustenta, ainda, o excipiente que para justificar a suspeição não é mister inimizade capital, bastando a simples "malquerença", como aquela a que faz alusão (fls. 76).

Esclarece o Dr, juiz exceto que a audiência a que se reporta o excipiente foi aquela em que procurou a conciliação das partes, no tocante aos alimentos pleiteados - aliás ocorrência corriqueira na vida forense e com assento em expressa disposição legal (lei nº 968, de 10-12-1949, artigo 1º) - não tendo havido qualquer desinteligência (e muito menos atrito) durante o ato processual, em que o réu se negara a qualquer forma de acôrdo, apesar dos conselhos e explicações que então lhe foram dados, no sentido de contribuir para o sustento da filha menor (fls. 80 a 87). E nenhuma prova deu, nem protestou dar o excipiente, quanto à realidade do alegado "atrito" que teria sido a causa geradora da "malquerença", para justificar a suspeição argüida.

O simples enunciado, acima reproduzido, dos três fatos, supervenientes ao pretendido "atrito" e que, no entender do excipiente, evidenciam o malquerer que lhe vota o exceto, mostra que a respectiva matéria é inseparável do mérito da causa principal, com a qual tem íntima ligação, escapando, assim, o seu conhecimento, ao âmbito restrito de um incidente relacionado apenas com a suspeita de parcialidade do julgador. Se o juiz não andou bem ao fazer esta ou aquela afirmação em seus despachos, se mal andou ao proferir esta ou aquela decisão, é assunto que a segunda instância só poderá apreciar por via do recurso apropriado. Isso mesmo demonstrou entender, a princípio, o excipiente, tanto que agravou nos autos do processo contra as soluções que lhe foram desfavoráveis nos incidentes que levantou (fls. 56 e 70).

Enfim, esfuma-se a suscitada suspeição, ao desamparo de qualquer adminículo de convicção, no que tange à existência, entre o juiz e o suscitante, de uma *inimizade capital*, que só esta constitui motivo legal para a fundada suspeita de parcialidade do titular do Juízo (Cód. de Proc. Civil, art. 183, n° II). Ao que tudo indica, a exceção teve finalidade protelatória, procurando ainda mais retardar o processo, que já se arrasta desde 1949 e cujo curso normal tem sido embaraçado por incidentes de toda ordem; pois os autos estiveram parados na Secretaria do egrégio Tribunal de Justiça por mais de seis meses, sem que o excipiente se interessasse pelo respectivo preparo (fls. 89), e só tiveram andamento por provocação do assistente judiciário da menor alimentando (fls. 91).

Custas pelo excipiente, na forma da lei.

Pôrto Alegre, 7 de julho de 1953. - *Nei Wiedemann*, presidente; *Mário Boa Nova Rosa*, relator; *Lourenço Mário Prunes*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

\*

## **JUIZ - REALIDADE SOCIAL**

**- A função do juiz exige que se mantenha sempre atento à relação entre o direito e a realidade social.**

Excipientes: Dr. Fernando Fernandes Pantoja e sua mulher

Exc. de susp. nº 10 - Relator: DESEMB. NEI WIEDEMANN

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, verifica-se que se dá o Dr. Atos Gusmão Carneiro, juiz de direito da comarca de São Francisco de Assis, como suspeito para funcionar no processo de desapropriação de terrenos, situados na cidade de São Francisco de Assis, requerida pela Prefeitura Municipal "para o fim especial de construir um prédio, onde funcionará um ginásio municipal" (fls. 2, 7 e v. e 8). Fundamenta-se a argüição na circunstância de ter aquêlê magistrado assinado, como secretário da Sociedade Cultural Assisense, um ofício, no qual esta Sociedade solicitava aos excipientes a doação de quinhão daqueles terrenos, "para construir um ginásio, fim especial da Sociedade" (fls. 31). Invoca-se a norma do art. 185, nº III, do Cód. de Proc. Civil, considerando-se o juiz "particularmente interessado na decisão da causa". Remetendo os autos a esta instância, alega o exceto: *a)* ser mister poderes especiais para dar de suspeito; *b)* ter funcionado como secretário *ad hoc* na reunião em que se resolveu dirigir apêlo aos condôminos dos terrenos ora objeto da ação de desapropriação; *c)* não ter a Sociedade Cultural Assisense interêsse direto na solução do litígio, que se desenrola entre a Prefeitura Municipal e os herdeiros de Belarmino Viana.

Ponderada a espécie, acordam, em 1ª Câmara Cível, unânimemente, tomar conhecimento da exceção de suspeição, considerando-a interposta tempestivamente, e julgá-la improcedente.

I. O art. 182, e seu nº I, do Cód. de Proc. Civil prescrevem que a exceção de suspeição será oposta nos três primeiros dias do prazo para contestação, contado êsse prazo nos têrmos do art. 292 do mesmo Código. Mostram os autos que os excipientes foram citados por carta precatória, em Pôrto Alegre, no dia 8 de maio dêste ano, sendo o mandado juntado aos autos da carta precatória no dia seguinte (fls. 26 v, e 22 v.). Em 18 do mesmo mês (fls. 27 v. e 28 v.), obtiveram êles que se juntasse àqueles mesmos autos a contestação de fls. 28-29, na qual alegaram inicialmente incompetência do fôro de São Francisco de

Assis para se processar a desapropriação: contestaram o pedido e, em cláusula final, formularam a exceção de suspeição contra o Dr. Atos Gusmão Carneiro, juiz de direito da comarca de São Francisco de Assis. Devolvida a precatória, foi juntada à ação em 5 de junho (fls. 18 v.), mas a conclusão do Dr. juiz de direito somente foi efetivada em 16 de junho, quando findou o prazo para as contestações (fls. 34, *certidão e conclusão*). Ora, sendo certo que o prazo para contestação se conta "da entrega em cartório do mandado cumprido" (art. 292 citado), verifica-se que, ainda que irregularmente recebida no Juízo deprecado (Cód. de Processo Civil, art. 176), e malgrado a demora na conclusão ao Juízo (Cód. de Proc. Civil, art. 183), os excipientes lograram que a exceção fôsse junta aos autos simultaneamente com o mandado cumprido. E de se reconhecer que ela foi ajuizada dentro no prazo legal.

II. Conhecendo da exceção, apesar da primeira alegação formulada pelo exceto (Cód. de Proc. Civil, art. 108), verifica-se que os excipientes pressupõem que o magistrado se conserve dentro na situação que CALAMANDREI descreveu: "o drama no juiz é a solidão, porque êle, que para julgar deve estar liberto de afetos humanos e colocado um furo acima dos seus semelhantes, raramente encontra a doce amizade que requerem espíritos do mesmo nível e, se a vê avizinhar-se, tem o dever de a evitar com desconfiança, antes que tenha de aperceber-se que a movia apenas a esperança dos seus favores, ou antes que ela lhe seja censurada como traição à sua imparcialidade" (PIERO CALAMANDREI, "Êles, os juízes...", trad. ARI DOS SANTOS, 1940, página 172). Mas não deve ser essa a atitude do juiz, nem pode ser. Não lhe cumpre tornar-se "um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interêsse de natureza vital"; cabe-lhe, sim, diretamente intervir no processo "no interêsse da Justiça, que é o interêsse da comunidade, do povo, do Estado" ("Exposição de motivos do Código de Processo Civil", Imprensa Nacional, 1939, pág. 6). Ora, para desempenhar sua missão dessa forma, não são a clausura e a solidão aconselháveis ao magistrado: é mister sua integração no ambiente social em que êle atua. Encontra-se formulada por HUSSON, na investigação que realizou sôbre o pensamento jurídico, apreciação adequadamente aplicável aqui: "*le Droit n'est pas un système hypothétique-déductif: il concerne des réalités données, les conflits d'intérêts qui s'élevent dans la vie sociale, et il vise à y appliquer une règle de justice qui répond à une aspiration profonde de notre être. Ses notions et ses principes ne sauraient donc être assimilés aux notions et principes mathématiques: ils ressemblent*

*beaucoup plus, mutatis mutandis, aux notions et aux principes dont usent les sciences experimentales, car ils sont, comme ceux-ci, le fruit d'une organisation intellectuelle de données. Cela est évident pour la connaissance des faits que le Droit est appelé à régir, connaissance qui en constitue la partie positive*" (LEON HUSSON, "Les transformations de la responsabilité", 1947, pág. 394). O que vem a ser o reconhecimento da existência do primeiro fundamento da regra de direito, apontado por ROUBIER: "*l'expérience, telle qu'elle résulte des données de la vie en société, qui nous apprend à la fois ce qui correspond aux besoins des hommes, et ce qu'il est possible de réaliser*" (PAUL ROUBIER, "Théorie générale du droit", 1946, página 184). Dentro nessa orientação se encontra a hodierna ciência do direito, como acentua GURVITCH, citando a frase de ROSCOE POUND: "talvez o passo mais importante, na hodierna ciência do direito, seja a mudança do ponto de vista positivo pelo funcional": "esta atitude funcional exige que os juízes, os juristas e os advogados se mantenham sempre atentos à relação entre o direito e a realidade social viva - *a lei em ação*. "Genetrix fecunda de injustiças é a tirania dos conceitos", declarou o juiz da Suprema Corte BENJAMIN CARDOSO, continuando a descrever "a limitação da própria lógica jurídica", pelas reflexões sociológicas que se desenvolvem nos processos jurídicos da atualidade. No mesmo sentido as bem conhecidas afirmativas do juiz O. W. HOLMES, ao dizer que "a vida da lei não era lógica, mas a experiência", experiência da existência real da sociedade, que os processos jurídicos não podem desprezar, sob pena de se tornarem puro jôgo verbal" (GEORGES GURVITCH, "Sociologia jurídica", trad. DJACIR MENESES, 1946, pág. 25). É de se reconhecer, portanto, que a comunhão do magistrado na vida social, sua integração no ambiente sôbre o qual se exercita sua jurisdição, se encontra justificada pela própria natureza de suas funções. Por isso, e com maioria de razão, seu comparecimento a reuniões convocadas para debater medidas tendentes à incrementação do ensino, à difusão da cultura, sômente pode ser considerado como atuação normal, quer do habitante da comuna (embora transitório, por fôrça da própria carreira), quer, especificamente, do magistrado.

III. Do exposto se conclui, portanto, que - encarada a hipótese *sub judice* tal como a configuram os excipientes - não se há de presumir particular interêsse do Dr. Atos Gusmão Carneiro que o torne suspeito para funcionar na presente ação de desapropriação. Efetivamente, ainda que se configure interêsse da Sociedade Cultural Assisense, constata-se que o exceto informa, e os autos

comprovam, que êsse interêsse, será remoto e à margem da presente ação: a Sociedade pretende manter um ginásio e procura obter terreno para construir prédio; mas, aqui, quem desapropria, os terrenos é a Prefeitura Municipal, e esta construirá edifício para ginásio municipal. Dentro no que consta dos autos, a Sociedade prestigiará essa medida da administração municipal, e procurará formar o corpo docente do ginásio. Mas não existe referência alguma que leve a admitir, sequer, que se haja outorgado à Sociedade privilégio ou preferência para a constituição dêsse corpo docente. Por outro lado, em face do que ficou indicado sôbre a função social do juiz, verifica-se que a motivo da suspeição aduzido se apresentaria, necessariamente, qualquer que fôsse a situação do magistrado - membro, ou não, da Sociedade Cultural Assisense. Assim será porque, dentro naquela concepção, sempre se presumirá interêsse dêle na efetivação daquela *desideratum*. Acertadamente acentua GORPHE que "le juge est un homme vivant, il juge avec toute son âme; il fait oeuvre, non seulement rationnelle, mais aussi humaine. La jurisprudence, en ses aspects multiformes, est à la fois une science normative et un art pratique, qui sert à solutionner les difficultés les plus diverses de la vie sociale" (FRANÇOIS GORPHE, "Les décisions de justice", 1952, página 41). Sendo assim, ressalta que a argüição levantada identifica situações contraditórias: quer o julgador esteja - e quer não esteja - incluído no quadro de sócios da Sociedade Cultural. Ora, reduzido assim a seus têrmos essenciais, o argumento básico da exceção se apresenta inaceitável, qualquer que seja o sistema lógico adotado. Não lhe dá validade a lógica aristotélica, por aplicação do brocardo *ex vero non sequitur nisi verum*, eis que duas contraditórias não podem ser verdadeiras ao mesmo tempo: a rejeição de uma acarreta o reconhecimento da verdade da outra (CARDEAL MERCIER, "Logique", 7ª ed., 1922, pág. 231); dentro na conceituação de GOBLOT, a hipótese em exame, suscetível de ser sujeita à dicotomia, ou seja, transformada em alternativa, leva à verificação da contraditoriedade das proposições enunciadas, que se excluem mutuamente (EDMOND GOBLOT, "Traité de logique", 8ª ed., 1947, páginas 277-278 e 241-242); na logística, a admissão da existência de proposições - contraditórias sob certo ponto de vista, mas que não são contraditórias sob outro ponto de vista - levou à substituição do conceito de contraditoriedade pelo de incompatibilidade, e, dentro na aplicação dêste, aquêle argumento se apresenta inaceitável: é inadmissível serem verdadeiras as ditas proposições, mas é razoável serem as duas falsas (JEAN PIAGET, "Tr. de logique, essai de logistique opératoire", 1949, págs. 402, 226 e 232).

Custas pelos excipientes.

Pôrto Alegre, 14 de julho de 1953. - *Nei Wiedemann*, presidente e relator;  
*Lourenço Mário Prunes*; *Mário Boa Nova Rosa*.

\*

## EMBARGOS DECLARATÓRIOS - CUSTAS

**- Constitui evidente lapso de redação do julgado a condenação da parte vencedora nas custas.**

José Flôres Kraemer *versus* Ari Meneses do Canto

Embs. nº 8.972 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO BOA NOVA ROSA

### ACÓRDÃO

Vistos:

Acordam, unânimemente, em 1ª Câmara Cível, deferir o pedido de fls. 66, para declarar que a parte condenada nas custas da apelação nº 8.972, julgada por esta Câmara em 16 de junho próximo passado, é o apelante Ari Meneses do Canto, vencido, e não o apelado José Flôres Kraemer, como, por evidente lapso, ficou constando do venerando aresto de fls. 61.

Vencido em primeira instância na ação de despejo que lhe moveu José Flôres Kraemer, apelou Ari Meneses do Canto, sem lograr provimento, quer à sua apelação, quer ao agravo no auto do processo. Em manifesta contradição com o resultado do julgamento, entretanto, ficou constando do final da parte decisória do respeitável acórdão: "Custas pelo apelado, *ex lege*" Trata-se, pois, de visível equívoco de redação, reparável por via de embargos declaratórios.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, em 7 de julho de 1953. - *Nei Wiedemann*, presidente; *Mário Boa Nova Rosa*, relator; *Lourenço Mário Prunes*.

\*

## **JUSTIÇA GRATUITA – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – EMBARGOS DECLARATÓRIOS**

**- O beneficiário da justiça gratuita, vencedor na causa, tem direito a honorários de advogado. Omissa a decisão sobre o ponto, pode corrigir-se por meio de embargos de declaração.**

Álvaro Belchior (assistido) *versus* Ana Arruda Fernandes

Embs. nº 8.767 - Relator: DESEMBARG. DARCI PINTO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, examinados e discutidos os autos:

Acordam, em 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, deferir o pedido de folhas 64-67.

Álvaro Belchior, beneficiário da justiça, foi vitorioso na ação contra si intentada por D. Ana Arruda Fernandes. Na contestação pleiteava a condenação da autora ao pagamento de honorários de advogado (fls. 16), mas o julgado de fls. 61 não se referiu ao postulado.

Houve, efetivamente, uma omissão, que é, agora, sanada. Nos termos do art. 76 do Cód. de Proc. Civil, combinado com o art. 11 da lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, quando o vencedor na causa gozar do benefício da gratuidade, o vencido paga honorários do advogado daquele, além de honorários dos peritos, custas, taxas e selos.

É, precisamente, a espécie em debate, de modo que, deferindo-se os embargos opostos, fixa-se em 15%, sôbre o valor dado à causa, os honorários do

assistente judiciário do embargante, na conformidade do § 1º do art. 11 da mencionada lei nº 1.060.

Sem custas.

Pôrto Alegre, 5 de junho de 1953. - *Décio Pelegrini*, presidente; *Darci Pinto*, relator; *Artur Oscar Germany*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

\*

## **REVISTA - AGRAVO**

**- É tempestivo o agravo apresentado em cartório dentro do prazo legal.**

Almerinda da Rocha Niederauer *versus* Atanásia Silva de Sousa, assistida de seu marido João Gonçalves de Sousa

Rec. de rev. nº 4.361 - Rel.: DESEMB. DARCI PINTO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, examinados e discutidos os autos:

Acordam, em Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça, dar provimento, por maioria, ao recurso de revista.

D. Almerinda da Rocha Niederauer, na causa em que contende com Atanásia Silva de Sousa e João Gonçalves de Sousa, agravou de instrumento de uma decisão do MM. juiz de direito da 1ª Vara da comarca de Santa Maria, e publicada em audiência a 27 de agosto de 1952. A petição de agravo deu entrada em cartório a 1º de setembro seguinte, mas, estando ausente o magistrado, que seguira para outra comarca, em objeto de serviço, foi ela enviada à portaria do Fórum a 2 de setembro e, a 3, encaminhada ao senhor Dr. juiz municipal, que aceitou a interposição do recurso para ulterior conhecimento do juiz da causa. Regressando êste, admitiu o agravo,

determinando o seu regular processamento. Subindo os autos, a egrégia 1ª Câmara Cível resolveu não conhecer da matéria, por entender que o mencionado agravo fôra interposto fora do prazo, tomando como data de sua apresentação a que consta do protocolo da portaria. Inconformada, a agravante ingressou com a presente revista, sob o fundamento de haver divergência de apreciação do direito em tese, indicando como contrariado o acórdão de 28 de abril de 1944, destas Câmaras Reunidas, e prolatado no recurso de revista nº 2.163, oriundo de Caxias do Sul ("Justiça", vol. 25, página 425). A outra parte, apesar de intimada, não se pronunciou, e o eminente Sr. Dr. procurador do Estado emitiu o parecer de fls. 15 v.-16, opinando pelo conhecimento e pela procedência da revista.

Na espécie houve, por sem dúvida, um equívoco manifesto do serventuário e que não pode, de forma alguma, ser prejudicial àquele que, vigilante, agiu oportunamente, recorrendo no tempo devido. Ciente da decisão em 27 de agosto, a parte agravou de instrumento a 1º de setembro e, portanto, no quinto dia, conforme consta da seguinte certidão: "Certifico que recebi a presente petição, em cartório, hoje, às 17:30 horas. Dou fé. Santa Maria, 1º de setembro de mil novecentos e cinqüenta e dois. O escrivão -. F. Z. R. "Correia" (fls. 3 v.). Pouco importa que, depois, alguém, sem motivo e sem causa, tivesse irregularmente encaminhado o documento à portaria, que nela lançou esta anotação. "Número mil trezentos e vinte e dois. Entregue na portaria às 14 horas de dois-nove-cinqüenta e dois". Dita anotação é inoperante, pois nem está autenticada com assinatura. Nem mesmo se sabe quem levou a petição de agravo à portaria, mas é de se presumir que tivesse sido o titular do cartório, a quem ela tinha sido entregue na, véspera, conforme a certidão que lançou e acima transcrita, pois êle declara que a recebeu e não há notícia de que a tivesse devolvido à parte interessada. O serventuário deveria, como é natural, ter certificado, nos autos da causa, a interposição do agravo e formado imediatamente o instrumento, autuando as peças que lhe foram entregues, certificando também, nos novos autos, a circunstância de estar ausente o juiz, que se encontrava viajando em objeto de serviço, e, ao regresso do magistrado, fazer-lhe os autos conclusos. Indiscutivelmente irregular foi o encaminhamento do agravo de instrumento à portaria, para receber uma anotação inexpressiva e destituída de autenticidade.

O agravo é interposto em cartório e a sua tempestividade é verificada pela data da apresentação do petitório, pouco importando que o juiz venha a despachá-lo depois do quinto dia, como resolveram estas Câmaras Reunidas, no já citado acórdão de 28 de abril de 1944, em cujo contexto foi declarado: "Ateve-se o acórdão recorrido, para considerar interposto fora do prazo, à data em que a respectiva petição alcançou o despacho do juiz, desprezando a circunstância de que dita petição fôra produzida em cartório ainda na pendência daquele prazo". E a ementa consigna: "A interposição do recurso de agravo de instrumento se verifica em cartório, pela apresentação da petição respectiva, dentro do prazo legal". Precisamente esta, é a situação equacionada no presente recurso, de sorte que subsistem os mesmos pressupostos e devem ser as mesmas as razões de decidir.

Em conseqüência, é tornado ineficaz o acórdão recorrido, devendo os autos voltar à egrégia 1ª Câmara Cível, para que conheça do mérito do agravo e o decida como entender de direito.

Custas pelos recorridos.

Porto Alegre, 8 de maio de 1953. - *Décio Pelegrini*, presidente; *Darci Pinto*, relator; *Lourenço Mário Prunes*; *Carlos Flôres*; *Maurílio Alves Daielo*; *Nei Wiedemann*, vencido: Há "certidão indicando que a petição de agravo foi apresentada ao escrivão no quinto dia; mas não há prova alguma de que tenha, essa petição, ficado em poder do escrivão". Segundo me parece, as circunstâncias de fato, que se encontram colacionadas no acórdão, levam a crer que permaneceu ela em poder do agravante. Ante essa situação, considerei não comprovada a impossibilidade da apresentação tempestiva para despacho; *João Clímaco de Melo Filho*; *Moreno L. Lima*; *Artur Oscar Germany*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva*.

### **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**

**MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - COMPETÊNCIA -  
PERÍCIA PERANTE O RELATOR DO FEITO - IMPEDIMENTO**

**- Se o próprio Tribunal de Justiça é o competente para processar e julgar originariamente o mandado de segurança impetrado contra ato judicial d'ele próprio emanado, sem impedimento legal de qualquer daqueles desembargadores que votaram no julgamento impugnado, nenhum motivo legal há para se pretender excluir do julgamento, no mandado de segurança, impetrado contra ato judicial de qualquer Câmara, os desembargadores que a integraram, visto que as Câmaras separadas não são autoridades judiciárias autônomas ou de instância inferior, mas, ao contrário e diferente disso, são autoridades judiciárias que funcionam como parte integrante do próprio Tribunal e a quem, para melhor e mais rápida distribuição da justiça, são delegados alguns dos poderes inerentes ao Tribunal a que pertencem, em nome do qual, em verdade, elas exercem suas atribuições judiciárias.**

**- Nenhuma ilegalidade se poderá vislumbrar na conversão do julgamento em diligência, para melhor instrução do feito em recurso de apelação e menos ainda se recusar ao Tribunal a competência de proceder à diligência de instrução mediante a atuação do relator.**

Impetrante:Cia. Brasileira de Energia Elétrica S. A.

Mand. de seg. nº 3.491 - Rel.: DESEMB. AGENOR RABELO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança originário nº 3.491, impetrado pela Companhia Brasileira de Energia Elétrica S. A. contra ato judicial da colenda 1ª Câmara d'êste Tribunal.

