JURISPRUDÊNCIA CIVIL E COMERCIAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TEXTO OFENDIDO - CONDOMÍNIO - VOTO DA MAIORIA

- É irrelevante a falta de indicação da lei ofendida, quando de exposição da parte se pode inferir a ocorrência da vulneração do texto não mencionado.

- O voto da maioria, na assembléia de condôminos, obriga a minoria, salvo infração de preceito legal ou convencional.

Aurélio Marinho e Albuquerque *versus* Álvaro de Freitas Guimarães Filho

Ag. n° 15.700 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 15.700, do Distrito Federal, agravante Aurélio Marinho e Albuquerque, agravado Álvaro de Freitas Guimarães Filho:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 7 de outubro de 1952. - *Orozimbo Nonato,* presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Lê-se nos autos, fls. 34, o seguinte acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, relatado pelo Exmo. senhor Des. HENRIQUE FIALHO:

"*Ementa* - Condomínio de edifício de apartamentos - Despesas da administração. O voto da maioria na assembléia obriga a minoria, salvo no caso de contrariar preceitos legais ou convencionais".

"Vistos êstes autos, apelantes: primeiro, Dr. Aurélio Marinho e Albuquerque; segundo, Álvaro de Freitas Guimarães Filho; apelados, os mesmos:

"Acordam, preliminarmente, negar provimento ao agravo no auto do processo por têrmo a fls. 47, por isso que a Imobiliária Santa Helena Limitada age na qualidade de administradora, representada, aliás, por seus diretores, que são, precisamente, os condôminos e, *de meritis*, negar provimento a ambos os recursos, confirmando *in totum*, por seus próprios fundamentos, a sentença apelada. Faz o primeiro apelante grande cabedal do fato de não constar da cópia dactilografada da ata da assembléia que pretende anular o nome da condômina, Exma. Sra. Maria Emília de Barros Guimarães, ao contrário do que se vê da cópia fotostática dessa mesma ata, pretendendo dêsse fato tirar a conclusão de que o nome da referida condômina teria sido posteriormente "enxertado". A apontada circunstância não permanece, entretanto, tão ousada conclusão, que importaria verdadeira falsidade, o que não seria possível admitir com aquêle mero indício que mais razoàvelmente se pode atribuir a omissão. Também não procede a alegação referente à realidade da convocação da assembléia pela Imobiliária Santa Helena Limitada, desde que como foi assinalado pela sentença, foi essa sociedade incumbida da administração, mediante outorga de expressos poderes para êsse fim, constantes da pronunciação de fls. dos autos da ação ordinária. Por outro lado, não pode haver dúvida de que, assim como decidiu a sentença, o voto da maioria obriga a minoria, salvo no caso de contrariar preceitos legais ou convencionais, o que não conseguiu o apelante demonstrar tivesse ocorrido, não passando as deliberações de providências e determinações de pura administração".

"Com relação à ação executiva, insurge-se o primeiro apelante contra o fato de lhe estarem sendo cobrados, com os demais débitos, a cota que corresponde aos salários de ajudante da garagem e também vigia noturno do prédio, o que, entretanto, como mostra a sentença, além de corresponder a uma pequena parcela mensal de despesas, constitui, a admissão do aludido empregado, ato de administração, compreendido na cláusula 7ª da convenção. Finalmente, quanto à ação cominatória, a prova dos autos não deixa dúvida de que o primeiro

apelante tem freqüentes vêzes intervindo indébita e insòlitamente na administração, praticando indevidamente os demais atos a que acertadamente se refere a sentença (Cód. de Proc. Civil, art. 302, nº 9). Improcedentes são também as alegações do segundo apelante relativamente aos honorários de advogado não atendidos pela sentença".

Irresignado a essa solução, opôs-lhe o Dr. Aurélio Marinho e Albuquerque recurso extraordinário, com invocação da letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal, dando, porém, o seu pedido com êste despacho do Exmo. Sr. Des. TOSCANO ESPÍNOLA:

"Não admito o recurso. O que o recorrente pretende é o reexame do mérito, o que não comporta o recurso extraordinário. Daí, a dificuldade em apontar o dispositivo de lei federal que teria sido violado".

Agravou, então, o Dr. Marinho e Albuquerque, com as razões de fls. 2 (*ler*): Contraminuta a fls. 38 (*ler*).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente e relator): Deixou o agravante de indicar o texto de lei a que o venerando acórdão teria infligido tratos rudes e mortais. A omissão perderia momento, a meu ver, se da exposição do agravante se pudesse inferir a ocorrência da vulneração de lei não mencionada, uma vez que *"le juge connaît le droit"*.

Dá-se, porém, que dessa exposição não resulta a conseqüência aludida.

As argüições de improcedência da ação e a da ilegitimidade foram desacolhidas porque inaceitos os pressupostos da impugnação.

E o venerando aresto, por outro lado, não negou valor jurídico à convenção de condomínio, mas apenas aplicou e interpretou cláusulas dessa convenção.

Voto pelo desprovimento do agravo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento, sem dissidência na votação.

Estêve ausente o Sr. ministro ROCHA LAGOA.

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

*

MORATÓRIA PECUÁRIA - TAXA DE FISCALIZAÇÃO - JUROS CAPITALIZADOS

- Infringe os princípios repressivos da norma a cobrança de taxa de fiscalização e de juros de juros, em contratos bancários.

Banco do Brasil, S.A., *versus* Melvino Gonçalves de Aguiar

Rec. ext. nº 20.800 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.800, do Distrito Federal, em que é recorrente o Banco do Brasil, S.A., sendo recorrido Melvino Gonçalves de Aguiar:

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

Supremo Tribunal Federal, 3 de outubro de 1952. - *Orozimbo Nonato,* presidente; *Hahnemann Guimarães,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: A 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, em acórdão de 26 de dezembro de 1951 (fls. 99), negou provimento ao agravo que o Banco do Brasil, S.A., opôs à sentença que concedeu a Melvino Gonçalves de Aguiar os favores da lei n° 1.002, de 24 de dezembro de 1949, pois que não se podem exigir juros capitalizados e taxa de fiscalização.

Recorreu o Banco pelo art. 101, III, *d*, da Constituição (fls. 100), alegando que a jurisprudência admite a estipulação de juros que se capitalizem e da comissão de fiscalização.

O recorrente desenvolveu alegações (fls. 106), que não foram contrariadas pelo recorrido (fls. 115 v.).

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se contra o recurso (fls. 116).

O Sr. procurador geral da República opinou pelo conhecimento e não-provimento do recurso (fls. 122).

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Sendo ilícita qualquer modalidade de usura (Constituição, art. 154), ilícita há de ser a cobrança de comissões, que ocultem a prestação de juros superiores aos permitidos na lei, e ilícito será contar juros dos juros (dec. nº 22.626, de 7 de abril de 1933, arts. 2° e 4º; dec.-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, art. 4º, *a*; lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, artigo 4º, *a*).

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer o Exmo. senhor ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. senhor ministro AFRÂNIO COSTA.

*

FIANÇA - OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA - PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Tratando-se de obrigação ilíquida, a ação contra o fiador depende de prévia prestação de contas do afiançado, administrador dos bens do credor.

Anastácio R. Madeira Campos *versus* Solon Francisco da Silva e sua mulher

Rec. ext. nº 21.308 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 21.308, em que é recorrente Anastácio R. Madeira Campos e recorrido Solon Francisco da Silva e sua mulher:

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

Custas *ex lege.*

Supremo Tribunal Federal, 23 de outubro de 1952. - *Barros Barreto,* presidente; *Nélson Hungria,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Na função de administrador de uma fazenda de propriedade do recorrente, no Estado do Maranhão, um filho dos

recorridos, Pedro Francisco da Silva, ter-se-ia apropriado indèbitamente de várias reses ali existentes.

Prêso pela polícia o acusado, seus pais, por escritura pública, se obrigaram como fiadores e únicos pagadores de tôda e qualquer importância do prejuízo causado. O filho foi, então, pôsto em liberdade, e, como não fôsse paga a importância exigida pelo recorrente, foi êste a juízo cobrá-la dos fiadores. Teve ganho de causa na primeira instância, mas a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça estadual, que, depois de salientar a inexistência de prova até mesmo do desaparecimento de tôdas as reses reclamadas, assim disserta: "Nem ao menos foi avaliado o prejuízo. Tudo feito simplìsticamente como entendeu o autor-apelado. Dominou o arbítrio e mesmo a violência. A dívida foi reconhecida na polícia, de plano, sem precedência de inquérito. Pedro se encontrou prêso sem as formalidades legais: a autoridade policial perdeu o equilíbrio e o senso de suas responsabilidades. Verdadeira conspiração entre os detentores do poder e o interessado contra os réus-apelantes. O direito de acionar Pedro por perdas e danos é contestável. Não os apelantes, que teriam apenas afiançado o valor da dívida decorrente da ação de Pedro. Os apelantes contestam a fiança como decorrente de conluio entre o escrivão e o Dr. Medeiros Campos. As provas do apelado são nebulosas em tôrno do caso. Os depoimentos pessoais reclamados pelos apelantes não foram tomados. Defesa cerceada. Enfim, seja como fôr, a cobrança da dívida aos fiadores não deveria anteceder o apuro do prejuízo causado pelo administrador da fazenda. A prestação de contas dêste seria indispensável. Nem ao menos se cogitou de outro meio em sua substituição. Os apelantes, rústicos e pessoas desfavorecidas, foram tratados de acôrdo com o seu próprio destino. A justiça foi inflexível. Em suma, não pode o fiador ser acionado por perdas e danos em conjunto com o afiançado, eis que não violou direito e nem causou dano a ninguém. Por isso, não bem cabida a ação. O montante da dívida pelo qual é responsabilizado deve ser verificado pelos meios de direito. A fiança é obrigação acessória e, sem que seja conhecida a principal, não pode ser exigida aquela".

Daí o presente recurso extraordinário, com arrimo nas letras *a* e i da casuística constitucional, alegando o recorrente violação dos arts. 1.481, 1.484, 1.492, II, e 1.518, combinados, do Cód. Civil, e dissídio jurisprudencial, sem indicação, entretanto, de julgados divergentes.

Foi o recurso arrazoado a fls. 85 e contra-arrazoado a fls. 94.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): Não é exato que o acórdão recorrido declare a inafiançabilidade de obrigação ilíquida, e parece-me incensurável o seu critério de decisão quando subordina a ação contra o fiador, no caso de obrigação decorrente de desfalque imputado ao afiançado como administrador de bens do credor, mas ainda a ser apurado na sua existência e no seu *quantum*, à prévia prestação de contas. A tese, porém, perde relêvo no caso vertente, porque o acórdão reconheceu, em face da prova, que o contrato de fiança foi obtido mediante coação e circunvenção do fiador.

Não foi senão *ad argumentandum* que admitiu a hipótese de validade do contrato, para dizer que, ainda assim, não seria proponível a ação contra os recorridos antes da cominatória de prestação de contas.

Não deparo violação dos invocados artigos do Cód. Civil, alguns até impertinentes à espécie, e, quanto ao argüido dissídio jurisprudencial, nenhum julgado é apontado como divergente.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não foi conhecido o recurso, à unanimidade de votos.

Não estêve presente o Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.

*

EMBARGOS DE OBRA NOVA - DANO VERIFICADO

- Reputa-se concluída a obra, ainda que lhe faltem trabalhos complementares, se o dano temido já se verificou.

- O embargo de obra nova é vigente desde que o oficial de justiça intima os operários na obra, ainda que posterior à citação do dono desta.

Custódio Lima da Costa Cruz *versus* Oziel Tourinho de Sousa

Rec. ext. nº 21.266 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 1ª Turma, por unanimidade de votos, não conhecer do presente recurso extraordinário, em que é recorrente Custódio Lima da Costa Cruz e recorrido Oziel Tourinho de Sousa, pelas razões que constam das notas taquigráficas.

Supremo Tribunal Federal, 23 de outubro de 1952. - *Barros Barreto,* presidente; *Mário Guimarães,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: O Dr. Custódio de Lima Cruz, médico, residente em Carangola, Estado de Minas, moveu ação de embargo de obra nova contra Oziel Tourinho de Sousa, alegando que estava êste levantando, em prédio vizinho ao seu, construções que o prejudicam e estão em desacôrdo com a lei. Julgou o juiz, depois de abundantes considerações, improcedente o pedido, por já estar pràticamente concluída a obra. Apelou o autor. O Tribunal de Justiça deu provimento à apelação, apenas para isentar o autor do pagamento de honorários advocatícios. Manifestou o apelante recurso extraordinário, sob invocação do art. 101, letras *a*, *b* e *d*, do inciso constitucional, considerando feridos os arts. 573 do Cód. Civil, 384 do Cód. de Proc. Civil, e 27 do dec.-lei nº 4.565, de 11 de agôsto de 1942. Considera ainda a decisão em desacôrdo com julgados de outros tribunais do País. Foi o recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Está certa a sentença, que o venerando acórdão recorrido confirmou, por seus fundamentos, quando procura, para dizer se a obra foi concluída ou não, o critério objetivo da verificação, do dano. Se o dano que se temia já se verificou, reputa-se, para os efeitos legais, concluída a obra, pôsto lhe faltem trabalhos complementares. É o que ensinam RAVIART, "Actions possessoires", nº 142; RICCI, "Diritto Civile", vol. V, nº 119; ALMEIDA MAGALHÃES, "Ações possessórias", nº 388, e outros.

A sentença tem, é certo, um ponto fraco: dá como decisivo, para se afirmar a conclusão da obra, o momento em que o réu foi citado. Ora, o embargo de obra nova é vigente desde que o oficial chega à construção e intima os operários a cessarem os trabalhos. Em certos casos, admite-se até que o próprio nunciante embargue a obra, por suas mãos. Feito êsse embargo, se a obra continua, porque o réu, ausentando-se, não foi citado, o que se fizer já será atentado.

Eu examinaria, pois, o estado da obra no momento em que se efetuou o embargo, antes mesmo da citação do réu.

Mas, apesar dessa falha, a conclusão está certa. A ação não tem fomento de justiça.

O art. 573 do Cód. Civil, que o recorrente aponta como violado, diz o seguinte:

"O proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área do seu, ou que sôbre êste deite goteiras, bem como a daquele em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela ou se faça eirado, terraço ou varanda".

Vamos decompor êsse artigo, parte por parte. *O proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área do seu...* A construção do réu não invade a área do prédio do autor. Está a 1,40 m de distância... *ou que sôbre êste deite goteiras...* Não deita goteiras no terreno do nunciante... *bem como a daquele em que, a menos de metro e meio, se abra janela, ou se faça eirado, terraço ou varanda.* A varanda que o nunciado construiu está, de fato, a menos

de metro e meio. Mas a finalidade dêsse dispositivo é proibir o devassamento do prédio vizinho. No caso, pela existência de uma parede mais alta do que a varanda, êsse devassamento não ocorre, o que está lìmpidamente demonstrado pela fotografia de fls. 14, cuja fidelidade não foi posta em dúvida. Não ocorreu, portanto, infração do art. 573. Os mais citados pelo recorrente, são de matéria processual, que não influi, no caso, sôbre a solução do litígio.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram de conhecer, sem divergência de votos.

Não estêve presente o Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.

*

LEI - ATO ADMINISTRATIVO - INJUSTIÇAS

- As injustiças da lei ou do ato administrativo, que não envolvam problema de legalidade, refogem à esfera especifica do Judiciário.

José de Caminha Muniz *versus* União Federal

Rec. ext. n° 21.211 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 21.211, do Distrito Federal, recorrente José de Caminha Muniz, recorrida União Federal:

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

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 13 de outubro de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Ribeiro da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: O presente recurso, por fôrça do acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento nº 15.188, do Distrito Federal, de que foi relator o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, constante do processo em apenso, foi mandado subir para apreciação da questão constitucional solicitada pelo então agravante e ora recorrente em face do dec.-lei nº 7.441, de 1945.

Apura-se dos autos ter sido o recorrente, engenheiro efetivo do Ministério da Viação, transferido para o quadro permanente do Departamento Administrativo do Serviço Público. O citado dec.-lei nº 7.441, determinante da organização do referido quadro, dispôs sôbre a fusão de cargos técnicos de outros Ministérios, em seu artigo 4°:

"Os cargos transferidos e transformados neste decreto-lei continuarão preenchidos pelos atuais da relação nominal anexa".

O aludido engenheiro pertencia ao padrão "M". Sentindo-se com direito, em 1945, à classe "N" e, em 1947, à classe "O", foi, segundo alega, preterido. Promoveu, então, esta ação contra a União, pleiteando a anulação da parte do decreto-lei que o teria prejudicado, por inconstitucional.

A decisão da primeira instância, ao ser proferido o despacho saneador, julgou-o carecedor da ação, por entender que o autor sòmente demandara a nulidade de todo o dec.-lei nº 7.441, e não simplesmente em determinada parte. Faltava-lhe legítimo interêsse moral (Cód. de Proc. Civil, art. 294, III).

Agravando para o egrégio Tribunal Federal de Recursos, a 2ª Turma, por unanimidade, conhecendo como apelação, negou-lhe provimento.

Interpôs, então, o autor recurso extraordinário, com fundamento na Constituição, art. 101, III, alínea *a*.

Como leis ofendidas indicou o art. 141, § 3°, da Constituição, e o art. 6° da Introdução do Cód. Civil. Refere-se à ilegalidade da transferência que o prejudicou, sem respeito às Constituições de 1934 e 1937, e à lei nº 284, de 1936, art. 50, e ao dec.-lei nº 6.222, de 1940, art. 3°, item IV.

Foram juntas aos autos, em cumprimento do acórdão, as alegações do recorrente, fls. 110-119, com impugnação a fls. 122.

Emitiu o ilustre Dr. procurador geral o seguinte parecer *(fls. 129, lê)*:

"Pela decisão de fls. 62-64, o Dr. juiz *a quo* julgou o autor, ora recorrente, carecedor da ação proposta, por não ter legítimo interêsse para postular a nulidade de todo o dec.-lei nº 7.441, de 1945, que o beneficiou.

"Interposto recurso dessa decisão, o egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo venerando acórdão ora recorrido, de fls. 99, negou-lhe provimento, pelo jurídico voto de fls. 94-97 do eminente ministro ARTUR MARINHO".

"Não conformado, interpôs o autor recurso extraordinário com fundamento na letra *a* do preceito constitucional, mas o eminente ministro-presidente do mesmo egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo despacho de fls. 106, deixou de admitir êsse recurso extraordinário, pelos seguintes motivos":

"Ao revés do que se argúi, a Turma julgadora demonstrou o incabimento de suposta inconstitucionalidade no caso. Decidiu-se o dissídio através de normas inerentes à ação da administração pública; nisso se compreende a transformação de cargos ou carreiras, com as conseqüentes transferências de funções, respeitados os direitos dos respectivos detentores, em atinência à posição de cada um no serviço".

"O acórdão visado considerou devidamente a preceituação ordinária aplicável, concluindo pelo argumento irrespondível, de que escapa à censura do Judiciário tôda e qualquer situação de injustiça aduzida, dês que não envolva o aspecto de legalidade, segundo o verificado nos autos".

"Assim, baldo de fundamento que é o extraordinário oposto pela letra *a*, deixo de admiti-lo".

"Agravou de instrumento o recorrente para esta colenda Suprema Côrte, que, pela sua egrégia 1ª Turma e pelo voto do eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, deu provimento ao agravo para determinar a subida do recurso extraordinário, por isso que entendeu êsse eminente ministro não ser justo que, no caso, se fechasse o ciclo de tôdas as instâncias sem a apreciação detida e direta do processo (fls. 36 dos autos em apenso)".

"A nosso ver, porém, e *data venia*, o recurso extraordinário interposto é realmente incabível na espécie, conforme já opinamos nos autos do agravo em apenso" (fls. 31).

"Em suas razões de fls. 110-119, não conseguiu o recorrente convencer da procedência do seu recurso, estando as suas alegações já respondidas antecipadamente e com vantagem pelo já referido e jurídico voto de fls. 94.-97 do eminente ministro ARTUR MARINHO".

"Nesse voto, confirmatório da decisão de primeira instância, está demonstrado que, realmente, não tinha o recorrente interêsse legítimo para postular a nulidade ou inconstitucionalidade de todo o dec.-lei nº 7.741, de 1945, que o beneficiou".

"Em face do exposto, somos pelo não-conhecimento do recurso".

"Se, entretanto, assim não entender a egrégia Turma, somos pelo seu não-provimento".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Pelo douto voto do eminente Sr. ministro ARTUR MARINHO, afastou o egrégio Tribunal Federal de Recursos a controvérsia em tôrno da argüição da inconstitucionalidade do dec.-lei nº 7.441, de 1945, *verbis (fls. 94, lê):*

"O Exmo. Sr. ministro ARTUR MARINHO (relator): Servidor público federal desde 1916, sempre no desempenho de funções técnicas como engenheiro, conforme expõe pormenorizadamente o autor, ora apelante, esperou, pela inicial, que se reconhecesse seu alegado direito a promoções em 5 de setembro de 1945 e em 5 de setembro de 1947, no primeiro momento à classe "N" e no segundo à classe "O", de sua carreira, tal devendo ser em virtude de transferências e promoções de quatro outros servidores, seus colegas, os quais entendeu efetuadas de forma contrária à lei. Estava na classe "N" desde janeiro de 1947, situação que se manteve quando na mesma já deveria estar desde 1945, o que reivindica, em conseqüência dessa reivindicação, a reconhecer-se-lhe assistindo o direito à classe "O", nos têrmos já assinalados".

"Mas, para que se atinja semelhante resultado, ou procedência da ação, os fundamentos jurídicos desta consistem, conforme também a inicial, em dar-se como prejudicados os interêsses do autor desde o advento do dec.-lei nº 7.441, de 5 de abril de 1945". Por que assim? Porque, consoante ainda a inicial, aquêle ato de caráter legislativo (o decreto-lei citado), cuja "finalidade precípua" era a de criar a "carreira de engenheiro do quadro permanente do D.A.S.P.", teria, como alegado, sido contrário a preceitos constitucionais então vigentes e a outros tantos princípios vigorantes no direito ordinário, uns e outros desacatados: alude-se aos arts. 156-B, da Carta de 1937, e ao 41 da lei nº 284, de 1936, bem como ao que antes estatuíam os arts. 170, § 2º, e 50 da Constituição de 1934, além de invocação doutros dados de leis e de doutrina.

"Vê-se, portanto, que a procedência da ação, substancialmente negada pelo douto juiz *a quo,* envolveria, no fundo, o cancelamento do dec.-lei nº 7.441, citado, ... em conseqüência disso sendo afastáveis atos administrativos típicos que conteriam atentados a direitos postulados pelo demandante. Assim, nulidade de lei por vício de inconstitucionalidade e, mediatamente, a aplicação daquela, não só por sua verdadeira inexistência (visto promanar de turbação à fonte constitucional), mas também por prática interpretativa transviada, caso pudesse a lei persistir.

"Acontecendo que em têrmos de tese constitucional o decreto-lei não é nulo, isto é, a Carta não o impediria como ordenamento normativo abrangedor - a lei em si não se dirigia diretamente a pessoas favorecíveis, embora assim parecesse êsse ponto sufragador de direito transitório tornado indispensável, nem seria

defeso ao legislador prover interêsse da administração criando carreira de engenheiro para o D.A.S.P. - fica em causa apenas ver como aquêle decreto-lei se aplicou concretamente. Assim, problema de lei ordinária ou comum, excluído ponto de constitucionalidade. E, assim também, derivadamente, problema de puro direito administrativo ou de ciência administrativa ou, ainda, de mera técnica no dinamismo da administração".

"A isso se reduzindo o decisório equacionado, a mim se me afigura que a sentença atingiu conclusão adequada".

"Houve transferência de cargos dum para outro setor da administração centralizada, o que é lógica e jurìdicamente permitido, e houve também transformação dos mesmos cargos, o que é igualmente possível. Houve, ainda, respeito a direitos de detentores de antigos cargos, o que conciliava interêsse de quem não era inamovível, mas só estável no serviço (não nos cargos) com os da administração. O decreto-lei ostenta isso mesmo e condena tais providências no art. 4º desta maneira":

"Os cargos transferidos e transformados neste decreto-lei continuação preenchidos pelos atuais da relação nominal anexa".