Alega a impetrante, em síntese:

a) Que, tendo proposto contra Oldemar Teixeira uma ação de desapropriação de determinada área de terras, no 5º distrito da comarca de Petrópolis, d'êste Estado, com fundamento no dec.-lei número 7.469, de 17 de abril de 1945, e no decreto nº 23.267, de 30 de junho de 1947, depois de diversos incidentes processuais, foi, afinal, proferida a sentença, fixando o valor dos bens desapropriados.

b) Que dessa sentença, baseada no laudo do perito nomeado pelo juiz, - laudo que foi elogiado pela mesma sentença como "notável trabalho, árduo e de competência técnica", - houve apelação, que foi distribuída para a 1ª Câmara do Tribunal.

c) Que, por ocasião do julgamento, a egrégia Câmara, porém, ao invés de dar ou negar provimento à apelação, houve por bem converter o julgamento em diligência, ordenando que outra perícia fôsse feita, perante o relator, e, desde logo, se nomeasse um perito para a nova diligência, tudo conforme se vê no acórdão transcrito na integra sob o doc. nº 1.

d) Que não há dúvida que o juiz (no caso o Tribunal) não fica adstrito ao laudo do perito e sempre que o entenda poderá determinar nova perícia ou qualquer explicação. Esta é a regra consubstanciada no art. 258 do Cód. de Proc. Civil. Até aí nenhuma ilegalidade existe na decisão aludida.

e) Que, porém, o que não podia a egrégia Câmara fazer, e daí, a ofensa ao direito líquido e certo da impetrante, e, conseqüente ilegalidade do ato impugnado, era mandar, não só que a diligência fôsse efetuada perante o relator, como, principalmente, nomear perito sem a intervenção das partes, quer direta, quer indiretamente. Na primeira hipótese, o fato valia pela supressão de uma instância. Na segunda, pela denegação de um direito expresso em lei federal.

f) Que a decisão impugnada, proferida que foi em processo de desapropriação, regido por lei especial (dec.-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941), tinha que ser cumprida nos térreos dessa lei, que, em seu art. 14, expressamente declara: "O juiz (da instância inferior) é quem designa o perito de sua livra escolha, sempre que possível, técnico, para proceder a avaliação".

g) Que é certo que a jurisprudência dos tribunais tem divergido no tocante ao cabimento da segurança quanto à decisão judicial, mas tão-sòmente quando da decisão caiba recurso ordinário de caráter suspensivo, o que não se verifica no caso em foco, porquanto, não só a decisão impugnada foi unânime, como, ainda, nenhum recurso cabe, nem ordinário e nem extraordinário, dado não se tratar de decisão definitiva. Além disso, com origem nesse mesmo processo de

desapropriação de Oldemar Teixeira, foi por êle impetrado mandado de segurança a êsse egrégio Tribunal, sob nº 261, e decidiu-se que "apesar de ser impetrado contra ato judicial e, por maioria", se o concedia para anular a decisão, cassar a imissão de posse e declarar a incompetência do Juízo. O julgamento é de 26 de novembro de 1947, tendo sido relator o desembargador AGENOR RABELO e votos vencedores, entre outros, os desembargadores FERREIRA PINTO e HORÁCIO BRAGA.

*h)* Que se deve, por último, acentuar que a decisão impugnada é, na sua totalidade, além de ilegal, nula. E a nulidade decorre do seguinte: não funcionou, como julgador, o Exmo. Sr. desembargador LUÍS PAIVA, revisor do feito.

*i)* Que, pelo art. 874 do Cód. de Processo Civil, será revisor, nas apelações, o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade.

*j)* Que, sendo o juiz mais antigo da Câmara, pela ordem descendente de antiguidade, o Exmo. desembargador LUÍS DA SILVEIRA PAIVA, seria êle o revisor, pouca importando que tivesse sido êsse ilustre desembargador eleito presidente da Câmara na vaga do relator que estava vinculado ao feito, pois a distribuição foi feita ao desembargador FERREIRA PINTO, não como presidente da Câmara, mas na qualidade de vogal, membro julgador da Câmara.

Notificada a impetrada, esta, por seu ilustre presidente, retruca:

O postulante alega, de comêço, que, nos têrmos do art. 14 do dec.-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e art. 884, itens II e III, do Cód. de Proc. Civil, a diligência deve ser realizada perante o juiz de primeira instância, a quem caberá a nomeação do perito.

Não lhe assiste razão.

O primeiro dos dispositivos invocados refere-se a ato cuja prática deve ocorrer no momento de ser despachada a inicial da expropriação, nenhuma regra traçando para o procedimento na superior instância.

O segundo é pertinente a execução de sentença definitiva, que no caso ainda não foi prolatada.

"As apelações interpostas devolveram à 1ª Câmara o conhecimento da causa, para proferir uma. nova sentença, que, conforme o art. 825 do Cód. de Processo Civil, substituirá no que tiver sido objeto do recurso, a decisão apelada".

Consoante o art. 258 do Cód. de Processo Civil, o julgador, em qualquer instância, não ficará adstrito ao laudo e poderá determinar nova perícia, cabendo ao relator dirigi-la na superior.

O preceito do parág. único do artigo 871 do estatuto processual vigente é claro:

"Ao relator sorteado caberá julgar os incidentes que não dependam de acórdão e executar as diligências necessárias para o julgamento".

ODILON DE ANDRADE, em "Comentários", ed. da "REVISTA FORENSE", vol. X, pág. 380, nº 382, inclui entre os atos das diligências em segunda instância a nomeação de perito e a formulação de quesitos.

O art. 26 do Regimento do Tribunal é explícito, dizendo que "ao relator caberá a instrução do feito, competindo-lhe julgar os incidentes que não dependam de acórdão e executar as diligências necessárias para o julgamento.

A impetrante alega em segundo lugar que, após o dec.-lei nº 8.570, que deu nova redação ao art. 129 do Cód. de Processo Civil, nem o juiz em primeira instância, nem a Câmara em segunda, podem nomear perito, mas somente desempatador, quando houver divergência nos laudos dos indicados pelas partes, e ainda se não se contentar com o de um dêles.

Também sob êsse ponto de vista não vale a argüição.

A modificação havida no modo de serem escolhidos os peritos só ocorreu para os procedimentos regulados pelo Cód. de Proc. Civil, entre os quais não se inclui a desapropriação. Esta é disciplinada por lei especial, o dec.-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e, na conformidade do parág. único de seu art. 14, as partes somente podem indicar assistentes técnicos.

Os arestos prolatados nos feitos cíveis ns. 252 e 1.105, cujas cópias foram juntas, não podem ser invocados em apoio da tese da impetrante, pois não se referem a desapropriação, e sim a processos comuns de reivindicação e indenização.

Quanto a apelações em procedimentos expropriatórios, a 1ª, como a 2ª e a 3ª Câmaras, quando determinaram no" vos vistorias com arbitramento, mandaram correr as diligências perante o relator e fizeram desde logo a nomeação do perito.

Para melhor esclarecimento, envio à V. Exª cópias das decisões prolatadas nas apelações cíveis ns. 1.644 e 866.

Também sem fundamento é a alegação de nulidade do acórdão por não ter intervindo no julgamento o desembargador LUIS PAIVA como revisor.

A apelação foi distribuída ao desembargador FERREIRA PINTO, quando exercia a presidência da 1ª Câmara.

Afastou-se desta por ter sido eleito presidente do Tribunal, mas vinculado à causa, na forma do art. 31, § 4º, do Regimento Interno, porque lhe lançara seu "visto".

"Se não o tivesse feito, é que caberia ao desembargador LUÍS PAIVA, seu substituto, funcionar como relator, na forma do art. 32 do mesmo Regimento.

"Dada a vinculação, ao vir o relator à Câmara para julgar o feito, teria que afastar-se seu substituto, desembargador LUÍS PAIVA, por não poderem atuar concomitantemente.

O afastamento do desembargador substituto, quando o julgador substituído vem julgar causas em que apusera seu "visto", é prática corrente na aplicação dos arts. 31 e 32, com seus parágrafos, do Regimento Interno.

Aconteceu que o escrivão, embora com o "visto" do desembargador FERREIRA PINTO, remeteu os autos ao substituto dêste, para revisão.

Verificando o equívoco, dito substituto, como presidente da Câmara, mandou o processo no imediato na ordem descendente de antiguidade, desembargador HORÁCIO BRAGA, na forma do art. 874 do Cód. de Proc. Civil.

"Não se tratava de nenhuma prejudicial, mas de simples ato de expediente".

Ouvido, assim se pronunciou o Sr. desembargador procurador geral:

Em grande cópia de pareceres tenho, comentando o uso o abuso do mandado de segurança, procurado situar o meu ponto de vista quanto à admissibilidade do recurso heróico como meio corretivo de atos judiciais. A lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, alterando disposições do Cód. de Proc. Civil relativas ao mandado de segurança, encerra a discussão doutrinária. Havendo recurso previsto nas leis processuais, inclusive por via de correição, não se defere a medida contra despacho ou decisão judicial. Até mesmo a oscilação da jurisprudência sôbre se cabível na hipótese de ser o remédio utilizável de caráter suspensivo. parece cessar, em face do art. 5º, I e II, da citada lei. Dir-se-á, com acerto, que a lei nova não tem aplicação. Mas não se pode negar que fixou rumos à jurisprudência, dirimindo a controvérsia.

No caso em foco, não vejo possibilidade de conceder-se a segurança. A egrégia 1ª Câmara, decidindo na apelação cível nº 2.119, por unanimidade, converter o julgamento em diligência para que se realizasse, perante o desembargador relator, outra perícia, não cometeu " uma ilegalidade. As apelações devolvem ao Tribunal *ad quem* o conhecimento da causa, possibilitando uma nova sentença em substituição à decisão apelada. Os juízes, desta ou daquela instância, não ficando adstritos aos laudos periciais, podem ordenar a repetição da prova técnica. Incluem-se entre os atos das diligências, em segunda instância, a nomeação de peritos e a formulação de quesitos, principalmente nas ações desapropriatórias.

"Se a impetrante dissentiu do venerando acórdão, porque infringente da lei, inclusive da de desapropriação, ou em conflito manifesto, *sit licet*, com a jurisprudência de outras Câmaras, amplo campo de ação teria para provocar a pretendida correção do julgado".

Na assentada do julgamento argüiu a impetrante a prejudicial de impedimento aos Srs. desembargadores que tomaram parte no julgamento da colenda 1ª Câmara, que deu lugar ao presente mandado de segurança.

Isto pôsto:

Considerando que, se o próprio Tribunal de Justiça é o competente para processar e julgar originariamente o mandado de segurança impetrado contra ato judicial dêle próprio emanado, - sem impedimento legal de qualquer daqueles desembargadores que votaram no julgamento impugnado, - nenhum motivo legal há para se pretender excluir do julgamento, no mandado de segurança, impetrado contra ato judicial de qualquer Câmara, os desembargadores que a integraram, pôsto que as Câmaras separadas não são autoridades judiciárias autônomas ou de instância inferior, mas, ao contrário e diferente disso, são autoridades judiciárias que funcionam como parte integrante do próprio Tribunal, e a quem, para uma melhor e mais rápida distribuição da justiça, são delegados alguns dos poderes inerentes ao Tribunal a que pertencem, em nome do qual, em verdade, elas exercem suas atribuições judiciárias.

Considerando que, não só por ser a conversão do julgamento em diligência despacho interlocutório irrecorrível, como por ter sido unânime a decisão, nenhum recurso suspensivo restava ao impetrante para o invalidar. Nem se pode objetar na hipótese com o remédio-correcional previsto na atual lei reguladora do mandado de segurança porque, não só ainda não vigoravam seus preceitos por ocasião da interposição do remédio heróico, como porque não há medida correcional que evite os efeitos dos atos judiciais emanados das Câmaras separadas.

Considerando que os ilustres desembargadores que votaram a conversão do julgamento em diligência eram então os membros da colenda 1ª Câmara competentes para tal resolução.

Considerando que houve lamentável equívoco do embargante em supor e proclamar a possibilidade legal de naquele julgamento figurarem simultaneamente o Sr. desembargador FERREIRA PINTO e o Sr. desembargador LUÍS PAIVA, pois que um fôra justamente substituído pelo

outro, e, ao contrário do que pensa o impetrante, o que ambos não podiam, àquela época, era justamente tomar parte em um mesmo julgamento daquela Câmara.

Considerando que nenhuma ilegalidade se poderá vislumbrar na conversão do julgamento em diligência para melhor instrução do feito em recurso de apelação e menos ainda se recusar ao Tribunal a competência de proceder à diligência de instrução mediante a atuação do relator.

Considerando que não assiste ao impetrante qualquer motivo legal para pretender anular aquêlo ato judicial da colenda 1ª Câmara, como bem o demonstrou seu ilustre presidente nas informações prestadas, cujos argumentos são de se adotar, por sua incontestável juridicidade.

Considerando o que dos autos consta:

Acordam as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça, rejeitadas, por maioria, a prejudicial, relativa ao impedimento dos Srs. desembargadores que votaram o ato judicial impugnado, e a preliminar da inidoneidade da medida, pela existência de recurso específico, em denegarem, unânimemente, a medida impetrada.

Custas pela impetrante.

Niterói, 23 de abril de 1952. - *Luís Paiva*, presidente; *Agenor Rabelo*, relator designado.

### **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**

#### **MANDADO DE SEGURANÇA - INCONSTITUCIONALIDADE - PODERES IMPLÍCITOS**

**- O mandado de segurança é idôneo para sanar situação em que se desenham, claros e manifestos, o direito da parte e a inconstitucionalidade da lei inquinada.**

**- Consistem os poderes implícitos na outorga tácita de todos os meios julgados eficazes para o exercício da função atribuída à autoridade. São, obviamente, limitados por essa contingência.**

Requerente: Governador Irineu Bornhausen

Mand. de seg. nº 111 - Rel.: DESEMB. NELSON GUIMARÃES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 111, da comarca de Florianópolis, em que é requerente o Sr. Irineu Bornhausen, governador do Estado, e é requerido o Sr. presidente da Assembléia Legislativa:

Acordam, em Tribunal Pleno e pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, conceder o mandado de segurança impetrado pelo Sr. Irineu Bornhausen, governador do Estado, para que S. Ex<sup>a</sup> possa ausentar-se do Estado até 20 dias, sem passar o exercício do cargo ao substituto legal, conforme norma estabelecida no artigo 48 da Constituição do Estado<sup>1</sup> e contra a qual está em conflito o art. 2º, letra c, da lei nº 19, de 1º de agosto de 1951, ora, por isso mesmo, declarada inconstitucional.

Custas na forma da lei.

O Sr. Irineu Bornhausen, governador do Estado, impetrou a este Tribunal mandado de segurança "para proteção de direito seu, líquido e certo, flagrantemente violado pela lei nº 19, de 1º de agosto de 1951, promulgada, depois de rejeitado o veto do Executivo, pelo Sr. presidente da Assembléia Legislativa (art. 29 da Constituição do Estado), lei essa que privou o impetrante de exercer, em tôda sua plenitude, as funções inerentes ao seu cargo, uma vez que, tendo o governador, pela Constituição, o direito de se ausentar do Estado, por prazo até 20 dias sem passar o governo, estatui aquela lei que é caso de impedimento do governador, isto é, caso para ser substituído, a *ausência do território do Estado por tempo superior a 24 horas* (art. 2º, letra c), além de ampliar, sem amparo constitucional, os poderes do Legislativo catarinense".

Fundamentando o pedido, como preliminar, diz "já não se discute, pois constitui jurisprudência pacífica, que o mandado de segurança é meio hábil para apreciar e decretar a inconstitucionalidade de leis, desde que haja, em figura concreta, violação real e direta de direito". Aponta, então, como direito real e diretamente violado o de poder o governador ausentar-se do Estado, até 20 dias, guardando o cargo, com as funções, sem assunção pelo substituto do govêrno, direito êsse sempre respeitado pela Assembléia Legislativa, reconhecido, aliás, quantia em discussão na legislatura passada o projeto de lei n° 80/49, e que veio a ser lesado pela lei n° 19, que restringiu o prazo de tolerância para ausência a 24 horas, e considerou o excesso dêste, *impedimento*, com conseqüente assunção do cargo pelo substituto.

Em seguida, entrando no mérito, para demonstrar a procedência do pedido, o impetrante examina a questão sob vários aspectos.

*Primeiro* - A lei n° 19 atribui à Assembléia Legislativa do Estado e à sua Comissão Permanente poderes que não lhes foram conferidos pela Constituição do Estado, quais os de: *a*) empossar no cargo de governador o presidente da Assembléia Legislativa ou o presidente do Tribunal de Justiça do Estado: *b*) declarar vago o cargo de governador. Quando a Constituição atribui à Assembléia tão-sòmente "dar posse ao governador eleito".

*Segundo* - Inconstitucionalidade da lei n° 19, em virtude da falta de competência da Assembléia para expedi-la, porque nos países do tipo constitucional americano, como o nosso, os poderes da Assembléia cedem à supremacia da Constituição. Esta é que é absoluta, intangível, ilimitada, *paramount*, e dela dimanam todos os poderes dos órgãos a que soberanamente deu vida, e cujas funções definiu e limitou. Daí, da estrutura mesma do governo, pelos próprios têrmos da concessão do Poder Legislativo;... limitações implícitas à autoridade legiferante, tão fortes como prescrições negativas ou proibições expressamente enumeradas.

Faz, em seguida, várias considerações em tôrno da "teoria dos poderes implícitos", para admiti-la, porquanto os redatores das constituições políticas, efetivamente, não têm o dom miraculoso de prever o mais remoto e longínquo futuro, e, por conseguinte, não podem esgotar, com os mais miúdos pormenores, a enumeração de todos os meios de que o corpo legislativo poderá

valer-se no correr dos tempos, para exercer e desdobrar a sua função constitucional no ritmo da incessante evolução do Estado. Adverte, porém, que os "poderes implícitos" são meios de ação como diz, com tãda a clareza, o inciso XII, letra *a*, do art. 21 da Constituição do Estado, outorgados à Assembléia "para legislar sôbre o exercício dos poderes estaduais". Não basta, no entanto, diz o impetrante, uma ligeira referência aos ditos "poderes implícitos" para acreditar se haja assentado sôbre bases sólidas qualquer iniciativa parlamentar. É preciso demonstrar que, no caso ocorrente, o Poder Legislativo que se pretende exercer tende a tornar efetivo um propósito ou fim previsto pela Lei Suprema; em seguida, demonstrar, também, que o procedimento proposto para alcançá-lo é "conveniente", que é plenamente "adequado" ao fim a que se tem em vista, e que não está proibido nem é alheio à competência da Assembléia.

E acentua, com o caso em apreço, que, se os dispositivos da lei, dados por inconstitucionais (arts. 3º, § 1º, e 6º, parágrafo único), importam no reconhecimento de poderes já conferidos ao Legislativo, ditos dispositivos são inócuos, e, assim, não devem constituir matéria de lei: se importam em criar e conferir ao Legislativo poderes que não lhe deu a Constituição, a lei que os integra é, por fôrça do próprio enunciado, palpavelmente inconstitucional.

Cita, a respeito, a opinião de NOGUEIRA ITAGIBA: "desde que a Constituição é omissa e não disse que as substituições, nos casos de vaga e impedimento, se fariam "na forma estabelecida em lei", só uma emenda constitucional poderia cobrir a lacuna" ("O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira", vol. 2º, pág. 368).

*Terceiro* - Se a Constituição do Estado de Santa Catarina previu a saída do governador, sem licença, do território do Estado-membro, até 20 dias, não pode a Assembléia Legislativa considerar impedimento ocasional a saída por mais de 24 horas.

Para se ausentar do Estado-membro, por 20 dias, o governador do Estado de Santa Catarina não precisa de licença. Nem há ai impedimento. O funcionário público, o chefe do Poder Executivo, etc., ou são impedidos *in casu*, ou por suspensão ou licença. O impedido *in casu* não deixa o cargo. Deixa o cargo o licenciado, ou o suspenso, em caso de processo. O artigo 41 da Constituição de

Santa Catarina empregou a expressão "impedimento" no sentido de licença ou suspensão; porque, no sentido de impedimento *in casu* não há assunção do governo por substituto do governador.

Seria contrária à Constituição de 1946 qualquer lei que estabelecesse casos em que, p. ex., o prefeito teria de licenciar-se. Porque: licença de cargo é ato constitutivo do poder a que compete licenciar, ato constitutivo, pelo qual se permite que alguém deixe o exercício. Supõe comunicação de vontade dos que se licenciam.

Assim, se a Constituição de Santa Catarina previu a saída do território do Estado até 20 dias sem licença, não pode a Assembléia considerar impedimento ocasional a saída por mais de 24 horas; porque, aí, está a cogitar de impedimento que não é suspensão, nem licença, nem impedimento *in casu*.

Impedimentos que importem em substituição *no cargo*, êsses a lei ordinária federal, estadual ou municipal não os pode criar. Seria ofensa ao princípio da independência dos poderes, que pressupõe a distribuição da competência estatal pelos três poderes, em *regras jurídicas constitucionais* (parecer de PONTES DE MIRANDA).<sup>2</sup>

*Quarto* - Suspender-se o exercício, quando não se trata de suspensão *ipso jure*, é aplicar-se pena, ou, pelo menos, medida cautelar.

Pena ao presidente da República, ao governador do Estado, ou ao prefeito, não a podem criar, fora dos conceitos do artigo 89 da Constituição de 1946, o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais. Tampouco, podem aplicá-la.

Ora, onde quer que se estabeleça que algum dêsses titulares de cargos políticos deixe o exercício, está-se a suspender, porque a suspensão é a interrupção do exercício sem que tenha, da parte do que o interrompe, pedido. Exatamente o que interrompe, por pedido seu, se licencia. O pedido de licença é postulação de haver necessidade, privada ou pública, de se afastar do cargo; supõe da parte do Poder Legislativo, que a concede, exame das circunstâncias e resolução constitutiva, de eficácia *ex nunc* (parecer já citado).

*Quinto* - Estando dentro do tempo de tolerância - em Santa Catarina, de 20 dias (art. 18 da Constituição) - continua o governador no exercício do cargo, mesmo fora do Estado, não podendo nenhuma lei ordinária estabelecer que, dentro dessa tolerância, passe o titular o exercício do cargo a seu substituto; e se o fizer, trará a marca da inconstitucionalidade.

As Constituições estaduais do Brasil distinguem duas espécies de ausência do respectivo governador: uma sem impedimento para o exercício do cargo, outra com impedimento.

A primeira ocorre quando o governador se retira por tempo de tolerância permitida pela respectiva Constituição, 15 dias, 20 dias, um mês.

A segunda se dá quando o governador pede licença para se ausentar do Estado, desde que necessite de maior tempo que o da tolerância.

Quando o governador ultrapassa o tempo de tolerância, fica sujeito a perda do cargo, se não tiver autorização da Assembléia.

Estando dentro do tempo de tolerância, continua no exercício do cargo, mesmo fora do respectivo Estado, podendo despachar expediente que lhe fôr enviado sancionar ou vetar leis, nomear e demitir funcionários.

Esse sistema foi adotado para se evitar o que tem acontecido em alguns Estados da América do Norte, onde, entendendo-se que basta o governador sair dos confins do respectivo Estado para ficar legitimado que seu substituto assuma e poder, tem acontecido que os substitutos assumem, por poucas horas, o poder, unicamente para praticar qualquer ato que surpreenda o governador, como sancionar lei contra a qual o governador se oponha, ou conceder perdão a algum criminoso condenado...

Continuando, faz o impetrante, em seguida, várias apreciações sôbre as normas vigorantes em Estados-membros dos Estados Unidos, focalizando o de Alabama, para afirmar: nesse Estado, portanto, como nos Estados do Brasil, nenhuma lei ordinária, pode estabelecer que dentro do período de tolerância de ausência possa algum substituto do governador assumir o cargo. A razão é simples: não pode haver dois governadores no exercício do cargo.

Acentuando que "a questão da ausência para interromper o exercício do cargo é de direito estrito", reporta-se novamente aos Estados Unidos, recordando que WILSON, quando tomou parte na conferência de Versalhes, ficou ausente do seu país de 4 de dezembro de 1918 a 4 de julho de 1919, sem passar o cargo de presidente ao vice-presidente. Exemplo que foi seguido várias vezes por FRANKLIN ROOSEVELT, durante a Segunda Guerra Mundial, e ainda por TRUMAN, durante a sua visita ao Brasil, não passando o exercício ao substituto.

Alude, ainda, a um parecer do Dr. JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, lido em reunião do Instituto dos Advogados do Brasil, dêle transcrevendo a seguinte passagem: "É inconstitucional, portanto, a lei nº 19, do Estado de Santa Catarina, que considera impedimento - para o efeito de ser o governador substituído - sua ausência do Estado por tempo superior a 24 horas; porquanto a Constituição do Estado permite a ausência do governador, sem perder o exercício do cargo, até 20 dias, dispositivo êsse inspirado por longa tradição e para evitar golpes políticos ou atos governamentais especialíssimos..".<sup>3</sup>

Quando, portanto, a Constituição dá ao governador o direito de se ausentar do Estado, sem licença do Poder Legislativo, desde que a ausência não exceda de 20 dias, o que ela visa é ao direito de o governador do Estado, mesmo ausente do território, guardar o cargo. É um direito político-administrativo, que não pode ser diminuído por lei ordinária.

*Sexto* - Incompatibilidade e conseqüente inconstitucionalidade do art. 2º, letra c, da lei nº 19, de 1º de agosto de 1951 considerar *impedimento* "a ausência do território do Estado por tempo superior a 24 horas".

"Não se pode entender, em caso de omissão, que se permitisse ao Poder Legislativo dizer quando está impedido o chefe do Poder Executivo".

"Qualquer que seja a forma sob que se dissimule, ou o conceito que dissimule, o *texto da lei que estabelece a substituição* no cargo, sem ser nos casos constitucionalmente previstos, é texto contrário à Constituição. Portanto nulo. Seria, aliás, ilusório o princípio da independência dos poderes (Constituição de

1946, art. 36), se o Legislativo federal, estadual ou municipal, pudesse criar, a seu talante, casos de suspensão do exercício, ou perda de cargo".