"Ora, *in casu*, o autor continuou no serviço público civil após aquêle decreto-lei e até em cargo técnico: passou do quadro do Ministério da Viação e Obras Públicas para o novo, do D.A.S.P., o que êle mesmo acentua e documenta, sem prejuízo de padrão ou mesmo de classe ("M", aludido). Aceitou a lei e aceitou o ato administrativo que se traduziria em decreto se assim o quiserem, ou em simples apostila. E, mais tarde, já no quadro do D.A.S.P., na carreira de engenheiro - e isso por fôrça do decreto-lei em estudo - foi promovido para a classe "N", já então por fôrça de prática de norma legal ampla como a justificadora no estatuto de 1939 (ato de 31-12-1946, doc. fls. 30).

"Do ponto de vista legal, pois, tudo isso aconteceu em ordem. O autor não começou carreira nem teve carreira cortada, ou ao menos truncada: tivesse começado, teria que sujeitar-se às exigências que desejaria para outros; tivesse-a cor talo, não teria sido aproveitado tal como impunha o art. 4º ressalvador, ou teria sido demitido, ou, ainda, teria tido aproveitamento inadequado, do que

jamais se queixou; tivesse-a truncada, não conservaria sua classe anterior ("M"), nem teria ascendido à maior ("N").

"O que aconteceu, isso sim, foi que outros seus colegas andaram mais depressa no subirem em postos do que êle. Caso que se ligaria à falta de justiça ou mesmo de eqüidade, e não de ilegalidades processuais na fatura dos atos administrativos que os fizeram subir - seria esta a equação nesta causa - o autor talvez tivesse contra aquilo, que porventura se reduzisse a ilegalidade ou abuso, outros meios de ataque, legítimos ou quixotescos. Outros meios que não o *remedium iuris* desta ação pela qual, após ataque cerrado ao que se fêz, desejaria acompanhar as ilegalidades possìvelmente ocorrentes, reivindicando a extensão delas para si próprio, o que não encontra apoio ético-jurídico, desde que não se propugna escorreitamente pelo que dignificaria padronização no êrro".

"Conseqüentemente, o digno juiz *a quo*, sentenciando, concluiu legìtimamente, quer por mais de um dos fundamentos de sua decisão, quer pelos com os quais fortaleço o estatuído. E decidiu definitivamente, como ficou inequìvocamente claro no acórdão de fls. 90, cujos fundamentos são os de meu voto de fls. 86 a 88, unânimemente adotado por esta 2ª Turma: reporto-me àquele acórdão para assinalar, mais uma vez, que o julgamento de agora é terminativo do mérito da causa, tal como posta".

"Nego provimento à apelação em que se transformou o agravo primitivo".

Posta de margem, como se vê do lúcido voto que corporifica o venerando acórdão embargado, a questão da inconstitucionalidade do citado dec.-lei nº 7.441, porquanto restrita a pretendida ilegalidade à inobservância de normas de caráter administrativo, não teria cabimento a providência de submeter ao Tribunal Pleno o conhecimento daquela argüição, versando a hipóteses apenas sôbre o aspecto de mera injustiça dos critérios seletivos de funcionários para o acesso à padronização da respectiva carreira.

A ação proposta pelo ora recorrente, objetivando a decretação parcial de inconstitucionalidade do citado diploma legal, não poderia vingar, como bem acentuou a decisão de primeira instância, por tê-lo aceito, integralmente, o próprio autor, êste beneficiado por promoção - decorrente da aplicação da

mesma lei impugnada, circunstância que teve em evidência o absurdo daquela argüição, pois, ou a lei é nula, e inoperante, *in totum*, ou, ao contrário, é válida, em todas as suas partes, não se compadecendo com isso declará-la nula, ou inexistente, em parte, máxime após ter sido aplicada em tôda sua plenitude, inclusive em benefício da parte que, recolhido o benefício previsto, a pretende invalidar, já então decorridos mais de cinco anos de sua vigência. De qualquer sorte, não ficara demonstrado que a Carta de 37 fôsse contrária ao ordenamento normativo do dec.-lei nº 7.441, de 1945, que, providenciando a fusão de quadros de categoria funcional, respeitara situações definitivamente constituídas, qual a dos detentores de antigos cargos, como o ora recorrente, conciliando interêsses de ordem pessoal, derivada dos cargos não-inamovíveis, mas de natureza, estável.

Se ilegalidade não houve, nessa transformação de funções, com aproveitamento dos servidores que vinham exercendo os cargos respectivos; se a Carta de 37 não obstava a essa modificação apurada na esfera administrativa; se a própria Carta, em vigor poderia ser, ela mesma, alterada pelo chefe do Poder Executivo, no uso de suas atribuições legislativas, não há que cuidar da suposta inconstitucionalidade do diploma legal em aprêço.

Diante da exposto, em face dessa apreciação, não conheço, liminarmente, do recurso.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, estou de inteiro acôrdo com o eminente Sr. ministro relator. O ponto que poderia causar uma certa espécie, seria o da dispensa de concurso para determinados funcionários chamados a preencher os cargos do quadro de engenheiros; mas, muito bem salientou o senhor ministro relator que se estava no estado de emergência do regime de 37, em que o chefe do Poder Executivo era como que uma Constituinte permanente. Entendo que é incensurável a argumentação do voto do eminente Sr. ministro relator, com o qual estou de pleno acôrdo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram de conhecer, unânimemente.

Não estêve presente o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

*

MORA - CONSIGNAÇÃO

- A mora do credor é incoexistível, com a do devedor.

- A tese de que a mora do devedor não cessa com a simples oferta, requerendo consignação da quantia ou coisa devida, não rende ensejo a recurso extraordinário.

Instituto de Resseguros do Brasil *versus* Cia. Concórdia de Tecidos S.A.

Rec. ext. nº 21.005 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 21.005, de São Paulo, recorrente Instituto de Resseguros do Brasil, recorrida Cia. Concórdia de Tecidos S.A.:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 17 de outubro de 1952. - *Orozimbo Nonato,* presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Incide o presente recurso extraordinário no venerando acórdão de fls. 412, *verbis*:

"Seguro. Ação para reclamar a cobertura de prejuízos decorrentes de incêndio. Responsabilidade do Instituto de Resseguros do Brasil. Sua posição na causa".

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 51.904, de São Paulo, em que são apelantes a Companhia Concórdia de Tecidos S.A. e o Instituto da Resseguros do Brasil e são apelados os mesmos e a Eqüitativa, Terrestres, Acidentes e Transportes S.A. e outros:

"A Cia. Concórdia, de Tecidos S.A. fêz seguro de suas instalações em diversas companhias, lideradas pela Aliança de Minas Gerais e, em 5-9-1947, foi vítima de um incêndio casual que lhe destruiu o edifício-sede e consumiu grande parte do seu estoque de tecidos e móveis, tendo calculado, pelos livros e documentos salvados do sinistro, seu prejuízo em Cr$ 10.131.829,60. Dessa quantia já havia recebido Cr$ 7.856.925,00, e, para receber o saldo de Cr$ 2.274.904,60, propôs a presente ação, fazendo citar, na forma da lei, como litisconsorte, o Instituto de Resseguros do Brasil".

"A ação foi contestada. Alegaram os contestantes a prescrição do direito da autora de propor a presente demanda, vez que, tendo ocorrido o sinistro em 5-9-1947, a 22 de janeiro de 1949, data da inicial, já havia escoado o prazo de um ano previsto no art. 178, § 6º, nº II, do Cód. Civil. No tocante ao mérito, negaram a possibilidade de se determinar, como pretendia a autora, o montante do estoque sinistrado, por meio de fichas que se refazem à vontade".

"Rejeitou o juiz a preliminar de prescrição e deu pela procedência em parte da ação para condenar o Instituto de Resseguros e as companhias seguradoras ao pagamento da quantia de Cr$.... 1.109.827,80 com os juros da mora, a partir do trânsito em julgado da sentença e as custas em proporção. Não houve condenação em honorários de advogado.

"Apelou a Cia. Concórdia de Tecidos S.A. para reclamar o acolhimento integral de sua postulação, tendo apelado, também, o Instituto de Resseguros para sustentar o "equívoco" da sentença que o incluiu na condenação, pela razão de

que nenhuma solidariedade o vincula às companhias seguradoras, quanto ao pagamento do seguro.

"*Apelação do Instituto de Resseguros.* A posição do I. R. B. nas ações de seguro, de acôrdo com o dec.-lei nº 9.735, de 4-9-1940, é a de um litisconsorte necessário sempre que tenha responsabilidade no pagamento da importância pedida na inicial. Cabe, mesmo, à sociedade demandada a obrigação de declarar, na contestação, essa responsabilidade para o fixa de determinar a citação do Instituto, se já não houver sido realizada. Nessas condições, a intervenção processual do apelante não tem, como êle pretende, um mero papel de defender o interêsse público nas liquidações dos sinistros. Defende interêsse próprio, vinculado que se acha, pelo resseguro, perante o segurado. Aliás, a própria lei estabelece que o I. R. B., como dirigente de consórcios, será considerado, para todos os efeitos, como ressegurador e poderá participar dos mesmos. A extensão da condenação imposta na sentença ao apelante foi, pois, perfeitamente legal, uma vez que a sua posição, perante a autora, era a de um litisconsorte, sujeito à resolução final, que deve ser comum a todos os litisconsortes".

"*Apelação da Cia. Concórdia.* A pretensão dessa apelante de ser indenizada peles dados constantes do seu fichário de estoque, com prejuízo do que consta dos livros oficiais, foi bem repelida pelo juiz. A circunstância de haver estado sempre à disposição da apelante a quantia que, afinal, foi reconhecida como a que lhe devia ser paga, justifica, plenamente, a recusa do julgador em lhe dar verba para honorária advocatícia. Quanto à fluência das juros da mora, deve ser modificada a sentença para que ela se faça a partir da inicial".

"Pelo exposto, acordam, em 5ª Câmara Cível, por votação unânime, negar provimento à apelação do Instituto de Resseguros e dá-lo, em parte, à apelação da autora para o fim acima mencionado. Custas na forma da lei.

"São Paulo, 31 de agôsto de 1951. - *Mário Masagão,* presidente; *Joaquim de Silos Cintra*, relator.

O recurso se pediu nestes têrmos:

"Diz o Instituto de Resseguros do Brasil, nos autos da apelação cível nº 51.904, da Capital, em que são partes o suplicante e outros, de um lado, e a Companhia Concórdia de Tecidos S. A., de outro, que, não se conformando, "data venia", com o venerando acórdão proferido pela colenda 5ª Câmara Cível, no tópico em que manteve a condenação do suplicante, bem como naquele em que mandou incluir na condenação os juros de mora, a partir da inicial, que, pela presente, quer, respeitosamente, interpor de tal decisão recurso extraordinário para o egrégio Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, nº III, letra *a*, da Constituição federal, pelas razões que a seguir expõe":

"I. Decidiu o venerando acórdão recorrido, naqueles tópicos, expressamente, o seguinte":

"*a)* que, nas ações de seguros, o Instituto de Resseguros do Brasil defende interêsse próprio, "vinculado que se acha pelo resseguro, perante o segurado", sendo, portanto, legal a sua condenação; e"

"*b)* que, quanto à fluência dos juros da mora, deve ser modificada a sentença (que mandava fôssem contados a partir do trânsito em julgado), para que ela se faça a partir da inicial".

"II. Dúvida não há que a decisão ora impugnada versou exclusivamente matéria jurídica e que, como se demonstrará nas linhas seguintes, foi proferida manifestamente contra a letra expressa de lei federal, tendo, em conseqüência, pleno cabimento o presente recurso".

"III. De fato, quanto ao primeiro tópico impugnado, sendo o ressegurador estranho ao contrato de seguro, não tem o mesmo qualquer responsabilidade perante o segurado. Em conseqüência, o segurado não tem ação direta contra o ressegurador que, todavia, permanece obrigado para com o segurador. "Dado o sinistro, o segurado vai exigir a soma de seu segurador, e êste, que, por seu turno, é segurado do ressegurador, vai pedir a êste o prêmio do resseguro. O resseguro, portanto, não contém a idéia de novação de contrato. O contrato primitivo entre o segurado e o segurador mantém-se como existia. O ressegurado (a companhia seguradora) permanece sempre vinculado para com o primeiro segurado, de quem é segurador. Mas o segurado primitivo nenhuma ação direta tem contra o ressegurador" (M. I. CARVALHO DE MENDONÇA,

"Contratos no Direito Civil Brasileiro", tomo II, 2ª ed., nº 313, págs. 357-360; PAUL SUMIEN, "Traité Théorique et Pratique des Assurances Terrestres", 6ª ed., 1948, ns. 220-224, páginas 167-169; VALDEMAR FERREIRA, "Inst. de Direito Comercial", 2º vol., t. II, 2ª ed., ns. 1.109-1.112, págs. 448-451). Isto pôsto, como não há obrigação que não, decorra da lei ou de contrato, a condenação do ressegurador em ação do segurado contra o segurador é manifestamente ilegal".

"O fato de ser o Instituto de Resseguros do Brasil litisconsorte necessário no presente feito (dec. nº 21.810, de 4 de setembro de 1946, art. 60) não justifica a conclusão do venerando acórdão recorrido, porque o litisconsórcio é noção de direito processual, não se confundindo com relação de direito material (PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro", vol. I, págs. 336 e 345; CHIOVENDA, "Ensayos", trad. de SANTIAGO MELENDO, vol. III, Buenos Aires, págs. 293-326). O intuito, a finalidade da lei, determinando a obrigatoriedade da citação do Instituto de Resseguros do Brasil, nas ações de seguros, foi, indiscutìvelmente, garanti-lo, foi, inegàvelmnente, dar-lhe armas para defender seus interêsses, cooperando na defesa com o segurador. Aliás, nenhuma dúvida pode existir quanto à ilegalidade da condenação do Instituto de Resseguros do Brasil na presente ação, em face do art. 64 do decreto citado, segundo o qual "o I. R. B. responderá "perante o segurador direto", etc.

"IV. Quanto ao segundo tópico impugnado, observa o suplicante que a lei só autoriza a condenação do vencido em juros de mora se o devedor incorreu em mora. Ora, de acôrdo com o art. 955 do Cód. Civil,

"Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados".

"Para que haja mora, é necessário, portanto, que o devedor tenha se recusado a pagar aquilo que, posteriormente, ficou decidido que deveria ter pago no tempo, lugar e forma convencionados: Se o devedor se prontifica a pagar determina importância e depois é condenado em quantia maior, é evidente que responde pelos juros, porque pretender pagar importância menor do que a devida é o mesmo que recusar o pagamento, o que importa em mora. Mas, se, como no caso dos autos, a sentença reconhece que o pagamento oferecido era o

devido, não há mora por parte do devedor, porque, nos expressos têrmos do art. 963 do Cód. Civil, "não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre êste em mora".

"Em tal hipótese, a mora é do credor" (Cód. Civil, art. 955, 2ª parte).

"Assim sendo, a decisão, como a dos autos, que manda, por como, contar os juros de mora a partir da inicial, contraria manifestamente os citados dispositivos legais, porque importa em afirmar que os juros de mora são devidos sempre, antes mesmo de ter havido mora por parte do devedor.

"Nestes têrmos, requer o suplicante a V. Ex.ª que, juntada esta aos autos, seja admitido o recurso extraordinário ora interposto, para o fim de ser processado, nos têrmos da lei, sendo o processo oporturnamente remetido ao egrégio Supremo Tribunal Federal.

"O suplicante espera deferimento.

"São Paulo, 5 de outubro de 1951. - *J. Lafayette B. Soares*".

Razões a fls. e fls. (*ler*).

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente e relator): O venerando aresto recorrido versou questão de cobertura de prejuízos decorrentes de incêndio e de responsabilidade do Instituto de Resseguros do Brasil.

Alegou-se prescrição da ação por exausto o prazo de um ano da previsão do artigo 178, § 6º, nº II, do Cód. Civil. E *circa merita* se disse da impossibilidade de ser determinado, como pretendia a autora, por meio de fichas, que se refazem ao fácil, o montante do acervo sinistrado.

Mas o juiz negou acolhida ao argumento da prescrição e deu pela procedência, em parte, da ação para condenar as companhias seguradoras e o Instituto de Resseguros ao pagamento da quantia que fixou e juros da mora.

E o ilustre Tribunal de São Paulo confirmou a sentença com a só modificação da fluência dos juros que determinou se reconhecesse a partir da inicial.

Houve dois recursos extraordinários, mas o da Companhia Concórdia de Tecidos S.A. não logrou ser admitido (vêde despacho de fls. 422 v.), o que provocou agravo, *ut* certidão de fls. 441.

Ficou, assim, na balha o apêlo do instituto de Resseguros do Brasil, com invocação da letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

Pertenta o recorrente demonstrar que o venerando aresto se acha ao arrepio da lei quando fixou a situação de responsabilidade do Instituto de Resseguros do Brasil e, no que tange aos juros de mora, vulnerou os arts. 955 e 963 do Cód. Civil.

Começando pela última argüição, o exame é desfavorável ao recorrente.

Neste particular avulta a alegação de que, recusada foi a prestação oferecida desde o início, o que caracterizou a *mora do credor,* incoexistível com a do devedor.

Realmente, ensina CARVALHO SANTOS: *"Non è essenziale che il debiture venga costituiti in mora per che cessi la mora del creditore; peró data l'una, l'altra rinzane, esclusa secondo il principio che* posterior mora nocet*"* ("La Mora del Creditore", pág. 246).

E POLACCO, ao aludir à *mora solvendi* e à *mora creditori*: *"L'una specie di mora, può succedere all'altra, può darsi che la purgazione della* mora solvendi *faccia sorgere la mora del creditore. Ebbene, in tali ipotesi si applicà il principio desunto dalla l. 17 D de peric et comm.* 18,6, *di* POMPONIO, posterior mora nocet. *Invece non è possibile la concomitanza delle due specie di mora, poi chè tra i pressupposti dell'una è la mancanrei dell'altra, ou de*

siffatta concomitanza sarebbe, osserva benissimo F. MOMMSEN, *una* contradictio in adjecto" ("Obblig.", I, pág. 558, nº 123, ter, *in fine*).

A opinião contrária de MUHLEMBRUCH é adversada vantajosamente por MADRI e MOLITOR (vêde MOLITOR, "Obligations", t. F, nº 339).

Vêde, ainda, citando CHIRONI, CARLO MOSSA, "L'Obbligazione degli interessi", n° 137, pág. 221, nota 4.

Mas a outra proposição do recorrente - e a aceitação de ambas indispensável seria a que se lhe pudesse acolher o argumento - desapresenta a mesma consistência e constitui ponto de incidência de vivos debates: a de que a mora do devedor cessa com a simples oferta, independentemente da consignação da quantia ou coisa devida.

A própria lição de AGOSTINHO ABOIM sôbre os diversos sistemas legais e doutrinários sôbre a *mora creditori* e os efeitos da simples oferta, tirada a lume pelo recorrente, põe de manifesto que o tema é batido de renhida controvérsia, alongando-se o caso de vulneração de letra de lei.

CARMELO SCUTO - no campo da doutrina - realça a ocorrência de três correntes: a de DEMOLOMBE e LAURENT, a de LAROMBIÈRE e GIORGI e a de AUBRY ET RAU.

Para êste último, na versão do autor citado, "*la semplice offerta non potrebbe impedire la costituzone in mora debitore che non deposita", perché diversamente il creditore non avrebbe nessun mezzo contro di lui e perchè l'obligato non ha fatto fino a che non deposita tutto ciò che la legge prescrive".*

E acrescenta SCUTO que *"inaccettabili sono tali opinioni"* (liv. cit., pág. 43, nota 20).

No plano do *ius quod est*, observa o próprio professor AGOSTINHO ABOIM, em cujo magistério se abordoa o recorrente, que, se os arts. 955 e 958 do Código Civil, combinados, transferem para o credor os riscos da coisa, desde que se verifique sua mora, caracterizada pela recusa, o art. 976 dispõe que os

riscos e os juros da dívida sòmente cessam para o devedor após o depósito, impondo-se ao intérprete a pena de conciliá-los.

E CARVALHO SANTOS tem como "complicada" a questão de saber se para a *mora accipiens* basta a oferta real, não seguida de depósito ("Código Civil Interpretado", vol. XII, pág. 331), o que tudo mostra e evidencia descaber o caso na moldura da letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal. O mesmo passa no que tange à posição do Instituto de Resseguros quando afirma o venerando aresto defender êle, na lide, interêsse próprio, vinculado, que se acha, pelo resseguro perante o segurado. Insiste o recorrente em que fica ressegurador estranho ao vínculo estabelecido entre segurado e segurador, não podendo ser demandado pelo primeiro.

É certo que para o terceiro o contrato entre as partes, que o estabelecem, é *res inter acta* e que, ainda na hipótese de obrigação múltiplo-conjunta, o *consensu partes fiunt* é o como prevalente, pois a solidariedade não se presume (Cód. Cível, art. 896).

Mas, o próprio recorrente, nas razões de fls. 369, admitiu que sua inclusão no elenco das condenadas resultara de "pequeno equívoco, aliás plenamente justificável, dado não ter sido a matéria suficientemente debatida pelas partes em primeira instância".

Por outro lado, o se tratar de litisconsorte necessário, nos têrmos do dec.-lei nº 9.735, de 4 de setembro de 1940, o caso é de determinar o relêvo e o efeito de sua intervenção processual.

E a solução adotada, em face dessas circunstâncias, embora renda ensejo a justas restrições, suscitadas pelos recorrentes, não caracterizou vulneração da lei em sua mesma literalidade.

Preliminarmente, pois, deixo de conhecer do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso pela letra *a*, *data venia* de V. Ex.ª, e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram, preliminarmente, e contra o voto do Sr. ministro ROCHA LAGOA, de conhecer do recurso.

Deixaram de comparecer o Exmo. senhor ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. senhor ministro AFRÂNIO COSTA.

*

TRANSPORTE MARÍTIMO - SEGURO - PRESCRIÇÃO

- Prescreve em um ano a ação movida contra o transportador marítimo pelo segurador, sub-rogado nos direitos do dono da carga.

Lóide Brasileiro (P. N.) *versus* Companhia Seguradora Brasileira

Rec. Ext. nº 20.986 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.986, do Distrito Federal, recorrente Lóide Brasileiro (patrimônio Nacional), recorrida Cia. Seguradora Brasileira:

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 na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 17 de outubro de 1953. - *Orozimbo Nonato,* presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O egrégio Tribunal Federal de Recursos, em grau de embargos, que lograram êxito afortunado, julgou inaplicável, à ação em que reclama o segurador o prêmio pago pela mercadoria extraviada, a prescrição do art. 449, § 2º, do Cód. Comercial.

Passo a ler os votos pronunciados - vencedores e vencidos (*lê*). Daí o presente recurso extraordinário, pedido nos seguintes têrmos:

"O Lóide Brasileiro (Patrimônio Nacional), nos autos de embargos à apelação cível nº 2.497, não se conformando, *data venia,* com o venerando acórdão, quer, contra o mesmo, interpor, como interposto tem, *recurso extraordinário* para o egrégio Supremo Tribunal Federal, nos têrmos da Constituição da República, art. 101, nº III, *a* e *d*.

"1° O venerando acórdão recorrido, decidindo, pela maioria dos eminentes julgadores, que se regula pelo art. 442 do Cód. Comercial a prescrição das ações de indenização por perda total ou parcial de carga, contrariou a letra do artigo 449 do mesmo diploma legal".

"Com efeito, o último dos citados dispositivos, no seu inc. 2°, ao estabelecer o prazo de um ano para as ações por entrega da carga a contar do dia em que findou a viagem", não visou, tal como entendeu o acórdão recorrido, apenas a ação cominatória para compelir o transportador a entregar ao carregador as mercadorias retidas indevidamente. Não se disse na lei "ações para entrega da carga", segundo se vê de algumas edições modernas viciadas, do Cód. Comercial, mas, exatamente como está escrito nas velhas e acreditadas edições como as comentadas por BENTO DE FARIA e ARAÚJO COSTA, "ações por entrega da carga", ou seja, em virtude da entrega da carga, relativas à obrigação de entrega da carga. Colhe, portanto, em cheio os pedidos de indenização da carga utilizada pelo navio ou vendida em proveito do mesmo ou simplesmente danificada ou perdida. Isto porque, nesses casos, o transportador indeniza tangido pela mesma obrigação de entregar a carga. Não podendo entregá-la, por ter sido forçado a dela se utilizar ou porque se extraviou, resolve a obrigação indenizando, entregando a carga representada pelo seu valor em dinheiro.