\*

Solicitadas informações ao requerido, - presidente da Assembléia Legislativa dá S. Ex<sup>a</sup>, de início, as razões da promulgação da lei nº 19, de 1º de agosto de 1951.

Aborda, em seguida, a questão do cabimento, na espécie, do mandado de segurança, para sustentar não ser cabível êsse remédio porquanto não pode ser atacada, por êsse meio, a lei em tese. Se o mandado se dirige especialmente contra a violação de um direito certo e incontestável, pressupõe a execução da lei, por um ato lesivo de um direito subjetivo, no caso inexistente. A objetar-se que na espécie em apreço não há executor da lei, o argumento provaria, então, que o mandado se insurgia tão-sòmente contra a lei em tese, o que, de todo, impossível, consoante torrencial jurisprudência.

Mas, ainda se se admitisse o mandado de segurança contra a lei em tese, restaria verificar o direito líquido e certo do impetrante, e a inexistência dêste se constataria fàcilmente, pelo fato de dispositivo idêntico ao impugnado por êste mandado de segurança estar em plena vigência no Estado do Rio Grande do Sul, e com a aprovação unânime da Assembléia Legislativa.

Nota, finalmente, sôbre a preliminar, que o caráter preventivo, dado pelo impetrante ao seu pedido, deve decorrer sempre da iminente violação de um direito líquido e certo pela ilegalidade ou abuso de poder praticado por qualquer autoridade, e tal ato ilegal e abusivo não foi argüido, mesmo por não existir.

Passando ao mérito do pedido, presta os esclarecimentos que lhe parecem indispensáveis. Discrimina em quatro itens as alegações do impetrante, considerando inconstitucional essa lei:

a) porque atribui à Assembléia Legislativa e à sua Comissão Permanente poderes que não lhe foram conferidos pela Constituição estadual;

b) porque, se a Constituição do Estado previu a saída do governador, sem licença, do território do Estado, até 20 dias, não pode a Assembléia considerar impedimento ocasional a saída por mais de 24 horas;

c) porque, suspendendo-se o exercício, quando não se trata de suspensão *ipso jure*, é aplicar-se pena, ou, pelo menos, medida cautelar;

d) porque, estando dentro do tempo de tolerância (20 dias), continua o governador no exercício do cargo, mesmo fora do Estado, não podendo nenhuma lei ordinária estabelecer que, dentro dessa tolerância, passe o titular o exercício do cargo a seu substituto.

As alegações aduzidas não resistem ao menor exame, ao ver do informante. porquanto de todo contrárias flagrantemente às normas do direito constitucional, como também aos princípios abrigados tradicionalmente pelas nossas Constituições, não só as do Império como as da República, dentre os quais o da permanência obrigatória do chefe do Executivo na sede originária do seu govêrno, a fim de que o possa exercer convenientemente.

Examinando o primeiro item da inicial, repele a assertiva, por não traduzir a verdade; e escudado nos pareceres de CARVALHO SANTOS e HOMERO PIRES, escreve: "A Assembléia Legislativa não só tinha competência, mas também necessidade de votar a lei impugnada. É que o conceito de impedimento, na doutrina, é o que há de mais incerto. Para mostrar que não exagero, basta lembrar que o douto PONTES DE MIRANDA, cujo saber é de alto quilate, alinha, em seu parecer, junto à inicial, vários dos conceitos de impedimento, os mais divulgados". "Não se compreende que um poder não possa tomar decisões sôbre a própria competência, determinando o alcance das cláusulas em que vem ela estabelecida... Determinar os casos de impedimento do governador e que resultem do gênio da sua Constituição, não é matéria defesa ao Poder Legislativo, nem expressa nem subentendidamente, pela Constituição. Fazendo-o, como o fêz, a Assembléia Legislativa de Santa Catarina estêve sempre dentro da esfera de sua prerrogativa mais incontestes".

A Assembléia mais não fêz que dar o sentido exato ao texto constitucional por ela elaborado, discutido e votado.

Diz que, baseando-se em parecer do douto professor PONTES DE MIRANDA, sustentou o impetrante que as formas prescritas para a ação legislativa são, por sua natureza, limitativas da autoridade desta, e que as prescrições constitucionais que as estabelecem equivalem à declaração de que o Poder Legislativo deve ser exercido unicamente sob as formas pré-fixadas e não sob qualquer outra, raciocínio que pretende apoiar em COOLEY, o grande mestre americano.

Entretanto, a opinião de COOLEY é de que os organismos legislativos estaduais possuem todos os poderes de legislação, exceto:

a) os que tenham sido limitados pela Constituição dos Estados Unidos:

b) os que tenham sido expressamente limitados pela Constituição do Estado, e assim, de acordo com este mestre americano, um ato legislativo não pode ser declarado nulo, a menos que se choque com uma das duas restrições.

Referindo-se aos *direitos fundamentais*, a *declaração de direitos*, adverte que, nas Constituições onde os direitos fundamentais são declarados, não é necessário dizer-se que os Legislativos estariam proibidos de eliminá-los. Mas, nestes casos, não é o espírito da Constituição que deve servir de critério de validade, mas as prescrições escritas, as proibições e as garantias da mesma Constituição.

Sobre a competência e, principalmente, sobre a doutrina dos poderes implícitos, reporta-se, sem reproduzi-los, aos pareceres que juntou às informações. Nesses pareceres lê-se, com relação a esse assunto, que a Assembléia não só tinha competência, mas também necessidade de votar a lei impugnada, para esclarecer o que se devia entender por impedimento, a que alude a Constituição, que ao mesmo tempo lhe dava competência para legislar sobre o "exercício dos poderes estaduais". Portanto, interpretando esse texto constitucional, lhe era lícito regular a substituição do governador, dizendo respeito ao exercício do seu cargo, ou seja do Poder Executivo, - a lei votada ajustava-se perfeitamente à competência que a Constituição conferira à Assembléia Legislativa. Aliás, tal competência cabia perfeitamente dentro do sistema constitucional brasileiro, de vez que ao Congresso ou à Assembléia Legislativa é assegurado o direito de escolher todos os meios que julgue

necessários à execução dos objetivos que a Constituição lhe tenha reservado. Sendo no direito americano tal ponto pacífico, entre os mestres, de que ao Legislativo é concedida a faculdade de exercer os poderes implícitos, ditando normas para atingir os objetivos que lhe são constitucionalmente reservados.

Analisando a segunda alegação, de que a Assembléia não pode considerar impedimento a saída do governador do território do Estado por tempo superior a 24 horas, porque a Constituição lhe permite ausentar-se até 20 dias sem licença, diz que "o texto constitucional do art. 48, versando apenas sobre o afastamento do território do Estado sem licença, foi omissivo quanto ao exercício do cargo, e não definiu os impedimentos. Mas, no art. 41, estabeleceu a Constituição expressamente que, no caso de impedimento ou vaga, o governador seria substituído pelo presidente da Assembléia Legislativa ou, na falta deste, pelo presidente do Tribunal. E a dispensa de licença evidentemente não importa na consequência de proibir a substituição do governador durante o período da sua ausência. Nem uma coisa tem a ver com a outra".

Da mesma maneira, aceitando-se a interpretação do impetrante, *licenciado pela Assembléia*, não estaria obrigado o governador a transmitir o exercício do cargo, porquanto o art. 48 não o obriga taxativamente à transmissão, porque só se refere à licença para ausentar-se por mais de 20 dias.

Lembra depois, apoiado ainda nos citados pareceres, o princípio da territorialidade como limitação ao exercício do poder, não só pacífico entre os constitucionalistas, mas constituindo uma tradição ininterrupta do nosso direito político. Não seria aceitável o argumento de que o governador possa administrar ou desempenhar as suas funções fora do Estado, pois não há entre as atribuições do governador, enumeradas no art. 52 da Constituição, uma só que possa ser exercida fora do Estado.

Quanto ao terceiro argumento apresentado pelo impetrante, diz o requerido que também não convence, pela falta de lógica, pois que não houve, nem podia haver, imposição de pena, pois, a própria lei impugnada, no seu art. 3º, § 2º, estatui que o governador impedido conserva as prerrogativas inerentes ao cargo, podendo no país ou no estrangeiro representar o Estado e assinar convênios e contratos para os quais tenha a necessária autorização constitucional. A suspensão do exercício já estava, prevista no art. 41 da

Constituição, e, assim, não foi criação da lei impugnada, que se limitou, em última análise, a interpretar, esclarecer e completar o texto da Constituição, definindo os casos de impedimento, o que é coisa bem diversa.

Finalmente, sobre o quarto e último argumento - de que nenhuma lei ordinária podia estabelecer a obrigação de transmissão do cargo, dentro do tempo de tolerância, - diz que já foi longamente discutido, linhas atrás. Ressalta, porém, uma vez mais, que, se não pode a lei ordinária obrigar o governador à transmissão do cargo, dentro do prazo de tolerância, também não poderia a mesma lei obrigar à transmissão, fora do referido tempo, porque o art. 48 só exige a licença de Assembléia para a ausência por mais de 20 dias. Concedida essa, o governador poderia deixar de transmitir o exercício do cargo, o que vale dizer, deixaria acéfalo o governo durante todo o tempo da licença. Tão absurdo princípio não é possível, em sã razão, admitir-se. Aliás, a tradição política catarinense tem sido a de que a transmissão se efetue sempre que o governador se ausenta... Exemplo, aliás, freqüente nos demais Estados do Brasil.

Resumindo o dito nas suas informações, afirma:

*a)* promulguei a lei nº 19, em estrita obediência ao mandamento contido no artigo 29 da Constituição do Estado;

*b)* creio não ser cabível o remédio judicial do mandado de segurança, como meio próprio para a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese;

*c)* estou convencido de que não assiste a S. Ex<sup>a</sup> o Sr. governador do Estado direito líquido e certo, flagrantemente violado por ato desta Assembléia, condição indispensável para a concessão do mandado de segurança;

*d)* a lei nº 19, impugnada, se conforma com a Constituição do Estado, de cujo texto e de cujo espírito deriva natural e lógicamente;

*e)* a sua elaboração, pela Assembléia, a que tenho a honra de presidir, se enquadrou dentro da competência que lhe deferiu a Constituição ao Estado;

*f)* não há conflito algum entre os artigos 2º, letra *c*, 3º, § 1º, e 6º, parágrafo único, da lei nº 19 e a Constituição do Estado;

g) que a Assembléia Legislativa do Estado, dentro dos limites que lhe são impostos pela Constituição, exerceu direito legítimo, elaborando uma lei que, não só era necessária para a completa execução da vontade soberana do povo, expressa na Constituição, como ainda se impunha para prevenir a hipertrofia do Poder Executivo, capaz de afetar a boa marcha da administração pública e comprometer o regime federativo, impôsto pela nossa Lei Maior.

E assim termina as suas informações: "Do exame sereno, imparcial e objetivo do feito, ficou-me a convicção da que, aceita a hipótese de ser preventivo o mandado impetrado, a segurança pleiteada seria dirigida, não só contra o presidente da Assembléia Legislativa, como também contra o próprio presidente dessa colenda Côrte, já que ambas são os eventuais substitutos do impetrante, *ex vi* dos artigos 1º, 3º, § 1º e 6º e seus parágrafos da lei nº 19, impugnada. E essa egrégia Côrte estaria afetada e envolvida no caso".

Às suas informações anexou pareceres de CARVALHO SANTOS, HOMERO PIRES e EDGAR LUÍS SCHNEIDER, e os ns. 16 e 23, de 1951, do "Diário da Assembléia Legislativa".

O Sr. presidente da Assembléia Legislativa, nas suas informações, logo de início, conforme foi acentuado no relatório que acabo de fazer, impugnou o *remedium juris* usado pelo impetrante, sob o fundamento de não ser possível através dêle declarar-se a inconstitucionalidade da lei em tese. E em apoio dessa afirmativa ou dêsse princípio cita o voto do deputado Dr. FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA, quando justificou o seu voto na Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul a propósito da incorporação, subdivisão e desmembramento de Municípios, e ponto de vista do ministro LUÍS GALLOTTI, então procurador geral da República, no, mandado de segurança impetrado a favor de Luís Carlos Prestes contra a lei que lhe declarou extinto o mandato de senador.<sup>4</sup> E a par dessas opiniões, alinha, com relêvo, o parecer da renomado civilista CARVALHO SANTOS, que assim, em uma das suas passagens, se manifesta: contra as leis e resoluções do Plenário, como deliberações que são do Poder Legislativo, não cabe, em tese, o remédio do mandado de segurança. Êste só teria lugar em relação ao executor ou executores da lei ou resolução. Não será de mais frisar bem êste ponto: o ato impugnado não é de uma autoridade administrativa, mas de um dos poderes do

Estado, e o mandado de segurança dirige-se contra um direito certo e incontestável, pressupondo, portanto, a execução da lei, a prática de um ato lesivo de um direito subjetivo".

Em seguida, e como segundo elemento tido como indispensável à aceitação do mandado de segurança, diz: "ainda que se admitisse - para argumentar tão-somente - o cabimento do mandado de segurança contra a lei em tese, restaria verificar a liquidez e certeza do direito do impetrante". Nega, então, a existência, na espécie, de um direito líquido e certo, apoiado, sobretudo, na vigência, no Estado do Rio Grande do Sul, sem oposição de quem quer que seja, nem reclamação de qualquer natureza, de dispositivos de lei idênticos aos contidos na impugnada lei n° 19.

\*

Muito embora o Sr. presidente da Assembléia Legislativa não tenha, em suas informações, indicado o remédio cabível para o caso ora em julgamento, CARVALHO SANTOS, em cujo parecer o informante decalcou a sua argumentação para impugnação do cabimento do presente mandado de segurança, diz que é típico de *habeas corpus*, "porque o que está em jôgo é a liberdade de locomoção do Sr. governador, por estar impedido de ausentar-se do Estado, pelo prazo de tolerância estabelecido na Constituição estadual, sob o risco de ver-se substituído no exercício do cargo que desempenha, o que seria uma violência".

*Data venia* do consagrado jurista pátrio, discordo do seu ponto de vista.

Conforme já foi decidido por êste Tribunal em um pedido de *habeas corpus* a favor de vários vereadores à Câmara Municipal de Itajaí, para que os mesmos pudessem penetrar no recinto destinado ao seu funcionamento e ali exercitarem, sem constrangimento, o seu mandato, no que estavam impedidos em virtude de uma medida liminar concedida pelo Dr: juiz de direito da comarca, em *habeas corpus*, êsse *remedium juris*, que, na realidade, fôra em têmpos passados aceito nela, jurisprudência de todos os tribunais do País, inclusive o Supremo Tribunal, como adequado para garantir o livre exercício de um cargo, desde que líquido e certo o direito de exercê-lo, não mais se apresenta com as mesmas credenciais, pela existência, agora, do remédio que

faltava nessa época e que justificava a sua aceitação: o mandado de segurança. O *habeas corpus*, portanto, retornou à sua posição histórica e doutrinária de válvula salutar à liberdade física, violada ou ameaçada, por ilegalidade ou abuso de poder.

O Sr. governador, no seu pedido, não alega estar a sua liberdade física ameaçada: o que êle diz é que não pode exercer o cargo para o qual foi eleito, com a liberdade que lhe assegura a Constituição do Estado, em virtude das restrições ao seu livre exercício impostas pela impugnada lei n° 19.

Contrariamente ao que diz o ilustre civilista pátrio, e a argumentação oferecida pelo Sr. presidente da Assembléia Legislativa em suas informações, o mandado de segurança é, realmente, o remédio cabível na espécie, por inconvincentes as razões da preliminar.

Inicialmente cumpre registrar a ponderação judiciosa que faz CASTRO NUNES, a fls. 107 do seu livro "Do Mandado de Segurança", quando se refere ao não-cabimento dêsse remédio contra a lei em tese:

"Em se tratando de leis proibitivas, "parece, ao primeiro exame, haver uma "exceção à regra, porque o objetivo do pedido será a remoção da proibição sem necessidade de ato formal da autoridade a que caiba a execução da lei impugnada. O que se pede é um fato negativo "- não obstar - que se resolve, aliás, como tôda a negação, numa afirmação contrária - *permitir*. Via de regra, a autoridade deve ser provocada antes de requerida a segurança e será a sua recusa o ato impugnado. Poder-se-á, entretanto, entender que a omissão, se justificável por motivo de urgência, estará suprida no processamento com a resposta ou justificação da autoridade, a qual traduzirá a *recusa*.

"Também nos casos de segurança *preventiva*, em que se receia a prática de ato ou proibição *inconstitucional* fundada na lei, o ataque se dirige, já então, a um ato ainda inexistente, mas *presumido*, a ser evitado ou exigido. São hipóteses que envolvem temperamentos na aplicação da regra da inadmissibilidade da segurança contra lei em tese".

Quanto ao primeiro exemplo oferecido pelo Sr presidente da Assembléia, firmado no voto do deputado FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA,

respeito à incorporação, subdivisão e desmembramento de Municípios e no qual o ilustre constitucionalista diz que "tais inconstitucionalidades não podem ser pronunciadas pela via do mandado de segurança. Não é possível continuar, por meio do remédio previsto no art. 141, § 24, da Constituição federal declarar a inconstitucionalidade da lei em tese", não tem similitude com o caso do presente pedido.

Lei que dispõe sobre incorporação, subdivisão e desmembramento de Municípios, é evidente que não pode ser atacada por via de mandado de segurança. Isto porque uma lei dessa ordem jamais violará um direito individual, subjetivo, pressuposta imprescindível para o cabimento dessa medida.

Apesar dessa exigência legal, o Tribunal do Amazonas, conforme nos dá notícia o "Diário da Justiça" de 13 de dezembro de 1951, através de um agravo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, concedeu o mandado de segurança requerido pela Câmara Municipal de Bôca do Acre contra a Assembléia Legislativa do Estado, sob o fundamento de ter o Legislativo estadual praticado ato que envolvia a quebra da autonomia do Município.

Da mesma valia é a argumentação respeito à lei que declarou extinto o mandato de senador de Luis Carlos Prestes.<sup>5</sup> No momento em que essa lei entrou em vigor, operou-se a extinção do mandato, e assim o mandado de segurança que quisesse proteger o interessado contra os efeitos dessa lei teria que impugná-la por inconstitucional em tese, o que, realmente, não só a doutrina como a jurisprudência não admitem.

O caso dos autos se apresenta com características bem diferentes, reveladoras de uma situação completamente diversa.

O impetrante está no gôzo das funções de governador do Estado, com todos os direitos e deveres inerentes ao cargo. Dentre êsses direitos está o de ausentar-se do Estado até 20 dias, sem licença da Assembléia Legislativa. Entende o governador que durante essa ausência conserva as funções do cargo, sem necessidade, portanto, de passar o exercício ao substituto legal. Veio, porém, a lei nº 19, e prescreve que o governador não pode ausentar-se do Estado, por mais de 24 horas, sem passar o exercício. Com a entrada em vigor dessa lei,

com a sua publicação, se tornou ela exequível, e será executada automaticamente, sempre que se apresentem as hipóteses nela reguladas. E será do mesmo modo executada, quando o governador se ausentar do Estado, embora estritamente ao serviço dêste, por mais de 24 horas, com a obrigação de passar o exercício do cargo ao seu substituto.

É contra tal afeito da lei, que, uma vez concretizado, não deixa de ser um ato, conforme judiciosamente diz CASTRO NUNES na passagem já citada - é que reclama o governador do Estado. Não pretende, portanto, o impetrante seja declarada a inconstitucionalidade da lei em tese, mas a invalidação daqueles dispositivos limitativos da efetividade das suas funções e não decorrentes da Constituição estadual.

A assunção do cargo por seu substituto, sem o governador passar expressamente o exercício, não pode deixar de ser encarada como um ato - ato decorrente da lei - que vem, no entender do impetrante, ferir as suas prerrogativas de conservar consigo, durante o "prazo de tolerância", as funções próprias de seu cargo. O que deseja o requerente, portanto, é que se aprecie a inconstitucionalidade da lei sob êsse aspecto, isto é, quando ela se reflete e se projeta no ato que despe o governador das suas funções, para outorgá-las ao seu substituto.

Apesar de ser sabido que o mandado, de segurança não é remédio legal prescrito tão-sòmente contra "direito violado", mas também indicado para proteger "direito ameaçado de violação", o requerido alega que a aplicação da lei não está comprovada.

Realmente não houve aplicação da lei, muito embora tenha ela produzido os seus efeitos pelo não-comparecimento do impetrante à reunião de governadores dos Estados do sul do País, e para a qual foi oficialmente convidado, conforme consta da carta de fls. dos autos, firmada pelo governador do Estado de São Paulo, tão-sòmente porque entrara em vigor a lei nº 19, então recém-promulgada, conforme é público e notório.

Concluindo: o impetrante é titular de um direito subjetivo, qual o de guardar consigo os direitos presos às funções do cargo de governador, mesmo ausente do Estado, até 20 dias, ameaçado de violação por ato de sanção decorrente de

uma lei auto-exeqüível - direito que, pelas razões expostas, deve ter, em princípio, a proteção do mandado de segurança, sem, por outro lado, indagar, para fins do cabimento do pedido, se êsse direito é líquido e certo, questão que se prende, antes, à da inconstitucionalidade mesma da lei impugnada.

Diz a Constituição do Estado em seu art. 48:

"O governador residirá na capital do Estado e dêste não poderá ausentar-se por mais de 20 dias, sem licença da Assembléia ou da Comissão Permanente, sob pena de perda do cargo".

E a lei nº 19, impugnada:

"Art. 1º Em caso de impedimento, vaga ou falta do governador, serão chamados, sucessivamente, ao exercício do cargo o presidente da Assembléia Legislativa e o presidente do Tribunal de Justiça do Estado.

Art. 2º Consideram-se casos de impedimento do governador:

.....  
.....

c) ausência do território do Estado por tempo superior a 24 horas".

Evidentemente o disposto na lei impugnada desarmoniza-se com o preceituado no artigo citado da Constituição. E como da incompatibilidade nasce a inconstitucionalidade, êsse dispositivo legal, por ser inconciliável com o verdadeiro significado do texto da Carta Política, é inconstitucional.

É que, "em relação a preceito constitucional expreso", diz LÚCIO BITTENCOURT em seu livro "O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", pág. 54, "é manifesto que não se deve atender, apenas, ou prevalentemente, à letra do texto, mas procurar o sentido, o espírito, o real significado da norma Se a lei ordinária é incompatível com a *mens legis* de alguma prescrição do Estatuto Político, a inconstitucionalidade é irrecusável".

E não se pode duvidar que a intenção do constituinte de 1947 foi dar ao governador a prerrogativa de ausentar-se do Estado até 20 dias, sem passar o exercício do cargo ao substituto. E que ela se apresenta manifesta, clara, positiva e insofismável das próprias palavras da Constituição, porquanto exprimem elas o "fim" desejado: liberdade de movimentos, dentro de um prazo certo e determinado, para melhor cuidar dos interesses do Estado, fora das suas fronteiras, objetivando, talvez, contatos freqüentes com o govêrno central, em benefício dos serviços executados dentro dos seus limites.

Disse muito bem, portanto, o insigne constitucionalista pátrio PONTES DE MIRANDA, quando afirmou, em seu parecer, que o impedimento, para substituição, decorre sempre ou do ultrapassamento do prazo de tolerância prefixado na Constituição, com a conseqüente perda do cargo, ou de licença; fora desses casos, é criar "impedimentos" que os elaboradores da lei máxima não quiseram admitir, talvez, mesmo, olhando para os benefícios e interesses relevantes que pudesse pleitear e defender o governador do Estado.

Em defesa da lei impugnada e para mostrar não constituir novidade a passagem do govêrno, lembra o requerido a transmissão feita pelo interventor neste Estado, Cel. Aristiliano Ramos, e, mais recentemente, pelos governadores da Bahia, Srs. Otávio Mangabeira e Régis Pacheco. A desvalia da argumentação, *data venia*, é manifesta, pois nos dias que correm vemos os governadores do Estado do Rio, Minas, São Paulo, Paraná e de várias outras unidades da Federação voarem para fora dos limites dos seus Estados, com ausência por vários dias, sem passarem o exercício do cargo.

Não serve, também, como elemento histórico-interpretativo, a existência, no Estado do Rio Grande do Sul, de lei semelhante, não só porque nesse Estado predomina a corrente parlamentarista ou, pelo menos, predominava ao tempo da elaboração a sua Carta Constitucional, tanto que o Supremo Tribunal Federal, através de uma representação,<sup>6</sup> julgou inconstitucionais vários dos seus artigos por julgá-los contrários aos princípios estabelecidos na Constituição federal - (ninguém ignora que, no govêrno de Gabinete, o Parlamento é o eixo do sistema, cujo "primado" incontestável leva ao desequilíbrio da balança dos poderes) - como também porque essa lei foi aprovada, tão-sòmente, por 28 deputados, num total de 55 representantes à Assembléia gaúcha, o "mínimo",

portanto, para a sua aprovação ("Anais da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul", 1947-1948).