"O Cód. Comercial é lei antiga, do tempo em que o legislador primava pelo apuro na redação legislativa. O objetivo de quem redige a lei é o da maior precisão possível, e, portanto, nada há de menos possível que os redatores do Código se permitissem o luxo camoniano de, num requinte de elegância literária, usar o "por" pelo "para" na redação de dispositivo legal. Evidentemente que seu objetivo não foi o das ações "a fim de obter a entrega da carga, mas o das ações "por causa" da entrega da carga".

"Êsse critério não é novidade. CARVALHO MOURÃO já o adotava ("REVISTA FORENSE", vol. LXX, pág. 279), como também BENTO DE FARIA, êste último citando DESJARDINS, LAURIN, BEDARRIDE, LYON CAEN ET RENAULT, para dizer, nos seus comentários ao artigo 449, inc. 2°, do Cód. Comercial, que dito dispositivo "também abrange não só a ação intentada contra o capitão ou armador para obter a entrega das mercadorias embarcadas, como, ainda, as que forem propostas com o fim de obter indenização por motivo de perda total ou parcial das ditas mercadorias" ("Código Comercial Brasileiro", edição Jacinto, 1929, nota 388).

"Não se poderá entender o contrário, pois as prescrições a longo prazo, se não se recomendam no comércio em geral (CARVALHO DE MENDONÇA, VI, página 456; VIVANTE, IV, nº 2.213), são inadmissíveis frente às necessidades do comércio marítimo (RIPERT, II, 1.843; WAHL, nº 582; BRUNETTI, nº 734), e, precisamente por isso, o Cód. Comercial estabeleceu o prazo de um ano para a propositura de tôdas as ações decorrentes do transporte por mar, abrindo exceção nítida, irretorquível, às regras relativas a outros feitos também comerciais, inclusive a do art. 442, invocado no acórdão. Assim é que prescrevem em um ano as ações de avaria grossa (art. 449, 1°), as ações de frete, primagem, estadias, sobreestadias (*idem*, 3º), as ações de soldadas de cobrança de mantimentos ou de jornais de operários empregados na construção ou reparo do navio (*idem*, 4º, 5º e 6º). Como poderia estabelecer o Código o prazo de 20 anos para as ações de indenização por perda de carga, justamente as mais comuns no comércio marítimo?"

"Se passado um ano do término da viagem, defeso será cogitar-se, à luz do Código, das contribuições de avaria grossa, impossibilitado ficará o transportador de reclamar até mesmo o frete, como poderia haver disposto o mesmo Código, no mesmíssimo artigo, que dito transportador ficaria por prazo

20 vêzes maior obrigado a indenizar a carga perecida nessa coisa arriscada e precária por natureza que é o transporte, e transporte por mar?"

"Mas, além disso, perda de mercadoria é avaria simples, a menos que as mercadorias perdidas tenham sido deliberadamente sacrificadas no interêsse comum do navio e da carga em geral, pois nessa eventualidade o dano será entendido como avaria grossa (Cód. Comercial, arts. 761, 763 e 764). Pouco importa a causa do dano, mesmo que se trate de ato ilícito (SILVA COSTA, ed. de 1900, nota 446), o sacrifício de mercadorias será avaria particular ou simples quando não se configurar a situação que a classifique como avaria grossa ou comum. Ora, o Cód. Comercial estabelece o prazo prescricional de um ano, contado do dia da entrega da carga para as ações de avaria simples, no inc. 3° do art. 449, cuja violação, pelo venerando acórdão recorrido, se invoca para interposição dêste recurso extraordinário.

"Raciocine-se. O Código, no inc. 3 do art. 449, estabelece, para as ações de avaria simples, o prazo de um ano, contado da data da entrega da carga e cogita, portanto, de perda parcial, pois, do contrário, a carga não poderia ser entregue. Dúvida não poderá existir, portanto, de que prescrevem em um ano as ações de indenização por perda parcial da carga, que são as ações de avaria simples previstas no inc. 3º do art. 449. Por que prescreveriam em 20 anos as ações de indenização por perda total, que também são ações de avaria simples? Se o Código, tal como já se viu, marcou o mesmo prazo prescricional de um ano para as mais diversas ações oriundas do transporte marítimo, por que, em se tratando de avaria simples, estabeleceria dois prazos, o de um ano quando se tratasse de perda parcial e o de 20 anos na hipótese de perda total?"

"É evidente que o prazo para tôdas as ações de avaria simples só poderia ser o mesmo. E se, no inc. 3º do art. 449, ao marcar a data da entrega da carga para o início da dilação prescricional, se cingiu a lei à eventualidade de perda parcial, não foi senão porque os casos de perda total já haviam sido considerados no inciso anterior, que, avisadamente, fêz correr o prazo da data em que findou a viagem, justo porque; em tendo sido totalmente perdida, a carga não poderia ser entregue".

"Não foi, evidentemente, o critério do venerando acórdão embargado que o texto expresso do art. 449, inc. 2º, do Código objetivou e em coisa alguma

influi a circunstância de, na hipótese dos autos, a indenização ser reclamada pelo segurador sub-rogado, porque, abstração feita de outras razões, a sub-rogação no caso é a sub-rogação legal que se operou nos têrmos do art. 728 do Cód. Comercial, ou seja, nos "direitos e ações que ao segurado competirem contra terceiro".

"O segurador não exercita ação própria, mas tão-sòmente a que decorre da sub-rogação legal. Seu direito outro não é senão a do segurado, cujo lugar tomou na relação jurídica, em virtude da sub-rogação; por isso, pode o terceiro obrigado argüir contra ela a prescrição nos mesmos têrmos em que o faria contra o segurado. Esta é a razão pela qual estabeleceu o Código, no mesmo art. 728, que o "segurado não pode praticar ato nalgum em prejuízo do direito dos seguradores", isto depois de haver estatuído, no art. 719, que será presumida de má-fé a omissão do segurado que deixa de prontamente comunicar ao segurador a ocorrência de acidente ao navio ou à carga e, assim fazendo, priva o segurador de se acautelar devidamente perante o terceiro contra o qual exercerá as ações do segurado. Mais ainda, o segurador é obrigado a diligenciar para resguardo dos interêsses do segurador, inclusive apresentando as necessárias reclamações, e muito eloqüentes são os arts. 721, 722, 723 e 724 do Código na demonstração de que o direito do segurador, em virtude da sub-rogação, outro não é que o do segurado".

"2º Aliás, a jurisprudência brasileira, que antes se orientava nesse sentido e depois mudou de rumo, evolui nìtidamente, para voltar a reconhecer que o prazo de prescrição das ações de Indenização por perda de carga é regulado pelo art. 449, nº 2, do Cód. Comercial.

"Há pouco tempo, a 19 de julho de 1951, o egrégio Supremo Tribunal Federal, acompanhando OROZIMBO NONATO, reconsiderava a velha jurisprudência e se penitenciava com as seguintes eloqüentes palavras, ao julgar o recurso extraordinário nº 19.583: "Já paguei tributo à tese preconizada pela recorrente, retificando, entretanto, o entendimento que então mantinha e que me parece desacertado através de exame mais de fito do assunto".

"E não sòmente êste como vários acórdãos discordantes da decisão recorrida podem ser invocados, do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais superiores, como, por exemplo, os seguintes: "Transporte de mercadorias -

Prescrição: Prescreve em um ano a ação de indenização por prejuízos decorrentes da não-entrega da mercadoria pelo transportador" (acórdão da 1ª Turma do Sup. Trib. Fed., em 2-7-45, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 105, pág 64); "Recurso extraordinário nº 13.074 - Recurso extraordinário. Ação para entrega de carga ou receber o valor total da carga. Prescrição. A prescrição a ser aplicada é realmente a do artigo indicado: um ano" (ac. da 2ª Turma do Sup. Tribunal Fed. em 8-5-48, *in* "Diário da Justiça" de 16-12-49, pág. 4.330, apenso ao de nº 290); "O segurador age como sub-rogado, não podendo ter mais direitos que o segurado. Se prescrita a ação por avaria, prescrita está também a ação do segurador" (ap. nº 7.253, rel. ministro CASTRO NUNES, acórdão da 1ª Turma do Sup. Trib. Fed. em 4-10-43); "Avarias simples - A prescrição da ação do segurador sub-rogado, contra o condutor de transportes, conta-se da entrega da carga. O segurador do caso do art. 728 do Cód. Comercial não exerce ação própria contra o condutor de transportes, e sim a ação que contra êste tinha o carregador-segurado, na qual ficou sub-rogado o segurador, que pagou a indenização. Aplicação dos arts. 449, nº II, e 728 do Cód. Comercial" (ap. cível nº 4.278, rel. Min. CARVALHO MOURÃO, ac. unânime da Turma julgadora em 30-4-36, *in* "REVISTA FORENSE", vol. LXX, pág. 279); "A prescrição estabelecida pelo art. 9º do dec. nº 2.681, de 1912, é aplicável também ao transporte rodoviário, *marítimo* ou fluvial, por ser a mesma estabelecida pelo art. 449, nº II, do Cód. Comercial, para as ações por entrega de carga a contar do dia em que findou a viagem - *prescrição de um ano"* (ac. da 3ª Turma Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, *in* "Revista dos Tribunais", vol. 160, pág. 621); "Transporte marítimo - Prescrição: Prescreve em um ano a ação para exigir a entrega da carga ou o valor total correspondente" (ac. unânime da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 12-9-47; apelação cível nº 301, relator desembargador FREDERICO SUSSEKIND, *in* "REVISTA FORENSE", vol. CXVIII, pág. 162).

"3º A vista do exposto, o egrégio Tribunal Federal de Recursos proferiu decisão contrária à letra da lei federal e lhe deu interpretação diversa da de outros tribunais, inclusive o egrégio Supremo Tribunal Federal, justificando a interposição dêste recurso extraordinário, que espera o recorrente deve ser processado na forma da lei".

"Nestes têrmos, p. deferimento".

"Rio de Janeiro, 28 de abril de 1952. - *José Joaquim de C. Silva"*.

É o seguinte o parecer do eminente procurador geral da República, Exmo. Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

"A jurisprudência dêste excelso pretório inclinou-se, recentemente, no sentido de reconhecer que o prazo de prescrição das ações de indenizações por perda de carga é regulado pelo art. 449, nº II, do Cód. Comercial".

"Vale citar os julgamentos proferidos pela colenda *1ª Turma*, em 10 de julho fluente, no recurso extraordinário nº 19.769 e pela colenda *2ª Turma*, em 15 de janeiro do corrente, no recurso extraordinário nº 19.996, e, em 19 de outubro de 1951, no recurso extraordinário nº 19.583, êste relatado pelo eminente ministro OROZIMBO NONATO e apontado a fls. 211 como decisão divergente do venerando acórdão recorrido de fls. 205".

"Assim sendo, cabível é o recurso extraordinário de fls. 206-213, pois decidindo de modo contrário, entendendo que o prazo prescricional em questão é o estabelecido no art. 442 do citado Código, o venerando acórdão recorrido ensejou o dissídio jurisprudencial da alínea d do preceito constitucional invocado".

"Opinamos, pois, pelo conhecimento do presente recurso extraordinário e pelo provimento, em harmonia com as aludidas decisões dêste egrégio Tribunal".

"Distrito Federal, 21 de julho de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente e relator): O dissídio jurisprudencial que lavra em volta do tema dos autos autoriza o recurso extraordinário, com fundamento na letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

A dissonância aludida é notória, inegada e se encontra confirmada nos autos; conheço, pois, do apêlo.

E, no mérito, dou-lhe provimento para fazer com que, na hipótese, a decisão siga a esteira, de que o venerando aresto recorrido delirou, da jurisprudência norteadora dêste Supremo Tribunal.

Trata-se de saber se prescreve em um ano, por aplicação do art. 449, nº II, do Cód. Comercial, a ação de indenização por prejuízos decorrentes da não-entrega da mercadoria pelo transportador.

Determina o art. 449, nº II, citado, prescrever no fim de um ano a ação por entrega da carga, a contar do dia em que findou a viagem. E o caso, obtemperam os votos vencedores no venerando acórdão vencido, não é de ação para entrega da carga, mas de indenização pela sua não-entrega, proposta pelo segurador, que pagou o prêmio.

O fato de ser a ação proposta pelo segurador é, no caso, desinfluente.

O segurador, como observava em voto na apelação nº 7.253 o eminente ministro CASTRO NUNES, age como sub-rogado, não podendo ter mais direito que o segurado.

"Se prescrita a ação do segurado, por avaria, prescrita está também a ação do segurador".

O argumento de não se tratar de pedido de entrega da carga, que parece ser a hipótese literalmente prescrita no artigo 449, nº II, já me seduziu, captando voto que proferi nesse sentido.

A questão é antiga. De acôrdo com o aresto recorrido julgou o Supremo Tribunal em 1º de novembro de 1918, sem lograr, porém, aplausos a CARVALHO DE MENDONÇA, que comentou:

"Como assim? O art. 449, nº 2, contêm disposição genérica. Qualquer que seja a razão pela qual o expedidor não entregue parte de tôda a carga, a prescrição é

a mesma" (CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. VI, parte III, nº 1.779, pág. 527, nota 2).

E, a meu ver, a razão está com o autorizadíssimo de nossos comercialistas.

É exato que os textos que estabelecem prescrições não toleram ampliações por via do argumento *a pari ratione.*

A êsse propósito se repete sempre famoso texto de D'ARGENTO: *"Ne ulloe prescriptionum extensioros fiant de locs ad locum rerum ad res, personarum ad personas, action tim ad actiones".*

E GUILLOUARD, que invoca, ainda observa:

"La prescription, ayant pour résultat la privation du droit de propriétaire ou du créancier contre lequel elle est dirigé, doit, comme trente déchéance s'interpréter restrictivement: on ne peut l'entendre ni d'une personne à l'autre, ni l'un droit à l'autre" ("Traité de la Prescription", I, nº 56, págs. 58-59).

E adverte afinal:

"C'est l'a une règle d'interprétation importante et dont il fondra tenir un grand compte pour l'application des lois rélatives a la prescription" (liv. cit., página, 59).

A êsse propósito, já tive ensejo de lembrar, também no sentido indicado, as lições de COLMO, CARPENTER, etc.

Mas, ainda que se queira interpretar *ad unguem* o mencionado prescrito, vale lembrar que êle alude a ações *por* entrega da carga e não *para* entrega da carga, o que deu maior extensão ao texto, que alcançará as ações por causa da entrega da carga, segundo CARVALHO MOURÃO, citado nas razões do recorrente, fls. 207, *in fine.*

O que, entretanto, prevalece, a meu ver, no caso, é que a ação para pedir *o valor* da carga extraviada é a mesma de que trata a lei, representando êsse valor a carga cuja entrega se tornou impossível.

Assim, o texto discutido abrangerá a hipótese "por fôrça de compreensão", aplicando tôdas as leis, ainda aquelas que descomportem a aplicação do argumento dessemelhantes a semelhantes.

O mesmo direito singular, na observação de ESPÍNOLA-ESPÍNOLA FILHO, se não admite a interpretação analógica, tolera, perfeitamente, a interpretação extensiva.

E, a êsse propósito, citam os egrégios juristas as lições de WINDSCHEID, DERNBURG, HÖLDER, DE RUGGIERO, FADDA e BENSA, etc.

Pelo menos, a chamada interpretação extensiva em sentido estrito não se exclui do próprio *in singuloe*, no conceito de WINDSCHEID.

E a palavra de DE RUGGIERO, citada em ESPÍNOLA-ESPÍNOLA FILHO ("Tratado", vol. I, nº 253) dilucidam suficientemente o tema:

"O direito singular é, como o... normal, plenamente capaz de extensão, porque onde a *ratio* especial, que é o seu fundamento, se apresenta, deve valer o mesmo preceito de direito, e não poderia receber aplicação o direito normal... A diferença... está nos reflexos da aplicação analógica... permitidas para o direito normal e proibida para o singular".

A lei de interpretação estrita pode também encerrar menos do que a *mens legis (lex scripsit minus quam cogit avit).* A expansão não corresponderá ao conteúdo, ao sentido da lei, embora nem sempre seja obscura. Pode, então, qualquer que seja a natureza da lei civil manejar os elementos gramaticais, lógicos, teleológicos e sistemáticos para compor o dejeito da lei na sua formulação, reintegrando-se em seu verdadeiro conteúdo.

Ocorre a interpretação extensiva por fôrça de compreensão e indução. Enquanto que, por fôrça da analogia, se atinge o caso não-prescrito, mas semelhante ao regulado na lei, na fôrça de compreensão a lei se dilata para alcançar um caso compreendido no seu espírito, bem que a fórmula imperfeita não pareça compreendê-lo (ESPÍNOLA-ESPÍNOLA FILHO, "Lei de Introdução", vol, I, págs. 287-288).

É neste aspecto, e assim considera a interpretação extensiva, que tem razão FERRARA, ao dizer:

"L'interpretazione estensiva è uno dei mezzi più fecundi per lo svilluppo dei principii giuridici e il loro raggrupamento a sistema.

Ma perchè l'interpretazione estensiva non è che reintegrazione *del pensiero legislativo, essa si applica a tutte le norme..."* ("Trat. di Dir. Civ.", I, pág. 221).

No caso, o preço, o valor substitui a coisa extraviada ou perdida.

A ação é a mesma - por entrega da carga.

Exercê-la seu titular primitivo ou o sub-rogado em seu direito não lhe altera a natureza.

A aplicação, logo, dos princípios enunciados parece racionável e justa.

Dou provimento para restabelecer o venerando acórdão embargado, de fls. 173. É o meu voto.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituída pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

BENFEITORIAS EM TERRENO ALHEIO - ACESSÃO

- As benfeitorias levantadas em terreno alheio acedam à propriedade, cabendo ao que as levanta simples direito pessoal de indenização.

Valdemar Abranches Feijó e sua mulher *versus* Emília Nunes Leite e outros

Rec. ext. nº 20.236 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.236, de Alagoas, recorrentes Valdemar Abranches Feijó e sua mulher, recorridos Emília Nunes Leite 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, pagas as custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 12 de agôsto de 1952. - *Orozimbo Nonato,* presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Confirmou o Tribunal de Alagoas, à conta de seus mesmos fundamentos, a sentença de fls. 179, *verbis*:

"Vistos os autos:

"Valdemar Abranches Feijó e sua mulher D. Débora Marinho Rêgo Feijó, propuseram a presente ação ordinária contra Emília Nunes Leite, Rosa Nunes Leite, Margarida Teresa Nunes Leite, Beatriz da Silveira Nunes Leite Filha, casada com Domingos Farinha Beirão e que por assa passou a assinar-se Beatriz Nunes Leite. Beirão, e Salvina Maria do Nascimento, para anular a escritura de venda de benfeitorias constantes de um "chalet", construído de taipa e coberto de telhas, com duas janelas de frente para a rua Tobias Barreto, antiga rua da Estrada de Ferro, com o nº 133, e diversas árvores frutíferas, lavrada nas notas do cartório do 3º ofício, desta comarca, em 7 de outubro de 1943, no livro nº 216, fls. 23 v. a 26 v., e em que figuram como vendedora

Salvina Maria do Nascimento e como compradoras as demais rés, que fizeram constar da mesma escritura que ditas benfeitorias estavam encravadas em terreno pertencente a elas rés. Alegaram que, levada a registro, dita escritura foi impugnada pelo oficial respectivo sob a alegação de que com a venda de benfeitorias se pretendia transferir o domínio útil de terrenos de marinha, sem que da escritura constasse a transcrição integral do alvará de licença, do> Domínio da União, para a transação; que o Dr. Laurindo Feijó de Melo, pai e sogro dos autores, havia adquirido por compra ao capitão Antônio Maria de Aguiar e sua mulher, em 20 de julho de 1895, os ditos terrenos, conforme escritura lavrada nas notas do tabelião José Vieira Sampaio, devidamente registrada, no cartório de imóveis, em 10 de fevereiro de 1896, tendo sido aforados ao Dr. Laurindo Feijó de Melo, pelo inspetor da Alfândega de Maceió, coronel José Vieira Peixoto, em 6 de novembro de 1896, os terrenos de marinha que ficavam nas testadas da propriedade do referido engenheiro Laurindo Feijó de Melo; que, tendo êste falecido em Palmares, Estado de Pernambuco, foi procedido o inventário de seus bens, sendo os terrenos de bebedouro partilhados entre alguns de seus herdeiros, inclusive aos autores, os quais requereram ao Dr. delegado fiscal do Tesouro Nacional, neste Estado, a competente averbação hereditária do respectivo domínio útil; que, tendo caído em comisso o aforamento, cuja averbação estava feita em nome dos herdeiros, êstes, representados pelo primeiro suplicante, requereram a novação do contrato de aforamento, o que foi feito, em 28 de setembro de 1939; que, não obstante terem sido esbulhados pelas rés na posse dos ditos terrenos, continuam pagando os respectivos fôros e taxas de ocupação, o que comprova serem de marinha os terrenos referentes à venda feita por Salvina Maria do Nascimento, sendo, conseqüentemente, nula de pleno direito, *ex vi* do disposto no art. 28, parágrafo único, do dec.-lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941, revigorado pelo art. 102 do dec.-lei nº 9.780, de 6 de setembro de 1946; que, assim, a ação deveria ser julgada procedente para decretar a nulidade da escritura aludida e para mandar reintegrá-los na posse dos citados terrenos, condenando as rés nas perdas e danos, inclusive frutos e rendimentos, e no pagamento das custas.

"Juntaram os documentos de fls. 5-68".

"Citadas, as rés, com exceção de Salvina, contestaram, dizendo, em síntese, que o fato alegado pelos autores não constitui fundamento legal da nulidade do contrato; que é evidente a impropriedade da ação proposta, de vez que os

terrenos, com as benfeitorias constantes da escritura, não são terrenos de marinha e sim pertencentes a elas, rés, que os possuem em comunhão com outros herdeiros e acham-se pró-indiviso sujeitos a divisão; que, quando não fôsse imprópria a ação, seria, como é, improcedente; que a nulidade atribuída à escritura de compra e venda das benfeitorias de D. Salvina, não procede, porque ditas benfeitoras estão encravadas na propriedade delas, rés, não compreendendo as testadas de marinha; que é patente a confusão formulada pelos autores, quando cumulem ação de nulidade de escritora de compra e venda, com a reintegração e esbulho, pretendendo, dêsse modo, reintegrarem-se, numa posse que nunca tiveram; que se trata, no caso, de uma lide temerária; que, assim, a ação deve ser julgada improcedente, conde nando-se os autores nas custas, inclusive honorários de advogado e outras despesas, na forma do art. 3º do Cód. de Proc. Civil".

"Juntaram os documentos de fls. 82-92".

"Com vista dos autos, os autores ofereceram a réplica de fls. 94-101, e a seu requerimento surgiu a planta de fls. 110, fornecida pelo Serviço do Patrimônio da União, neste Estado".

"Foi procedida uma vistoria, e, na audiência de instrução, o perito Dr. Luís Leite e Oiticica prestou esclarecimentos, sendo ouvida uma testemunha dos autores e três das rés. Afinal, na audiência por têrmo a fls. 170, os autores apresentaram as razões constantes do memorial de fls. 172, e as rés limitaram-se a um requerimento de diligência, e como não lograram deferimento, agravaram, mas não assinaram o respectivo têrmo.

"Isto pôsto:

"A leitura atenta dos autos revela que o Dr. Laurindo Feijó de Melo adquiriu, por compra, ao capitão Antônio Maria de Aguiar e sua mulher, em 20 de julho de 1895, um terreno no povoado Bebedouro, limitando-se pelo nascente com o rêgo da Pitanga; pelo poente com a lagoa do Norte; pelo norte com os herdeiros do major Manuel do Nascimento Prado, e pelo sul com Jacinto José Nunes Leite (fls. 41), sendo a escritura levada a registro (fls. 40 v.). No ano seguinte, 1896, o mesmo Dr. Laurindo regularizou a sua situação, obtendo "por aforamento perpétuo o domínio útil dos terrenos de marinha, sitos em

Bebedouro, os quais ficam nas testadas das propriedades do referido engenheiro" (fls. 23).

"Com tais títulos tomou êle posse do terreno cujos limites são descritos pelas testemunhas do seguinte modo: segue pela estrada de ferro até os terrenos de Adalberto Cabral, daí até a lagoa do Norte que o margina até a ponte de Bebedouro, ponto de partida, deixando-a aos cuidados de Manuel Pedro do Nascimento, que recebia arrendamentos, com declaração de ser o terreno do mesmo Dr. Laurindo (fls. 57 v.), mas construiu um "chalet" para sua residência e plantou coqueiros e outras árvores frutíferas".

"Com a morte de Manuel Pedro do Nascimento, a viúva, Salvina Maria do Nascimento, continuou representando o proprietário".

"Por outro lado, falecendo em Pernambuco, onde residia, o Dr. Laurindo Feijó, o aludido terreno foi partilhado com alguns herdeiros, inclusive os autores (fls. 23 v. e seg.), que requereram a competente averbação da transmissão hereditária do respectivo domínio útil, o que foi deferido pela repartição competente (fls. 30). Depois disso, tendo caído em comisso o aforamento dos terrenos de marinha, os mesmos herdeiros pediram a novação do contrato, o que ainda foi concedido, após a verificação constante do têrmo por certidão a fls. 34".

"Por aí se vê que, com justo título (escritura pública - aforamento) e boa-fé, o Dr. Laurindo Feijó de Melo e seus herdeiros possuíram como seu, contínua e incontestadamente, por mais de 30 anos ininterruptos, a posse do terreno em aprêço, e êstes fatos denunciam e comprovam o exercício de domínio útil ou do domínio pleno na área porventura alheia aos terrenos de marinha".

"Aconteceu, porém, que, em 1943, as rés adquiriram, por compra, ao Dr. Antônio Teixeira de Aguiar um terreno situado no Flexal, em Bebedouro (fls. 84) e bem assim uma casa e um, terreno, também no mesmo bairro de Bebedouro, ao espólio de D. Agostinha Prado (fôlhas 91). Depois, em 7 de outubro do mesmo ano, compraram por escritura pública, a Salvina Maria do Nascimento, as benfeitorias feitas pelo seu marido, desde 1895, constante de um "chalet" construído de taipa, coberto de telhas, com duas janelas de frente para a rua Tobias Barreto, antiga rua da Estrada de Ferro, e uma porta e duas

janelas e alpendre no oitão do lado da ponte sôbre o rio Bebedouro, com o nº 133, e ainda diversas árvores frutíferas, inclusive 45 pés de coqueiros de frutos e outros de plantações novas e várias outras lavouras, e fizeram inserir na aludida escritura que ditas benfeitorias estavam encravadas na propriedade das compradoras, situada em Bebedouro (fls. 47), declara cão esta, é óbvio, despida de qualquer valor jurídico".

"Armadas de tais títulos, propuseram, em 3 de agôsto de 1944, uma ação possessória contra Valdemar Feijó de Melo e sua mulher e João Ursulino e sua mulher, que foi julgada improcedente (fôlhas 59). Agora, Valdemar Feijó e sua mulher pretendem seja declarada nula a citada escritura de venda de benfeitorias e que lhes seja concedido mandado de reintegração da posse porque dela foram esbulhados".

"Mas, a meu ver, não há razão para que sejam atendidos".

"D. Salvina e o marido sempre possuíram o terreno em lide em nome dos proprietários, e isso é reconhecido pelas próprias rés, quando na inicial da aludida ação asseveraram que ditas terras lhes foram, a êles Salvina e marido, entregues pelo engenheiro Dr. Laurindo Feijó de Melo quando acabava de adquirir por compra uma faixa encravada na propriedade comum da família Aguiar Prado, e, como residisse no Estado de Pernambuco, onde era proprietário, entregou-a para fazerem posse sob promessa de aforamento" (fls. 55).

"Construíram, é certo, para si e de boa-fé, o que até agora não foi contestado pelos autores, um "chalet" e Alan taram fruteiras e coqueiros. Mas, segundo dispõe o art. 547 do Cód. Civil, aquêle que planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as plantas e construções, mas trem direito a indenização. Êsse o direito que dona Salvina transferiu às rés, e para tanto não necessitava de licença de quem quer que fôsse uma vez que não fizera transmissão alguma de domínio, mas simplesmente do direito a indenização, pouco importando seja o terreno de marinha ou não".

"Por outro lado, se esbulho houve foi o judicial, com a expedição do mandado por certidão a fls. 12 e segs., mas deixou de vigorar desde que se julgou improcedente a ação".

"Assim, poderiam os autores, como ainda podem, exercer os seus direitos de proprietários no aludido terreno, respeitando, é claro, o direito das rés sôbre as benfeitorias citadas, até que se disponham a indenizá-las, na forma da lei".

"Nessas condições, julgo improcedente a ação. Custas pelos autores".

"Maceió, 27 de junho de 1951. - *J. X. Gomes de Melo*, juiz de direito".

Daí o presente recurso extraordinário fedido nos têrmos de fls. 231:

"Dizem Valdemar Abranches Feijó, funcionário público federal, e sua mulher, D. Débora Marinho Rêgo Feijó, de prendas domésticas, brasileiros, casados pelo regime de comunhão de bens, residentes nesta cidade, por seu procurador e advogado infra-assinado, nos autos da apelação cível nº 3.571, da capital, em que os suplicantes e os suplicados, D. Emília Nunes Leite e outros, são apelantes e apelados, ao mesmo tempo que, não se conformando os suplicantes com a respeitável decisão definitiva, proferida, em Turma, por êsse colendo Tribunal, no seu venerando acórdão nº 10.425, de 20 de novembro dêste ano, de fls. 228, cujas conclusões foram publicadas no "Diário Oficial" do Estado, em 7 do corrente mês, vêm, data *venia*, pela presente e na forma dos arts. 863 e 884 do Cód. de Proc. Civil, êste último com a nova redação do dec.-lei nº 4.585, de 11 de agôsto de 1942, e com fundamento no art. 101, inc. III, letras *a* e *d*, da Constituição federal, de 18 de setembro de 1948, interpor recurso extraordinário, como de fato o interpõem, para o colendo Supremo Tribunal Federal, em virtude de a decisão recorrida ter contrariado o disposto nos arts. 145 e 146 do Cód. Civil, e o art. 26 e seu parág. único do dec: lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941, dispositivo êsse revigorado pelo art. 102 do dec.-lei nº 9.760, de 6 de setembro de 1946, e bem assim por estar em franca divergência com os acórdãos do Tribunal do Rio Grande do Sul e do colendo Supremo Tribunal Federal, publicados na "REVISTA FORENSE", vols. 93, páginas 540-542, e 88, págs. 128-129; "Jurisprudência Cível", ed. da Imprensa Nacional, 1947, vol. II, fasc. II, páginas 244-245, e *in* OTÁVIO KELLY, "Interpretação do Código Civil", vol. I, pág. III, nº 420".

"O citado acórdão nº 10.425, ora recorrido, contrariou também o disposto nos arts. 499 e 523, 2ª parte, do Código Civil; 371 do Cód. de Proc. Civil, e, ainda,

os arts. 63 e 64 do Cód. de Proc. Civil, estando, igualmente, em desacôrdo com o que decidiram diversos tribunais do País, quanto à aplicação dêsses artigos, especialmente quanto aos dois últimos, na decisão do Tribunal do Rio Grande do Norte, em seu acórdão de 3 de dezembro de 1941, publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 93, págs. 554-555".

"Nestas condições, os suplicantes interpõem, perante V. Ex.ª, o presente recurso extraordinário, para o colendo Supremo Tribunal Federal, e, assim, requerem a V. Ex.ª que se digne de mandar tomar por têrmo o mesmo recurso extraordinário, devendo os autos ser remetidos à Secretaria daquela alta Côrte de Justiça, logo que forem cumpridas as formalidades exigidas pelos arts. 865 e 866 do pré-falado Cód. de Proc. Civil".

"Nestes têrmos, pedem deferimento".

"Maceió, 17 de dezembro de 1951. - *Floriano Ivo da Silva*".

Razões a fls. e fls.

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Como resultado de exame de provas, concluiu a sentença de fls., confirmada pelo venerando aresto de fls., que o Dr. Laurindo Feijó de Melo e seus herdeiros possuíam por mais de 30 anos, ininterruptamente, e não contestadamente, com justo título e boa-fé, a posse do terreno discutido.

Quanto ao pretendido pelos ora recorrentes, está na sentença: ... não há razão para que sejam atendidos.

D. Sabina e o marido sempre possuíram o terreno em lide em nome dos proprietários, e isso é reconhecido pelos próprios réus quando na inicial asseveraram que "ditas terras lhes foram a êles, Sabina e marido, entregues pelo engenheiro Dr. Laurindo Feijó de Melo quando acabava de adquirir por compra uma faixa encravada na propriedade comum da família Aguiar Prado, e, como

residisse no Estado de Pernambuco..., entregou-a para fazerem posse sob promessa de aforamento" (fls.).

E concluiu o MM. juiz:

"Construíram, é certo, para si, e de boa-fé, o que até agora não foi contestado..., um "chalet" e plantaram fruteiras e coqueiros".

"Mas, segundo dispõe o art. 547 do Código Civil, aquêle que planta ou edifica em terreno alheio, perde, em proveito do proprietário, as plantas e construções, mas tem direito a indenização. Êsse o direito que D. Sabina transferiu às rés e, para tanto, não necessitava de licença de quem quer que fôsse, uma vez que não fizera transmissão alguma de domínio, mas, simplesmente, do direito a indenização, pouco importando seja terreno de marinha ou não".

"Por outro lado, se esbulho houve foi o judicial, com a expedição do mandado por certidão de fls. 12 e segs., mas êste deixou de vigorar desde que se julgou improcedente a ação. Assim, poderiam os autores, como ainda podem, exercer os seus direitos de proprietários no aludido terreno, respeitando, é claro, o direito das rés sôbre as benfeitorias citadas, até que se disponham a indenizá-las, na forma da lei. Nessas condições, julgo improcedente a ação..." Na versão do recorrente, como confirma aludida sentença, vulnerou o disposto nos arts. 145 e 146 do Cód. Civil e o art. 26 e seu parág. único do dec.-lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941, revigorado pelo art. 102 do dec.-lei nº 9.760, de 6 de setembro de 1946, e fêz vista aos arestos que cita.

Em outro aspecto, a increpação do recorrente diz para a ofensa dos arts. 449 e 523, 2ª parte, do Cód. Civil; 371, 63 e 64 do Cód. de Proc. Civil e para dissidência com o acórdão do ilustre Tribunal do Rio Grande do Norte de 3 de dezembro de 1941, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 93, páginas 554-555.

Na letra *d*, entretanto, não depara o recurso extraordinário suporte em que se equilibre.

As proposições enunciadas nos julgados que se indicam como exemplares do dissídio previsto naquele meio constitucional são, na verdade, inconvelíveis. Não se sabe, entretanto, a propósito de que casos ou espécies êles se

despediram e, por outro lado, não os adversa, assim expressa que tàcitamente, o venerando aresto recorrido.

Não só se deixou de demonstrar a identidade ou persemelhança dos casos, quando sabido é que *minima circumstantia facti magis inducit diversitatem iuris*, como não se pôs de manifesto haver entre os fundamentos do aresto e os daqueles julgados discordância e colisão. A discordância sòmente ocorreria se, como no caso do acórdão do Rio Grande do Sul, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 93, págs. 540-542, se reconhecesse, no caso, ocorrência de nulidade com fundamento na ordem pública, e deixasse ela de ser pronunciada, sob côr de inexistência de prejuízo.

O dissídio se verificaria, ainda, se se cuidasse de *ato inexistente* e o juiz não o declarasse, o que constitui a hipótese e do julgado tirada a lume na "REVISTA FORENSE", vol. 88, págs. 128-129.

Também dissídio seria assinalado se, reconhecida nulidade *pleno iure*, deixasse de ser decretada, em obséquia ausência de interêsse econômico, pôsto fôsse alegada pela parte ou pelo M.P., o que foi o caso citado em terceiro lugar. Finalmente, a hipótese caberia na moldura da letra *d* se, ainda que reconhecesse estar o ato trincado de nulidade absoluta, deixasse o juiz de o proclamar, como o faz o julgado citado por derradeiro nas razões de fls. Assim, com os elementos mesmos da citação do recorrente, conclui-se pelo descabimento do apêlo na letra *d*.

Tôda a argumentação, entretanto, dos recorrentes em volta da vulneração dos preceitos citados tem origem na afirmação de que as benfeitorias pagas pela escritura de fls. 10-12 se acham situadas em terreno de marinha.

Mas êsse pressuposto é negado *carrément* na sentença de fls., confirmada pelo venerando acórdão recorrido.

É certo que, de acôrdo com o art. 22 do dec.-lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941, que a transmissão por ato entre vivos de domínio útil de terrenos aforados é nula de pleno direito sem a transcrição integral da licença do domínio da União.

Mas o caso dos autos não é, à evidência, de transmissão de domínio útil de terreno aforado.

É decisão de direito a indenização. Nem al podia ser, sabido que, de acôrdo com o art. 547 do Cód. Civil, o que planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as plantações e construções, mas tem direito a indenizações.

Assim, se o terreno em que se as benfeitorias levantariam é de propriedade das outorgadas, o instrumento de fls. provara o pagamento da indenização devida ao possuidor *bonoe fidei*. Se de outrem, valerá como de um direito pessoal.

Em caso algum se trataria de transmissão de imóvel agravado, a têrmos de se tornar exigível a aplicação do art. 22 do dec.-lei nº 3.438, da 17 de julho de 1941.

Cede ao solo o que se nêle planta ou edifica: *"quid solo plantatur vil inedificatur solo cedit"*.

Quer se trate de plantações e edificações, quer de benfeitorias pròpriamente ditas, a propriedade se transmite ao *dominus soli* por acessão, restando, a quem as levantou, simples direito pessoal de indenização (Cód. Civil, arts. 61, III, 62, 516 e segs. e 545 e segs.).

Nenhum direito sôbre a coisa tinham as outorgantes. Seu direito era puramente pessoal, conforme aquilo de VERGÍLIO DE SÁ PEREIRA: "Quando não se tem mais direito sôbre a própria coisa, mas sôbre uma soma em dinheiro, deixamos para trás o direito das coisas e caímos em cheio no das obrigações" (*in* "Manual Lacerda", vol. VIII, aos arts. 546 e 547).

Como observei em outro voto, absoluto é o como do art. 547 do Cód. Civil que acolhe em suas mais extremas conseqüências o como de que o acessório segue o principal, repelindo as distinções do direito pré-codificado (vêde LAFAYETTE, "Coisas", § 40, B, págs. 94-95), que atendiam ao fato de ser a benfeitoria levantada à vista e face de todos, sem impugnação do dono e ao maior preço da construção, à "coisa de maior valia" *quoe pretiosiur sit*.

Ora, se, ao caso, os outorgantes tinham simples direito pessoal de crédito resultante de pagamento que lhes era devido do valor dos acessórios, não poderiam transmitir, direito real, que é a hipótese e prevista no art. 22 do citado dec. nº 343: *nemo dat quod non habet, nemo plus in ris transferre potest quam ipse sibi habet.*

E esta só consideração elimina o alegado pelo recorrente quanto à vulneração, de letra de lei.

Não conheço do recurso.

VOTO

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

DECISÃO

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

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

*

MORA - PURGAÇÃO

- Quer se trate de verdadeira purgação de mora, quer de "délai de grâce", o certo é que, para operar efeito, é necessário que o pagamento oferecido seja integral e não apenas parcial.

Héber Lobato *versus* Domingos Alves Exposto

Rec. ext. nº 15.339 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.339, do Rio de Janeiro, recorrente Héber Lobato, recorrido Domingos Alves Exposto:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 2 de outubro de 1952. - *Orozimbo Nonato,* presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Incide o presente recurso extraordinário no venerando acórdão de fls. 95, *verbis*:

"*Ementa* - "A purgação da mora deve ser integral. A falta do pagamento de alugueres ou depósito de todos os alugueres, autoriza o despejo".

"*Decisão* - Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível de Niterói, em que é apelante Héber Lobato e apelado Domingos Alves Exposto:

"Atendendo a que o relatório que se encontra a fls. 93 constitui parte integrante dêste acórdão";

"Atendendo a que o Dr. juiz, examinando bem a prova dos autos, decidiu com acêrto, julgando procedente a ação proposta";

"Atendendo a que a purgação da mora tem que ser integral e não sòmente com referência aos alugueres, embora se tenha *tardiamente* concedido ao apelante a justiça gratuita";

"Atendendo a que o apelante, pedindo a purgação da mora, ofereceu, juntamente com êsse pedido, a sua contestação, demonstrando que desejava provar a culpa do apelado em recusar-se a receber os alugueres";

"Atendendo a que o apelante depositou, apenas, os alugueres de alguns meses, deixando de o fazer com referência aos demais meses subseqüentes;

"Assim:

"Acordam os juízes da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça negar provimento à apelação, para confirmar, como confirmam, a sentença apelada".

"Custas pelo apelante".

"Niterói, 28 de abril de 1949".

O apêlo se pediu nos têrmos de fls. 97:

"Diz Héber Lobato, no gôzo dos benefícios da justiça gratuita e nos autos de apelação cível nº 1.259, da comarca de Niterói, que, não se conformando, *data venia*, com o venerando acórdão de fôlhas 95-95 v. dêsse egrégio Tribunal de Justiça, pela sua 3ª Câmara, negando provimento ao recurso de apelação interposto, confirmando, pois, a sentença apelada de fls. 75-77, com o devido respeito quer interpor, dessa decisão, recurso extraordinário para o excelso Supremo Tribunal Federal, fundando seu recurso na Constituição federal, art. 101, inc. III, letras *a* e *d"*.

"Assim:

"O venerando acórdão recorrido, pela sua ementa, estaria amoldado ao caso *sub judice* se de fato o recorrente não tivesse depositado os alugueres do mês pedido na inicial, bem como os demais que se venceram durante a lide, aliás, mesmo após o julgamento da presente ação, o recorrente consignou alugueres, conforme se verifica pela certidão inclusa, extraída dos autos da ação de consignação em pagamento que propôs contra o recorrido".

"Ora, Sr. presidente do egrégio Tribunal de Justiça, o recorrente cumpriu com os mandamentos da lei que rege o caso em espécie, pelo dispositivo expresso do § 1° do art. 18 do dec.-lei nº 9.889, de 29-8-48 - Lei do Inquilinato - que diz:

"No caso do *item* I, o devedor poderá evitar a rescisão, pagando ou depositando, no prazo da contestação da ação de despejo, além do aluguel e encargos devidos, as custas e honorários do advogado do locador, fixados de plano pelo juiz".

"Assim, como se vê nos autos, foram depositados todos os meses vencidos e que se venceram, fls. 31 - meses de maio a julho, fls. 33 - mês de agôsto, fls. 53 mês de setembro, fls. 80 - mês de outubro; após êste mês, não mais podendo depositar na ação, em vista da mesma ter sido julgada, o recorrente usou dos meios legais e processuais, propondo a competente ação de consignação em pagamento, depositando, na forma da lei, os meses de novembro e dezembro do mesmo ano de 1948 e janeiro do corrente ano (certidão inclusa); logo, o venerando acórdão recorrido da egrégia 3ª Câmara dêste Tribunal, pelos seus eméritos juízes, assim não entenderam, mas, de certo, o excelso pretório, ao tomar conhecimento do presente recurso, fará "como sempre, a esperada justiça".

"Em verdade, o recorrente sòmente depositou os alugueres, aliás, não houve despacho contrário, deixando, pois, de depositar custas e honorários de advogado do locador, se bem que nem arbitrados foram, por desnecessário, devido gozar dos "benefícios da justiça gratuita", conforme concessão pelo respeitável despacho de fls. 17 que a deferiu. Ora, segundo o art. 68 e seus incisos do Código de Proc. Civil, isenta a parte que goza dos benefícios da justiça gratuita das seguintes obrigações: das taxas judiciárias e dos selos; dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; das indenizações devidas a testemunha; dos honorários de advogado e perito; por conseguinte, o recorrente cumpriu fielmente com os mandamentos da lei".

"E a jurisprudência apóia, perfeitamente, o direito do recorrente, como veremos":

"Com a purgação da mora, regularmente efetuada, não mais subsiste a alegada infração contratual por atraso de alugueres" (ac. unânime da 8ª Câmara de 20-7-48, ap. cível nº 2.314, reg. em 24-9-48, relator Des. EMANUEL SODRÉ, apelante Roberto Mário da Costa Monerat, apelado Léu Teodoro d'Azevedo, *in* "Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal", Ementário nº VIII, págs. 2.746-2.747, "Diário da Justiça" de 15-10-48). "O locatário tem o direito de purgar a mora e evitar a rescisão da locação, pagando ou depositando, no prazo da contestação da ação de despejo, além do aluguer, os encargos devidos, as custas e honorários do locador, fixados de plano pelo juiz. O tempo que decorre para as necessárias diligências legais a fim de ser purgada a mora constitui "obstáculo ou embaraço judicial", e, por isso, não pode ser imputado à parte. A parte que goza do benefício da justiça gratuita está isenta do pagamento das taxas, selos, custas judiciais e honorários, de advogado, desde que tal benefício não é revogado no todo ou em parte" (ac. unânime da 5ª Câmara de 7-11-47, ap. cível nº 1.441, reg. em 17-11-48, pub. no "Diário da Justiça" de 21-3-49, relator desembargador DUQUE ESTRADA, apelante Luís Maria da Rocha, apelado Américo Elói Salvador Venaglia, *in* "Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal", Ementário nº XV, "Diário da Justiça" de 21-3-49, pág. 1.052).

"Nestes têrmos, requer o suplicante se digne V. Ex.ª admitir o recurso extraordinário, ora interposto, processando-o com observância das formalidades legais, para fazê-lo subir ao egrégio Supremo Tribunal Federal, para ser apreciado e julgado, como de direito".

Razões a fls. e fls. (*ler*). É o seguinte o parecer do eminente Dr. procurador geral PLÍNIO TRAVASSOS:

"Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento de alugueres".

"Atento à circunstância de que o recorrente não purgara integralmente a mora, deixando de efetuar o depósito de todos os alugueres vencidos do prédio locado, o venerando acórdão recorrido, de fls. 95, confirmou a douta sentença de primeira instância (fls. 75-77) que, pelo mesmo motivo, decretara a procedência da ação".

"O venerando acórdão recorrido, pois, aplicou a lei diante de fatos provados, e dêle não cabe recurso extraordinário com fundamento na invocada alínea *d* do preceito constitucional".

"Também não se justifica o recurso pelo fundamento da letra *d*, pois, nos arestos apontados como divergentes, a purgação da mora fôra regularmente efetuada, o que não aconteceu na espécie".

"Opinamos, assim, pelo não-conhecimento do recurso extraordinário manifestado às fls. 97-98".

"Distrito Federal, 31 de julho de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente e relator): Nenhuma dúvida em que pode o inquilino, para evitar o êxito feliz de ação de despejo que se lhe proponha, pagar ou depositar, no prazo da contestação, com os alugueres e encargos devidos, as custas e honorários do advogado do locador.

A *purgatio vel emendatio moroe* ainda encontra oportunidade de ser efetuada naquela ocasião, por disposição expressa da Lei do Inquilinato que, neste pouco, tomou a orientação de doutrina defendida por JOÃO MONTEIRO, PEDRO LESSA, CLÓVIS BEVILÁQUA.

Mas o venerando aresto não o negou. Teve, apenas, por incompleto o depósito destinado à *emendatio*.

Ora, quer se trate de verdadeira purgação de mora, quer de *délai de grâce* admitido excepcionalmente no caso debatido, certo é que, para operar os efeitos que a lei lhe atribui, razão é se deixe em juízo a quantia tôda devida, e não, apenas, parte dessa quantia.