Quanto aos "poderes implícitos" alegados pelo requerido em abono da lei número 19, não podem êles ter a amplitude e a profundidade desejadas.

Desde MARSHALL, ficou consagrada entre os constitucionalistas a doutrina dos "poderes implícitos"; consistem êles no reconhecimento da outorga tácita de todos os meios julgados eficazes para uma autoridade exercer uma função que lhe foi atribuída. Isto, porém, não quer dizer que através deles, ou nêles apoiados, possam ser ultrapassados os limites prefixados para o exercício da função. É preciso não esquecer que antes de tudo e acima de tudo está a linha traçada pela Constituição, limitativa de poderes; a sua violação, a sua transposição, importa, necessariamente, em ferir de morte o princípio básico da nossa forma de govêrno: independência e harmonia dos poderes.

Pudesse a Assembléia Legislativa do Estado legislar com a liberdade que se lhe afigura assegurada pelos "poderes implícitos", e o chefe do Executivo estadual teria os seus movimentos inteiramente controlados pelas maiorias ocasionais. E, é óbvio, o chefe do Poder Executivo não pode ficar à mercê dessas maiorias, que hoje dão um prazo de 24 horas de tolerância para ausência do território do Estado, sem licença, podendo tirá-lo amanhã...

Ocorre ainda a circunstância, - e essa passagem serve, apenas, para mostrar a elasticidade que a Assembléia estadual emprestou aos chamados "poderes implícitos" - por demais curiosa, de ter o legislador ordinário, a título de não querer o govêrno acéfalo, criado a bicefalia governamental, com o determinar a assunção do substituto legal do governador, nas suas ausências, fora do Estado, por mais de 24 horas, e assegurar ao substituído prerrogativas inerentes ao exercício do cargo, quais as de assinar convênios e contratos devidamente autorizados pela Constituição. Assim, são conferidas prerrogativas de governador, simultaneamente, a duas pessoas: uma dentro do Estado e outra fora dos seus limites territoriais.

Não se argumente, para excluir o absurdo que encerra êsse texto da lei nº 19, com o disposto no § 2º do art. 49 da Constituição, porque êsse dispositivo, apenas, diz que o governador licenciado para tratar de interesses do Estado

continua a perceber os vencimentos integrais. Foi uma forma que a Constituinte de 1947 encontrou para não privar o governador licenciado do seu subsídio.

Nesse dispositivo constitucional não se pode ver, nem de longe, qualquer similitude com o existente na lei impugnada.

O que êsse dispositivo constitucional ressalta, mais uma vez, é que a palavra "ausência" foi empregada como sinônima de "licença".

Terminando: quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", pág. 321).

Florianópolis, 19 de março de 1952. - *Guilherme Abry*, presidente, com voto de desempate; *Nélson Guimarães*, relator, com a seguinte declaração de voto: Votei no sentido de não ser permitido à legislatura ordinária, votar leis regulamentadoras de texto constitucional sem a necessária autorização expressa. A Constituição nos fornece inúmeros exemplos dessa exigência, e dentre êles podem ser citados: art. 157, inciso IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros das emprêsas, *nos têrmos e pela forma que a lei determinar*; inciso V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, *exceto nos casos e condições previstas em lei*; art. 158 - é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará; art. 179, § 2º - a lei regulará a organização, a competência e o funcionamento do Conselho de Segurança Nacional, etc., etc.

Daí NOGUEIRA ITAGIBA afirmar, com tôda a procedência, que o texto constitucional que não contiver a declaração "na forma estabelecida em lei" ou outra semelhante, embora lacunoso ou omissos, só pode ser corrigido através de emenda constitucional.

É isto, aliás, o que diz CARLOS MAXIMILIANO na obra já citada: "a interpretação autêntica do texto constitucional só se obtém por meio de emenda do estatuto básico. Nem sequer um ato da Assembléia que elaborou a Constituição ou a respectiva reforma, teria o valor de exegese obrigatória.

Podem-se decretar leis orgânicas para a execução do Código supremo, porém não *interpretativas*" ("Comentários à Constituição (1891)", 2ª ed., ns. 86-87): *Alves Pedrosa*, vencido: Preliminarmente, não conheci do pedido, por dois motivos: o não-cabimento do mandado de segurança contra a lei em tese, e a incompetência do Tribunal de Justiça. O mandado de segurança tem por finalidade específica a defesa de direito líquido e certo do indivíduo, pessoa física ou jurídica, violado por ato de autoridade. Assim, diz CASTRO NUNES, o direito que se exercita por êsse remédio constitucional é sempre um direito subjetivo do indivíduo contra o poder público.

Eis por que, cabe apreciar se o direito que se pretende exercitar pelo mandado de segurança pode ser amparado por êsse remédio jurídico.

Nos termos do § 24 do art. 141 da Constituição federal, "para proteger direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder". O texto constitucional supõe, de um lado, a existência de um direito, violado ou ameaçado de violação, que a isto equivale a expressão ilegalidade ou abuso de poder, por ato de autoridade pública, do outro, outorga ao titular dêsse direito, assim violado ou ameaçado, o mandado de segurança. Trata-se, por conseguinte, de um recurso constitucional contra o Estado como poder público.

"Se a autoridade" - escreve CASTRO NUNES - "estorva o exercício de um direito, ainda que não o negue, ou se desconhece ou nega no recusar-lhe um complemento de que depende o exercício dêle, o que se examina, em qualquer hipótese, é o ato da autoridade, para remover o obstáculo e restituir o direito ou forçar a administração a praticar o ato recusado, assegurando o direito envolvido nessa recusa" ("Do Mandado de Segurança", nº 32, pág. 66). A seguir, o acatado mestre completa seu pensamento: "mas pode ocorrer que se faça mister um ato oficial para que o direito se efetive ou possa ser exercido, ato que a autoridade recusa por um fundamento que envolva a existência mesma do direito". Ainda aqui não mudam os termos da questão: o fundamento da recusa é o mérito do *ato administrativo*. É a este que se examina no seu conteúdo. Se a recusa é ilegal, a ordem para praticar o ato envolve necessariamente a afirmação de direito desconhecido ou negado (ob. cit., ainda nº 32, página 66).

Ora, que alega o requerente? A resposta encontra-se no intreito e no remate da petição inicial. Ali se declara que a segurança é dirigida contra a Assembléia Legislativa na pessoa de seu presidente, pelo fato de haver votado a lei nº 19, de 1º de agosto de 1951, que privou o impetrante do direito de se ausentar do Estado, por prazo de 20 dias, sem passar o governo.

O que se pede, portanto, é que o Tribunal de Justiça declare a inconstitucionalidade da referida lei.

Entendi não ser adequado o meio utilizado pelo impetrante. Com efeito, do exame dos fundamentos e alegações produzidas, verifica-se que a Assembléia Legislativa, visando regulamentar o art. 41 da Constituição do Estado, votou a lei e rejeitou o veto a ela oposto pelo governador. O presidente da Assembléia, em obediência ao disposto no art. 29 do mesmo Estatuto Político, promulgou a lei. Não lhe cabia entrar na apreciação da lei. A promulgação, no caso, era imperativa (art. 29).

O Sr. governador do Estado, já em conflito com a Assembléia Legislativa, aponta que esta ao votar a lei desatendeu às normas constitucionais e, conseqüentemente, o está impedindo de exercer, em tôda a sua plenitude, o mandato de governador.

Vê-se que não existe em Juízo uma questão entre o indivíduo, pessoa física ou jurídica, e o poder público, isto é, o direito do particular contra o poder público, que o mandado de segurança tem por finalidade específica amparar.

Pois, o que se pretende é que o Tribunal de Justiça solucione uma controvérsia, em que se empenham o governador do Estado e a Assembléia Legislativa, por via ao mandado de segurança, que é uma medida de proteção individual.

É certo que, pelo mandado de segurança, pode-se atacar o ato legislativo, mas sempre, por via da conseqüência, em casos concretos, ou seja, quando se argúi a inconstitucionalidade do *ato administrativo* decorrente da execução da lei. Aí não se trata de ato legislativo, como objeto do pedido, mas de ato de execução da lei.

O Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões tem firmado o princípio de que "contra a lei em tese não cabe mandado de segurança, em não havendo de permeio um ato de autoridade, que seria o objeto do pedido". Essa jurisprudência foi reafirmada recentemente, com os acórdãos proferidos no recurso de mandado de segurança nº 1.173, de Minas Gerais ("Diário da Justiça" de 20 de fevereiro de 1952, pág. 802) e no recurso extraordinário nº 15.904, do Paraná ("Diário da Justiça" de 13 de março de 1952, página 1.132).

Foi relator do recurso extraordinário nº 15.904, do Paraná, o eminente ministro OROZIMBO NONATO, que assim fundamentou o seu voto: "Pontualmente verdadeira é a tese do acórdão recorrido: o mandado de segurança não se pode dar contra ato tipicamente legislativo, contra lei. O que dá matéria prima ao mandado de segurança é o ato administrativo, embora pretenda estar fundamentado em preceito de lei ordinária ou constitucional".

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão de 20 de fevereiro de 1951, julgou um caso que muito se assemelha ao que é ventilado nos presentes autos. Vale a pena reproduzir aqui os trechos principais do citado aresto: "O direito que se exercita pelo mandado de segurança é sempre um direito público, um direito subjetivo do particular contra o Poder Executivo, cujos abusos objetiva coibir.

Essa nítida particularidade dá segurança instituída pela Constituição federal de 1934 ficou, desde logo, acentuada nos projetos de lei que visavam, desde 1926, na Câmara dos Deputados, à criação desse instituto.

Meio excepcional de defesa, não pode dêle valer-se senão a pessoa natural ou jurídica, cujo direito certo e incontestável haja sido ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Na espécie, a impetrante, é a Prefeitura Municipal de Bauru. Em última análise, o seu próprio prefeito, órgão executivo do Município, a quem são cometidas, entre outras, as funções de executar-lhe as leis. A sua investidura nessas funções confere-lhe atributo, no nosso regime municipal, de poder público. De onde a evidente anomalia de um poder público pleiteando, contra outro, uma medida cujo escopo é amparar direitos individuais lesados ou ameaçados de

lesão por atos de autoridades administrativas" ("Rev. dos Tribunais", vol. 192, página 185).

Êste Tribunal também aceita a tese de que o mandado de segurança não se pode dar contra a lei, mas, apoiado numa opinião de CASTRO NUNES, conheceu do pedido sob o fundamento de que a lei nº 19 é de caráter proibitivo, caso em que cabe a segurança preventiva. Acontece, porém, que a opinião do renomado jurista, por mais respeitável que seja, ainda não logrou acolhida. pela jurisprudência E, mesmo se fôsse vitoriosa, não se aplicaria ao caso em discussão.

É que, segundo CASTRO NUNES, "a autoridade deve ser provocada antes de requerida a segurança e será a sua recusa o ato impugnado". Os autos não dão notícia da provocação do requerente, nem da recusa do requerido.

Acresce ainda que, a meu ver, não se trata de lei proibitiva. A lei nº 19 nenhuma restrição faz ao direito do governador de se ausentar do território do Estado até 20 dias sem licença, nos termos do art. 48 da Constituição estadual. Apenas considera essa ausência motivo de impedimento para o efeito de assumir o govêrno o substituto legal do governador, conforme exige o art. 41.

Pareceu à Assembléia Legislativa que esta norma consulta melhor aos interêsses do Estado e da coletividade, e nenhum prejuízo causa ao governador, que, como dantes, poderá se ausentar até 20 dias sem licença e nesse período representar o Estado, e assinar convênios e contratos para os quais tenha a necessária autorização constitucional, com direito a perceber integralmente o subsídio do cargo.

O acórdão, *data venia*, não foi feliz ao comentar os pareceres dos juristas FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA e ministro LUÍS GALLOTTI, invocados pela requerida nas informações de fls.

O Sr. FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA sustenta que não podem ser pronunciadas pela via do mandado de segurança as inconstitucionalidades de leis sôbre incorporação, subdivisão e desmembramento de Município, porque não é possível, por meio do remédio previsto pelo § 24 do art. 41 da Constituição federal, declarar a inconstitucionalidade da lei em tese.

E o acórdão diz: "Lei que dispõe sobre incorporação, subdivisão e desmembramento de Município, é evidente que não pode ser atacada por via do mandado de segurança. Isto porque uma lei dessa ordem jamais violará um direito individual, subjetivo, pressuposto imprescindível para o cabimento dessa medida".

Contrariamente a êsse ponto de vista já se pronunciou êste Tribunal, com o voto aliás do ilustrado relator, ao conhecer dos mandados de segurança ns. 62 e 66, requeridos pelos prefeitos dos Municípios de Araranguá e Caçador contra as leis que desmembraram parte do território de seus respectivos Municípios. Prevaleceu, então, o fundamento de que na espécie o que estava em causa, não era a lei em tese, mas o ato do executivo tachado de nulo, por apoiar-se em leis inconstitucionais ("Jurisprudência, 1949", págs. 346 e 349). Assinalo êsse fato porque o Supremo Tribunal Federal, ao conhecer dos recursos das decisões denegatórias dos referidos mandados de segurança, ressaltou: "Em matéria de autonomia municipal, embora a Justiça local haja dado interpretação a dispositivo da Constituição, persista a faculdade que a mesma, em seu art. 7º, outorga ao procurador geral da República de oferecer representação ao Supremo Tribunal Federal" ("Diário de Justiça" de 6 de março de 1952, pág. 950).

Com referência ao mandado de segurança nº 896, requerido pelo ex-senador Luís Carlos Prestes, diz o acórdão:

"Da mesma valia é a argumentação respeito à lei que declarou extinto o mandato de senador de Luís Carlos Prestes. No momento em que essa lei entrou em vigor, operou-se a extinção do mandato, e assim o mandado de segurança que quisesse proteger o interessado contra os efeitos dessa lei teria que impugná-la por inconstitucional em tese, o que, realmente, não só a doutrina como a jurisprudência não admitem".

A doutrina está rigorosamente certa, sendo de lamentar, apenas, que a maioria não resolvesse aplicá-la à hipótese dos autos, em que se pleiteia a decretação da inconstitucionalidade de uma lei em tese. Mas os fatos se passaram de maneira diferente: o ministro LUÍS GALLOTTI, então no cargo de procurador geral da República, no parecer ao mandado de segurança requerido por Luís Carlos

Prestes,<sup>7</sup> sustentou que não cabia a medida, eis que contra a lei os nossos tribunais nunca a têm admitido. O Supremo Tribunal Federal, porém, desprezou a preliminar, por se tratar de ato da Mesa do Senado. em cumprimento à lei nº 211, de 7 de janeiro de 1948, que regulou os casos de extinção de mandatos legislativos, e, conhecendo de pedido, denegou a ordem ("Diário da Justiça" de 23 de maio de 1951, pág. 127).<sup>8</sup>

Idêntica decisão foi proferida no mandado de segurança nº 900, requerida pelos deputados comunistas, quando o eminente ministro EDGAR COSTA proferiu o seguinte voto:

"O mandado é requerido contra ato da Mesa da Câmara fundado em lei que se argúi de inconstitucional. Não está, portanto, em causa a inconstitucionalidade, em tese, dessa lei, mas o ato expedido com base nela; quando o estivesse, então sim, o mandado seria realmente incabível, porque a argüição de inconstitucionalidade em tese só é admissível nos termos e de acôrdo com o parág. único do art. 8º da Constituição. Tem aplicação na espécie, o que V. Ex<sup>a</sup>, Sr. presidente, em voto proferido, firmou ao propósito, em síntese que o nosso eminente colega, ministro OROZIMBO NONATO, qualificou de lapidar, qualificativo que peço vênua para ratificar: "Não se pleiteia contra a lei. O que legitima o mandado é ser o ato da autoridade contrário à lei ou fundado em lei inconstitucional". Essa é a jurisprudência dêste Tribunal. De acôrdo com ela, e com a vênua do Sr. ministro relator, rejeito a preliminar" ("Diário da Justiça" de 27 de março de 1951, página 683).<sup>9</sup>

E note-se que a lei nº 211. de 7 de janeiro de 1948, era de natureza proibitiva, tanto assim que proibia aos Impetrantes de continuarem no exercício dos cargos para os quais foram eleitos, anteriormente.

Por outro lado, afigurou-se-me evidente a incompetência dêste Tribunal para prover o apêlo, em face do disposto na letra *q*, nº X. art. 83, da Lei de Organização Judiciária:

"Compete ao Tribunal de Justiça, em sessão plenária das suas Câmaras Reunidas, processar e julgar em primeira e única instância mandado de segurança contra atos do próprio Tribunal, seu presidente ou suas Câmaras. Conselho Disciplinar da Magistratura, corregedor geral da Justiça, juízes de

direito, governador do Estado, secretários de Estado, Mesa da Assembléia Legislativa e procurador geral do Estado".

O impetrante rematou a inicial requerente: "que, nos termos do art. 322 do Código de Proc. Civil, seja a presente processada na forma ali prescrita, *com a notificação à Assembléia Legislativa na pessoa do seu presidente*, e demais formalidades, prosseguindo-se nos ulteriores atos, até final".

Ora, como se viu acima, o Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar mandados de segurança contra atos da Assembléia Legislativa. E nem se diga que houve omissão na Lei de Organização Judiciária, porque o dispositivo transcrito inspirou-se no art. 101, número I, letra *i*, da Constituição federal, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar os mandados de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado.

É a própria Carta Magna da República que, disciplinando a espécie, exclui os atos do Poder Legislativo da órbita do mandado de segurança, porque, longe de serem atos de autoridade, são atos de soberania. Admitiu-o contra os atos das Mesas dos corpos legislativos, porque são atos administrativos, fundados em lei.

Se a controvérsia suscitada pela lei nº 19, de 1º de agosto de 1951, entre o chefe do Poder Executivo e a Assembléia Legislativa, afeta o princípio da Independência dos poderes, segundo o alegado na inicial, com invocação do art. 36 da Constituição federal, a competência para solucioná-la será, do Supremo Tribunal Federal. E o meio adequado não será o do art. 141, § 24, mas sim o do art. 7º da Constituição federal.

Quanto ao mérito, em que pêsse ao meu mais alto aprêço aos ilustrados colegas que formam a maioria, sou levado a divergir do acórdão, para ficar com o critério aceito por todos os tribunais brasileiros, que é o seguinte: *a inconstitucionalidade de uma lei deve ser patente, flagrante, manifesta, para ser decretada*.

A Constituição do Estado, estabelecendo, no art. 41:

"Em caso de impedimento ou vaga do governador, serão sucessivamente chamados ao exercício do govêrno o presidente da Assembléia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça", sem especificar os casos em que podem ocorrer o impedimento ou vaga, cometeu, necessàriamente, ao legislador ordinário, a tarefa de regular a matéria através de uma lei complementar.

Dessa opinião partilhou o grande e saudoso juiz que foi o desembargador HUGO CANDAL, quando, na qualidade de presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dirigiu um ofício à Comissão Representativa da Assembléia Legislativa daquele Estado, em que dizia: "A Constituição do Estado, em seu art. 77, dispõe que, em caso de impedimento ou vaga do governador, será chamado ao exercício do cargo o presidente da Assembléia. Não especifica os casos de impedimento, o que, certamente, será objeto de uma lei ordinária, interpretando o dispositivo constitucional" ("Anais da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul", vol. XIV, página 672).

A Constituição de Santa Catarina, por sua vez, dá à Assembléia Legislativa competência para decretar leis complementares e legislar sôbre o exercício dos poderes estaduais (art. 21, ns. I e XII, letra *a*). Foi por isso que o professor FRANCISCO CAMPOS, em seu lúcida e convincente parecer,<sup>10</sup> afirmou que a Assembléia não só podia como devia regular a matéria contida no art. 41 da Carta estadual.

Alega o impetrante que, mesmo que n Assembléia seja competente, a lei nº 19 é inconstitucional por contrariar o art. 48 da Constituição do Estado.

Que diz êsse dispositivo?

"O governador residirá na capital do Estado e dêste não poderá ausentar-se por mais de 20 dias, sem licença da Assembléia Legislativa ou da Comissão Permanente, sob pena de perda do cargo".

Sòmente isso.

Nenhuma palavra ou referência pela qual se possa concluir que o governador não deva ser substituído durante a ausência. Onde, pois, a incompatibilidade com a lei impugnada?

"Ora", - é FRANCISCO CAMPOS quem escreve no parecer citado - "o que o art. 48 regula é coisa diversa do que se acha regulado no art. 41 da Constituição de Santa Catarina. Naquele artigo, com efeito, se regulam os casos em que para se ausentar do Estado o governador necessita da licença da Assembléia: no art. 41 se dispõe que, em caso de impedimento, o governador passará o govêrno ao substituto designado na Constituição.

Ora, a ausência, ainda que autorizada pela Assembléia, constitui, pelas óbvias razões já enunciadas, causa tão eficaz do impedimento quanto a ausência sem licença da Assembléia. É a ausência em si mesma, independentemente de qualquer qualificação, autorizada ou não-autorizada, sem licença ou mediante licença, que constitui o impedimento previsto na Constituição.

O fato de dispor a Constituição que para ausentar-se por 20 dias o governador não necessita de licença da Assembléia não induz à conclusão de que, não necessitando de licença da Assembléia, no caso de ausência de duração igual ou menor de 20 dias, o governador poderá ausentar-se sem passar o govêrno ao seu substituto, na ordem da vocação constitucional.

"Não é da licença da Assembléia que resulta o impedimento; o impedimento resulta do fato de que, sendo territorial a jurisdição do governador, a sua ausência do território, sem deixar substituto, cria a situação, a um só tempo singular, paradoxal e perplexa, de uma jurisdição sem autoridade jurisdicional e de uma autoridade jurisdicional sem jurisdição".

Mas, - sustenta o acórdão, apoiado na autoridade de LÚCIO BITTENCOURT, - êsse não é o espírito do art. 48, e a incompatibilidade também pode ser reconhecida quando o conflito se verifica com o espírito de alguma prescrição do Estatuto Político.

Essa doutrina, além de duvidosa, não se ajusta ao caso dos autos, mesmo porque uma disposição legal não pode ser interpretada isoladamente.

O espírito do art. 48 não pode divorciar-se do espírito da própria Constituição. E a Constituição em nenhum de seus dispositivos admiti a acefalia do govêrno.

Pelo contrário, fixando o prazo de 10 dias para o governador sancionar ou vetar os projetos enviados pelo Poder Legislativo, e o de 43 horas para promulgá-los, após a rejeição do veto (arts. 28 e 29), o legislador constitucional deixou claro que o governador deverá ser substituído quando ausentar-se do Estado, sem licença ou mediante licença, a fim de que o Poder Executivo possa exercer, plenamente, as suas funções constitucionais.

Desprezou a maioria a lei nº 191, de 31 de janeiro de 1948, do Rio Grande do Sul, como elemento histórico-interpretativo, não só porque predomina naquele Estado a corrente parlamentarista, como também porque aquela lei foi aprovada tão-sòmente por 28 representantes, num total de 55. Não dou grande valia ao argumento. A Constituição do Rio Grande do Sul foi promulgada a 8 de julho de 1947 e emendada a 14 de agosto do mesmo ano, em cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal julgando contrários a Constituição federal os dispositivos de ordem parlamentarista. Dêsse modo, quando foi votada a lei nº 191, de 31 de janeiro de 1948, a Constituição do Rio Grande do Sul já estava perfeitamente enquadrada no regime presidencial.

Demais disso, a feitura da lei rio-grandense, que serviu de modelo à lei nº 19, se deve ao ofício do desembargador HUGO CANDAL e não ao predomínio da corrente parlamentarista.

Quanto ao número de deputados que aprovaram a referida lei, explica-se que tenha, sido reduzido, porque a Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul não estava funcionando, foi convocada especial e unicamente para votá-la.

O que interessa ao estudo da questão é que a lei foi aprovada por unanimidade dos sufrágios e, em seguida, sancionada pelo governador Valter Jobim, o qual não deixou de transmitir, mais tarde, ao então presidente da Assembléia, o exercício do cargo, embora retivesse, fora do Estado, a representação inerente à investidura, que não perdera (parecer do procurador do Estado do Rio Grande do Sul, fls. 83 a 86).

Vê-se, igualmente, que é pacífica a tese de que a inconstitucionalidade não se presume, é indispensável que sua demonstração seja feita de modo tal que a incompatibilidade entre a lei e o Estatuto Político fique acima de toda dúvida razoável. Aconselham os juristas que também no caso de dupla interpretação,

sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição (LÚCIO BITTENCOURT, "O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", págs. 115 e 118).

Aplicando-se êsses ensinamentos ao caso *in judicio*, verifica-se que o Poder Judiciário não deve decretar a inconstitucionalidade da lei nº 19, de 1º de agosto de 1951.

Por essas razões neguei a segurança requerida pelo ilustre Sr. governador do Estado. E assim votando, convencido estou, cada vez mais, de que decidi com forte apoio na doutrina, na jurisprudência e no direito: *Arno Pedro Hoeschl*; *José do Patrocínio Gallotti*, vencedor nas preliminares, mas vencido no mérito: Preliminarmente, entendi que o Tribunal de Justiça tinha competência para apreciar o pedido, não obstante ser êste dirigido contra ato da Assembléia Legislativa do Estado. É que, se tem competência para decidir da constitucionalidade de leis elaboradas pela Assembléia Legislativa do Estado, não pode o Tribunal de Justiça deixar de ter competência, também, para decidir mandado de segurança contra atos da mesma Assembléia. E, preliminarmente, ainda, entendi que era cabível, no caso, o mandado de segurança, porque, de um lado, a aprovação e a promulgação da lei contra a qual se reclama constituem atos, sem dúvida nenhuma, e, de outro lado, êsses atos teriam ferido direito líquido e certo de um cidadão, o cidadão investido das funções de governador do Estado. No mérito, votei pela constitucionalidade da lei nº 19 e conseqüente denegação da segurança impetrada. Em primeiro lugar, o legislador ordinário podia, como o fêz, regular os casos de impedimento do governador do Estado. Não os regulando, o legislador-constituente - que não se pode presumir de omissio - deixou-lhes a regulação a cargo do legislador ordinário. É evidente. E evidente seria, ainda que a Constituição do Estado não contivesse, como contém, um dispositivo - o art. 21, nº I, - que dá à Assembléia Legislativa do Estado competência para decretar as leis orgânicas indispensáveis à completa observância da lei fundamental do Estado. Em segundo lugar, regulando, através da lei nº 19, os casos de impedimento do governador do Estado, o legislador ordinário não feriu nenhum dispositivo da Constituição do Estado, como o demonstrou, magistralmente, luminosamente, em seu parecer sobre o assunto, o eminente jurista ministro FRANCISCO CAMPOS.

Ao art. 48 da Constituição do Estado não se pode dar a interpretação que lhe dá o ilustre impetrante.

"Não é da licença da Assembléia que resulta o impedimento; o impedimento resulta do fato de que, sendo territorial a jurisdição do governador, a sua ausência do território, sem deixar substituto, cria a situação, a um só tempo singular, paradoxal e perplexa, de uma jurisdição sem autoridade jurisdicional e de uma autoridade jurisdicional sem jurisdição" (parecer do ministro FRANCISCO CAMPOS).

Nem se tire do art. 22, nº I, da Constituição do Estado a conclusão de que a ausência do governador, do Estado, por menos de 20 dias não importa na interrupção do exercício das funções, porque tal conclusão levaria a outra: de que a ausência do governador, do Estado, por mais de 20 dias importaria naquela interrupção, o que vale dizer que o legislador-constituente de Santa Catarina teria sido redundante, quando redigiu o art. 22, nº I, da Constituição, pois seriam demais tôdas as palavras que, no dispositivo em aprêço, se escreveram depois da palavra "funções". E tal redundância seria um absurdo; *Mário de Carvalho Rocha; Ferreira Bastos*, vencido: Não conhecemos, *preliminarmente*, do apêlo e, *de meritis*, negamos a segurança pleiteada.

Com efeito, aprovou a Assembléia Legislativa um projeto de lei regulando os casos de impedimento e vaga do governador. Bem ou mal, não nos cumpre discutir o assunto.

Remetido êsse projeto ao chefe do Executivo estadual, S. Ex<sup>a</sup> vetou-o, inquinando-o de inconstitucional, e assim devolveu-o à Assembléia. Esta, no entanto, rejeitou o veto, e porque decorridas 48 horas sem a aquiescência do Executivo, promulgou-a o Sr. presidente, como lhe cumpria. Não o fêz de *motu proprio*, que estava a isto obrigado pelo art. 29, *in fine*, da Constituição de 1947.

É da essência do mandado de segurança que o mesmo cabe de ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade e a recente lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que altera disposições do Cód. de Proc. Civil, deixa isso claro em vários dos seus artigos.

Pergunta-se: O presidente da Assembléia, promulgando a lei que não obtivera o beneplácito do Executivo, praticou *ato de autoridade*, por acaso abusando ou se excedendo no seu poder de administração?

Entendemos que não, de vez que a lei não é ato de autoridade, mas sim da soberania, vale dizer, que o *poder*, no caso o *Legislativo*, não reconhece outro superior ou concorrente, admitindo apenas os limites prefixados no texto constitucional.

Esclareçamos, desde logo, que se não deve entender que os três poderes públicos - Legislativo, Executivo e Judiciário, - cuja existência é hoje sustentada pela quase unanimidade dos tratadistas e das constituições, sejam soberanos *per se*, porque a soberania é uma só e não pode ser dupla, quanto mais tríplice.

Os chamados poderes públicos são dêste modo manifestações da soberania, que é única, em funções diversas, exercitando-se em departamentos autônomos.

Daí ser evidente que legislar não é executar a lei e exercer atos de administração; e com as funções legislativas e executivas não se confundem as judiciárias, garantindo os direitos individuais mediante as leis do processo, ou garantindo a ordem social pela repressão dos delitos.

A soberania quando legisla toma o nome de Poder Legislativo em vez de *soberania* legislativa, e o mesmo ocorre quando exerce as funções executivas ou judiciárias.

O douto PONTES DE MIRANDA ensina que "*a promulgação*, outra operação complementar, constitui mera atestação da existência da lei e proclamação da sua executoriedade" ("Comentários à Constituição de 1946", vol. 2, pág. 80).

Ora, se a lei nº 19, em causa, não decorre de ato de administração do presidente da Assembléia que, com o promulgá-la, atestou pura e simplesmente a sua existência e proclamou a sua executoriedade, contra ela não cabe o remédio de que se fêz uso.

Hoje não mais se discute o assunto. Com a sua autoridade incontestável, escreveu CARLOS MAXIMILIANO, nos seus "Comentários à Constituição Brasileira", vol. III, pág. 151: "Em processo de mandado de segurança jamais se declara inconstitucional uma lei *em tese*; fulmina-se a aplicação de norma inconstitucional a determinado indivíduo". E mais adiante "Ataca-se pelo meio expedito um *ato* inconstitucional; não uma *lei* inconstitucional: esbarronda-se vertiginosamente aquêle quando baseado nesta".

O *mandado de segurança*, di-lo CASTRO NUNES, é contra o ato da autoridade pública, isto é, do agente ou representante do poder público.

BIELSA, por seu turno, escreve que a autoridade da administração se exerce por meio de atos, e sob a forma de fatos ("Princípios de Derecho Administrativo", 2ª ed., pág. 67).

Mas para ser funcional necessário se torna que o fato seja complementar do ato, pressupondo-se, assim, um ato resolutório prévio, uma decisão, uma determinação de caráter geral ou particular.

Assim "um decreto, uma portaria, um aviso, um despacho, em suma qualquer manifestação da vontade".

Vale repisar: É necessário que haja um ato, omissivo ou comissivo, uma violação em forma positiva ou uma recusa de providência para que possa ser legalmente exigida.

LUÍS MACHADO GUIMARÃES, nos seus "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. IV, pág. 337, diz que, em relação à lei, não pode ser apreciada a sua constitucionalidade em tese - tal a jurisprudência assentada. Torna-se preciso um *ato* da autoridade que viole ou ameace diretamente o direito do requerente.

Adiante, com apoio em CASTRO NUNES, acrescenta o douto processualista: O ato legislativo pode estar em causa, mas por *via de consequência*, como quando é argüida a inconstitucionalidade do *ato*, objeto do mandado de segurança, fundada na inconstitucionalidade da lei, em cuja execução é êle praticado.

Em abono da nossa tese, grande é o número dos julgados dos tribunais do país, e salientamos, entre outros, um do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa destacamos: "É o mandado de segurança inadequado para amparar o direito contra os Poderes Legislativo e Judiciário nos atos específicos de sua função, isto é, a lei e a sentença" (*in* "Rev. dos Tribunais", vol. 182, pág. 110). Subscrive o *arresto*, que é datado de 24 de agosto de 1949, e que contou com apenas um voto vencido entre os trinta e um juízes, o então desembargador e hoje ministro MÁRIO GUIMARÃES.

Mais recentes ainda são os *acórdãos* do egrégio Supremo Tribunal Federal que, abroquelado na sua constante jurisprudência, decidiu: Descabe, em linha de princípio, o mandado de segurança contra ato tipicamente judicial (sentença) e contra ato elementarmente legislativo (a lei)". "O mandado de segurança não pode armar contra a lei, sem ato concreto da administração". Os *acórdãos* em questão, respectivamente, de 24 e de 31 de maio de 1950, sendo de ambos relator o Sr. ministro OROZIMBO NONATO, encontram-se publicados nos "Diário da Justiça", ano XXVII, págs. 1.515 e 1.540, apensos aos ns. 70 e 72 do "Diário Oficial".

A respeito do assunto assim se pronunciou, em resumo, o então procurador geral da República e hoje ministro LUÍS GALLOTTI: mas não há como pretender o uso do remédio diretamente. contra a lei que se diz violadora da Constituição. Entender de outro modo seria estender ao Poder Judiciário a prerrogativa do veto, que é privativo do Executivo.

Outro não é o parecer do atual titular da Procuradoria. Dr. PLÍNIO DE FREITAS TRAVASSOS, quando opina ser o mandado de segurança "incabível na espécie, eis que visa a lei em tese e não um ato de sua execução".

"O *writ* de que se trata não exige distinção de autoridade; mas indispensável se torna discriminar entre *atos* dessas autoridades. É o ato administrativo e não a lei ou a sentença que constitui antessuposto inarredável do mandado de segurança. Alongam-se de sua zona de influência os atos jurisdicionais e legislativos. É certo que podem os órgãos do Poder Judiciário e Legislativo praticar atos materialmente administrativos e então, se eles vulneram direito líquido e certo, cabe o mandado, que, entretanto, registramos, não pode ter

como alvo a sentença ou a lei, os atos específicos do Judiciário e do Legislativo" (ministro OROZIMBO NONATO, *in* acórdão citado).

Eis por que não conhecemos do pedido, por não ser caso. O honrado Sr. governador do Estado encontraria por sem dúvida outro meio que não o do que se utilizou, para pleitear a anulação da lei nº 19, de 1º de agosto de 1951.

Desatendida, pela maioria, a *preliminar* cuja procedência sustentamos, entendeu o Tribunal, já agora pelo voto de desempate do seu ilustre presidente, de fulminar de inconstitucional a chamada "lei das 24 horas".

*Data venia* não nos convenceram os argumentos expendidos.

Assim, que o art. 41 da Constituição do Estado prescreve que, "em caso de impedimento ou vaga do governador, serão sucessivamente chamados ao exercício do govêrno o presidente da Assembléia Legislativa e o presidente do Tribunal de Justiça", e o art. 48 da referida Carta estatui que "o governador residirá na capital do Estado e dêste não poderá ausentar-se por mais de 20 dias, sem licença da Assembléia Legislativa ou da Comissão Permanente, sob pena de perda do cargo".

Para o impetrante, a Assembléia Legislativa ordinária, com o promulgar a lei nº 19, agiu fora de sua esfera de consequência e feriu flagrantemente preceito constitucional.

Inconsistentes se nos afiguram uma e outra alegação, de vez que à Assembléia cumpre decretar leis complementares e legislar sôbre o exercício dos poderes estaduais. Regulando, como regulou, a substituição do governador nos casos de impedimento, falta ou vaga, não foi de encontro ao art. 48, citado, da Constituição catarinense.

Enquanto que aqui se dispõe sôbre caso de *licença* para que o governador possa ausentar-se do Estado, ali há referência a impedimento temporário ou definitivo do chefe do Executivo, em virtude do qual são chamados ao exercício do govêrno, sucessivamente, o presidente da Assembléia Legislativa e o presidente do Tribunal de Justiça do Estado.

Não há como admitir-se idênticas as duas situações: *impedimento* por ausência e *prévia permissão* para ausentar-se do Estado, desde que a ausência exceda de 20 dias: o que se não pode afirmar, porém, é que num e noutro caso não esteja o governador obrigado a passar o exercício ao seu substituto legal. Tanto se ausenta do Estado - e daí o impedimento - quem o faz por 24 horas, tão-somente, como o que prolonga essa ausência por mais de 20 dias.

A única diferença está em que para o segundo caso imprescindível se torna a licença, sob pena de perda do cargo.

Há, ainda, que, para decretar-se a inconstitucionalidade de uma lei por via do mandado de segurança, torna-se preciso que esta inconstitucionalidade se apresente em termos inequívocos, e se patenteie estreme de dúvida.

A simples discussão que se travou em torno do assunto, dividindo os pontos de vista, já deixa flagrante a controvérsia suscitada pela lei nº 19. Não se comprovou, *quantum satis*, a incompatibilidade da lei com o preceito constitucional, que aí, sim, consoante a uniforme jurisprudência dos tribunais brasileiros, caberia decretar-lhe a inconstitucionalidade.

E para rematar, a lição de FRANCISCO CAMPOS:

"Mesmo em caso de dúvida razoável, deve-se resolver pela constitucionalidade da lei, que os tribunais só deverão dar por inválida quando em contradição literal, expressa, manifesta e inequívoca com a Constituição. Demais, como instrumento político que é, a Constituição deve ser interpretada liberalmente de maneira a favorecer a atuação dos seus princípios e facilitar os fins que teve em vista atingir com o seu estabelecimento". "O que decorre de tôdas essas regras assentadas na prática diária dos tribunais americanos é que os atos da legislatura não se deverão ter por inconstitucionais, senão quando o sejam além de toda dúvida razoável - *beyond all reasonable doubt*, isto é, clara, inequívoca, literal ou manifestamente inconstitucionais" ("Direito Constitucional", ed. "REVISTA FORENSE", 1942, págs. 32-33); *Hercílio Medeiros*; *Osmundo Nóbrega*, vencido, quanto ao mérito: Votei, neste ponto, de acôrdo com os fundamentos expostos nos votos vencidos dos desembargadores ALVES PEDROSA, PATROCÍNIO GALLOTTI e FERREIRA BASTOS.

Fui presente. - *Fernando Ferreira de Melo.*

---

Notas:

1. N. da R.: Publicada nesta "Revista", volume 123, pág. 605.
2. N. da R.: Parecer a que se refere o acórdão supra:
3. N. da R.: Parecer a que se refere o acórdão supra:
4. N. da R.: Publicado nesta "Revista", volume 125, pág. 79.
5. N. da R.: Publicado nesta "Revista", volumes 131, págs. 61 e 106 e 125, pág. 74.
6. N. da R.: Publicado nesta "Revista", volume 116, pág. 14.
7. N. da R.: Publicado nesta "Revista", volume 125, pág. 79.
8. N. da R. Publicado nesta "Revista", volume 131, pág. 106.
9. N. da R. Publicado nesta "Revista", volume 131, pág. 61.
10. Parecer publicado neste volume, pág. 112.

## SÔBRE INTERPRETAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO E CRIAÇÃO DE CASOS DE IMPEDIMENTO DE GOVERNADOR

### I. A CONSULTA

Na Constituição do Estado de Santa Catarina (23 de julho de 1947), art. 48, diz-se:

"O governador residirá na capital do Estado e dêste não poderá ausentar-se por mais de 20 dias, sem licença da Assembléia ou da Comissão Permanente, sob pena de perda do cargo".

Tratando da renúncia, estabeleceu o art. 47:

"Considera-se como tendo renunciado ao cargo o governador que, salvo motivo de fôrça maior, não tomar posse até 30 dias, após a data em que fôr diplomado; ou, empossado, não assumir o exercício do cargo dentro de igual prazo".

Lei estadual estatui que é caso de impedimento do governador, isto é, caso para ser substituído, a "ausência do território do Estado, por tempo superior a 24 horas" (art. 2º, letra *c*). No art. 41, alíneas 1ª e 2ª, a Constituição estadual cogitou da substituição do governador:

"Em caso de impedimento ou vaga do governador, serão sucessivamente chamados ao exercício do govêrno o presidente da Assembléia Legislativa e o presidente do Tribunal de Justiça do Estado. O substituto assumirá o cargo dentro de 48 horas da verificação da vaga ou impedimento".

Pergunta-se se é compatível com a Constituição estadual o art. 2º, letra *c*, da lei estadual.

## II. OS PRINCÍPIOS

Para se responder a questão, é preciso atender-se a que os impedimentos, em se tratando de poderes políticos, são matéria constitucional, ou deixada à legislação ordinária. Não se pode entender, em caso de omissão, que se permitisse ao Poder Legislativo dizer quando está impedido o chefe do Poder Executivo. A licença é a permissão para não exercer, durante certo tempo, o exercício do cargo, ou seja para tratar de interêsses particulares, ou seja para tratar de interêsses do Estado-membro, ou outros interêsses públicos, ou seja por ter de ausentar-se por mais de 20 dias do Estado-membro. Em qualquer das três espécies, se há ausência do Estado de Santa Catarina, por mais de 20 dias, sem licença, há perda do cargo: se há licença, não. Assim, o governador licenciado, para tratar de interêsses particulares, ou do Estado-membro, ou outros interêsses públicos, pode ausentar-se do Estado-membro, por mais de 20

dias, sem que se precise de licença especial; já está licenciado. Para se ausentar do Estado-membro por menos de 20 dias, ou, exatamente, por 20 dias, o governador do Estado de Santa Catarina não precisa de licença. Nem há, aí, **impedimento**. Impedimento "quer dizer obstáculo, embaraço físico, ou moral, com que estorva fazer alguma coisa" (PEREIRA E SOUSA, "Esbôço de um Dicionário Jurídico", II. verbo **Impedimento**). O funcionário público, o juiz, os chefes do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo ou são "impedidos", **in casu** ou por suspensão ou licença. O impedido **in casu** não deixa o cargo. Deixa o cargo o licenciado ou o suspenso, em caso de processo. O art. 41 da Constituição do Estado de Santa Catarina empresou à expressão "impedimento" no sentido de licença ou suspensão; porque, no sentido de impedimento **in casu**, não há assunção do govêrno por substituto do governador.

Na Constituição do Império, a inabilitação física, ou moral, do imperador era **impedimento**, e não caso de **vaga** (art. 126). Consentânea com os princípios democráticos, a Constituição de 1891, art. 41, falou de substituição nos impedimentos e êsses teriam de ser o do art. 71, § 1º (a incapacidade física ou moral), e o do art. 53, parágrafo único (suspensão, em virtude de pronúncia). Na Constituição de 1934, art. 40, **h**, 55, e 52, § 8º, também "impedimento" corresponde a licença e suspensão. Na Constituição de 1937, art. 77, o presidente da República designava, dentre os membros do Conselho Federal, o seu substituto, nos casos de "impedimento temporário" ou "visitas oficiais a países estrangeiros", isto é, nos casos que correspondia, nas outras às licenças. Na Constituição de 1946, art. 79, impedimento está por licença ou suspensão. À suspensão pode resultar de ser tida por procedente a acusação de crime (artigo 88, parág. único), ou incapacidade civil absoluta (art. 135, § 1º, I).

Seria contrária à Constituição de 1946 qualquer lei federal, ou estadual, ou municipal, que estabelecesse que o Congresso Nacional, ou a Assembléia estadual, ou Câmara de Vereadores ou Conselho Municipal poderia suspender, ou que estabelecesse casos em que o presidente da República, o governador do Estado, ou o prefeito teria de licenciar-se. Licença de cargo é ato constitutivo do poder a que compete licenciar, ato constitutivo pelo qual se permite que alguém deixe o exercício. Supõe comunicação de vontade dos que se licenciam. Se alguém infringe alguma regra jurídica, de modo que do ato de infração resulte, **ipso iure**, suspensão (deixada temporária de exercício,

compulsòriamente), ou resulte que tal pena possa ser aplicada. não se pode pensar em licença. Se a Constituição do Estado de Santa Catarina previu a saída do território do Estado-membro até 20 dias, sem licença, não pode a Assembléia Legislativa considerar impedimento ocasional a saída por mais de 24 horas: porque, aí, está a cogitar de impedimento que não é suspensão, nem licença, nem impedimento **in casu**.

Seria de admitir-se que em lei ordinária federal se dissesse que os presidentes da República não podariam assinar nomeações de irmãos, genros, ou outros parentes. Outrossim, a lei ordinária estadual, ou municipal, quanto a parentes do governador, ou prefeitos. Seriam impedimentos **in casu**, à semelhança dos impedimentos aos juizes. Porém levariam apenas a que, no caso, os papéis ou processos fòssem aos substitutos. Impedimentos que importem em substituição **no cargo**, esses a lei ordinária federal, estadual, ou municipal, não os pode criar. Seria ofensa ao princípio da independência dos poderes, que pressupõe a distribuição da competência estatal pelos três poderes, **em regras jurídicas constitucionais**.

Os governadores de Estados-membros sòmente precisam de licença da Assembléia Legislativa, ou de Comissão Permanente, para saída do território estadual, quando a Comissão estadual o diz.

Já é o ponto mais avançado a que pode ir a interpretação da Constituição de 1946 dizer-se que o princípio constitucional, que os Estados-membros devem respeitar, o não poderem os governadores dos Estados-membros ausentar-se do Brasil sem licença, sob pena de perda do cargo. Quanto à ausência, permanecendo no território nacional, não: só o texto expresso da Constituição estadual pode exigir licença: se o não exigiu, de licença não precisa, para ir a outro lugar do território nacional, o governador do Estado-membro. Se a Constituição exige que, para a ausência, embora como fixação no território nacional, o governador do Estado-membro precisa de licença, claro que se há de exigir a licença, sob pena de perda do cargo. Se não no disse, por parecer aos seus elaboradores que a ausência de menos de 21 dias, por ser breve e, talvez, de relevantes interêsses para a unidade política, é inofensiva, e adotou esse trato de tempo, - os legisladores ordinários encontram matéria que a Constituição estadual disciplinou, **exaustivamente**. Tôda restrição que a legislação ordinária faça é exorbitante da competência do Poder Legislativo e,

pois, em face dos princípios constitucionais, **federais e estaduais**, contrária à Constituição estadual.

### III. RESPOSTA

A lei estadual que dá substituto ao governador do Estado de Santa Catarina, se se ausenta por 24 horas do território estadual, embora permanecendo no Brasil, é aulã, por ser inconstitucional.

Contra ela cabem:

a) mandado de segurança, pois se fere, com ela, direito líquido e certo do governador. Já está ausente, na jurisprudência, que no processo do mandado de segurança se pode decretar a inconstitucionalidade de lei;

b) reclamação, por inconstitucionalidade, pois caracterizada está a ofensa ao princípio da independência dos poderes.

Em direito, suspender-se o exercício. quando não se trata de suspensão **ipso iure**, é aplicar-se pena, ou, pelo menos, medida cautelar. Pena ao presidente da República, ao governador do Estado-membro, ou ao prefeito, não a podem criar, fora dos conceitos do art. 89 da Constituição de 1946, o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais. Tampouco, podem aplica-la. Ora, onde quer que se estabeleça que algum dêsses titulares de cargos políticos deixa o exercício, está-se a suspender, porque a suspensão é a interrupção do exercício sem que tenha havido, por parte do que o interrompe, pedido. Exatamente o que interrompe, por pedido seu, se licencia. O pedido de licença é a postulação de haver necessidade privada, ou pública, de se afastar do cargo: supõe, da parte do Poder Legislativo, que a concede, exame das circunstâncias e resolução constitutiva, de eficácia **ex nunc**. Tais são os princípios de direito público, que se hão de invocar.

Qualquer que seja a forma sob que se dissimule, ou o conceito, que dissimule, o texto de lei que estabelece a substituição no cargo, sem ser nos casos constitucionalmente previstos é texto contrário à Constituição. Portanto, nulo. Seria, aliás, ilusório o princípio da independência dos poderes (Constituição de

1946, art. 36), se o Poder Legislativo, federal, estadual, ou municipal, pudesse criar, a seu talante, casos de suspensão do exercício, ou perda do cargo.

Êste é o meu parecer.

Rio de Janeiro, 6 de agosto de 1951. - **Pontes de Miranda**

### AUSÊNCIA DE GOVERNADOR E IMPEDIMENTO DE EXERCÍCIO DO CARGO

As Constituições estaduais do Brasil distinguem duas espécies de ausência do respectivo governador, uma sem impedimento para exercício do cargo, outra com impedimento.