É o pagamento a prestação *daquilo* que se deve e como se deve, na velha definição de DONELO - *solutio est eius quod debetur, uti debetur prestatio.*

Consiste o pagamento na entrega da prestação mesma e em sua integralidade - que forma o objeto da prestação. E o credor não pode ser compelido a receber parte apenas do que se lhe deve. Essa entrega parcial *invito creditori* nem valeria pagamento (que vem de *pacare*, apaziguar o credor), nem *solutio* (que significa a dissolução mesma do *vinculum* obrigacional).

Ora, o venerando aresto afirma que o depósito foi incompleto, não abrangeu a totalidade dos alugueres devidos e, se assim é, não podia ter por efeito valer de pagamento nem originar a *emendatio morce*.

É certo que ao asserto do venerando aresto opõe o recorrente contradita formal, produzindo até, para esforçá-la, o doc. de fls.

Mas a apresentação dêsse documento é imprópria do recurso extraordinário, e o caso configura simples *quaestio facti* sòmente examinável depois de subordinada a preliminar do cabimento do apêlo.

Os arestos que se citam a fls. dizem dos efeitos da *purgatio moroe*. Mas, no caso, o que se negou foi a própria ocorrência da emenda, por deficiência da prestação oferecida, o que desconvizinha a espécie dos citados pelo recorrente.

Não conheço do recurso.

VOTO

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

DECISÃO

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

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

*

EXECUÇÃO - COMPETÊNCIA - "ACTIO JUDICATI"

- A execução é fase do processo, a fase executória. A competência que se defere, ao juiz da causa, para a execução, não decorre de conexão, pois aquela fase não constitui ação distinta.

- A "actio judicati" não existe em nosso direito.

Luís Manuel de Meneses *versus* Diomedes Tavares de Melo

Rec. ext. nº 20.400 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.400, de Pernambuco, recorrente Luís Manuel de Meneses, recorrido Diomedes Tavares de Melo:

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 17 de junho de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Confirmou o Tribunal de Pernambuco, sem lhe trazer novos fundamentos, a sentença de fls. 41, *verbis*:

"Vistos, etc.:

"Diomedes Tavares de Melo e sua mulher intentam a presente ação de imissão de posse contra Luís Meneses e sua mulher, alegando, em resumo, o seguinte: *a)* que, em data de 27 de setembro do ano próximo findo, arrematarам, em hasta pública, a casa sita à rua João Pessoa nº 90, nesta cidade; *b)* que dito imóvel era pertencente aos suplicados Luís Meneses e sua mulher, decorrendo a venda judicial em aprêço da execução movida contra os mesmos por Henrique Inácio da Fonseca; *c)* que os suplicados se negam, obstinadamente, a fazer entrega do imóvel arrematado aos suplicantes; *d)* que, assim, constitui esta demanda único remédio legal de que podem lançar mãos em prol do direito que lhes assiste à posse efetiva do referido imóvel".

"Contestando a ação, os réus, preliminarmente, argúem a nulidade do feito, no que não foram atendidos, consoante se verifica do despacho saneador de fôlhas 32, com inteira aplicação da norma consignada no § 1º do art. 84 do Cód. de Proc. Civil, não sendo, por conseguinte, de admitir, como se pretende nas alegações finais, seja o assunto novamente ventilado; e, quanto ao mérito, fugindo ao escopo do parág. único do art. 383 do citado Código, alegam, em síntese, que indevida fôra a execução contra os suplicados intentada por Henrique Inácio da Fonseca, com a conivência do autor Diomedes Tavares de Melo, ambos interessados "no plano de despojar o executado e fazê-lo deixar êste Município em temor da concorrência", etc.

"O que tudo bem visto e examinado":

"A imissão é justamente o meio de tomar-se a posse da coisa sôbre a qual se tem direito, por via judicial".

"Muito se há discutido, doutrinàriamente, sôbre a feição jurídica do *remedium juris* em aprêço, chegando AZEVEDO MARQUES a sustentar que nem gramaticalmente existe o vocábulo "imissão" e muito menos para significar o pretenso ato judicial, ou a solenidade extrajudicial da tomada da posse".

"Como quer que seja, o Cód. de Processo admitiu a ação de imissão de posse como meio pronto e eficaz de adquirir a posse a que se tem direito, por

qualquer título. Como se vê, não há aí uma ação protetora da posse, tècnicamente entendida como a visibilidade do domínio: é o dono que diretamente, ou por seu representante, reclama o que é seu".

"A inicial de fls. 2 se acha instruída com o título de domínio - carta de arrematação, devidamente transcrita no Registro de Imóveis. Na contestação oferecida, nada se alega contra a validade do documento aludido".

"A lei, como é sabido, no intuito de assegurar a livre concorrência, que é a base para elevação dos preços dos bens penhorados, instituiu, para validade da arrematação, solenidades e requisitos que lhe são essenciais".

"Só agora, em suas alegações finais, os réus apontam defeito ou irregularidade, consistente em ter sido o auto da arrematação lavrado tardiamente, ou seja, 12 dias após a arrematação. Tal não ocorreu, como, fàcilmente, se verifica do mesmo auto, realizada a praça no dia prèviamente designado, com inteira observância das prescrições legais".

"Qualquer demora na lavratura daquela peça, aliás, só poderia favorecer aos réus, nunca prejudicá-los, sabido que, só então, com a sua assinatura, se considera ultimada a fase executória, não mais podendo o executado resgatar o bem penhorado, isto é, exercer o direito de remissão (Cód. de Processo, art. 986).

"É óbvio que não cabe aqui discutir o mérito da execução movida contra os réus e de que resultou a venda judicial do imóvel cuja posse disputam os autores. Seria emprestar cunho rescisório a esta demanda, o que, decerto, constituiria a maior aberração jurídica".

"Ex positis:

"Julgo procedente a ação, ordenando se expeça, em favor dos autores, mandado de imissão de posse, condenando, ainda, os réus a pagar-lhes as perdas e danos que se liquidarem, além dos honorários de advogado à razão de 20% sôbre o valor da causa".

"Custas na forma da lei.

"R. e I. Os autos ao contador".

"Catende, 20 de julho de 1950. - *José Feliciano da Silva Pôrto".*

Daí o presente recurso extraordinário, manifestado com fundamento na letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal, e a alegação de ofensa dos arts. 81, 795, 823, 884, 964 e seus parágrafos, 987, 978 e 980, todos do Cód. de Proc. Civil.

Razões a fls. e fls.: (*lê*).

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Funda-se a sentença de fls., confirmada pelo venerando acórdão recorrido, em que:

a) é a imissão o meio de tomar-se a posse da coisa, sôbre a qual se tem direito, por via judicial;

b) estar a inicial instruída de título de *ius in re,* contra cuja validade nenhum argumento prestadio e oportuno se armou;

c) o que se alegou, serôdiamente, contra o título (carta de arrematação) é haver sido lavrado tardiamente o auto, 12 dias após a arrematação.

Nega a sentença a ocorrência do fato, que, de resto, nenhum prejuízo carrearia ao executado, não se podendo, aliás, dar aos embargos em imissão de posse cunho de ação rescisória.

No presente a pêlo indicam-se numerosos textos legais que o venerando aresto teria trateado rudemente: os arts. 81, 884, nº 111, 823, 964 e parágrafos, 967, 795, 798 e 980, todos do Cód. de Proc. Civil.

As proposições da sentença desvelam-se de inteira consistência. E da increpação o que se alega contra a carta de sentença valeria como restauração de debate próprio de embargos àquele ato ou como apresentação de verdadeira rescisória.

O argumento, pois, da sentença não foi atingido pela argumentação do recurso, tanto mais quanto se trata de arrematação em hasta pública e não se alega com a ocorrência de transmissão *a non domino.*

A outorga uxória a que alude o recorrente foi apresentada a fls. 32 *opportuno tempore*, não se tratando, demais disso, de falta oponível pelo recorrente.

A nulidade argüida se mostra, em tais têrmos, vã e desprovida de fomento de justiça.

O art. 81 do Cód. de Proc. Civil ficou inatingido, e o como que êle enuncia foi guardado.

O art. 884, nº III, declara competir a execução da sentença ao juiz da ação.

Nada mais racionável, uma vez que a execução é fase do processo, a fase executória, não se tratando, pròpriamente, de conexão, pois que aquela fase não constitui ação distinta.

A *actio iudicati* inexiste em nosso direito: é um romanismo escusado, é um conceito superado há vários séculos.

O que se alega, ao propósito, é que o juiz que assinou o auto de arrematação produzida com a inicial não foi o mesmo que presidiu na execução.

Nenhuma prova, entretanto, se produziu de se tratar, no caso, de substituição irregular, devendo ficar consignado que, nos embargos de fls., nada se alega nesse sentido, o que tudo põe de manifesto a improcedência da increpação.

Tôdas as demais irregularidades argüidas pelo recorrente padecem da mesma balda. E os textos legais citados não sofreram os tratos rudes a que êle refere, pois que a Justiça pernambucana teve em vista o tardio e o serôdio das

alegações no presente processo e o que dispõe, às expressas, o parág. único do art. 383 do Cód. de Proc. Civil:

"Salvo quando intentado o processo contra terceiro, a contestação versará sòmente sôbre nulidade manifesta do documento produzido".

Não conheço do recurso, preliminarmente.

VOTO

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

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer os Exmos. senhores ministros HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar em gôzo de licença, e EDGAR COSTA, por se achar afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - CAÇA

- Responde pelos danos resultantes o proprietário das terras que abate cães de caça que por elas penetram. As sanções resguardadoras do direito de propriedade não incluem essa providência.

Domingos Teodoro Machado *versus* Otaviano Ribeiro de Carvalho e outros

Rec. ext. nº 20.776 - Relator: MINISTRO BARROS BARRETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso-extraordinário nº 20.776, de Minas Gerais, sendo recorrente Domingos Teodoro Machado e recorridos Otaviano Ribeiro de Carvalho e outros:

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

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 26 de junho de 1952. - *Barros Barreto*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Otaviano Ribeiro de Carvalho e outros, em junho de 1949, intentaram ação, ordinária, no fôro da comarca de Lavras, contra Domingos Teodoro Machado, pleiteando indenização correspondente ao valor de quatro cães de raça, de nomes "Guariba", "Brasileiro", "Lavrado" e "Farrapo", e de uma cadela recém-parida, chamada "Manobra", que, inutilizada, trouxe a perda de suas seis crias. Por espírito de maldade e com o intuito de afastar da região possíveis concorrentes, caçadores de veados, o réu chamou aquêles animais, quando se aproximavam de suas terras, em perseguição a um veado "levantado" pelos autores e vários companheiros, durante a caçada que realizavam; atirou nêles, matando os quatro cães e ferindo a cadela.

Julgados os autores carecedores da ação, houve agravo de petição, provido, a fim de os ditos postulantes provarem a violação do direito de que se diziam titulares.

Baixando os autos e prosseguindo nos ulteriores têrmos, foi proferida longa sentença (fls. 76 a 84), que deu pela procedência da ação proposta; reconheceu

a responsabilidade do réu e condenou a compor os prejuízos sofridos pelos autores, acrescidos de juros moratórios e honorários de advogado à razão de 20%, devendo ser apurado, na execução, o valor do dano.

Em grau de apelação, o ilustre Tribunal de Minas Gerais confirmou, por seus fundamentos, a sentença de primeira instância.

É o seguinte o acórdão, junto a fls. 95:

"Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.020, da comarca de Soares, apelante Domingos Teodoro Machado e apelados Otaviano de Carvalho e outros":

"Acorda o Tribunal de Justiça, em sessão da sua 2ª Câmara Civil, integrado neste o relatório de fls. 94, conhecer da apelação interposta e negar-lhe provimento, para confirmar, como confirma, a decisão apelada por seus próprios fundamentos, que se assentam na prova produzida e se ajustam aos preceitos da lei".

"Custas na forma de direito".

"Belo Horizonte, 3 de março de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *J. Benício,* revisor, com êste voto, em resumo":

"Demanda-se do réu ressarcimento de danos por haver êle matado quatro cães e uma cadela que lhe entraram pelas terras de sua propriedade, sem seu consentimento, em perseguição a um veado. Certo, o réu, assim procedendo, não praticou ato no exercício regular de um direito reconhecido. As sanções que o direito lhe deparara para respeito ao seu direito de propriedade, que, de resto, ninguém lhe nega, são de outra natureza. Estão elas no art. 598 do Cód. Civil e no Cód. de Caça (dec.-lei nº 5.894, de 20 de outubro de 1943), cujos arts. 63 e 64, prevendo a hipótese, impõem a pena de multa a quem exercer o esporte venatório em terras de outrem, sem o seu consentimento. A alegação de que os animais estavam hidrófobos não encontra eco na prova dos autos. Houve, pois, excesso na conduta do réu, o qual o direito desacolhe, pelo que é certa a sua responsabilidade civil no caso, sendo do seu dever pagar os danos efetivos a que deu causa*; Newton Luz*".

Invocando a Constituição federal, artigo 101, inc. III, alíneas *a* e *d*, recorreu extraordinàriamente o vencido, dizendo ofendidos os arts. 86, 87 e 159 do Cód. Civil, além de disposições do Cód. de Caça, ao passo que teria divergido o aresto malsinado de decisões de outras Côrtes judiciárias, insertas em repertórios de jurisprudência.

Sòmente arrazoou o recorrente (fôlhas 100).

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (relator): Esta é das tais demandas que, por mero capricho de um dos litigantes, encontra brecha para subir em apêlo protelatório até a egrégia Côrte Suprema. E os infortunados postulantes, há mais de três anos, procuram ressarcir-se do prejuízo causado por um mau vizinho, que lhes abateu os seus cães de caça, quando corriam em perseguição a um veado "levantado"...

Releva notar que os autos tiveram entrada, no Supremo Tribunal Federal, a 2 de maio último; regularmente processado, o recurso já está sendo submetido a julgamento. Mas, decorrerá ainda muito tempo antes de estimado o *quantum* da indenização, na liquidação final da sentença, e satisfeito o pagamento devido.

Preliminarmente, não tomo conhecimento do recurso, atendendo ao seu manifesto descabimento.

Deixando *a latere* os preceitos do Código Civil apontados na interposição do extraordinário, o recorrente, na sustentação do remédio, limitou-se a fazer ligeiras considerações em tôrno de outros pressupostos da referida lei federal; tentou mostrar, em vão, haver sido ilícito g objetivo da ação ajuizada, do que resultaria a falta de um dos requisitos à reparação do dano. Pretendeu êle, também, estivessem possuídos de raiva os mencionados animais, que, por isso, foram "sacrificados". E continuando, inoportunamente, na apreciação de simples matéria de fato, aludiu à ausência de licença aos autores da lide para a prática cinegética, com o que teria ficado contrariado o decreto-lei nº 5.894, de 20 de outubro de 1943 (Cód. de Caça).

Face ao que está assinalado, deflui logo, por sem dúvida, a inadmissibilidade, do recurso extremo, na base da letra *a* do dispositivo constitucional citado, e, na concernente ao fundamento da letra *d*, nenhuma decisão foi apresentada em abono da afirmativa de conflito jurisprudencial.

Eis o meu voto.

DECISÃO

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

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE FERROVIÁRIO - TRÁFEGO MÚTUO

- O dono da mercadoria extraviada pode propor ação, à sua escolha, contra a estrada que a recebeu ou contra a que a devia entregar, sem se preocupar com a questão de culpa pela sua perda. Contra a estrada intermediária é que a ação precisa, para vingar, fazer-se acompanhar dessa prova.

Piratininga, Cia. Nacional de Seguros e Acidentes no Trabalho *versus* Rêde Mineira de Viação

Rec. ext. nº 13.007 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao presente recurso extraordinário, em que é recorrente a Piratininga, Cia. Nacional de Seguros e Acidentes no Trabalho, e recorrida a Rêde Mineira de Viação, nos têrmos do voto do relator.

Supremo Tribunal Federal, 16 de outubro de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: A Piratininga, Cia. Nacional de Seguros Gerais e Acidentes no Trabalho, moveu ação contra a Rêde Mineira de Viação, para haver ressarcimento dos danos decorrentes do seguinte:

"1º, que, em 13 de setembro de 1946, foi despachado um volume com o pêso de 30 quilos de mercadorias, frete a pagar, nº 387, via Sapucaí, recebido na estação de Caxambu, da Rêde Mineira de Viação, destinado a Sebastião Lício";

"2º, que na estação de Caxambu verificou-se que o referido volume foi baldeado em Sapucaí em perfeito estado, arqueado, com o pêso de 30 quilos, o que se verificou na balança naquela estação";

"3º, que, em Caxambu, se procedeu ao auto de arbitramento do volume e, antes de abri-lo para uma conferência, ficou constatado, pelos pequenos sinais existentes na tampa do caixão de ambos os lados, feitos por instrumentos de ferro adequados, que fôra o mesmo violado", - auto junto, do qual ainda consta: "Aberto, verificou-se a veracidade do violamento e foram encontrados dentro do mesmo caixão dois jornais velhos do "Correio Paulistano", datados de 9 de junho e 4 de agôsto do corrente ano, e um papel de embrulho, côr parda, medindo 2,05 m de comprimento por 1,10 m de largura, que estavam amarrados e colocados nos lugares de onde foram "roubados os artigos do referido caixão";

"4º, que, conferidas as faturas, pelo destinatário do despacho, Sr. Sebastião Lício, constataram-se furtos de mercadorias no montante de Cr$ 3.248,00, que, com impôsto de consumo, no total de Cr$ 130,00, elevam o prejuízo a Cr$ 3.378,00";

"5º, que as mercadorias subtraídas estavam seguradas pela suplicante, pela averbação nº 51 da apólice nº 50.115-TT, emitida a favor de F. Ostermayer, despachante das referidas mercadorias;

"6º, que a suplicante, verificada a subtração das mercadorias, no montante declarado, efetuou o seu pagamento no total de Cr$ 3.378,00, documento junto,

ficando, assim, sem restrição alguma, sub-rogada integralmente em todos os direitos e ações, que pudessem garantir a referida firma";

"7°, que a suplicante, assim sub-rogada nos direitos da firma segurada, não conseguiu da Rêde Mineira de Viação, por via administrativa, o pagamento que lhe é devido pela subtração de mercadorias, como verificou ela própria no auto que fêz lavrar e que instrui a presente petição".

Julgou o juiz a autora carecedora de ação, tendo sido confirmada a sentença. O acórdão, que confirmou a apelação, assim concluiu: *(lê fls. 65 v.).*

Manifestou a autora recurso extraordinário, por achar que o julgado contrariou os arts. 14 e 15 do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, e se afastou da doutrina contida no acórdão desta Côrte, publicado na "REVISTA FORENSE", volume CXII, pág. 92. Enquadrou, por isso, o recurso nas letras *a* e *d* do inciso constitucional. Admitido e processado, emitiu o Dr. procurador geral o seu parecer, a fls. 83, nestes têrmos: (*lê*).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Trata-se de mercadorias despachadas em São Paulo, com o pêso de 38 quilos. Em Sapucaí, ao penetrar nas linhas da ré, verificou-se estar com apenas 30 quilos. Aberto o pacote em Caxambu, encontraram-se jornais velhos, exclusivamente. As mercadorias despachadas havia sido dado o valor de Cr$ 3.378,00 - eram artefatos de couro.

Eu conheço do recurso e lhe dou provimento. A decisão, a meu ver, descumpriu a lei. A responsabilidade das estradas de ferro pelas mercadorias que recebem está estabelecida, em têrmos severos, pela lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. E diz o art. 14:
"Quando mais de uma estrada de ferro tiver concorrido para o transporte de uma mercadoria, a ação de indenização por perda, furto ou avaria terá lugar contra a estrada que aceitou a expedição, ou contra a que entregou avariada, ou contra qualquer das estradas intermediárias em cuja linha se provar que teve lugar a perda, furto ou avaria".

O dono das mercadorias, ou o seu segurador, pode propor a ação, a seu arbítrio, no caso de estradas que têm tráfego mútuo, contra a estrada que recebeu as mercadorias ou contra a que as devia entregar, sem se preocupar qual foi a culpada pela perda. E isso, pela razão de que lhe seria, naturalmente, difícil ou impossível estar procedendo a essa investigação.

Basta a prova de conhecimento do despacho e da não-entrega, ou da entrega desfalcada.

Contra as estradas intermediárias, sim, é que êle precisa provar que a perda se deu no percurso da estrada-ré.

As estradas-pontas, acionadas, e responsáveis solidárias, podem cobrar-se, umas das outras, pelos danos que forem obrigadas a pagar, como se cobram de parte das passagens, dos fretes e de outras despesas. É uma questão entre elas.

O art. 15 da mesma lei, em seus vários dispositivos, deixa bem claro:

"No caso do artigo anterior, o direito reversivo das estradas de ferro, uma em relação às outras, será regulado pelas seguintes condições:

§ 1º Será responsável da perda, furto ou avaria da mercadoria a estrada em cuja linha se der o fato.

§ 2º Se, porém, provar que foi culpa da outra, esta responderá pelas suas conseqüências jurídicas.

§ 3º Se concorrer a culpa de mais de uma, a responsabilidade será dividida proporcionalmente ao grau da culpa, atentas as circunstâncias que acompanharam o fato.

§ 4º Se não se puder provar qual a estrada em cuja linha se deu a perda ou avaria, responderão tôdas, proporcionalmente, ao preço do transporte que cada uma percebeu ou teria o direito de perceber, dada a execução regular do contrato.

§ 5° No caso de insolvabilidade de algumas estradas, o prejuízo que dêsse fato possa resultar para a que pagou a indenização será repartido por tôdas as que tiverem cooperado no transporte, guardada a mesma proporção do parágrafo anterior".

Comparados os arts. 14 e 15, bem como o seu § 1°, vê-se que a estrada recorrida era responsável, *ex vi legis*, pelo dano, cabendo-lhe apenas direito regressivo contra outras.

O art. 1º, ainda da mesma lei, determina:

"As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar, salvo:

1°, caso fortuito ou fôrça maior;

2°, que a perda ou avaria se deu por vício intrínseco da mercadoria ou causas inerentes à sua natureza;

3º, tratando-se de animais vivos, que à morte ou avaria foi conseqüência de risco que tal espécie de transporte faz naturalmente correr;

4º, que a perda ou avaria foi devida ao mau acondicionamento da mercadoria ou a ter sido entregue para transportar sem estar encaixotada, enfardada ou protegida por qualquer outra espécie de envoltório;

5°, que foi devida a ter sido transportada em vagões descobertos, em conseqüência dê ajuste ou expressa determinação do regulamento;

6º, que o carregamento e descarregamento foram feitos pelo remetente, ou pelo destinatário ou pelos seus agentes, e disto proveio a perda ou avaria;

7º, que a mercadoria foi transportada em vagão ou plataforma especialmente fretada pelo remetente, sob a sua custódia e vigilância, e que a perda ou avaria foi conseqüência do risco que essa vigilância devia remover".

Nenhuma das hipóteses se alega ter ocorrido. Conheço do recurso pelas duas letras - existe decisão dos Tribunais em contrário - e dou-lhe provimento, para mandar se pronuncie a Justiça local sôbre o mérito, o que ainda não fêz.

DECISÃO

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

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ESTABILIDADE - TEMPO DE SERVIÇO

- Não se conta, para efeito da estabilidade no serviço público, o tempo de serviço prestado a outras entidades públicas.

Júlio de Figueiredo *versus* Estado de Mato Grosso

Rec. de mand. de seg. nº 1.718 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.718, de Mato Grosso, recorrente Júlio de Figueiredo, recorrido o Estado de Mato Grosso:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, negar provimento ao recurso, unânimemente, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 16 de julho de 1952. - *José Linhares*, presidente; *A. M. Ribeiro da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Consta dêstes autos, a fls. 26, proferida, por maioria de votos, pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, a seguinte decisão:

"Vistos, expostos e discutidos êstes autos de mandado da segurança nº 75, de Corumbá, em que é requerente Júlio de Figueiredo e requerido o Exmo. senhor Dr. governador do Estado, acordam os juízes do Tribunal Pleno, por maioria de votos, conceder a segurança impetrada, contra os votos do Exmo. senhor Dr. CESARINO CÉSAR e Dr. HÉLIO DE VASCONCELOS.