A primeira ocorre quando o governador se retira por tempo de tolerância permitida pela respectiva Constituição: 15 dias, 20 dias, ou um mês.

A segunda se dá quando o governador pede licença para se ausentar do Estado, desde que necessite de maior tempo que o da tolerância.

Quando o governador ultrapassa o tempo de tolerância, fica sujeito à perda do cargo, se não tiver autorização da Assembléia.

Estando dentro do tempo de tolerância, continua no exercício do cargo, mesmo fora do respectivo Estado, podendo despachar o expediente que lhe fôr enviado, sancionar ou vetar leis, nomear e demitir funcionários.

Êste sistema foi adotado para se evitar o que tem acontecido em alguns Estados da América do Norte, onde, estendendo-se que basta o governador sair dos confins do respectivo Estado para ficar legitimado que seu substituto assumo o poder, têm os substitutos assumido, por poucas horas, o poder, unicamente para praticar qualquer ato que surpreenda o governador, como sancionar lei, contra a qual o governador se oponha, ou conceder perdão a algum criminoso condenado.

Refere-se ZINK. "Government and Politics in the United States", pág. 282, ao primeiro aspecto e AUSTIN F. MACDONALD ao segundo, em seu "American States Government and Administration", 1950, pág. 240.

ZINK, "Government and Politics in the United States", pág. 282, informa que a saída do Estado tem sido considerada como automática substituição pelo vice-governador. **"In the case of state governors were absence from the confines of the states may automatically confer the power upon the lieutenant governor to act as governor"**.

Isto, porém, não é certo para todos os Estados, onde a ausência do governador não dá direito ao seu substituto a assumir o cargo, como informa AUSTIN F. MACDONALD, acima citado. Como diz ele, e já acima deixamos notado, alguns substitutos aproveitaram-se dessa oportunidade, conquanto fôsse de algumas horas, para assumirem o exercício com escusa de que seria para assinar alguma lei e perdoar criminosos condenados.

No Estado de Alabama, porém, o problema sobre a ausência foi encarado como em todos os Estados do Brasil. Ali se especificou, diz-nos MACDONALD, exatamente quanto tempo o governador poderá estar fora do Estado, sem ficar temporariamente afastado do exercício do cargo. De acôrdo com a disposição da Constituição desse Estado o substituto do governador adquire o poder e a autoridade do cargo de governador se o governador estiver ausente por 20 dias.

**"A few governors, with health shattered, have continued to exercise their authority through trusted subordinates instead of admitting their infirmities and relinquishing the reins of power.**

**No is it certain, in most jurisdictions, just how long a governor may exercise gubernatorial authority. Some lieutenant governors have seized upon a few hour's absence as an excuse for signing bills and pardoning convicted criminals.**

**Only Alabama attempts to solve this problem by specifying exactly how long the governor may be out of the state without being temporarily out the office; under the provisions of its constitution the lieutenant governor's office if governor is absent for twenty days".**

Nesse Estado, portanto, como nos Estados do Brasil, nenhuma lei ordinária pode estabelecer que dentro do período de tolerância de ausência possa algum substituto do governador assumir o cargo. A razão é simples. Não pode haver dois governadores no exercício do cargo.

Essa anomalia, entretanto, notamos em recente lei do Estado de Santa Catarina. E a lei nº 19 de 10 de agosto deste ano. Estabelece que se consideram casos de impedimento do governador férias anuais até 90 dias, enfermidade que o inabilite, transitòriamente, para as funções do cargo, ausência do território do Estado por tempo superior a 24 horas, licença.

Dispõe, porém, a Constituição daquele Estado, art. 48, que

"O governador residirá na capital do Estado e deste não poderá ausentar-se por mais de 20 dias, sem licença da Assembléia Legislativa do Estado ou da Comissão Permanente, sob pena de perda do cargo".

É evidente, pois, a inconstitucionalidade da lei nº 19, a que nos referimos no concernente à ausência: limita para 24 horas a tolerância que a Constituição concede por 20 dias.

A questão da ausência para interromper o exercício do cargo é de direito estrito. Nos Estados Unidos, como não existe dispositivo algum na Constituição que impeça o presidente de se ausentar do país, WILSON, quando tomou parte na Conferência de Versalhes, ficou continuamente ausente dos Estados Unidos de 4 de dezembro de 1918 a 8 de julho de 1919, sem passar o cargo do presidente ao vice-presidente, êsse assunto é discutido por HERBERT W. HORWILL, em seu "The Usages of the American Constitution", págs. 83 e seguintes. Observa qual o efeito dessa ausência, enquanto o Congresso esteja reunido para os efeitos, por exemplo, de sancionar ou de vetar leis. Para êsse autor deveria WILSON passar a presidência ao vice-presidente. **"My point is that, when he had once taken that decision, an observance of both the letter and the spirit of the fundamental law would have required him to hand over the reins of the presidential office for the time to the vice-president"**.

O exemplo de WILSON foi seguido por FRANKLIN D. ROOSEVELT, várias vezes, principalmente durante a Segunda Grande Guerra, como tem sido seguido por TRUMAN, que, durante sua visita ao Brasil, não passou o exercício do cargo ao seu substituto (ZINK. ob. cit., pág. 262).

Dado o sistema brasileiro de estabelecer expressamente o tempo de tolerância dessa ausência, ninguém pôs em dúvida que os governadores ficassem ausentes por esse tempo dos respectivos Estados, sem passagem dos cargos aos substitutos.

Uma das regras para a leitura das constituições consiste em se ter presentes os precedentes e as legislações similares estrangeiras, atendendo-se, sobretudo, aos objetivos colimados pelas constituições (CARLOS MAXIMILIANO, "Constituição Brasileira", vol. I, pág. 135).

Se o espírito da Constituição muitas vezes não deve ser mencionado para o efeito de se estabelecer inconstitucionalidade de leis, há exceção que se verifica quando esse espírito é manifestado pela letra.

**BLACK: "The spirit of the constitution cannot be spealed to except as is manifest in the letter"** ("Constitutional Law", nº 43).

Está na letra do dispositivo constitucional de Santa Catarina que não é impedimento, para o efeito de ser substituído o governador, sua ausência do Estado por tempo senão quando ultrapasse 20 dias.

É inconstitucional, portanto, a lei nº 19 daquele Estado, que considera impedimento, - para o efeito de ser o governador substituído, - sua ausência do Estado por tempo superior a 24 horas, porquanto a Constituição daquele Estado permite a ausência do governador, sem perder o exercício do cargo, até 20 dias, dispositivo êsse inspirado por longa tradição e para se evitarem golpes políticos ou atos governamentais especialíssimos.

Trazendo ao conhecimento do Instituto dos Advogados Brasileiros êsse fato, intuito dêste comentário é o de mostrar como temos necessidade de estudar o direito constitucional, que, por circunstâncias históricas, foi relegado em nosso país, formando-se gerações sòmente de cultores do direito privado.

Nos Estados Unidos há associação especialmente destinada a estudar modelo, mais completo possível, de constituição estadual, onde, além dos estudos sobre as limitações constitucionais que existem para os Estados, também se procura elaborar constituição que possa ser adotada por tôdas as Unidades da Federação, uniformizando, por assim dizer, o direito constitucional estadual.

Criou a Constituição federal o processo da representação contra as disposições constitucionais estaduais que violem os princípios cardeais do regime. Não criou a representação para as leis que violem os princípios estabelecidos nas Constituições estaduais.

Para anulá-la, há meios comuns de direito, entre os quais o chamado remédio heróico do mandado de segurança.

**João de Oliveira Filho**, advogado no Distrito Federal.

### **Tribunal de Justiça do Paraná**

#### **POSSESSÓRIA - INTERDITO PROIBITÓRIO - VIOLAÇÃO VERIFICADA**

**- O interdito proibitório tem por objeto a defesa preventiva da posse, pelo que, para seu exercício, não deve ter ainda havido uma violação. A finalidade do interdito proibitório é justamente obstar que a violação se verifique.**

Manuel Kuster Machado e sua mulher *versus* Vicente Manosso e sua mulher

Ap. nº 5.866 - Relator: DESEMBARG. SEGISMUNDO GRADOWSKI

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5.866, de Campo Largo, em que são apelantes Manuel Kuster Machado e sua mulher e apelados Vicente Manosso e sua mulher:

Acordam os juízes da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão de primeira instância, pelos seus próprios fundamentos e porque os autores nem mesmo fizeram prova suficiente de haverem sido molestados em sua posse.

Custas na forma da lei.

Curitiba, 13 de dezembro de 1952. - *Manuel Lacerda Pinto*, presidente; *Segismundo Gradowski*, relator; *Aprígio Cordeiro*; *Antônio Franco Ferreira da Costa*.

### SENTENÇA RECORRIDA

*Omissis...*

Isto pôsto, e tudo devidamente examinado.

"São requisitos exigidos pelo art. 377 para o exercício do interdito proibitório:

"a) posse atual exercida pelo autor;

"b) ameaça, por parte do réu, de turbação ou esbulho;

"c) justo receio de efetivação da ameaça.

"Torna-se, pois, improcedente a ação, devendo dela decair o autor;

"I - se não tinha posse atual, isto é, se não exercia sôbre a coisa nenhum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade;

"II - se não havia, por parte do réu, qualquer ameaça de turbação ou esbulho;

"III - se o receio manifestado pelo autor de ser turbado ou esbulhado em sua posse não tinha qualquer fundamento sério;

"IV - se a posse já estava turbada ou esbulhada ao tempo em que foi requerido o interdito proibitório" (A. L. CÂMARA LEAL, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. V, págs, 77 e 78).

"O interdito proibitório tem por objeto a defesa preventiva da posse, e nisso se distingue dos outros dois interditos, o de manutenção e o de reintegração, cujo objeto é a defesa efetiva da posse. Para o exercício destes dois últimos interditos, faz-se mister uma violação da posse, levada a efeito, quer por meio da turbação, quer por meio do esbulho, ao passo que, para o exercício proibitório, não deve ter ainda havido uma violação, que torne esta iminente, de modo à provocar um justo receio de que, não sendo obstada, venha a tornar-se efetiva. E essa é a finalidade do interdito proibitório: obstar a que a violação se verifique" (A. L. CÂMARA LEAL, ob. cit., pág. 74).

No mesmo sentido, TITO FULGÊNCIO coligiu o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: "Que o autor, por engano, ou incerteza dos fatos, use o interdito de manutenção em vez de reintegração e vice-versa, e sua ação não possa ser por isso repetida, uma vez que fiquem provados os requisitos de uma delas, não há dúvida, porque há dispositivos expressos nesse sentido (art. 375).

"Mas, que o autor, alegando turbação iminente, intente o interdito proibitório e sua ação vingue, quando do processo ficou apurado que a turbação não estava iminente, mas já se tinha verificado, concedendo-lhe o juiz a manutenção, que não foi pedida na inicial, isso não nos parece admissível; e muito menos que seja aceito o interdito proibitório, quando o próprio autor alega a turbação já realizada" ("Rev. de Direito", volume XLVIII, pág. 141).

Na versão dos próprios autores, o caso *sub judice* é o seguinte: desde a inicial, os mesmos vêm afirmando que os réus mandaram derrubar diversos pinheiros existentes na área de terras em que os autores são senhores e possuidores, não obstante os protestos verbais destes.

Na audiência de instrução e julgamento, as testemunhas arroladas pelos autores disseram também que os réus derrubaram diversos pinheiros pertencentes aos autores, e que o imóvel, onde os autores e os réus possuem terras, está em

comum com outros condôminos, pois ainda não foi demarcado e nem dividido judicialmente.

"O traço característico entre o interdito proibitório e a manutenção de posse é que naquele há apenas o receio de ser a posse molestada, ao passo que nesta já houve a prática de atos atentatórios à posse; no primeiro, há receio de turbação e, na segunda, já se deu a turbação, de modo que o exercício de qualquer desses meios possessórios depende da existência de uma simples ameaça ou de efetividade dos atos contra a posse" *in* "REVISTA FORENSE", vol. 66, pág. 509).

É indispensável, nas ações possessórias, ao serem postas em juízo, a demonstração, certa e fora de dúvida, da extensão e característicos da coisa possuída, além do título legítimo pelo qual ela se incorporou no patrimônio do autor" (*in* "Arq. Judiciário", vol. XXXIV, pág. 19).

"Tratando-se do condomínio, faz-se mister a prova da posse real e efetiva, sobre determinada parte do todo, para que obtenha o condômino proteção possessória contra outro consorte. Não basta a posse sobre o núcleo benfeitorizado ou parte cultivada para que se entenda abranger tudo o mais que a ambição ou a imaginação do interessado possa alcançar até o limite máximo do todo comum" (*in* "Rev. dos Tribunais", vol. 158, pág. 181).

"Ao condômino com posse certa e individuada assiste o direito de invocar os interditos possessórios para defender seus direitos.

"Outra não é a jurisprudência deste Tribunal, com apoio, aliás, na doutrina, e jurisprudência pátria. São, assim, admissíveis os interditos proibitórios entre condôminos, cuja posse deve ser mantida e até que venha cessar a comunhão pelos meios ordinários" (*in* "Justiça", vol. 14, pág. 46).

"A posse deve recair sobre a coisa certa e determinada. O exercício de um poder físico, tal é o em que consiste a posse, exige determinação, designação distinta. Paga a pena de repetir que para o exercício da ação de manutenção ou da reintegração, é de mister a prova da posse, turbada ali, espoliada aqui, a fim de ser mantida ou restituída. A confusão de limites, que obsta à localização

da posse, retira a possibilidade de se resolver a relação jurídica dos litigantes na instância possessória" ("REVISTA FORENSE", vol. 106, pág. 105).

O interdito proibitório, segundo CARVALHO SANTOS, se inicia com a expedição do mandado inicial. Mas, como oportunamente observa AMORIM LIMA, "no interdito proibitório disciplinado pelo Cód. de Processo não existe a concessão *initio litis* de mandado tuitivo da posse; a ação se inicia, como outra qualquer, consoante se infere do disposto no art. 397, que ordena seja o réu citado, por meio de mandado, "para, no prazo de 10 dias, apresentar a contestação". O que se enumera, no art. 377, são os requisitos da ação, que, no curso dela, deverão ser provados; e o que se menciona, no art. 378, é o alvo para o qual tende a ação, o *petitus*, a saber, a concessão de um mandado proibitório, que segure o autor da violência iminente, mediante a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão". Prova o parágrafo único do art. 378 a verdade dessa interpretação. Se houvesse a concessão prévia de mandado proibitório, o esbulho ou a turbação intercorrente provocariam o imediato cumprimento da pena cominada, pois que a moléstia se apresentaria como violação do preceito judicial. Entretanto, o legislador, prevendo a efetivação do esbulho ou da turbação, no curso da lide, ao invés de determinar pura e simplesmente a execução do mandado, faz remissão ao capítulo antecedente, indicando que o juiz deve dispensar ao possuidor molestado o remédio criado nas ações de turbação e esbulho. Quer dizer que, verificada a intercorrência aludida, a ação se transmuda em interdito recuperatório ou conservatório, podendo o juiz, mediante as condições estatuídas no capítulo antecedente (prova documental pericial ou testemunhal e audiência da parte contrária), conceder mandado provisional de manutenção ou de reintegração de posse. Seria manifesto absurdo a coexistência de dois mandados judiciais tuitivos de posse, um dos quais violado impunemente... Se o suposto mandado proibitório fôsse inadequado, por si só, para resguardar a posse, no curso da demanda, sê-lo-ia também quando se tornasse definitivo pela terminação da causa" (AMORIM LIMA, *in* "Código de Processo Civil Brasileiro", págs. 276 a 277).

O interdito proibitório não era a ação adequada para o caso dos autos, porque, mesmo antes do início da ação, os autores já tinham sido molestados na sua posse, com a derrubada de pinheiros pelos réus, concluindo-se, portanto, que a turbação já tinha se verificado.

Colocada nesses têrmos, nasceu a a a  nvi vel; poderia ser trancada *in limite litis*, assim sendo a sentença que a declara improcedente, é um ato consecut rio lógico inevitável, porque todos os atos, contra os quais dirigira o interdito proibitório, já haviam sido praticados.

Não pode, assim, vingar a pretensão dos autores, que se tornam carecedores da a a, pelos seguintes motivos:

I - a posse dos autores não recai sôbre coisa certa e individuada;

II - a turba o ou esbulho já tinha se concretizado com a derrubada pelos réus dos pinheiros que se dizem pertencer aos autores;

III - o imóvel, onde os autores e réus possuem terras, está em comum com outros condôminos, pois o mesmo não é demarcado e nem dividido judicialmente.

Seria aconselhável que os autores e réus e demais condôminos promovessem a divisão ou a subdivisão das terras em litígio, a fim de que cesse o estado de comunhão, por ser fonte de discórdia.

Afinal, aclarados todos os pontos de relêvo dêstes autos, em face dos princípios aplicáveis à espécie, reputo não provados os requisitos exigidos pelo art. 377 do Cód. de Proc. Civil, e conseqüentemente, julgo os autores carecedores da a a.

Custas pelos autores.

Publique-se em audiência, pr viamente marcada para o próximo dia 23 dêste m s, registre-se em livro próprio e intime-se.

Baixem os autos ao Sr. contador para o lançamento da conta.

Campo Largo, 16 de junho de 1952. - *Henrique Nogueira Dorfmund*, juiz de direito.

**Tribunal de Justiça do Ceará**

## **COMPETÊNCIA - JUIZ PROMOVIDO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DEPREDACÃO POR MULTIDÃO EXALTADA**

- **Só a competência "ratione materiae", que é absoluta e interessa à ordem pública, é que poderá ser alegada a qualquer tempo e em qualquer tempo e instância.**
- **O juiz só está vinculado ao processo enquanto não assume o exercício do cargo para o qual foi promovido ou transferido.**
- **Não pode o juiz ter competência sem ter jurisdição. Pode, entretanto, ter jurisdição sem ter competência.**
- **O Estado responderá pelo dano causado aos particulares, por movimento multitudinário, se se não empregarem, para o evitar, os meios necessários à debelação do tumulto.**

Estado do Ceará *versus* Gabriel Leônidas Jardim

Ap. nº 3.746 - Relator: DESEMBARG. BOANERGES DO AMARAL

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.746, 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 apelante, Gabriel Leônidas Jardim:

Em setembro de 1945, Gabriel Leônidas Jardim propôs, no Juízo da 2ª Vara Civil da Capital, contra o Estado do Ceará, a ação de que se ocupam êstes autos.

Cifra-se no seguinte o fato relatado na inicial, e que ensejou a propositura da presente ação:

Realizavam-se nesta cidade, no dia 18 de agosto de 1942, manifestações populares de desagravo pelo afundamento de cinco navios nacionais, em águas

territoriais, por submarinos alemães, quando um grupo de exaltados, a pretexto de vingar os torpedeamentos, passou a depredar, saquear e incendiar estabelecimentos comerciais e casas residenciais de súditos do eixo.

Conquanto o autor seja brasileiro nato, sem nenhuma ligação, aliás, com elementos do eixo, dividindo as suas atividades entre o seu estabelecimento comercial e o seu lar, fato que é do conhecimento do público, teve, todavia, o seu estabelecimento comercial depredado por incomputável massa, de que resultaram danos no seu estabelecimento situado à rua Floriano Peixoto nº 256, como o comprovam as fotografias que se anexaram a êstes autos.

Todos êsses graves e lamentáveis acontecimentos ocorreram às vistas complacentes da polícia, que, na manhã do trágico dia 18 de agosto de 1942, assistira, inativa, a todos os saques.

Só por volta das 14 horas do referido dia, quando já eram numerosos os grupos dos assaltantes, que se dirigiam para os bairros residenciais de Aldeota e Jagarecanga, pondo em risco a vida e bens de estrangeiros e nacionais, foi que a polícia tomara a iniciativa de uma pálida repressão.

E é de notar que, na manhã do aludido dia, nenhuma autoridade fôra encontrada nesta capital, por isso que se encontravam em Maranguape, em festivo convescote.

Na conformidade do que dispõe o artigo 676, nº VI, do Cód. de Proc. Civil, procedeu-se a uma vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, cumulada com arbitramento, na qual foram os danos sofridos pelo réu apurados em Cr\$ 232.571,87.

Daí porque o autor requer, no fecho da inicial, que o Estado do Ceará seja condenado ao pagamento dessa importância, afora perdas e danos apurados no decorrer da demanda, diferença de preço e mais 20% de honorários de advogado, na forma do art. 64 do Cód. de Processo.

Foi a ação contestada pelo ilustrado procurador fiscal do Estado, Dr. ESTÊNIO GOMES, que, fazendo várias considerações de direito, pediu que a ação fôsse julgada improcedente; mas o ilustre juiz de direito da 2ª Vara Civil da Capital

julgou-a procedente, condenando o Estado do Ceará a pagar a importância que se liquidar na execução, inclusive os honorários do advogado.

Dessa decisão houve recurso *ex officio* do Dr. juiz de direito e voluntário do réu.

Nas suas razões de apelação, argúi o réu, preliminarmente, nulidade do processo, por não ter sido a instrução ultimada pelo juiz que a iniciara; e, *de meritis*, a sua irresponsabilidade, alegando, em síntese, que efetivamente, no dia 18 de agosto de 1942, as autoridades do Estado estavam, em caráter oficial, num bivaque, em Maranguape, assistindo ao final das manobras das fôrças federais, o que era lícito, mormente quando o nosso país estava às portas da guerra; mas que a polícia, na verdade, tudo fizera para dominar o movimento sedicioso, lançando mão até, de gases lacrimogêneos, cujo uso, aliás, não é permitido, nem mesmo na guerra, e remata o seu arazoado, pedindo a reforma da sentença apelada.

Nesta superior instância, falou, ainda, o douto 2º subprocurador geral do Estado, Dr. UBIRAJARA CARNEIRO, em cujo parecer, opinando pela confirmação da decisão recorrida, grafa êstes conceitos:

Também, frente às recentes decisões do egrégio Tribunal de Justiça, outra sorte não acolhe o reproche desenvolvido esmeradamente pelo apelante, a respeito do mérito desta causa.

Fôrça é salientar que a jurisprudência e a doutrina dos escritores em geral se afirmam no mesmo princípio da responsabilidade, e até mesmo no de se alargar o campo de incidência dela, ainda que se dispute a primazia do fundamento da mesma responsabilidade (acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 14 de julho de 1942).

"O Estado responde, tanto pelos danos causados pelo funcionamento normal dos seus serviços, como também pelos resultantes de falhas, erros, ou atos culposos praticados por seus agentes (DUGUIT, "Droit Constitutionnel", vol. VIII, capítulo V)".

Opôs-se, no entanto, o Dr. 2º subprocurador geral do Estado ao pagamento dos honorários do advogado.

Cumpre examinar, antes de tudo, a preliminar afluada pelo réu.

Nas apelações cíveis ns 3.861 e 3.862, ambas de Fortaleza, prolatadas pelo relator dêste acórdão, nas quais figuravam como apelantes, respectivamente, Lundgren & Cia. Ltda. e Frederico João Lundgren, já teve esta colenda Câmara Civil oportunidade de se pronunciar sôbre a preliminar suscitada, e o fêz, aliás, rejeitando-a.

É que, em verdade, nenhum fomento de justiça tem a nulidade que o réu discutiu, de início, nas suas razões de apelação.

Com efeito, com a aquiescência tácita da Procuradoria Judicial, se ouviram tôdas as testemunhas, quer do autor, quer do réu.

E não houve, no decurso do pleito, nenhuma exceção de incompetência, nem conflito de jurisdição.

Só agora, serôdiamente, é que se vem alegando incompetência dos juízes.

Essa incompetência, porém, que é relativa, não pode ser alegada nesta fase do processo.

Só a incompetência *ratione materiae*, que é absoluta e interessa à ordem pública, é que poderá ser alegada em qualquer tempo ou instância.

No caso em foco, não se trata, como é óbvio, de incompetência absoluta ou *ratione materiae*.

Cogita-se, ao revés, de incompetência *ratione personae*.

JORGE AMERICANO, comentando o art. 182, § 1º, do Código Unitário, faz esta dissertação:

"A incompetência relativa resulta acidentalmente da violação de atribuições, quando não hajam estabelecidas precìpualemente 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, êle 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. 1º, pág. 285).

Do mesmo pensar é DE PLÁCIDO E SILVA:

"Em regra, o prazo para a dedução de exceção de incompetência é de três dias, iniciada a respectiva contagem ao mesmo tempo em que se conta o prazo para a contestação. E, decorrido o prazo, a questão da incompetência é matéria vencida, não mais podendo ser alegada. E, assim, firma-se ou prorroga-se no juiz a competência para conhecer e julgar a ação trazida a seu juízo.