"Custas *ex more"*.

"O impetrante foi sumàriamente exonerado do cargo de fiscal de rendas, em que tinha a garantia de estabilidade; declarada e reconhecida pelo governador do Estado, que baixou e publicou o respectivo ato, baseado em processo regular, em parecer favorável emitido pelo consultor geral do Estado. Não se conformando com essa destituição, que considera manifestamente ilegal, o impetrante pediu a segurança ao Tribunal de Justiça, para invalidar o ato de sua exoneração e assegurar-lhe o restabelecimento de sua situação jurídica anteriormente constituída".

"Bem examinada e discutida a matéria, o Tribunal concede o mandado impetrado, para, invalidando, por manifestamente ilegal, o ato impugnado que exonerou de plano o impetrante, assegurar-lhe o direito ao cargo em que foi declarada e reconhecida a sua estabilidade, por ato do próprio governador do Estado, com apoio no art. 109 da Constituição estadual. E assim decide porque, não tendo sido invalidado o ato governamental que declarou e reconheceu a estabilidade do impetrante no quadro da administração pública do Estado, desse cargo não podia o impetrante ser destituído sumàriamente, como o foi, por simples ato discricionário, sem amparo em qualquer processo administrativo em que se assegurasse ampla defesa ao impetrante. Funcionário estável que é, ilegal se torna a exoneração do impetrante, com ofensa e violação das garantias de sua estabilidade".

"Nada se articulou sequer contra a conduta funcional do impetrante, que se viu de um momento para outro privado de seu cargo em que vinha servindo à administração pública".

"A estabilidade do impetrante resultou da interpretação e aplicação que o próprio govêrno deu à Constituição, em seu art. 109, que é disposição permanente, que ampara e garante todos quantos integrarem cinco anos de efetivo exercício em função pública, sem restringir que seja na mesma função ou em função diferente, bastando que seja função pública".

"A estabilidade é um direito que se integra no patrimônio do funcionário. "É certo que a administração pode rescindir seus próprios atos, mesmo aqueles que foram praticados com infringência da lei, mas êsse poder não é absoluto e sofre limitação imposta pela necessidade de assegurar seriedade e estabilidade nas relações decorrentes de atos decisórios da administração pública, que assim não podem mais, por sua própria autoridade, fazer-se de juiz de seus próprios atos e invalidá-los, unilateralmente, sem forma nem figura de juízo, com surpresa e lesão grave aos direitos individuais que já decorreram dêsses atos, integrando-se no patrimônio individual".

"Ora, no caso, nem sequer houve a rescisão do ato governamental que assegurou a estabilidade do impetrante. A prevalecer essa perigosa doutrina que inspira o govêrno, êste Tribunal não poderá impedir que, amanhã, o mesmo govêrno, pelo seu secretário, glose a fôlha de pagamento enviada pelo Tribunal, para cancelar por indevidas, uma vez que foi mal-contado o tempo de serviço, as gratificações que vêm sendo pagas aos magistrados, da mesma forma que já procedeu com relação aos funcionários dêste mesmo Tribunal e das demais repartições públicas. A ser apoiada e sufragada essa teoria do govêrno, não haverá mais segurança de direitos decorrentes dos atos discricionários do govêrno, que se reserva a faculdade discricionária de não-respeitar suas próprias decisões e praticar atos sem nem sequer tentar prèviamente invalidar aquelas decisões administrativas".

"Instituir-se-á o regime russo do poder discricionário, em que o ato posterior subentende-se revogatório do ato anterior, porque o que o govêrno quer hoje tem vigor de lei que revoga a que fêz ontem. *Quod principe placuit lege habent vigorem"*.

"Tocado que estivesse de nulidade o ato governamental que reconheceu estabilidade ao impetrante, ainda assim essa nulidade não operaria *ipso jure*,

porque em nosso direito, como no direito francês, a nulidade não opera *ipso jure*, precisando ser prèviamente declarada pelo órgão competente, e antes disso o ato surte os seus legais efeitos".

"Absolutamente, em nosso regime jurídico, ninguém há que possa, *ex autoritate propria*, considerar inexistente um ato jurídico, por entendê-lo infringente de lei e assim tocado de nulidade".

"Quando nulidade haja, viciando um ato jurídico, ela jamais opera *ipso jure*, sem a intervenção de autoridade judiciária competente para declará-la".

"Solucionando a tese que se propusera, sob o título "Opera *ipso jure* a nulidade de pleno direito?", o mais autorizado mestre na matéria, o jurista MARTINHO GARCÊS, conclui, depois dos estudos de MERLIN, PLANIOL, ZACARIAS, etc.:

"Mas, na corrente de todos os escritores franceses, o que parece incontroverso é que a jurisprudência dos Tribunais *nunca aceitou a teoria da nulidade operando* "*ipso jure*". Nem perante o direito francês, e muito menos perante o *nosso direito, a nulidade*, seja ela absoluta, seja de pleno direito, *opera* "*ipso jure*" ("Nulidade dos Atos Jurídicos", vol. 1).

"Por tais fundamentos, o Tribunal concede o mandado impetrado, ante a manifesta ilegalidade do ato impugnado".

"Em 10 de janeiro de 1952. - *Alírio de Figueiredo; Ernesto Pereira Borges*, relator; *Mário Correia da Cruz; Cesarino Delfino César*, vencido, pois sempre entendi que a revogação do ato administrativo com fundamento em considerações de oportunidade ou conveniência é que se considera vedado - não a revogação pura e simples em face da manifesta ilegalidade".

Opostos embargos prelo Dr. procurador geral do Estado, foram recebidos, nestes têrmos:

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de embargos ao acórdão da petição de mandado de segurança n° 75, de Corumbá, em que é embargante o Estado de Mato Grosso e embargado Júlio de Figueiredo, e adotado o relatório

de fls. 46, acordam os juízes, em Tribunal Pleno, receber os embargos, contra os votos dos desembargadores ERNÂNI LINS DA CUNHA e MÁRIO CORREIA DA COSTA, e vencido o desembargador relator, foi designado para redigir o acórdão o desembargador ÁLVARO DE FIGUEIREDO".

"Custas pelo embargado".

"E assim decidem porque a contagem de tempo de serviços prestados à União, ao Estado e ao Município, se computa, sòmente, e integralmente, para os efeitos de disponibilidade e aposentadoria e jamais para os de efetividade. E assim o tem entendido êste Tribunal, e, entre outros julgados, conta o do mandado de segurança impetrado por Oscarino da Silva Brandão com a não-inclusão de serviço prestado ao S. A. P. C. E.; ainda mais, o Tribunal tem entendido que, se o art. 109 da Constituição do Estado assegura aos seus funcionários efetividade depois de cinco anos de efetivo exercício, não podendo ser exonerados senão em virtude de sentença judiciária, ou mediante processo administrativo, assegurada ampla defesa, é também certo que o art. 110 da mesma Constituição, no nº VII, expressa que

"O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, computar-se-á, integralmente, para os efeitos de disponibilidade ou aposentadoria".

"Da leitura dos dois citados artigos da nossa Constituição, a conclusão interpretativa não pode ser outra senão a de que atrás ficou dita, ou seja, o de que sòmente para os efeitos de disponibilidade ou aposentadoria bem se pode computar o tempo de serviço prestado a outras entidades públicas".

"E, quanto à tese de irrevogabilidade dos atos executivos pela mesma administração, tem reconhecido êste Tribunal a revogabilidade dêsses atos, quando estribados na sua manifesta ilegalidade. No caso dos autos, a tese, em última análise, é a da se saber se tem o requerente assegurado o cargo em questão. Não se o tem. O seu serviço prestado ao Estado é de oito meses e oito dias; e, se o mesmo fêz a prova de serviços públicos por mais de cinco anos, tais serviços foram prestados na Polícia do Distrito Federal, na Comissão Mista Brasil-Bolívia e no Território Federal de Ponta Porá. Ao Estado serviu, apenas, como já ficou dito, oito meses e oito dias".

"São estas as razões de decidir".

"Cuiabá, 27 de março de 1952. - (ilegível), presidente; *Alírio de Figueiredo*, relator designado; *Ernâni Lins da Cunha*, vencido, de conformidade com o voto junto. Vencido o Dr. MÁRIO CORREIA DA CRUZ".

O impetrante, vencido, recorreu pela via ordinária, propugnando o restabelecimento do acórdão embargado.

Impugnado o recurso, oficiou, a fôlhas 89-79, o ilustre Dr. procurador geral, *verbis*:

"Júlio de Figueiredo, com fundamento no art. 101, nº II, letra *a*, da Constituição federal, e tempestivamente, interpôs o presente recurso ordinário, para êste egrégio Tribunal, do venerando acórdão de fls. 52 v.-55, que lhe denegou a segurança impetrada".

"Entende o recorrente que a decisão recorrida desatendeu ao disposto no artigo 108 da Constituição do Estado de Mato Grosso, que assegura a estabilidade ao funcionário público depois de dois anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso, e depois de cinco anos de efetivo exercício nos demais casos".

"Da certidão de fls. 10-12, porém, apresentada pelo próprio recorrente, consta que êle exerceu interinamente o cargo de fiscal de rendas, classe B, a partir de 15-5-1950, tendo sido efetivado no cargo em 23-1-1951 e havendo sido dêle exonerado em 24-8-1951".

"Tinha o recorrente, que não fizera concurso, muito menos de cinco anos de serviço prestado ao Estado, o que basta para evidenciar que o citado dispositivo constitucional não o ampara".

"Não importa que o recorrente haja prestado serviços a outras entidades por tempo superior a dez anos, de vez que, *ex vi* do disposto no art. 11, nº VII, da mesma Constituição estadual, êsse tampo de serviço é contado apenas para os efeitos da disponibilidade e aposentadoria, não tendo sido indicada lei alguma

que autorizasse a contagem de tempo de serviço prestado a outras entidades para o efeito de estabilidade".

"Nada há o que alterar, portanto, na decisão recorrida".

"E, por isso, somos por que se negue provimento ao recurso".

"Distrito Federal, 14 de maio de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos,* procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): Nego provimento ao recurso. O recorrente não logrou demonstrar a ilegalidade do ato do governador do Estado, pelo qual, sendo demissível *ad nutum,* veio a ser exonerado do cargo de fiscal de rendas, classe "B", que exercia, em caráter interino.

A Constituição do Estado de Mato Grosso não lhe assegura, pela disposto no art. 109, o pretendido direito à estabilidade, porquanto só o reconhece em se tratando de funcionário público depois de dois anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso, e depois de *cinco anos* de *efetivo exercício* nos demais casos.

Ora, no caso, o recorrente prestara ao Estado apenas 18 meses de serviços, não fazendo jus àquela garantia constitucional.

E adicionar a êsse período o tempo de serviço prestado a outras entidades públicas, para o efeito da estabilidade no cargo, a mesma Constituição veda, segundo o disposto no art. 110, nº VII, consentindo na adição exclusivamente para os efeitos de disponibilidade e aposentadoria.

Assim, merece confirmação o acórdão recorrido.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer, por motivo justificado, o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA; por se achar em gôzo de licença, o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, e, por estar afastado, em exercício no Superior Tribunal Eleitoral, o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, sendo os dois últimos substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS e AFRÂNIO COSTA.

*

DESERÇÃO - DOLO - VENDA DE COISAS DADAS EM PENHOR

- A deserção se opera, automàticamente, pela ausência de preparo do recurso no prazo legal. Deserto o recurso, dêle não pode conhecer o tribunal, pois em favor da parte contrária ter-se-á constituído a coisa julgada.

- Vender coisas dadas em penhor é, já de si, prova de dolo.

Banco do Brasil *versus* Avelino Cândido Alves

Rec. ext. nº 20.056 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 1ª Turma, por unanimidade de votos, conhecer do presente recurso, em que é recorrente o Banco do Brasil e recorrido Avelino Cândido Alves; e, por unanimidade de votos também, dar-lhe provimento, de conformidade com o voto do relator.

Supremo Tribunal Federal, 7 de agôsto de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Num processo de reajuste agropecuário, o juiz da comarca, de Limoeiro, Estado de Pernambuco; julgou improcedente o pedido, por estar provada a prática de ato ilícito realizado pelo réu. Das 75 reses apenhadas, segundo declarou o devedor em carta, 35 haviam morrido e as restantes negociadas. O art. 5° da lei nº 209 exclui dos benefícios da concordata os devedores que, segundo provado em juízo, hajam praticado atos ilícitos prejudiciais aos direitos do credor. Reformou, todavia, o Tribunal a sentença, considerando: *a)* que, embora provado ter o devedor alienado os bens apanhados, era mister se apurasse que procedera com dolo; *b)* que prova também não havia de prejuízo advindo ao credor.

Manifestou o Banco do Brasil recurso extraordinário, sob invocação das letras *a* e *d* do inciso constitucional, argüindo contra o acórdão:

1°, que desatendeu ao art. 849 do Código de Processo, pois que tomou conhecimento do recurso quando êste já estava deserto, por falta de preparo;

2º, que o dolo do devedor era evidente, dada a circunstância de haver consumido todo o rebanho oferecido em garantia, e isso bastava para o tornar incapaz de solicitar os benefícios da moratória.

Admitido e processado o recurso, vieram os autos. O Dr. procurador é pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Eu acolho o recurso pelas duas razões invocadas.

Primeiramente, porque estava, de fato, deserto o recurso quando o Tribunal dêle tomou conhecimento. O prazo para preparo extinguira-se a 1º de junho. Sòmente a 14 dêsse mês foi o recurso preparado. O art. 849 é peremptório:

"O agravo que, no juízo recorrido, não fôr preparado dentro das vinte e quatro (24) horas seguintes à entrega da contraminuta do agravado, e, na superior instância, dentro de cinco (5) dias (art. 870), será havido como renunciado e deserto pelo só vencimento do prazo".

Na substância do recurso, a mim me parece inaceitável a tese do acórdão de que, provada a alienação das reses apanhadas, ainda é preciso provar o dolo. Não. Vender coisas dadas em penhor é, já de si, prova do dolo. Pode ocorrer que certas circunstâncias o excluam. Mas aí temos a exceção. Competirá ao réu trazer ao conhecimento do juízo tais circunstâncias. Não do autor é que se exigirá a prova. Ao autor basta provar o fato a alienação das reses, que, no caso, não está posta em dívida, e foi total. Das 75 reses apenhadas, 35 morreram e as restantes foram vendidas.

Diz o art. 5° da lei nº 209, de 2 de janeiro de 1948:

"Não serão extensivos os benefícios desta lei:...

b) aos devedores que, segundo provado em juízo, hajam praticado atos ilícitos prejudiciais aos direitos do credor".

Seriam êsses atos prejudiciais ao Banco? Parece-me inconteste. Diz o devedor que nenhum prejuízo ocorre, porque êle oferece garantia em imóveis, avaliados em Cr$ 110.000,00, sendo a dívida atualmente de Cr$ 38.102,80. Mas essa dívida, acrescida dos 30% de lei, monta a Cr$ 108.033,60.

Vê-se que a avaliação, sem o gado, que desapareceu, é a quantia justa do máximo da lei. Qualquer desvalorização, qualquer diferença de metragem da fazenda, - e a avaliação deu o número de alqueires mais ou menos, fórmula que permite uma quebra de 200, - tornará nenhuma a garantia, principalmente quando se trata de um devedor que já faltou a seu solene compromisso.

Nestas condições, pelos dois motivos que acabei de declinar, acolho o recurso, com base na letra *a*, e dou-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: teve conhecimento e provimento, por unanimidade.

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

TRANSPORTE MARÍTIMO - PRESCRIÇÃO - SEGURO

- Prescreve em um ano a ação do segurador, sub-rogado nos direitos do segurado, com fundamento em extravio de mercadoria entregue ao transportador marítimo para condução.

Cia. Nacional de Navegação Costeira (P.N.) *versus* Cia. de S. M. T. Fênix Pôrto Alegre

Rec. ext. nº 17.759 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso extraordinário nº 17.759, do Distrito Federal, recorrente Cia. Nacional de Navegação Costeira (P. N.), recorrida Companhia de S. M. T. Fênix Pôrto Alegre:

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, 4 de agôsto de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Álvaro Ribeiro da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA: Nos presentes autos de ação ordinária, em que é autora a Cia. de Seguros Marítimos e Terrestres Fênix de Pôrto Alegre e rés a União Federal e a Cia. Nacional de Navegação Costeira, fundou-se o pedido de indenização no extravio da mercadoria, por cujo valor

correspondente ficou responsável o transportador, sub-rogada a autora pelo pagamento que efetuou à firma carregadora, nos direitos desta, nos têrmos do art. 728 do Cód. Comercial.

A sentença de primeira instância acolheu a alegação de tratar-se, no caso, de prescrição ânua, tendo sido a ação proposta mais de um ano após a chegada do navio ao pôrto do destino, fato êste devidamente comprovado.

Agravou-se a autora, provendo o egrégio Tribunal Federal de Recursos ao agravo, nos têrmos dos votos de fls. 77 e 78, vencido o Exmo. Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

A ré, Cia. Nacional de Navegação Costeira (Patrimônio Nacional), manifestou, a fls. 82, recurso extraordinário, à sombra das alíneas *a* e *d* do preceito constitucional adequado, em face de violação à letra do art. 449, ns. II e III, do Cód. Comercial, verificando-se, ainda, dissídio jurisprudencial no tocante à interpretação dos dispositivos citados (rec. ext. nº 13.074, *in* "Diário da Justiça" de 16-12-949, página 4.330 do apenso nº 290).

As partes apresentaram alegações de defesa, subindo os autos, no prazo legal.

Emite a ilustrada Procuradoria Geral o parecer seguinte (fls. 101):

"O recurso extraordinário, manifestado às fls. 82-83, com apoio nas letras *a* e *d* do art. 101, III, da Constituição federal, merece ser conhecido pelo último fundamento, em face das decisões divergentes apontadas pela recorrente.

"E opinamos pelo seu provimento, por "isso que o venerando acórdão recorrido de fls. 81 não admitiu a prescrição de um ano, de que trata o art. 449, n° 2, do Cód. Comercial, para os casos de ação de indenização proposta pelo segurador sub-rogado nos direitos do segurado; entra em conflito com as decisões proferidas recentemente por êste egrégio Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários ns. 19.583, 19.769 e 19.996, em que ficou assente a aplicação daquele prazo prescricional aos casos em questão, uma vez que a ação é substancialmente a mesma, quer se tratando da hipótese de restituição de volumes da carga, quer da de indenização do dano proveniente do

desaparecimento dêles, pois a sub-rogação não altera os direitos "transferidos de um titular para outro".

"Distrito Federal, 21 de julho de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RIBEIRO DA COSTA (relator): O presente recurso depara fundamento legal por contrário o venerando acórdão recorrido à letra do artigo 449, ns. II e III, do Cód. Comercial, e incurso, por demais, em divergência jurisprudencial.

Proferi voto, acêrca da aplicação dos invocados incisos legais, no recurso extraordinário nº 14.827, de que fui relator, tendo-me alicerçado, preponderantemente, no lapidar conceito emitido pelo douto e saudoso Sr. ministro CARVALHO MOURÃO, *verbis*:

"O segurador, no caso do art. 728 do Cód. Comercial, não exerce ação própria contra o condutor de transportes, e sim a mesma ação que contra êste tinha o carregador-segurado, na qual ficou sub-rogado o segurador que pagou a indenização. A prescrição é, pois, a do artigo 449, III, das ações de avarias simples, cujo prazo decorre, nos expressos têrmos do artigo citado, "da data da entrega da carga", e não da data do pagamento do sinistro, pelo segurador ao segurado, como pretende a apelante" (apelação cível nº 8.871, de São Paulo).

Ora, idêntica é a espécie à da ação de indenização por extravio de carga, em que se incluem as ações para a entrega da carga, prevista no art. 449, nº II, sendo, pois, inaplicável a prescrição comum de que trata o art. 442. do Cód. Comercial.

Nestas ações, equiparam-se, para os efeitos prescricionais, segurado e segurador, pela identidade de condições a que estão sujeitos, relativamente ao exercício do direito inerente ao contrato de transporte.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

DECISÃO

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

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES.

*

SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO

- A sentença deve ser clara e precisa. É nula a decisão que deixa de apreciar preliminares suscitadas pela parte.

- VOTO VENCIDO DO MINISTRO OROZIMBO NONATO: Não há nulidade quando ocorre julgamento, ainda que implícito.

Quirino Mendes da Silva e outros *versus* Amaro Venceslau Lopes de Albuquerque e outros

Rec. ext. nº 20.417 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, conhecer do recurso a que dão provimento por unanimidade. Tudo conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo recorrido.

Supremo Tribunal Federal, 5 de agôsto de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Trata-se de uma reintegração de posse proposta por uma antecessora dos recorridos contra os recorrentes, no Juízo da 7ª Vara de Recife. O processo foi tumultuado por incidentes, e medidas processadas em outros Juízos. Posta a causa em Juízo, opuseram os réus uma exceção que denominaram de incompetência, alegando estar ajuizada por êles ação de fôrça nova turbativa perante a 10ª Vara da mesma cidade. Com fundamento no art. 182, nº I, do Cód. de Processo, a exceção foi apresentada. A fls. 852 foi a exceção rejeitada por sentença e assinado pelo juiz aos réus novo prazo para contestação. Em 3 de julho de 1949 o advogado dos réus foi Intimado para ciência da sentença (fls. 852). Em 18 de julho certificou o escrivão não ter sido apresentada contestação e fêz os autos conclusos (fls. 853), tendo sido proferida esta sentença:

"Vistos êstes autos, etc.:

"D. Teodora Ernestina de Albuquerque, que, dizendo-se possuidora por sucessão hereditária, desde longa data, da área de terra denominada "Viveiro Grande" - terras de marinha e acrescidas - em Afogados, entre a estrada dos Remédios e a rua 21 de Abril, conforme a planta constante dos autos, e, alegando ter sido "esbulhada de sua longa posse de determinados trechos do citado terreno, com construções violentas e clandestinas de barracos, cêrcas, aterros e depósitos de madeira, feitos em várias datas pelas seguintes pessoas: Celina do Carmo, José Francisco Sales, Pedro Gomes Ferreira, Lourenço Maurício da Luz, Quirino Mendes da Silva, Antônio Ferreira dos Santos, vulgo "Antônio Pacheco", A. Ribeiro da Silva, Luís Monteiro de Oliveira França, Aloísio Soares de Sousa, Geraldo de Lima, Lourival da Silva Milet, Artur Apolinário da Silva, José Maximiano ou Manuel do Carmo, Maximiano José da Silva, João Pedrosa, José Izídio da Silva, Amaro Ferreira, Elisa de tal, e outros, intentou a presente ação possessória, contra as já citadas pessoas, para o fim de ser integrada e mantida na posse plena do citado "Viveiro Grande" e condenados os réus ao pagamento dos prejuízos que se liquidarem, custas e honorários de "advogado.

"Indeferido o pedido de reintegração liminar, foram os réus citados para apresentar contestação, querendo".

"Quirino Mendes da Silva e outros réus levantaram então, contra a autora, uma exceção de incompetência, sob a alegação de existência de outra demanda na 10ª Vara Cível, meio e fim com identidade de objeto".

"Devidamente processada, foi a exceção registrada por sua manifesta improcedência, e assinado aos réus novo prazo para a defesa".

"Nenhuma contestação foi apresentada dentro do prazo legal".

"O que tudo visto e bem examinado":

"Considerando que o possuidor tem o direito de ser mantido na possa, no caso de turbação, e restituído no de esbulho - Cód. Civil brasileiro, art. 409; considerando que são requisitos da ação proposta: *a)* que o autor esteja na posse; *b)* que a posse tenha sido turbada por ato violento; c) que haja receio de violência futura; considerando que a autora também demonstrou ter havido esbulho em certas partes da propriedade "Viveiro Grande"; considerando que os requisito exigidos foram suficientemente provados; considerando que os réus não contestaram a ação; considerando o mais dos autos":

"Julgo procedente o pedido a fls., para que a autora seja mantida e reintegrada na posse da propriedade "Viveiro Grande", nos têrmos do pedido da inicial".

No dia 16 de novembro de 1949, o juiz da 7ª Vara oficiou ao da 10ª, dêle indagando em que têrmos se encontra o processo, porque em sua Vara está em andamento um interdito ajuizado por Quirino contra Teodora (antecessora dos recorridos). Afinal, depois de remetidos à 10ª Vara, foram os autos devolvidos à 7ª, tendo apelado da sentença os réus vencidos (fls. 870) e alegam então uma série de nulidades, a seu ver insanáveis: 1º) da citação, porque realizada por um oficial e não dois; ainda, que não era possível citar, à mesma hora, os réus, em locais diversos; e mais, não declarou o oficial se deu contrafé aos citandos ou se êstes a recusaram; 2º) falta de citação das mulheres dos réus casados; 3º) falta de despacho saneador, audiência de instrução e julgamento; 4º) haver prosseguido a causa na 7ª Vara, quando na 10ª estava presente a jurisdição.

Passam, a seguir, à discussão do mérito, analisando a prova. Julgando o recurso, assim se manifestou o Tribunal:

"Acordam, por votação unânime, os desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, depois de desprezada a preliminar de não se conhecer do recurso na forma e pelos motivos constantes do parecer de fls. 974 do Exmo. Sr. Dr. procurador geral do Estado, em negar provimento à apelação interposta, para confirmar, como confirmam, a sentença apelada, que foi proferida de conformidade com o direito e as provas dos autos".

Vieram os réus-apelantes com embargos de declaração, porque o Tribunal não cogitara das nulidades suscitadas. O Tribunal assim decidiu:

"Por sua vez, a sentença apelada foi proferida sem *obscuridade*, *omissões* ou *contradições*. E tanto isso é verdade que a tal sentença não foram opostos embargos de declaração".

"Já decidiu com indiscutível acêrto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que: "Não podem ser opostos embargos de declaração ao acórdão que confirma, pelos seus fundamentos; a sentença de primeira instância. A esta sentença é que podiam ter sido opostos tais embargos dentro do têrmo legal (Cód. de Processo, art. 277). A nulidade de sentença não é matéria para embargos de declaração" ("Rev. de Direito", vol. 103, pág. 141).

"Ante o exposto":

"Acordam, por votação unânime, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, em desprezar, como desprezamos, os embargos de declaração, de fls. 981 a 983".

Foi então manifestado recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição, por haver o acórdão recorrido decidido contra a letra expressa dos arts. 524 a 529, 145, 233 e nº 1, 235, nº II, 242, ns. I e VI, do Cód. Civil, e ainda 499, 500, 501, 502 e 523 do mesmo Código e mais 80 a 84 e 196 do Cód. de Proc. Civil.

Admitido o recurso e contra-arrazoado, subiram os autos.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Como viu o Tribunal, trata-se de uma ação de fôrça nova espoliativa, não contestada e julgada procedente em primeira instância; os réus-vencidos apelaram, argüindo, preliminarmente, diversas nulidades e terminando por enfrentar o mérito, pedindo reforma da sentença. O Tribunal silenciou completamente sôbre as preliminares, confirmando a sentença pelos fundamentos. Os apelantes vieram com embargos de declaração, pedindo ao Tribunal que julgasse as preliminares. Os embargos de declaração foram rejeitados, a pretexto de que a nulidade do acórdão, não podia ser decidida em embargos de declaração. Ficou a parte sem ter julgada a matéria argüida em sua defesa, na apelação. O Tribunal esquivou-se, sem dar qualquer motivo, de apreciar as nulidades, julgou a quem da defesa, manteve a sentença sem apreciar o alegado pelo réu.

É possível que tais nulidades improcedam, mas a prestação jurisdicional ficou incompleta. Diz o acórdão, que desprezou os embargos de declaração porque êstes deveriam ter sido apresentados à sentença de primeira instância.

Há equívoco flagrante: em primeira instância é que não cabiam, porque, revéis os réus, até a sentença, esta não podia considerar matéria não suscitada.

Na apelação, os réus-apelantes, ora recorrentes, deram por violados os artigos 80 a 84 e 196 do Cód. de Processo e 242, nº VI, do Cód. Civil, argüição que renovou no recurso extraordinário. O Tribunal decidiu pelo mérito, implìcitamente, recusou sem fundamentar a decisão nessa parte a que nem o relatório aludiu. De sorte que eu conheço do recurso pela letra *a*, mas, por haver sido vulnerado o art. 280 do Cód. de Processo, que impõe à sentença a obrigação de ser clara e precisa, devendo conter o relatório, os fundamentos de fato e de direito e a decisão, fixando o parág. único que o relatório mencionará, além do nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos. Não mencionaram os recorrentes expressamente êsse texto, por violado, mas descreveram os fatos, e o Tribunal aplica a lei adequada à espécie.

Dou provimento para cassar o acórdão e mandar que o Tribunal *a quo* novamente julgue a espécie, conhecendo da matéria argüida em defesa e se a considerar improcedente decida no mérito, tudo conforme entender de direito.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, o Tribunal de Justiça entendeu que não lhe cumpria apreciar as nulidades argüidas contra a sentença de primeira instância, porque se limitara êle a confirmar esta sentença. Parece-me que assim houve uma aberta infração à eficácia devolutiva da apelação, eficácia pela qual se abre uma nova instância. Era lícito à parte argüir nulidade contra a sentença de primeira instância e não se podia a instância superior eximir da apreciação.

A meu ver, tem tôda razão o eminente Sr. ministro relator, quando sustenta que os embargos de declaração deveriam ter sido acolhidos, para que o Tribunal apreciasse as nulidades alegadas contra a decisão de primeira instância. Assim sendo, acompanho o voto de S. Ex.ª, por entender violada a disposição legal sôbre a eficácia devolutiva da apelação.

Conheço do recurso e lhe dou provimento, para que o Tribunal de Justiça de Pernambuco aprecie as alegadas nulidades da decisão de primeira instância.

VOTO

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

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Peço perdão aos eminentes colegas para divergir.

Argúi-se, principalmente, falta de fundamentação do acórdão, e a parte procurou suprir a nulidade alegada com embargos de declaração. De resto, como disse o eminente ministro relator, com tôda a razão, houve julgamento,

ainda que implícito, ainda que virtual, da matéria de nulidade. O Tribunal julgou o mérito e aludiu a parecer da Procuradoria Geral.

No caso, não houve ofensa inopinada da lei pelo fato de estar o acórdão desfundamentado, pois êle se reportou ao parecer do procurador geral, para a confirmação da sentença.

Demais disso, ensina PONTES DE MIRANDA que a desfundamentação da sentença não concretiza vulneração do *ius in thesi*.

Data venia dos eminentes colegas, não conheceria do recurso. Vencido na preliminar, dou-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, contra o voto do presidente, e lhe deram provimento, à unanimidade.

Ausente ao relatório, por motivo Justificado, não votou o Sr. ministro ROCHA LAGOA.

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

*

LICENÇA ESPECIAL - DECÊNIO

- Funcionário afastado do exercício do cargo, percebendo vencimentos integrais, não tem direito a licença especial por decênio, nem aos respectivos proventos.

Heitor de Pinho *versus* Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro

Rec. de mand. de seg. nº 1.750 - Relator:. MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.750, do Distrito Federal, recorrente Heitor de Pinho, recorrida Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório *retro* e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, negar provimento ao recurso.

Custas como de lei.

Supremo Tribunal Federal, 10 de outubro de 1952. - *José Linhares*, presidente; *Orozimbo Nonato*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O MM. juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, Dr. DARCI R. LOPES RIBEIRO, proferiu a sentença de fls. 75, *verbis*:

"Vistos, etc.: Heitor de Pinho, brasileiro, casado, funcionário da Caixa Econômica Federal, residente e domiciliado nesta Capital, impetra o presente mandado de segurança contra ato do senhor presidente da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro por lhe haver sido indeferido pedido de concessão de licença especial a que fazia jus, com relação ao decênio de 1938-1948, nos têrmos do art. 18 da circular nº 117, de 4 de maio de 1950.

"Nas informações e na contestação, acompanhadas dos documentos requisitados por êste Juízo (fls. 23-67), sustenta-se, em síntese, que a conversão em dinheiro da licença-prêmio, assegurada pela referida circular, estava condicionada a dois pressupostos: *a)* efetivo exercício; *b)* comprovação da impossibilidade de ser dado substituto ao funcionário que a requeresse. O impetrante, entretanto, não estava em exercício efetivo na Caixa Econômica, mas em inatividade, afastado da instituição, em gôzo de disponibilidade-prêmio, e não tinha, assim, direito ao pagamento da licença especial".

"Nada aditou o ilustrado Dr. 1º procurador da República".

"Isto pôsto":

"O art. 17 da circular nº 117, que regulamentou a concessão de licença especial para os servidores da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, estabeleceu, em consonância com o último considerando da mesma circular: "Quando a conveniência do serviço o exigir, poderá o presidente, a requerimento do servidor em efetivo exercício, determinar o pagamento de uma importância correspondente aos vencimentos da licença especial que deixar de gozar".

"Ainda no § 2º do mesmo dispositivo preceituava: "Caberá à Comissão de Eficiência apreciar, em cada caso, a conveniência do não-afastamento do servidor".

"O dispositivo seguinte - art. 18 - em que se baseia o impetrante para pleitear a vantagem a que se julga com direito, faz referência expressa ao anterior. Mas, ainda que o não fizesse, não poderia ser interpretado isoladamente, mas dentro da sistemática da circular".

"Do que fica exposto, é evidente que o pagamento da licença-prêmio só pode ser feito ao servidor em exercício, cujo afastamento fôr julgado prejudicial ao serviço pela Comissão de Eficiência".

"Ora, embora o impetrante, pela sua fé de ofício, haja realmente provado bons e leais serviços à instituição e tenha direito ao gôzo da licença especial, que lhe não foi negado, está em disponibilidade-prêmio, não se encontra, assim, em efetivo exercício, e, em conseqüência, não preenche as condições estatuídas nas normas pertinentes para fazer jus à conversão da licença especial em dinheiro".

"Só após a disponibilidade poderá ser pleiteada a licença especial. Do contrário, seria admitir o absurdo de gozar alguém férias ou licença estando em inatividade".

"Ante o exposto":

"Julgo improcedente o pedido, denego a segurança e condeno o impetrante nas custas".

"Publique-se e registre-se".

"Distrito Federal, 2 de abril de 1951. - *Darci Rodrigues Lopes Ribeiro"*.

Não se conformou o vencido, mas o excelso Tribunal Federal de Recursos confirmou a sentença, declarando o relator, Exmo. Sr. ministro MOURÃO RÚSSEL, em voto aceito à unanimidade:

"Nego provimento ao recurso, para confirmar, por seus fundamentos, a sentença recorrida, tendo em consideração, além dos seus fundamentos, a situação de já estar o funcionário afastado do exercício do cargo, percebendo vencimentos integrais. Não é possível abonar licença especial a funcionários nessas condições".

"Tenho para mim que andou acertadamente a Caixa Econômica negando o pleiteado pelo recorrente, razão que me leva, com base na circular nº 117, invocada na sentença, a considerar nenhum o direito pretendido pelo impetrante".

Tomado nessa conformidade o acórdão de fls. 111, opôs-lhe Heitor de Pinho recurso fundado no inc. II, letra *a*, do artigo 101, da Constituição federal. Razões a fls. e fls. Falou, por derradeiro, o Exmo. senhor Dr. PLÍNIO TRAVASSOS, DD. procurador geral da República.

Disse S. Ex.ª (fls. 149):

"O art. 17 da circular nº 117, de 4-5-1950, do presidente da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, que regulamentou a concessão de licença especial para os servidores daquela Caixa, estabeleceu que, quando a conveniência do serviço o exigir, poderá o presidente, a requerimento do servidor em efetivo exercício, determinar o pagamento de uma importância correspondente aos vencimentos da licença especial que deixar de gozar". Ainda no § 2° do mesmo dispositivo preceituava: "Caberá à Comissão de Eficiência apreciar em cada caso a conveniência do não-afastamento do servidor".

"A leitura do texto acima transcrito deixa certo que êle só se refere ao servidor em efetivo exercício".

"O impetrante, porém, que está em disponibilidade-prêmio, e, portanto, afastado do exercício de seu cargo, julga-se com direito líquido e certo a gozar do referido benefício".

"É o que pode haver de absurdo, como reconheceu a bem deduzida sentença de primeira instância, confirmada pelo venerando acórdão recorrido".

"Assim, pelos fundamentos de tais decisões e das razões da recorrida, às fôlhas 136-142, somos por que se negue provimento ao recurso".

"Distrito Federal, 18 de junho de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

À mesa.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Sr. presidente, a pretensão do impetrante está em que se converta em pagamento a licença especial correspondente ao período de 1938 a 1948, a que teria direito. A seu entender, encontra a pretensão seguro suporte ao art. 18 da circular nº 117, que diz:

"O servidor que, na forma do artigo anterior, preferir o pagamento da licença, deverá requerê-lo dentro do prazo de 90 dias a partir de 28 de março passado".

Como se vê, o art. 18 faz expressa alusão ao art. 17, que encerra o seguinte conteúdo:

"Quando a conveniência do serviço o exigir, poderá o presidente, a requerimento do servidor em efetivo exercício, determinar o pagamento de uma importância correspondente aos vencimentos da licença especial que deixar de gozar".

O que se julgou, no acórdão recorrido, foi que, não se achando o impetrante em exercício efetivo, não se lhe podia atender à pretensão. O impetrante, desde a inicial, alega ter em seu prol direito adquirido.

O direito adquirido, cujo reconhecimento no que tange à situação dos funcionários públicos é assunto que se encrespa de dificuldades, não aparece, no caso, em linhas nítidas.

Esforça-se o impetrante na circular que aplicou à Caixa Econômica o princípio geral da lei, fazendo êle apêlo ao argumento *a pari*, para que não se lhe negue o direito que pretende. A verdade é que, na aplicação da lei aos funcionários da Caixa Econômica, que têm regime especial, nessa aplicação se impôs uma condição para o lôgro do direito: a de estar o funcionário em efetivo exercício.

A analogia - que é instrumento delicado, de manejo que exige cautela, - só prevalece quando a lei não é expressa a respeito e, no caso, o art. 18 faz alusão expressa ao art. 17, que impôs, como condição, estar o funcionário em efetivo exercício.

É exato que esta condição não está na lei geral; mas, no caso, não é a lei geral que domina, e sim a circular que contém as instruções, conforme reconhece o próprio recorrente, e tanto o reconhece que, para que seja aplicada a lei geral, acena para a aplicação do argumento de semelhante a semelhante.

Como viram os eminentes colegas, a circular nº 117 impôs, como condição, estar o funcionário em efetivo exercício, e essa condição não foi satisfeita pelo recorrente. O art. 18 faz alusão expressa ao art. 17, e, ainda que o não fizesse, êsse entrosamento, essa ligação de textos, é imposta por princípios correntios de hermenêutica. Os arts. 17 e 18 versam o mesmo assunto e impõem que o funcionário esteja em efetivo exercício.

Assim, nego provimento ao recurso."

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, acompanho o voto do eminente ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, se bem fixei a hipótese, o que ocorre é o seguinte: o impetrante teria obtido a chamada "disponibilidade-prêmio", porquanto exercera seu cargo por 10 anos ininterruptos, sem qualquer licença, mesmo i licença-prêmio; e, depois de obter a disponibilidade-prêmio, pretende que se lhe pague em dinheiro a licença-prêmio que deixara de gozar.

Ora, se a disponibilidade-prêmio, que é a recompensa maior, estava condicionada ao exercício ininterrupto, durante o decênio, é lógico que ela fêz desaparecer a recompensa menor, que é a licença-prêmio. *Ubi major minor cessat.*

Assim, sem entrar em quaisquer outras indagações, entendo que falece qualquer direito ao impetrante no sentido de obter êsse segundo prêmio. O fato dêle não ter gozado licença-prêmio foi condição para que alcançasse o prêmio maior, isto é, a disponibilidade-prêmio.

Estou de pleno acôrdo com o eminente Sr. ministro relator.

VISTA

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

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por ter pedido vista o Sr. ministro MÁRIO GUIMARÃES, depois de terem votado os Srs. ministros relator, AFRÂNIO COSTA e NÉLSON HUNGRIA, negando provimento ao recurso.

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

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: o presente recurso foi relatado, há poucos dias, pelo eminente ministro OROZIMBO NONATO, que o expôs minuciosa e lùcidamente. Pedi vista, todavia, porque, em face das ponderações feitas da tribuna pelo ilustre advogado do impetrante, algumas dúvidas me saltearam. O mandado é requerido por um funcionário da Caixa Econômica que se julga com direito aos benefícios, em dinheiro, da licença especial de que cogita o art. 1º da lei nº 283, de 1948, assim redigido:

"Ao funcionário público civil ou militar, que durante o período de 10 anos consecutivos não se afastar do exercício de suas funções, é assegurado o direito à licença especial de seis meses, por decênio e com os vencimentos integrais".

O benefício em dinheiro seria concedido por fôrça da portaria n.0 117, cujo art. 17 determina: "Quando a conveniência do serviço o exigir, poderá o presidente, a requerimento do servidor em efetivo exercício, determinar o pagamento de uma importância correspondente aos vencimentos da licença especial que deixar de gozar".

E o art. 18: "O servidor que na forma do artigo anterior preferir o pagamento da licença, deverá requerê-lo dentro do prazo de 90 dias, a partir de 28 de março p. p."

Eu não tinha ouvido bem algumas das palavras do eminente relator, na referência ao art. 17, e, como o art. 18, sem o 17, seria favorável à pretensão do impetrante, solicitei vista dos autos.

Verifico, porém, que o impetrante não tem razão. O gôzo da licença, em dinheiro, não tem por pressuposto, sòmente, o decurso do tempo e a vontade do servidor. Êsses dois requisitos o impetrante os reuniu. Mas, pelo art. 17, é mister haja conveniência de serviço como obstáculo a que o servidor goze a

licença por outra forma. E essa conveniência é aferida pelas autoridades superiores.

Nem seria possível, no caso vertente, decidir o presidente da Caixa em favor dessa conveniência, uma vez que o impetrante já não se achava em atividade. Fôra afastado, a seu requerimento, para gôzo da disponibilidade-prêmio, que é uma espécie de aposentadoria.

Diz o impetrante que a disponibilidade-prêmio, objetivando beneficiar os servidores que hajam prestado relevantes serviços, não se pode converter em prejuízo dêle.

Caberia, então, ao servidor resolver o, que fôsse de seu melhor interêsse: ou ficar na ativa, para ter oportunidade a licença-prêmio em dinheiro, ou gozar desde logo do descanso da disponibilidade-prêmio. O impetrante preferiu o segundo alvitre. Perdeu a oportunidade de ficar em condições de se aproveitar do primeiro. Não, tem direito algum. Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, a lei, que regulou a licença-prêmio, permitiu ao funcionário, que a não gozasse, contar em dôbro o tempo respectivo. A circular da Caixa Econômica invocada pelo recorrente ainda admitiu que, quando não conviesse ao serviço o afastamento do funcionário, a licença-prêmio fôsse paga em dinheiro. No memorial, diz o ilustre advogado-recorrente que não é possível apreciar a conveniência ou não do afastamento do funcionário, porque êste já está afastado, em gôzo de disponibilidade-prêmio, e também não lhe interessa, por essa mesma razão, a contagem em dôbro do tempo de licença-prêmio não-gozada. O que lhe interessa é receber em dinheiro a licença-prêmio não-gozada. Ora, tal recebimento em dinheiro pressupõe a não-conveniência do afastamento do funcionário e, por conseguinte, que êste esteja em exercício. E êsse não é, declaradamente, o caso do impetrante.

Assim, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento ao recurso, unânimemente.

Impedido o Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.

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

*

AÇÃO EXECUTIVA - CONTA-CORRENTE

- A conta-corrente que autoriza a ação executiva não é, necessàriamente, a que resulte do contrato do mesmo nome, mas a simples demonstração gráfica de parcelas "deve" e "haver".

Solemar Ribeiro Botelho *versus* Emprêsa Construtora Universal

Rec. ext. nº 20.561 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.561, em que é recorrente Solemar Ribeiro Botelho e recorrida Emprêsa Construtora Universal, acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, não conhecer do dito recurso, na conformidade das precedentes notas taquigráficas integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege.*

Supremo Tribunal Federal, 21 de julho de 1952. - *A. M. Ribeiro da Costa*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: A recorrida, Emprêsa Construtora Universal, propôs contra o recorrente, seu representante no Estado da Paraíba, uma ação executiva para cobrança de Cr$ 28.156,00, saldo devedor do mesmo, conforme extrato de conta-corrente por êle próprio confeccionado e assinado. Contestando, o recorrente argüiu preliminarmente a impropriedade de ação, de vez que o documento ajuizado não era "conta-corrente", nem representava dívida líquida e certa. Foi esta preliminar, entretanto, rejeitada na sentença final, e a ação foi julgada procedente. Apelou o recorrente, impugnando a sentença, não só nesse ponto, como também pela sua falta de fundamentação; mas não logrou êxito.

Entendeu o Tribunal de Justiça que, embora parcamente, a sentença fôra motivada, quer quanto aos fatos, quer quanto ao direito, e, se o documento ajuizado não era pròpriamente uma conta-corrente, continha uma demonstração sucinta do "deve" e "haver", equiparando-se a uma "conta assinada", não repugnando sua inclusão entre os documentos que dão lugar à ação executiva. Tanto quanto êsses documentos não podia deixar de valer o ajuizado, desde que devidamente reconhecido, como foi, pelo responsável, na prestação de contas de que tratam os autos.

Daí o presente recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, alegando-se violação dos arts. 280 e 298, XIV, do Cód. de Proc. Civil e divergência entre o acórdão recorrido e julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Minas.

Foi o recurso arrazoado e contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): A sentença confirmada pelo acórdão recorrido fêz longa exposição dos fatos e assim concluiu: "Isto pôsto: a conta-corrente de fls. 7, assinada pelo executado, evidencia que êste é devedor da importância líquida - e certa de Cr$ 28.156,00. Nestas condições, o pedido encontra fundamento no precitado artigo 298, XIV, do Cód. do Proc. Civil".

Foi lacônica, é certo, mas não imotivada. Reconheceu o caráter de conta-corrente ao documento ajuizado, a liquidez e certeza da dívida e a incidência do caso em determinado dispositivo da lei processual. Por outro lado, ao admitir aplicável à espécie o art. 298, XIV, do Cód. de Processo, o acórdão recorrido deu-lhe interpretação inteiramente razoável. Como justamente acentua MACHADO GUIMARÃES, em comentário ao dito inciso ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, pág. 124), "a conta-corrente a que se refere o inciso não é, necessàriamente, a resultante do contrato de conta-corrente, mas a simples demonstração gráfica de parcelas *deve* e *haver*, com o saldo declarado". Não era preciso, sequer, invocar o *ubi eadem legis ratio, ibi idem jus,* para reconhecer no caso a propriedade da ação executiva.

Quanto ao argüido dissídio jurisprudencial, também não existe, pois o acórdão recorrido não confundiu o contrato comercial de conta-corrente com a simples conta de *deve* e *haver*; ao contrário, reconheceu a diferença, embora esta não pudesse obstar à inclusão do caso *sub judice* na casuística da ação executiva, o que é incontestável, até mesmo pelo vário sentido da expressão "conta-corrente", conforme já ficou acentuado.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

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

Presidiu ao julgamento o Exmo. senhor ministro RIBEIRO DA COSTA.

*

SOCIEDADE ANÔNIMA - AÇÃO EXECUTIVA CONTRA SUBSCRITOR DE AÇÕES

- A juntada de outros documentos à inicial, além do boletim de subscrição, não é expressamente exigida por lei, na ação executiva contra subscritor de ações relapso no pagamento das respectivas obrigações.

Luís Gonzaga Lobato *versus* Magazine Monte Castelo S.A.

Rec. ext. nº 21.188 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 21.188, em que é recorrente Luís Gonzaga Lobato e recorrido Magazine Monte Castelo S.A., acorda a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, não conhecer do dito recurso, em conformidade das precedentes notas taquigráficas, integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 9 de outubro de 1952. - *Barros Barreto*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: A recorrida, Magazine Monte Castelo S.A., moveu, no fôro da comarca de Pitangui, Estado de Minas Gerais, ação executiva contra o recorrente, Luís Gonzaga Lobato, para dêle haver a importância de Cr$ 18.900,00, referente a ações por êle subscritas e não-integralizadas, instruindo a inicial com o "boletim de subscrição" assinado pelo executado.