"No entanto, essa regra sofre uma exceção: em se tratando de incompetência *ratione materiae*, pode ser ela alegada a qualquer tempo e em qualquer instância" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. 1º, 3ª ed., pág. 378, nº 499).

Os juízes, a que se refere o réu, são os desembargadores AVELAR ROCHA e ARNAUD BALTAR, que estão honrando, hoje, êste egrégio Tribunal de Justiça.

Com a investidura no cargo de desembargador, perderam êles, evidentemente, a jurisdição no juizado de direito da Capital.

E, porque não tinham jurisdição, também lhes falecia competência para o julgamento da causa.

Não pode o juiz ter competência sem ter jurisdição.

Ademais, o juiz só está vinculado ao processo enquanto não assume o exercício do cargo para o qual foi promovido ou transferido, consoante decidiu esta augusta Câmara Civil, nos arestos de 18 de novembro de 1950 e de 27 de março de 1951, prolatados pelo relator dêste acórdão e subscritos, respectivamente, pelos eminentes desembargadores OLÍVIO CÂMARA e DANIEL LOPES e DANIEL LOPES e BOANERGES FACÓ.

Aliás, no mesmo sentido já se havia manifestado, em mais de um aresto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Comprova-o o acórdão de 27 de setembro de 1943, da lavra do desembargador AUTRAN DOURADO, cuja ementa está concebida nestes termos:

"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).

É essa, na real verdade, a melhor exegese do art. 120 do Cód. Nacional de Processo.

Não se pode dar a êsse artigo uma interpretação literal, até porque, na prática, se tem verificado a impossibilidade de o juiz promovido ou removido concluir o julgamento dos processos cuja instrução tenha sido por êle iniciada em audiência.

É que os seus afazeres judiciários, em a nova comarca, o impedem de retornar à comarca de origem.

Também desassiste razão ao réu, ora apelante, no que tange ao âmago da questão.

Tôdas as depredações ocorreram, sucessivamente, num raio, mais ou menos, de dois quarteirões.

Os assaltos, que se iniciaram por volta das 10,30 horas, tiveram por epílogo a pilhagem e o incêndio de vários estabelecimentos comerciais.

Dentre os estabelecimentos visados, não escapou à sanha do povo, - revoltado e exasperado com o desumano torpedeamento de cinco navios mercantes brasileiros, repletos de passageiros - o estabelecimento comercial do autor, assaltado, precisamente, às 12,30 horas do dia 18 de agosto de 1942, por considerarem-no como simpatizante da doutrina nazi-fascista.

Sôbre estarem provados os fatos que serviram de objeto à presente ação, confessa-os lisamente o próprio réu, salientando, embora, que não foram os agentes do poder público, no exercício de suas funções, os causadores dos danos narrados na inicial.

Na verdade, não foram os agentes do poder público, diretamente, os autores dos inomináveis atentados. Mas foi o povo amotinado, com a sua condescendência.

Direta ou indireta, a responsabilidade pelo dano causado importa para o Estado a obrigação de repará-lo", di-lo JOÃO LUÍS ALVES ("Código Civil", comentário ao art. 15).

Durante os atos depredatórios, a polícia a tudo assistira impassível e estática.

Só com a chegada do então chefe de Polícia, Dr. Rui de Almeida Monte, de Maranguape, onde se encontrava com as demais autoridades do Estado, participando de um piquenique - e quando os fatos já estavam consumados - foi que, sem violência, se debelaram as arruaças.

Qualquer providência das autoridades policiais teria evitado a deplorável cena de vandalismo.

Haja vista a atitude do capitão Cordeiro Neto, que, dando um tiro para o ar, dispersara um grupo que tentava assaltar o Mercado Público.

Foi, portanto, da inércia da polícia que nasceu a responsabilidade do Estado.

Ensina CLÓVIS BEVILÁQUA que a responsabilidade do Estado pode proceder de uma ação ou de uma omissão.

Assiste ao Estado, como é óbvio, a obrigação de manter a ordem pública e de garantir o direito de propriedade.

Nesse particular, aliás, tranqüila e remansosa é a doutrina pátria e estrangeira, sancionada pela jurisprudência dos tribunais judiciários.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, ao se ocupar do assunto, falando *ex cathedra*, 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 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 causado aos particulares, por movimentos multitudinários, sempre que não prove haver empregado todos os meios ao seu alcance para evitá-los" ("Da Responsabilidade Civil", vol. II, págs. 202, *in fine*, a 203, n. 205).

Não julgou de outro modo, aliás, êste colendo Tribunal de Justiça, através dos arestos de 16 de novembro de 1950 e de 27 de março de 1951, prolatados pelo relator dêste acórdão, respectivamente, nas apelações cíveis ns. 3.861 e 3.862.

Também nesse sentido é a jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal.

Pode citar-se, entre outros, o acórdão de 30 de janeiro de 1946, relatado pelo ministro

ANÍBAL FREIRE, no recurso extraordinário nº 8.572:

"O Estado responde pelos danos causados aos particulares, por movimentos multitudinários, contra os quais lhe cabe o dever de garantir a propriedade privada" ("REVISTA FORENSE", vol. CVII, 1946, pág. 275).

Por êsses motivos:

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em Câmara Civil, pelos juízes de sua Turma julgadora, por unanimidade de votos, desprezada a preliminar suscitada, negar provimento ao recurso, para confirmar a sentença apelada.

Custas *ex lege*.

Fortaleza, 24 de abril de 1952. - *Damasceno Fontenele*, presidente; *Boanerges do Amaral*, relator; *Boanerges Facó*; *Daniel Lopes*.

Fui presente. - *Ubirajara Carneiro*.

## **Tribunal de Justiça de Alagoas**

### **DIREITO DE VIZINHANÇA - PAREDE-MEIA**

**- O muro de meação, estando aderido ao solo, forma com êste um só todo, de tal forma que, construindo-se um muro em andar superior com assento na metade daquele, nada mais se faz do que usar do direito facultado no artigo 580 do Cód. Civil.**

Carlos da Silva Nogueira e sua mulher *versus* Cônego Fernando Alves Lira

Embs. nº 10.533 - Relator: DESEMBARG. CARLOS DE GUSMÃO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos ao acórdão, embargantes Carlos da Silva Nogueira e sua mulher e embargado o cônego Fernando Alves Lira:

1º Numa ação de nunciação de obra nova, proposta pelo embargado contra os embargantes, o juiz decidiu que, não provado pertencer a parede divisória exclusivamente a qualquer das partes, restava a presunção *juris tantum* de ser de uso comum, *ex vi* do disposto no art. 571 do Código Civil. E, por assim concluir, julgou improcedente a ação, porquanto não importava em invasão ilícita por parte dos nunciados o fato de haverem montado a parede que levantaram para um primeiro andar sôbre tôda a espessura da parede-meia já existente.

O juiz baseou-se em que, na conformidade do disposto no art. 580 do Cód. Civil, o confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela, se o vizinho a travejar; norma esta que, segundo CARVALHO SANTOS, se aplica também ao caso em que um vizinho levanta uma parede no primeiro andar de seu prédio com assento no muro divisório do pavimento térreo.

2º Tendo havido apelação do nunciante, a Turma julgadora, por maioria, deu provimento ao recurso, reconhecendo a ilegalidade da utilização da meia espessura da parede pelos nunciados e condenando êstes a indenizarem os prejuízos decorrentes da ocupação, apuráveis na execução.

O relator, aliás, reconhecendo também a ilegalidade da utilização, votou pela demolição da obra nova na parte correspondente à meia-parede de *nunciante*. O revisor negava provimento ao recurso, confirmando a sentença de primeira instância, sendo votos vencedores os do terceiro votante e do presidente.

3º Os embargos foram opostos para o restabelecimento da sentença da primeira instância.

4º O acórdão aceitou estar certa a sentença, quando julgou tratar-se de parede-meia.

A divergência se fixou na questão de direito, sustentando a decisão embargada que na parede-meia não pode o vizinho construir sôbre tôda a espessura, invadindo a metade do outro condômino. E que, aplicando-se à hipótese o art. 581 do Código Civil, o levantamento da parede foi ilegal, porque "o condômino

de parede-meia pode utilizá-la, até meia espessura", e não entrando pela do vizinho.

O acórdão aplicou o art. 581 com a inteligência que deu, e não o 580, como fez a sentença da primeira instância.

5º Como se vê, a matéria a decidir nos embargos é de direito, em torno da aplicação dos dois citados artigos do Código.

Ficou demonstrado nos autos que a obra não nós em risco a segurança ou a separação dos dois prédios, e o dano a indenizar, admitido no acórdão, seria uma resultante da ilegalidade do ato dos embargantes.

6º A sentença da primeira instância bem aplicou o art. 580 do Cód. Civil, com a interpretação de CARVALHO SANTOS, que ainda mais claro foi, do que no trecho citado, quando, interpretando o art. 573, disse que "o muro de meação, estando aderido ao solo, forma com êste um só todo, de tal forma que, construindo-se um muro em andar superior com assento na metade daquele, nada mais se faz do que usar do direito facultado no art. 580" ("Código Civil Interpretado", vol. VIII, artigo 573).

É intuitivo, é lógico o entendimento dado nesta interpretação, e nenhuma outra consta em sentido contrário:

Se, para levantar a parede divisória, pode o que primeiro construí-la assentar até meia espessura no terreno do vizinho elevando-a para um, dois, três, ou mais pavimentos, como não a poderá subir depois, nas mesmas condições, para dois, três, ou mais pavimentos, se a isso se prestar?

Acaso pode-se admitir tenha mais direito o que constrói, quando em baixo, para invadir o terreno do vizinho, do que em cima, para continuar dentro da invasão que fez?

Porventura, pode-se conceber que o dono do terreno, assim invadido, tenha mais direito em cima, para, obstar a continuação da parede com a mesma espessura, do que em baixo, no momento em que, proprietário do terreno, sofreu a restrição Imposta pela lei, a invasão?

Não. A lei deva ser entendida coerentemente, aplicando-se o dispositivo à construção do muro ou parede, seja ao começar no solo, seja ao ser continuada para cima, desde que para isto se preste.

7º Não procede a fundamentação do acórdão, quando, deixando de aplicar ao caso a norma do art. 580, diz aplicar-se a do art. 531 com a interpretação que lhe dá.

O disposto neste artigo se aplica efetivamente à parede-meia, mas sem exclusão do entendimento dado por CARVALHO SANTOS ao art. 580. Os dois dispositivos se combinam perfeitamente. E no comentário de SÁ PEREIRA, em parte transcrito no acórdão, não se encontra coisa alguma que se oponha a êsse entendimento. Pelo contrário, SÁ PEREIRA, após falar dos armários, como meios de utilizar a parede até o meio da espessura, diz estar apenas dando um exemplo, porque "o dispositivo legal compreende todo aprofundamento lateral da parede para aproveitar-lhe o vão, como se nêle quiséssemos encaixar um cofre ou um registro de gás ou de eletricidade" ("Manual do Código Civil", volume VIII, pág. 297).

Ora, construir ou aumentar a parede para cima, sôbre tida a espessura, não é aproveitamento lateral, não é a utilização da parede a que se refere o art. 581, porque é, indubitavelmente, o exercício do mesmo direito consagrado no art. 580.

8º O acórdão embargado argumenta também com apoio em PONTES DE MIRANDA, quando êste, no seu "Tratado de Direito Predial", faz referência ao equívoco dos juristas que confundem parede-meia com parede comum *pro indiviso*. Na parede comum *pro indiviso*, cada vizinho tem parte ideal, e na parede-meia, não, porque existe linha vertical que divide pelo meio a parede e com ela o terreno que lhe fica por baixo e a coluna de ar. E termina transcrevendo de PONTES DE MIRANDA que na parede-meia, *pro indiviso*. "cada um pode nela escavar, pregar quadros, etc... Nunca, porém, ir à metade alheia, ao passo que sendo *pro indiviso*, cada qual pode usar do todo, em que tem parte ideal" (vol. 2, pág. 164).

A distinção a que se refere PONTES DE MIRANDA não está expressa no Código Civil. É antiga no nosso direito, no direito português, e êste autor diz que a parede-meia e a parede comum não são a mesma coisa no direito brasileiro.

LOBÃO, no seu livro "Casas", deixa essa distinção muito clara, quando se refere à parede comum *pro diviso* e à parede comum *pro indiviso*. Após dizer que aquêle que tem uma metade divisa na parede comum, querendo edificar no todo, pode demandar o vizinho consócio da outra metade divisa para que permita superedificar no todo, paga a estimação da sua metade, passa a considerar o caso em se tratando de parede comum *pro indiviso*, chegando à seguinte conclusão: Quando a parede é comum *pro indiviso*, se é destinada para fabricação ou elevação, o sócio pode edificar sôbre tôda a extensão da parede, nem pode ser impedido pelo sócio ("*quando paries est communis pro indiviso, si est destinatur ad fabricandum, et elevandum, potest socius super totam parietem aedificare, ac in illo tigna, et trabes immittere etiam si perforent totam crassitudinem parietis, nec potest a socio impediri*"...) (§§ 112 e 113).

Mas, mesmo admitindo-se a distinção referida por PONTES DE MIRANDA, em face da qual o acórdão embargado considera a hipótese *sub judice* como de parede-meia, *pro diviso*, não podendo qualquer dos meeiros edificar sôbre o todo sem permissão do outro, seria o caso de indagar se a parede em questão é parede-meia ou parede comum. Porque, se a sentença, na parte que o acórdão considerou certa, julgou que nenhum dos litigantes provou ser a parede exclusivamente sua e aplicou a presunção do art. 571, é bem de ver que, admitida, a distinção no nosso direito atual, se trata de parede comum, *pro indiviso*.

O art. 571 do Código prescreve que:

"Do intervalo, muro, vala, cêrca ou qualquer outra obra divisória entre dois prédios, têm direito a usar em comum os proprietários confinantes, presumindo-se, até prova em contrário, pertencer a ambos".

O uso do muro comum, diz o citado SÁ PEREIRA, comentando êste artigo, está subordinado às mesmas regras do exercício do condomínio, usá-lo

conforme a sua destinação (art. 623, nº I) e não danificá-lo (art. 627). O uso da parede-meia é o que está especialmente regulado no art. 581.

9º Como quer que seja, o vizinho meeiro ou condômino pode aumentar, alteando, para um novo andar, parede, se a isto se prestar, assentando-a sobre toda a espessura da parede-meia já existente; pelo que:

Acordam em Tribunal receber os embargos para restabelecer a sentença que julgou improcedente a ação de nunciação de obra nova.

Custas pelo embargado.

Maceió, 7 de março de 1952. - *Augusto Galvão*, presidente; *Carlos de Gusmão*, relator; *Mário Guimarães*; *Meroveu Mendonça*, vencido:

1. Decidiu o acórdão embargado:

"Está certa a sentença na parte que julgou ser a parede meeira. Não pertence esta exclusivamente ao apelante, nem "exclusivamente ao apelado".

É verdade que pela escritura de venda feita ao apelante, a sua casa teria de largura 6,65 m e, sendo assim, abrangeria toda a espessura da parede em questão. Mas a escritura anterior não mencionava a largura da casa e os peritos das duas vistorias, inclusive o indicado pelo apelante, baseado nos vestígios do antigo travejamento, concluíram que a parede era meeira. Apenas um sustentou a opinião de que a parede era toda do apelante. E, se dúvida houvesse, em face do art. 571 do Cód. Civil, presumir-se-ia a parede meeira.

Mas, sendo meeira, pode o condômino se utilizar da meia espessura de lado do prédio do outro condômino para assentar nela obra nova?

O Cód. Civil brasileiro não deixou dúvida:

"Art. 581. O condômino da parede-meia pode utilizá-la até o meio da espessura, não pondo em risco a segurança dos dois prédios", etc...

A questão de saber se a nova obra põe em risco a segurança dos prédios só interessa quando ela é feita na parte pertencente ao que constrói.

Na outra metade, pertencente ao vizinho, o condômino não pode construir, mesmo que a construção não cause perigo a segurança da parede.

Comentando o citado art. 581 do Código, escreveu SÁ PEREIRA:

"Neste artigo se destaca em primeiro lugar a afirmação do direito que tem o condômino de parede-meia de utilizá-la da metade que fica do seu lado. Êste direito, porém, se limita na segurança dos dois prédios e na separação entre êles. A parte (da parede) pode não oferecer resistência ao travejamento que se projeta, seja, por exemplo, porque o condômino, que a quer travejar, a tenha alterado para um edifício de maiores proporções que o do vizinho" ("Manual do Código Civil", vol. 8, pág. 297). O próprio CARVALHO SANTOS escreveu, ao comentar o art. 581:

"O direito que tem o condômino de utilizar a parede até o meio da espessura limita-se à metade que fica do seu lado" ("Código Civil Interpretado", volume 8, pág. 173).

No acórdão das Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, de 3 de outubro de 1918, se decidiu que:

"Não era licito aos nunciados, e sem indenização, exceder a obra além da linha média da frente da mesma parede que não lhes pertencia e nem possuíam integralmente, cortando emboços, rebocos, etc..., ali postos, e determinado com isso prejuízos na fachada principal do prédio dos nunciantes" ("Rev. de Direito", vol. 51, pág. 138).

PONTES DE MIRANDA, no seu recente "Tratado de Direito Predial", salienta o equívoco em que caíram alguns dos nossos juristas em quererem aplicar ao direito brasileiro regras peculiares ao direito de outras nações. Em confundir parede-meia com parede comum, indivisa. Na parede comum, *pro indiviso*, cada vizinho tem parte ideal. "Na parede-meia não, porque existe linha vertical que divide pelo meio a parede e com ela o terreno que lhe fica por baixo e a coluna de ar".

"A parede-meia, certamente, tem de sofrer o fato da indivisibilidade material da parede comum com algumas conseqüências desse fato: porém, o que está na base e no cerne da construção jurídica é a propriedade até a meia espessura" ("Tratado de Direito Predial", volume 1, págs. 214 e 215).

"Há paredes comuns ou em comum e paredes-meias.

"Não são a mesma coisa no direito brasileiro; nem nunca o foram.

"A cáfila dos escritores apressados que estudam as coisas pela rama as tem confundido de modo lamentável. Na parede-meia, a metade da parede pertence a um e a outra metade ao vizinho, porque, *ex hypothese*, a linha do limite a "corta verticalmente".

"Os donos da parede-meia têm a "meiada", como se dizia no século XIV, que não é a meação ideal, a fração meia. As paredes-meias, como o muro-meio, a árvore-meia, são sujeitas às regras da comunhão *pro diviso*. Cada um pode nela escavar, pregar quadros etc... Nunca, porém, ir à metade alheia, ao passo que, sendo *pro indiviso*, cada qual pode usar do todo em que tem parte ideal" (ob. cit., vol. 2, pág. 164).

No mesmo sentido: acórdão do Tribunal do Distrito Federal, de 27 de janeiro de 1916, em "Rev. de Direito", vol. 40, página 145; FULGÊNCIO, "Direito de Vizinhança", pág. 191.

O art. 581 do nosso Código, como salientou CLÓVIS, foi inspirado no Código de Zurich. Não tem correspondência com os Códigos da França, Itália e de outros. países.

Como salientou PLANIOL, o Cód. Civil francês afastou-se do princípio de que "a parede meeira deveria ser considerada como dividida em duas, no sentido da altura, por um plano vertical, levantada sôbre a linha separadora das duas propriedades, e cada proprietário deveria possuir pròpriamente a metade que se acha do seu lado e que assenta sôbre o seu terreno" ("Direito Civil", nº 2.504).

O Cód. Civil francês, neste ponto, é diferente do Cód. Civil brasileiro. O primeiro expressamente (arts. 675 e 658) autoriza o condômino construir sobre toda a espessura da parede comum, enquanto que o brasileiro não contém dispositivo equivalente, mas, sim, diferente, o que expressamente (art. 581) limita o direito do condômino a usar a metade da parede do lado do seu prédio.

Em consequência, não tem aplicação ao caso a lição dos comentadores do Código francês, como PLANIOL, COLIN e CAPITANT e JOSSERAND.

O mesmo ocorre quanto ao direito italiano. No Cód. Civil italiano há o dispositivo do art. 553, que não tem correspondência no Cód. Civil brasileiro, onde não há também dispositivo equivalente ao art. 581 deste Código. E foi em face da legislação italiana que RUGGIERO afirmou poder o condômino da parede comum alteá-la, sem limitar o alteamento à metade da espessura.

Regulado, como está o caso por dispositivo expresso do Código (art. 581), não há também que recorrer ao argumento da analogia tirado do art. 580.

Mesmo quando se tratasse de caso omissis, não se podia suprir a omissão com a aplicação analógica de um dispositivo restritivo do direito de propriedade e regulador de situação diferente.

É de salientar ainda que, mesmo em face do direito de outras nações, como do nosso direito anterior ao Cód. Civil, no condomínio *pro indiviso*, de paredes, prevalece a regra de que o condômino nada pode fazer que possa prejudicar o vizinho no exercício também do seu direito de usar da coisa comum (PLANIOL, ob. cit. nº 2.511; COLIN e CAPITANT, ob. cit. nº 761; LAFAYETTE, "Direito das Coisas", § 127, etc.).

O prejuízo que a obra dos apelados causou ao apelante é certo.

Este ficou com a fachada da frente da casa diminuída, o que a deprecia, pois os apelados arrancaram a pintura e rebôco, não somente da metade da espessura da parede que lhe pertence, como também da outra metade pertencente ao apelante, incorporando-a à fachada nova do seu prédio.

Levantando a parede para construção do andar superior, os apelados a assentaram em tôda a meia espessura pertencente ao apelante e sòmente em parte da meia espessura que lhes pertence.

Com isto lucraram, porque o seu pavimento superior ficou com maio largura, mas em detrimento do apelante, que, além de ficar com a área superior mais reduzida, ficou impedido de, querendo, fazer também o seu andar superior, assentando a coberta em forma de chalé, como, a dos apelados, na sua própria parede, porque êstes a ocuparam com a coberta e escoadouro das águas pluviais.

Não importa que o apelante ficasse com a faculdade de meter traves na parede para sôbre estas assentar a nova coberta que pretendesse fazer. As cobertas modernas e mais econômicas são as feitas, no sistema ora seguido pelos apelados, em forma de chalé assentando sôbre a parede do oitão.

Não procede a justificativa dos apelados de que, se tivesse deixado descoberta a meia espessura da parede do apelante, dar-se-ia a infiltração das águas pluviais.

Isto não ocorre desde que convenientemente revestida com argamassa própria, como se faz geralmente. E nem os apelados cobriram com telhas toda a espessura das suas novas paredes.

2. Na verdade, o art. 581 do Código refere-se a situação diferente. Trata da hipótese do confrontante que "primeiro construiu a parede divisória em terreno vago". Nesta hipótese, o Código obriga o proprietário do prédio vizinho a concorrer para a obra divisória com a metade do terreno, porque ela também lhe aproveita.

Na espécie, porém, a construção sôbre a meia espessura da parede do lado do prédio do embargado, como foi feita, aproveitou aos embargantes, porque ficaram com o andar superior mais largo, mas prejudicou o embargado, porque aquêles, mantendo por cima da parede alteada a coberta da nova construção, e ocupando-a com o escoadouro das águas, impossibilitou ao embargado de, no caso de altear também o seu prédio, assentar a coberta na meia-parede.

O dever dos embargantes era assentar a nova coberta do seu prédio na parte correspondente à meia espessura que lhes pertence. Naturalmente, como disse o perito Dr. Luís Oiticica, para que o seu novo andar ficasse mais largo internamente, não alteou a parede em tôda essa meia espessura. Serviu-se da parte pertencente ao embargado, que assim ficou impossibilitado de se utilizar dela para levantar coberta semelhante no seu prédio.

3. Para que o art. 581 não ficasse sem utilidade, entendeu-se agora que êle se refere apenas ao direito do confinante se utilizar "lateralmente" da meia espessura da parede, isto é, que um confinante está proibido apenas de invadir lateralmente a meia espessura da parede do lado do outro confinante, mas que pode se utilizar de tôda espessura na parte de cima.

Entretanto, o art. 581, limitando o direito de cada confinante da parede meeira à "meia espessura", não cogita desta restrição, nem os comentadores a consignam. E, do fato de SÁ PEREIRA referir que os armários e outras obras têm que ser feitas dentro da meia espessura pertencente a cada confinante, não se pode concluir que ele tivesse admitido que pelo lado de cima da parede não há o mesmo limite.

Mas, mesmo que fosse verdadeira estia interpretação do art. 581, os embargantes ainda o teriam violado, porque a invasão da meia-parede, pertencente no embargado, não foi somente por cima, foi também "lateralmente".

Os embargantes, como salientou o acórdão embargado, invadiram "lateralmente" a fachada do prédio que dá para a rua, arrancando o rebôco da meia espessura da parede do embargado para sôbre esta estender o revestimento da nova fachada do seu prédio, Ainda "lateralmente" fizeram correr sôbre a mesma fachada, na espessura pertencente ao embargado, o cano de escoamento das águas.

4. Como demonstrou o acórdão embargado, o art. 581 foi uma inovação do Cód. Civil tirada do Cód. Civil de Zurich não tem correspondência, nem no direito anterior, nem no direito francês, italiano e português, onde existem dispositivos diferentes.

5. Também, com a lição de PONTES DE MIRANDA, mostrou o acórdão embargado o equívoco de certos comentadores em repetir os ensinamentos de tratadistas que escreveram em face de lei diferente. Não aproveita, assim, ao caso, a lição de LOBÃO.

Quem quer que olhe para a fachada da frente do prédio dos embargantes, onde funciona a Justiça trabalhista, prédio situado em uma das principais ruas desta capital, verá imediatamente esta invasão "lateral" do prédio do embargado pela obra nova dos embargantes.

A fachada do prédio dos embargantes ficou mais larga e vistosa em detrimento da fachada do prédio do embargado, que ficou mais estreita.

Ainda mesmo que se tratasse de condômino *pro indiviso*, como admite o acórdão, a conclusão devia ser contra os embargantes, pois é pacífico que "nenhum condômino pode gozar da coisa comum em prejuízo de outros condôminos".

E CARVALHO SANTOS expõe: "Do direito de um proprietário confinante usar da obra divisória, decorre a obrigação do outro, que tem igual direito, de abster-se de perturbar o seu livre exercício e gozo" ("Código Civil Interpretado", vol. 8, pág. 125).

6. O atentado ao direito do embargado não está somente no fato do alteamento da parede por cima da parte pertencente ao embargado. Está principalmente no apossamento dela, lateralmente, na fachada que dá para a rua, e por cima de toda ela, de modo a excluir o embargado de se utilizar também destas superfícies.

7. Enfim, quer se aplique ao caso o art. 581 do Cód. Civil e as regras sobre condomínio *pro diviso*, como bem entendeu o acórdão embargado, quer se aplique o art. 581, com a restrição imaginada, ou os dispositivos referentes ao condomínio *pro indiviso*, como entende o presente acórdão, a violação ao direito do embargado é patente; *Osório Gatto*: Votei pela reforma ao acórdão embargado, por haver ficado convencido ser a solução mais justa a que ficou resolvida no presente acórdão.

Alegando ser proprietário da parede divisória entre o seu prédio, dele embargado, e o prédio dos embargantes, disse que estava sendo prejudicado com a parede que os mesmos embargantes montaram sobre ela, parede esta do segundo pavimento do mesmo prédio do embargante. Pedia a demolição da construção. Pela prova testemunhal e exame de peritos, ficou constatado que o oitão servindo aos dois prédios era comum, era, melhor, meeiro, na expressão usual.

O acórdão embargado, reconhecendo haver meação na parede divisória, aplicou o disposto no art. 581 do Cód. Civil, que diz que o condômino da parede-meia pode utilizá-la até o meio da espessura, não pondo em risco a segurança dos dois prédios. O presente acórdão, confirmando a sentença da primeira instância, aplicou o disposto no art. 580, que diz:

"O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito de haver meio valor dela se o vizinho travejar".

Se a lei permite construir, até meia espessura, parede em terreno alheio, por que não pode subir com a parede quando ela já existe? O Código não fez distinção entre parede-meia e parede comum. Aplicando o acórdão, o art. 580 do Cód. Civil, deu ao caso a justa solução. Proveniente das respostas de um dos peritos, surgiu a questão nova de que os embargantes se beneficiaram com o alargamento de seu pavimento superior, ficando ainda impossibilitado o embargado de usar da parede por estar ocupada, em quase toda sua totalidade com o telhado do prédio do embargante. A matéria da ação era decidir se podia ou não ser construída uma parede sobre a existente e se não havia perigo de desabamento. A primeira parte está claramente resolvida e quanto à segunda a prova dos autos é clara. A construção oferece segurança; com exceção de um, os peritos não fizeram referência a alargamento da área do prédio do embargante. Mesmo que exista uma pequena diferença entre as duas paredes não parece razoável que a nova parede faceje à antiga na parte externa e descoberta, evitando assim infiltração das águas pluviais? Pròpriamente não há. O perito desempatador, engenheiro civil e pessoa conhecida por seu senso prático, afirmou que "a obra executada pelos réus nenhum prejuízo trouxe ao prédio; ao contrário, sendo ela uma construção moderna, é óbvio que venha

concorrer para maior valorização dos que lhe são vizinhos e que ainda se apresentam com fisionomia antiga".

A alegação de estarem o rebôco e pintura da parede incluídos no prédio novo, parece realmente prejudicar o prédio do embargado; contudo, prejuízo real não se verifica.

O direito de meação na parede está reconhecido. O embargado pode usá-la na forma da lei; o rebôco novo em nada prejudicou, servindo para melhorá-la; o que se destaca apenas é a pintura, que, sendo a mesma em todo prédio, podia chegar até a metade da parede questionada. Assim mesmo, com prejuízo da estética, por destoar com a parte superior do prédio novo.

Quanto ao telhado, segundo um desenho constante no processo, existe uma platibanda em tôda extensão da parede do lado da casa do embargado, que significa haverem os embargantes usado apenas a metade da parede nova para a montar no novo telhado. Por êsses motivos, votei pela reforma, do acórdão embargado, mantendo a sentença da primeira instância.

## **PRIMEIRA INSTÂNCIA**

JUÍZO DE DIREITO DE ITABUNA, ESTADO DA BAHIA

### **BENFEITORIAS - INDENIZAÇÃO - USUFRUTO DE BENS DE FILHO**

**Improcede a ação de indenização por benfeitorias feitas em imóvel do filho pelo pai, usufrutuário dos bens daquele.**

Porfírio Tavares de Sousa *versus* Edvaldo Tavares de Sousa

## **SENTENÇA**

Vistos êstes autos, etc.:

Porfírio Tavares de Sousa, brasileiro, lavrador, proprietário, desquitado, residente em Ibicuraí, distrito dêste Município, propõe contra Edvaldo Tavares de Sousa, lavrador, casado e residente neste Município, e contra Arlindo Fontes

de Faria e José Guilherme Nascimento, casados e residentes neste Município, a presente ação de indenização de benfeitorias, alegando o autor: em 1937, quando Edvaldo Tavares de Sousa, filho dêle, autor, tinha 10 anos, êle, autor, requereu, em nome de Edvaldo Tavares, a medição de uma área de terras devolutas do Estado, bem como o título de domínio, cuja área é situada no lugar denominado zona do "Colônia", dêste Município; que essa área foi titulada em nome de Edivaldo Tavares com 420.2575 ha, sob o título nº 8.865, e extraído em 5 de outubro de 1.939; que desde 1921 vinha o autor beneficiando essas terras, onde criava, guardava e zelava o seu gado, até que Edvaldo Tavares, cedendo a insinuações de terceiros, requereu judicialmente o suprimento de sua capacidade civil para poder agir, como agiu, contra êle, autor e pai: que, tendo Edvaldo Tavares alcançado sentença favorável decorrente de uma ação de imissão de posse, em vez de indenizar o autor, seu pai, pelas benfeitorias feitas, se apoderou de tudo que ali havia, e com usurpação, alienou o que lhe não pertencia, vendendo uma parte de terras, correspondente a uma área de 17,59 ha, por Cr\$ 10.000,00, a José Guilherme Nascimento, e outra parte, correspondente a 37 ha, por Cr\$ 57.935,00, a Arlindo Fontes de Faria; que as benfeitorias feitas pelo autor são enumeradas na referida inicial, estimadas num total de Cr\$ 521.500,00, incluindo o autor nessa quantia Cr\$ 16.000,00 de alugueis de pastos recebidos a Arquimedes Amazonas; e, no final da longa petição inicial, pede o autor a citação dos aludidos réus para a presente ação de indenização de benfeitorias, com fundamento no art. 547 do Cód. Civil brasileiro. Acompanham a petição de fls. 2 os documentos de fls. 5 a 18.

Citados os réus, conforme pedido da inicial, só vieram a Juízo contestar a inicial o réu Edvaldo Tavares de Sousa e sua mulher, Denise Meneses de Sousa, cuja contestação se lê das fls. 23 a 27 e v. Os referidos contestantes, em longa petição, dizem mais ou menos isto: que o autor, Porfírio Tavares de Sousa, fêz, em nome do réu, Edvaldo Tavares, titular de uma área de 420,2575 há, no lugar "Má Dormida", zona do Colônia, dêste Município, cuja área é contígua e vizinha a área também titulada pelo autor, com cêrca de 400 ha, em nome de sua mulher, de quem hoje se acha desquitado, Elvira Severino de Oliveira, de cuja propriedade tem posse o autor; que, na qualidade de pai do primeiro réu, vinha o autor ocupando e fazendo benfeitorias naquela propriedade, no pleno exercício do pátrio poder: que o autor, como administrador legal de bem do filho, então menor, auferia o mesmo autor tôdas as rendas da referida propriedade, nela aplicando o necessário ao seu

beneficiamento, à sua produtividade, aos seus verdadeiros fins, até que sobreveio a desarmonia do casal, ficando o primeiro réu, ainda menor, ao lado de sua mãe: que culminou essa desarmonia no ruidoso processo de desquite, etc.; que o autor, para vingar-se, deixou ao abandono as referidas propriedades e outras do referido casal, das quais procurava tirar o máximo proveito, sem inverter qualquer parcela das rendas no seu beneficiamento; que, às vésperas de completar a sua maioridade, ele, réu, promoveu e obteve a sua emancipação e requereu a imissão de posse do bem titulado em seu nome: que no referido auto de imissão de posse estão descritas as benfeitorias e o estado em que encontrou aquela propriedade (as descreve); que, recebendo, como recebeu, o casco da fazenda, precisava de dinheiro para restaurar a sua propriedade e torná-la própria aos seus fins e adquirir gado, e por isso, vendeu uma área de 37,59 ha a José Guilherme do Nascimento e acertou venda com outro vizinho, Arlindo Fontes de Faria, etc.

Recebida a contestação, procedeu-se a uma vistoria in loco com os peritos indicados pelas partes e com o perito desempatador nomeado pelo juiz. Os referidos peritos apresentaram o laudo de fls. 66 a 70.

O autor, não se conformando com o laudo dos peritos, pede uma segunda vistoria cujo pedido provocou o despacho de fls. 79, e, no final, mandamos ouvir o Sr. desempatador, que se manifestou pela petição de fls. 86. O autor, ainda inconformado, agrava no auto do processo, fôlhas 82 v. a fls. 84.

Na instrução foram ouvidas as partes Porfírio Tavares de Sousa e Edvaldo Tavares de Sousa, em depoimentos pessoais, e tôdas as testemunhe apresentadas pelos litigantes. No debate oral o autor, Porfírio Tavares, pelo seu advogado, pede a juntada de suas razões, o que foi feito de fls. 174 a fls. 182, e os réus Edvaldo Tavares de Sousa e sua mulher, pelo seu advogado, pedem a juntada das razões de fls. 184 a 189, acompanhadas do parecer do Prof. ORLANDO GOMES.

O que tudo visto e bem estudado:

*Preliminarmente.* Há nestes autos um agravo no auto do processo. Como presidente do feito e seu julgador, cumpre-nos informar que êsse agravo surgiu após o despacho saneador e já tendo sido feita a primeira prova, que foi o

exame pericial *in loco*, tendo o autor e agravante se louvado no perito Tomás Ávila, depois substituído pelo Sr. José Brasileiro da Silva. Porém, como êste perito, em acôrdo com o perito da parte-ré, assinara o laudo apresentado, achou o autor que o seu perito traiu a sua confiança e entrou em conluio com o perito da outra parte, e por isso pedia uma segunda perícia.

Não achamos o motivo alegado pelo conspícuo causídico do autor justo e justificável para uma segunda perícia pois não consideramos que os peritos indicados pelas partes estão no dever de oferecerem laudo em favor da parte que nêle se louva, contra a verdade e mesmo contra a sua consciência; tanto assim não é que, antes do exame, prestam perante o juiz um compromisso de servir à Justiça e à Lei.

"Ao juiz é dado negar o exame pericial quando desnecessário, à vista das provas", *ex vi* do art. 255, alínea II, do Cód. de Proc. Civil. Ora, no caso *sub judice*, essa prova já fôra procedida legalmente e ela está nos autos. As partes têm o direito de produzir as suas provas, porém, não repetirem até que uma lhe seja favorável.

Ainda êste Juízo, verificando que os peritos estavam acordes em seu laudo, não obstante, determinou que fôsse ouvido o Sr. perito-desempatador, uma vez que estava presente à dita vistoria. Êste perito se manifesta do seguinte modo: "...a avaliação das benfeitorias foi meticulosamente procedida, dando-se valor real àquelas benfeitorias", etc. (fôlhas 86).

Negar-se que uma prova feita seja repetida jamais se considerará cerceamento de defesa. Se houver recurso de apelação, o colendo Tribunal terá oportunidade de dizer quem está com a razão.

*Mérito.* A história desta ação tira-se das provas dos autos, e dela temos conhecimento de uma outra ação, já julgada por êste Juízo, na qual foram litigantes as mesmas partes e é do conhecimento geral dos residentes aqui.

O autor, Porfírio Tavares de Sousa, há anos de posse de longa faixa de terras na zona do Colônia, dêste Município, mandou medi-la, e, como não podia titular toda a área em seu nome, por não ser permitido pela lei em espécie, titulou 500 ha em nome de sua senhora, Elvira Severino de Oliveira, e outros 500 ha, em

nome de seu filho menor, Edvaldo Tavares de Sousa. Destarte, constituiu Porfírio Tavares, nessa grande faixa de terras, uma propriedade agropecuária; para isso precisou beneficiar todo o seu conjunto, derrubando mata, plantando capim, para fazer pastagens, fazendo cêrcas, cancelas, casas de vaqueiros, aguadas, etc.

Feita a propriedade aludida, anos depois Porfírio Tavares entra em desarmonia com a sua senhora, desarmonia que os leva a uma ação de desquite judicial: também o desentendimento surge entre Porfírio Tavares e seu filho Edvaldo Tavares, e como êste já estava em vésperas de sua maioridade, êle trata de se emancipar judicialmente e, isto conseguido, pede a imissão de posse na área titulada em seu nome. A inimizade entre pai e filho mais se avolumou e Porfírio Tavares pratica atos de turbação na propriedade de Edvaldo Tavares, que o obrigou vir a juízo com uma ação possessória na qual foi bem sucedido nesta primeira instância e na segunda instância.

Não obstante se tratar, infelizmente de um pai e um filho, a inimizade cada vez mais se acentua, e quer Porfírio Tavares, por meio desta ação de indenização, com fundamento no disposto no artigo 547 do Cód. Civil, cobrar-se das benfeitorias feitas por êle na referida área de seu filho Edvaldo Tavares.

Longa é a defesa do réu Edvaldo Tavares, quer na sua contestação, quer nas suas razões finais, ilustrando-as com um parecer do jurista Prof. ORLANDO GOMES.

No caso *sub judice*, em verdade, Porfírio Tavares, como chefe de família, na longa faixa de terras procurou formar uma só propriedade agropecuária, e para isto beneficiou, em conjunto, tôda a área inclusive a parte titulada em nome de seu filho Edvaldo Tavares, até então sob o pátrio poder e assim também usufruía todo o rendimento que obtinha da dita propriedade, Tinha dessa forma Porfírio Tavares, administrando tôda aquela propriedade, em seu conjunto, inclusive da faixa de seu filho, os direitos de proprietário, como também *os direitos elementares que constituem o usufruto; posse, uso, administração e percepção dos frutos* (Cód. Civil, art. 718, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, "Direito das Coisas", ed. 1941, vol. 1º, pág. 360).

Extinto o pátrio poder de Porfírio Tavares, pela emancipação e maioria de seu filho Edvaldo (art. 392, alíneas II e III, do Cód. Civil), aquela propriedade em conjunto fracionou-se, e entrou na posse de sua parte o nu-proprietário Edvaldo; destarte cessou também a administração de Porfírio naquela faixa de terras, ou seja, findou-se também o usufruto, porquanto, pelo art. 713 do citado Código, *constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa enquanto temporariamente destacado da propriedade*,

Como vimos, Porfírio Tavares formou com aquelas propriedades uma fazenda agrícola, ou melhor, agropecuária: derrubou a sua mata, fêz pastagens, plantou capim, abriu aguadas, fêz casas e currais, mesmo porque, se isto não fizesse, abrangendo a área de terras de seu filho Edvaldo, diminuía a capacidade daquela propriedade. Da sua posse e administração usufruía os seus rendimentos.

Ensina CLÓVIS BEVILÁQUA: "A faculdade de administrar é inerente ao usufruto para que a coisa usufruída possa ser utilizada, explorada e, no interêsse do usufrutuário, alimentada a sua capacidade econômica" (ob. cit., página 362).

CARVALHO SANTOS também diz: "O direito de administração faz parte integrante do usufruto, não se compreendendo mesmo êste sem a faculdade de administrar, concedida ao usufrutuário para que possa dar à coisa o seu destino, desenvolver-lhe as capacidades econômicas, aproveitando-lhes a produtividade, explorando mesmo o objeto fruído com a limitação única dos atos que possam afetar-lhe a substância, ou mudar-lhe a forma, ou destruir-lhe a capacidade de produzir" ("Código Civil Interpretado", 2ª ed., vol. IX, pág. 375).

Formada a propriedade agropecuária, tudo fazia na sua administração como usufrutuário, pois o usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder (art. 389 do citado Código).

Não se diga que o autor Porfírio Tavares assim procedendo, na propriedade de seu filho menor, usava de má-fé; essa hipótese jamais concebemos, e nem também a boa-fé para o caso previsto no artigo 547 do Cód. Civil. Não importa que, no momento, pela circunstância imprevista de inimizade entre pai e filho, venha Porfírio querer se valer do preceito do art. 547 do Cód. Civil. As leis e o direito jamais amparam ódios e vinganças.

O caso em tela, era, sem dúvida, o de usufruto paterno, o qual veio se findar na emancipação do filho menor.

O autor, no pátrio poder, criava, educava e administrava o bem do filho menor, na forma prevista no art. 389 do Código Civil: usufruiu as rendas do dito bem.

Diz CLÓVIS BEVILÁQUA: "O usufruto paterno é uma compensação dos encargos que se originam do exercício de pátrio poder com a pessoa e os bens do filho. O pai deve alimentos e educação aos filhos. Certamente os deve em qualquer hipótese, possua bens o filho ou nada tenha de seu. Mas, nem por isso deixa de ser o usufruto uma compensação desses encargos. A administração dos bens do filho, se é um direito, exige cuidados e esforços que também devem ser compensados, quando as circunstâncias o permitirem" ("Código Civil Comentado", 3ª ed., vol. 2º, pág. 268).

São sempre de profunda sabedoria os conceitos e as lições desse velho jurista e de saudosa memória: CLÓVIS BEVILÁQUA.

O pensamento do ilustre jurista Prof. ORLANDO GOMES o conhecemos pelo parecer oferecido nesta ação, e também conhecemos através de seu artigo "Aspectos da filiação", publicado, em 1942, na "REVISTA FORENSE", vol. 89, pág. 680.

O aborrecimento surgido entre pai e filho leva aquêle a proceder muito fortemente contra o seu filho. Essa impressão já a temos desde a outra ação possessória entre essas mesmas partes; pois, isto sentimos tôdas as vêzes que Porfírio Tavares se refere à pessoa de seu filho Edvaldo Tavares: não esconde a sua prevenção, o seu rancor, o que é até lamentável, em se tratando de um pai para um filho. E, com verdade, devemos dizer, não notamos o mesmo sentimento da parte de Edvaldo, pois, nas vêzes que o ouvimos, êsse demonstrava o pesar da atitude de seu pai para com êle, filho, lamentando tudo isto. Dessa atitude de ódio e de vingança é que nasce o exagêro do valor dado na inicial, estimando as benfeitorias ali existentes, em que Porfírio usufruiu boa renda. O valor de Cr\$ 505.500,00, de benfeitorias velhas, feitas nos bons tempos, ultrapassam tais valores à propriedade em seu todo, com o próprio terreno.

Presidimas à vistoria feita *in loco* e, pela nossa observação, o laudo dado pelos peritos é justo e eqüitativo.

A oferta alegada pelo autor em audiência (fls. 77), feita pelo Sr. Edgar Mata Pires, não foi confirmada pelo documento de ns. 92 e 93.

Feliz ou infelizmente somos juiz nesta comarca há 11 anos e várias têm sido as avaliações de bens naquela zona a que temos presidido, e esta foi a de maior exagêro dado pela parte.

Certo estamos, se não fôsse a circunstância de Porfirio Tavares estar inimizado com o seu filho, pelos motivos já declarados, não queria estimar tais benfeitorias em tão alto preço.

No caso em tela, tendo o usufruto paterno direito à indenização de benfeitorias, feitas em 1921, no terreno titulado em 1939, depois dêsses 18 anos de uso e gozo, e em 1949, num total de 28 anos de rendas, ainda receber de seu próprio filho como indenização valor superior ao valor intrínseco da propriedade, seria um altíssimo negócio. Bendito usufruto. Bendita seja a própria inimizade havida entre pai e filho, para visar tão bons lucros.

Não era possível que a lei e o direito amparassem tal pretensão, só pelo fato de haver boa-fé num pai fazer benfeitorias em terrenos do filho menor sob o pátrio poder.

O réu nesta ação, pelo seu advogado, no final de suas razões, pede "a condenação do autor no décuplo das custas e nos honorários de advogado, na base de 20% sôbre o pedido da inicial, por achar que o caso se enquadra na hipótese prevista pelo art. 63, § 2º, do Cód. de Processo Civil".

Não condenamos e nem censuramos o pedido, pois achamos natural o entusiasmo ou, mesmo, a paixão que empolga o advogado na defesa que lhe está afeta, está dentro dos limites da profissão. Mas tal não deve acontecer ao juiz, apesar de todos os pesares, profissão ingrata, mal recompensada, de sacrifícios profundos não reconhecidos e sem o mínimo estímulo; apenas com os olhos fitos em Deus, deve o juiz antepor-se acima das paixões e dos

entusiasmos das partes, estudar os casos que lhe são afetos para daí poder fazer uma sã distribuição da justiça e do direito.

Em verdade, esta ação, ante os casos que a ela antecederam, leva-nos a crer ou presumir haver certa idéia de vingança injustificável, em se tratando das pessoas das partes, pai e filho. Todavia, ela veio estribada no dispositivo da lei civil, como seja o art. 547 do Cód. Civil, e a sua discussão se emaranhou com outros dispositivos concernentes ao pátrio poder e ao usufruto paterno, onde, no campo doutrinário, há, de qualquer forma, choque de opiniões; por isso, não podemos afirmar se moveu o autor para a presente ação a idéia temerária, capricho ou emulação ou uma má interpretação das nossas leis ou mesmo do artigo em que procurou estribar-se a inicial.

Sábria é a decisão do Tribunal de São Paulo quando, em acórdão de 27 de janeiro de 1947, assim decidiu:

"Não há temeridade na propositura de ação baseada em interpretação de lei; embora possa ser considerada errada, não constitui êrro grosseiro" (*in* "Rev. dos Tribunais", vol. 166, pág. 351).

O sentimento afetivo e amoroso paterno é um fato positivo e incontestável no homem; o inverso são casos raros, que apenas se presume ou se desconfia haver em certas pessoas.

Assim, no estudo que fizemos nesta sentença abraçamos os abalizados conceitos do velho mestre CLÓVIS BEVILÁQUA, e os temos reforçados com a opinião de PEREIRA BRAGA, cuja opinião vimos citada por CARVALHO SANTOS, no seu "Código Civil Interpretado", e por ORLANDO GOMES, no seu artigo publicado em 1942, em que: "*o pátrio poder é um conjunto de deveres impostos ao pai em benefício do filho, do que o acervo de direitos, que não devem beneficiar aquêle em detrimento dêste*".

Não devemos também, no caso do pedido, inverter a ordem em benefício do filho em detrimento do direito do pai, e não podemos afirmar, como dissemos, um mero capricho ou mesmo uma vingança, levado por ódio ou outro sentimento semelhante, quando o autor procura estribar-se em artigo de lei,

para concluir condenando na forma do pedido, quando nem mesmo o caso se enquadra no prescrito pelo art. 63 do Cód. de Proc. Civil.

Pelos motivos estudados e expostos, julgo improcedente a ação proposta pelo autor e o condeno nas custas.

P. I. R.

Itabuna, 27 de setembro de 1951. - Dan Moreira Lobão, juiz de direito da 1ª Vara Cível.