O Dr. juiz julgou sanado o processo, e do seu despacho não agravou o recorrente no auto do processo. Na sentença final, entretanto, o Dr. juiz julgou a ação improcedente, porque a inicial não fôra acompanhada dos estatutos, cópia autêntica da ata da assembléia geral e do têrmo de inscrição das ações em nome do executado, e exemplares dos jornais em que veio publicada a chamada dos acionistas. Em grau de apelação, foi tal sentença cassada, entendendo o Tribunal de Justiça mineiro que, tendo transitado em julgado o despacho saneador, não podia a sentença apelada "julgar a ação improcedente por falta de documentos que deviam estar anexos à inicial - matéria meramente processual". O acórdão foi publicado no órgão oficial do Estado a 1º de novembro de 1949. Voltando os autos à primeira instância, o Dr. juiz julgou a ação procedente e

subsistente a penhora. Nova apelação, que não foi provida, e, tendo havido voto vencido, houve embargos, que não mereceram acolhimento.

Daí o presente recurso extraordinário, com fundamento na letra *a* da casuística constitucional alegando-se que foi violado o art. 76 do dec.-lei nº 2.627, de 1940, que, segundo o recorrente, exige na espécie a juntada, com a inicial, dos estatutos da sociedade, cópias autênticas da ata da assembléia geral e do têrmo da inscrição das ações no nome do acionista e exemplares dos jornais em que veio publicada a chamada. Não foi contra-arrazoado o recurso pelo recorrido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): O acórdão recorrido não decidiu pela desnecessidade da juntada dos documentos a que alude o recorrente, como tampouco o fêz o acórdão que, anteriormente, ordenara que o juiz julgasse *de meritis*. Êste anterior acórdão, do qual não foi interposto recurso extraordinário, entendeu que, com o trânsito em julgado do despacho saneador, já não podia a sentença final cuidar dessa matéria processual. E o acórdão recorrido não podia, como é óbvio, alterar o anterior, nessa parte, pois tanto importaria alteração das *res judicata*. Mesmo, porém, que pudesse ser revivida a questão, e se considerasse que o acórdão recorrido decidiu sôbre a desnecessidade dos citados documentos, contentando-se com o "boletim de subscrição" assinado pelo recorrente, não teria violado o art. 76 do dec.-lei nº 2.627.

Dêste absolutamente não consta como requisito da ação executiva a juntada de tais documentos. O comentário de TRAJANO VALVERDE, no sentido da necessidade dessa juntada, é uma opinião à margem do texto legal. Opinião razoável, mas que não se confunde com a letra da lei. É certo que a ação executiva está subordinada às normas do Cód. de Processo Civil, e êste, no seu art. 159, dispõe que "a petição inicial será instruída" com "documentos em que o autor fundar o pedido"; mas o exigir com a inicial da ação executiva, em espécie, a juntada de outro documento além do "boletim de subscrição" assinado pelo acionista executado, será uma "norma de conveniência", e não uma injunção legal.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deixaram de conhecer, por unanimidade.

*

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PROVA - "EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM"

- Na investigação de paternidade, não se exige espécie determinada de prova. Admitida, em princípio, a prova testemunhal, o juiz a examinará segundo as circunstâncias.

- A defesa fundada na "exceptio plurium concubentium" tem plena acolhida em nosso direito.

Benedito Irineu Galvão *versus* Espólio de Antenor Rodrigues de Arruda e outros

Rec. ext. nº 20.940 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.940, de São Paulo, recorrente Benedito Irineu Galvão, recorridos espólio de Antenor Rodrigues de Arruda, sua mulher e outros: Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório *retro* e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, não conhecer do recurso.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 7 de outubro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Lavrado pelo Exmo. Sr. desembargador CAMARGO ARANHA, proferiu o Tribunal de São Paulo o venerando aresto de fls. 219:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 55.542, da comarca de Itu, em que são apelantes Querubim Rosa e outros, e apelado Benedito Irineu Galvão, adotado o relatório da sentença de fls. 164":

"Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao agravo no auto do processo e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso".

"Custas na forma da lei".

"As preliminares suscitadas na contestação foram bem repelidas, sendo de se negar provimento ao agravo no auto do processo".

"Quanto ao mérito, é de se dar provimento ao recurso. Consoante dispõe o art. 363 do Cód. Civil, assiste aos filhos ilegítimos ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai. Dos autos, entretanto, não resulta provada essa concubinagem permanente ou temporária. Das testemunhas produzidas pelo autor, aliás em conflitância com as produzidas pelos réus, nem pela quantidade e menos pela qualidade convence da pretensão do autor. A mãe do autor, desde que foi desvirginada e concebido um filho que pouco tempo depois do seu nascimento veio a falecer, teve sempre uma vida desregrada, mantendo comércio carnal com quem a procurasse, advindo daí os filhos de pais incógnitos, conforme certidões de fls. 189 e 190; sendo ainda certo que, após o nascimento do autor, veio a se instalar na cidade de Itu com casa de tolerância. Dado o procedimento da mãe do autor, a ela mesma não seria fácil saber a quem imputar a paternidade de seus filhos. O fato do investigado freqüentar sua casa, como afirmam as testemunhas do autor, por si só e de maneira alguma poderá constituir presunção de que seja êle seu pai".

"A prova testemunhal, por falível e precária que é, por si só não pode convencer do alegado, sem que outras circunstâncias viessem corroborá-la, o que não seria difícil em uma cidade do interior, em que os fatos são públicos e notórios".

"Insistem as testemunhas do autor em dizer que souberam que o pai do investigado, na qualidade de avô do autor, quis criá-lo e educá-lo, só não o fazendo porque a sua mãe recusou-se a entregá-lo. Tal fato, entretanto, nenhum viso tem de verdadeiro, pois que não consta que em tempo algum tivesse o investigado ou seu pai de qualquer maneira se interessado pelo autor. É ainda a terceira testemunha dos réus quem afirma que o investigado, quando estudante, contraiu moléstia venérea, tendo o médico que o tratou declarado que podia casar-se, mas que não mais teria filho. E, realmente, o investigado de seu consórcio não teve filho, sendo que as irmãs de sua mulher tiveram filhos".

"A prova produzida pelo autor em absoluto não convence que seja êle filho do investigado. Nessas condições, por maioria de votos, dão provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação".

"São Paulo, 31 de agôsto de 1951. - *Mário Masagão,* presidente; *Camargo Aranha*, relator designado".

Infrutuosos os embargos opostos a êsse aresto, como se vê do venerando acórdão de fls. 248, de que foi relator o Excelentíssimo Sr. desembargador JUSTINO PINHEIRO:

"Rejeitam os embargos".

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes nº 55.542, da comarca de Itu, embargante Benedito Irineu Galvão e embargados os espólios de Antenor Rodrigues de Arruda e Ana Rosa da Arruda e outros":

"Acordam, em 3º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado".

"Custas como de direito".

"Versam os autos sôbre uma ação de investigação de paternidade, cumulada com a de petição de herança movida pelo autor contra os réus e com fundamento no art. 363, ns. 1 e 2, 2ª parte, do Cód. Civil. A sentença de primeira instância deu agasalho aos pedidos, mas a egrégia 5ª Câmara Civil, provendo recurso dos réus, julgou as ações improcedentes, pela maioria dos seus juízes. Surgiram então os embargos oferecidos pelo autor".

"Decidiu bem o venerando acórdão embargado".

"Como já observava ENRICO CIMBALI, são dois apenas os critérios lògicamente possíveis para a verificação das relações de paternidade natural. Ou é o pai que afirma diretamente que o filho nascido de uma determinada mulher é também seu; ou são os fatos que falam por si, malgrado o silêncio do pai" ("La Nuova Fase del Diritto Civile", pág. 116).

"Ao contrário do que sucede na união legítima, em que existe a presunção de que o marido é o pai do filho nascido de sua mulher durante o casamento, a união sexual ilegítima não autoriza presunção alguma, exigindo, antes, a prova para o reconhecimento da paternidade natural".

"Na espécie, o autor invocou o concubinato do indigitado pai com sua mãe, Maria Luísa Galvão e, com maior amplitude, as relações sexuais entre êles à época da concepção. Para a prova do vínculo da paternidade natural nada existe partindo do suposto pai. A lei exige escrito daquele a quem se atribui a paternidade, e tão-só prova escrita e não outra. O autor socorreu-se de testemunhas a fim de provar os fatos alegados e que se verificaram há mais de 30 anos. O decurso do tempo faz com que os fatos se apresentem já esmaecidos e inseguros na sua exata situação cronológica, dificultando a sua prova, que peca pela falta de vigor e torna imprecisa a linha divisória entre a realidade e a lenda. Ora, em casos desta natureza, a prova testemunhal é sempre examinada com rigor, no sentido de admitir tão-sòmente a filiação claramente demonstrada".

"A prevenção contra a prova testemunhal, manifestada na doutrina, reflete-se na jurisprudência, atenta sempre a crítica severa que lhe fazem CIMBALI e CLÓVIS BEVILÁQUA, entre outros".

"Com relação ao concubinato, tanto quanto às relações sexuais coincidentes com a concepção, a prova produzida pelo autor é frágil. O que se dessume dos autos é que o indigitado pai freqüentava a casa da mãe do autor, e, mui possìvelmente, teria mantido com ela relações carnais. Mas, a verdade é que não a possuiu com exclusividade, quando o concubinato exige fidelidade da parte da mulher ao seu amante. A dúvida existe, ensejando a exceção *plurium concubentium*, invocada pelos réus. Maria Luísa, antes de residir na casa da rua de Palma, já procedia com desonestidade. No seu comércio sexual concebeu dois filhos, nascidos em junho de 1907 e junho de 1909 (fls. 189 e 190). Posteriormente, em 1917, prosseguiu levando vida irregular, mantendo na cidade um prostíbulo, como refere a testemunha Misael de Campos. Em janeiro de 1914 nasceu o autor. Mas, ainda nesse tempo, em período coincidente com a concepção, Maria Luísa era freqüentada por outros homens, como referem as testemunhas Benedito José Libório (fôlhas 114), Acácio Vasconcelos Camargo (fls. 119) e Joaquim Xavier da Silveira (fls. 122)".

"A má conduta da mãe do autor, fato comprovado de sobejo, exclui a sua aparente fidelidade a um único homem, que seria Antenor Arruda. O que se induz é que tanto êste como outros homens freqüentavam a casa de Maria Luísa. E os que a procuravam não entretinham, é lícito presumir, meras relações platônicas com ela. Ora, a *exceptio plurium concubentium* aniquila a ação de investigação de paternidade. E nos autos ficou provado de modo cabal que Maria Luísa teve comportamento irregular, manteve relações sexuais com outros homens, deu à luz outros filhos de pais desconhecidos e tornou-se, até, proprietária de uma casa de meretrício. Em face de tal procedimento, não é dado, em sã consciência, afirmar ser Antenor Arruda o pai do autor. A paternidade deve ser cumpridamente provada. Como observa ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, não se deve admitir a declaração judicial de uma paternidade simplesmente possível. A prova deve ser satisfatória, concludente, de molde a convencer ìntimamente os julgadores de que a relação de paternidade efetivamente existe" ("Investigação de Paternidade", pág. 155). Apega-se ainda o autor às referências feitas pelas suas testemunhas à sua semelhança fisionômica com o pai de Antenor Arruda, ou com êste. Não se fêz nos autos um exame prosográfico ou estudo prosopométrico do autor e do pesquisado, meios de prova hoje considerados valiosos, pelo seu caráter científico, embora ainda insuficiente para demonstrar o vínculo da paternidade. O que existe são meras referências à "parecença", ou semelhança, entra o autor

e aquelas provas. Mas, de outro lado estão testemunhas que negam a existência de traços fisionômicos comuns, que atestariam a relação de parentesco invocada. É o conflito de provas que permanece, enfraquecendo tal meio probante e tornando-o precário e merecedor da prevenção com que é recebido. Além disso, tais sinais não autorizam uma declaração política de parentesco. Os sósias o demonstram".

"Do exposto resulta que o acórdão embargado, repelindo a pretensão do autor, decidiu acertadamente. Nenhuma "certeza de paternidade" decorre dos autos, de forma que se possa declará-la judicialmente. E, "na incerteza, o dever do magistrado é abster-se de condenar o réu, declarar não-provada a paternidade", como recomenda CARLOS MAXIMILIANO. Os embargos opostos devem ser rejeitados, mantendo-se o acórdão".

"São Paulo, 22 de fevereiro de 1952. - *J. A. de Azevedo Marques*, presidente; *H. da Silva Lima*, relator".

Daí o presente recurso extraordinário pedido nos têrmos de fls. 252:

"Recurso extraordinário para o egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos de embargos, de Itu, nº 55.542".

"Benedito Irineu Galvão, por seu advogado e procurador bastante, abaixo assinado, nos autos de embargos, de Itu, nº 55.542, em que contende com os espólios de Antenor Rodrigues de Arruda e sua mulher, D. Ana Rosa de Arruda, e outros, não se conformando, *data venia*, com a respeitável decisão dêsse egrégio Tribunal, proferida pela colenda 5ª Câmara Civil, vem, respeitosamente, recorrer da mesma para o egrégio Supremo Tribunal Federal, como permitem os artigos 863 do Cód. de Proc. Civil e 101, nº III, letras *a*, *in fine*, e *d*, da Constituição federal brasileira, de 18 de setembro de 1946, em vigor. O recurso é interposto dentro do prazo determinado pelo art. 864 daquele Código, pois, feita a intimação das partes litigantes, do venerando acórdão proferido, por publicação de 16 de abril corrente, no "Diário da Justiça" do Estado, o prazo para recorrer está vigindo até esta data, inclusive.

"Como se verifica nos autos do processo, o recorrente propôs, na comarca de Itu, neste Estado, ação ordinária de investigação de paternidade, cumulada com

a de petição de herança, contra os espólios referidos e os herdeiros nêles interessados, com fundamento no disposto no art. 363 e incs. I e II, segunda parte, do Cód. Civil brasileiro (*item* 8° da inicial), visando demonstrar que, ao tempo em que foi concebido por sua mãe, dona Maria Luísa Galvão, vivia esta concubinada com seu pai Antenor Rodrigues de Arruda, e coincidindo, também, a concepção do recorrente com as relações sexuais de seu pai com sua mãe. São estas as duas hipóteses da nossa lei federal, o Cód. Civil, que invocou na inicial e nas quais assentou a demanda, resultando, ambas, bem provadas no processo. E, em conseqüência, pois, o MM. Dr. juiz de direito da comarca de Itu, - que hoje é um dos mais cultos magistrados nesta capital, - julgou procedente a ação, proferindo, com alto critério e de acôrdo com a lei, o direito e a jurisprudência dos Tribunais, a judiciosa sentença de fls. e fls."

"Entretanto, interposto pelos réus-vencidos recurso para êsse egrégio Tribunal, entendeu a colenda 5ª Câmara Civil, pela maioria eventual de um voto, de reformar a decisão da primeira instância, em acórdão venerando, mas que peca pela imprecisão e contrariedade às provas dos autos, contrariando, *data venia*, a jurisprudência pacífica dos nossos Tribunais, no tocante ao valor das provas, e o nosso Cód. Civil, artigo e incisos *retro* citados, fundamentos da ação e da justa pretensão do recorrente. Foram, em conseqüência, opostos embargos infringentes, os quais, ainda por maioria de votos, foram rejeitados. Daí, e como subsistam as mesmas circunstâncias predominantes do venerando acórdão embargado, - que revelam uma interpretação e aplicação da lei federal, que é o Cód. Civil brasileiro, diversa da que tem sido dada e feita pelos Tribunais judiciários do País, e notadamente por êsse egrégio Tribunal e o egrégio Supremo Tribunal Federal, no que concerne às ações de investigação de paternidade e às provas admitidas - recorre, com a presente, para êsse último e egrégio Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja restaurada a decisão da primeira instância, com a interpretação e aplicação exatas da lei e do direito ofendidos. No bôjo dos autos se encontram, citados pelo recorrente, acórdãos e decisões que demonstram a diversidade de conceituação e apreciação das provas, que formam a jurisprudência dominante, em relação à dos venerandos acórdãos recorridos. Nestes se admitiu que a prova testemunhal produzida pelo recorrente, como autor, é frágil e precária, enquanto que o MM. juiz do feito as acolheu e teve de modo diferente, inteiramente, como fortes e convincentes".

"Da leitura atenta que se faça do venerando acórdão ora recorrido se conclui que a incerteza predominou no espírito dos ilustres julgadores que o subscreveram, levando-os, para se justificarem, a recorrerem ao conceito de CARLOS MAXIMILIANO, de que, "na incerteza, cabe se abster da condenação do réu", quando a função do julgador é atar-se às provas dos autos, à lei e ao direito, à jurisprudência vigente. Êstes fatôres são soberanos e prevalecem sôbre os conceitos de ordem pessoal".

"O Cód. Civil prevê, no seu art. 136, inc. IV, a prova dos atos jurídicos por meio de testemunhas. É, portanto, uma forma legal de prova, que não pode ser repelida, mas que, pelo contrário, deve ser aceita, principalmente nos processos de investigação de paternidade. Vejam-se a propósito, os conceitos dêstes julgados: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, "REVISTA FORENSE", vol. 105, pág. 511; "Rev. dos Tribunais", vol. 74, págs. 625-629; volume 30, de 1919, págs 447-451; vol. 41, págs. 386-389; vol. 56, págs. 232-234; volume 75, pág. 481; vol. 45, págs. 316-320; "REVISTA FORENSE", vol. 102, pág. 506; "Rev. dos Tribunais", vol. 42, págs. 417-419. Nas razões do recurso, a serem apresentadas em tempo hábil, serão mencionados os inúmeros julgados contra os quais se choca e atenta o que, encerra o venerando acórdão recorrido".

"Nestes têrmos, junta esta aos autos, e recebido o recurso para os efeitos legais, por ser de justiça".

Razões a fls. e fls.: (*ler*). Êste o parecer do Exmo. Sr. Dr. procurador geral PLÍNIO TRAVASSOS:

"Versam os autos sôbre uma ação de investigação de paternidade cumulada com a de petição de herança, movida pelo atual recorrente contra os recorridos, com fundamento no art. 363, ns. I e II, 2ª parte, do Cód. Civil".

"A sentença de primeira instância acolhera o pedido (fls. 164-168), mas a egrégia 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, provendo o recurso dos recorridos, julgou improcedente a ação (fls. 219-220), decisão que foi confirmada, em grau de embargos, pelo 3º Grupo de Câmaras Civis (fls. 248-250)".

"Daí o presente apêlo, com fundamento nas alíneas *a* e *d* do nº III do artigo 101 da Constituição (fls. 292), pois, no caso, segundo o recorrente, a decisão recorrida teria aplicado e interpretado o art. 363 do Código citado em desacôrdo com a inteligência que lhe têm dado outros tribunais".

"Entretanto, debatendo matéria que se cinge a uma, pura *quaestio facti*, o recurso não merece acolhida. Basta a simples leitura dos acórdãos recorridos, prolatados em apelação e em embargos, para se concluir que apenas se cogitou, na espécie de apreciação de prova testemunhal, reconhecida como precária e frágil para o fim colimado pelo recorrente. Nem êste se abalançou a apontar contrariedades das decisões à lei federal, nem sequer divergência de interpretação jurídica de normas legais, embora mencionasse que o recurso se fundava nas alíneas *a* e *d* do inc. III do art. 101 da Constituição".

"E ainda que conhecido fôsse o recurso, impor-se-ia o seu desprovimento, a nosso ver. A procedência da *exceptio plurium concubentium* foi acolhida pelo egrégio Tribunal de Justiça. Sua fundamentação consta dos autos, encontra apoio indestrutível na *prova* referida pelos venerandos acórdãos, e afasta definitivamente a pretensão do recorrente".

"Opinamos, assim, que do recurso não conheça êste egrégio Tribunal".

"Distrito Federal, 23 de julho de 1952. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): O caso dos autos é de ação de investigação de paternidade cumulada à de petição de herança, fundada no artigo 363, ns. 1 e 2, 2ª parte, do Cód. Civil.

No Tribunal de São Paulo, o autor, que lograra vencer em primeira instância, não foi bem sorteado.

No venerando acórdão em que incide o recurso extraordinário se diz que deixaram de ficar suficientemente provados os fatos expostos pelo autor - o

concubínio de sua mãe com o pretenso pai e seu comércio sexual à época da concepção.

Realça o aresto que, para a prova pretendida, nada existe que partisse do suposto pai.

A prova testemunhal oferecida diz de fatos já antigos, velhos de mais de 30 anos, tornando-a insegura e esmaecida.

Em casos desta natureza, sublinha o aresto, "a prova testemunhal é sempre examinada com rigor, no sentido de admitir sòmente a filiação claramente demonstrada".

Quanto ao amásio, o venerando aresto também considerou *frágil* a prova do autor, acrescentando: "O que se dessume dos autos é que o indigitado pai freqüentava a casa da mãe do autor e, mui possìvelmente, teria mantido com ela relações carnais. Mas, a verdade é que não a possuiu com exclusividade, quando o concubinato exige fidelidade da parte da mulher ao seu amante. A dúvida existe, ensejando a exceção *plurium concubentium*, invocada pelos réus".

Realça o acórdão que, no período coincidente com a concepção do autor, Maria Luísa era freqüentada de outros homens, como referem as testemunhas, que cita.

Em derredor de fatos que confluem na conclusão acima, o venerando aresto desenvolve considerações nítidas e positivas. Considera que, em tais condições, a prova devia se mostrar mais robusta e convencedora, observando a ausência de perícias que pudessem dar valor às referências à semelhança ou parecença do autor com o suposto pai, o que, de resto é contestado por outras testemunhas.

Na versão do recorrente, o venerando acórdão malferiu o art. 363, incs. I e II, 2ª parte, do Cód. Civil.

Alude, ainda, ao art. 136, inc. IV, do mesmo Código. Mas, a só ressunta do aresto dada nas linhas acima põe de manifesto a inocorrência de vulneração dos preceitos citados.

Não desadmitiu o aresto, em têrmos completos e radicais, a prova derivada de testemunha nas ações de investigação de paternidade.

Preconizou a adoção de critérios de apreciação que evitem o ganho de causa quando ocorre simples *possibilidade* em volta das afirmações do autor e realçou que, em se tratando de fatos já remotos, aconselhável será maior cuidado na aceitação dessas afirmações, por se tratar de acontecimentos a que a distância empresta esmorecimento e incerteza.

Com êsse teor de julgar, nem repeliu, em tese, a prova testemunhal em tais ações e nem negou ao filho ilegítimo demanda contra o pai para o reconhecimento da filiação nos casos dos ns. I e II do art. 363 do Cód. Civil.

O recurso extraordinário descabe, no caso, *toto coelo* com fundamento na letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

Quanto à letra *d*, desde logo se verifica rimar a cautela inculcada no acórdão para a apuração das provas com a doutrina que indica ao júri a necessidade de, simultâneamente, não se abraçar a conceituação nìmiamente rigorosa nem vagar o julgamento facilidades que toquem ao laxismo.

Nem se há de negar a possibilidade de levantar aquêle *voile impénetrable* da famosa referência de CAMOEUR DE VRICE e dar extensão maior da anta ao *pater semper incertus*, nem se deve considerar temeràriamente como provado o fato por amor de simples referências vagas ou de indícios delgados e insignificativos. *Inter atrunu que tene*. O que é quase impossível, no caso, é a prova direta.

Mas, a indireta, tal seja o seu poder, é hábil a gerar com vencimentos razoáveis e sólidos. E o que deriva das testemunhas é admitido geralmente, de fora parte na hipótese singular de CLÓVIS BEVILÁQUA, "Direito de Família", página 444.

Aqui, porém, é lícito negar entrada a provas vagas, realçando os autores o rigor com que deve o reclamante produzir sua prova (vêde FILADELFO AZEVEDO, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 81, pág. 578).

E, no que tange à prova exclusivamente testemunhal, pôsto não deva e nem possa deparar repulsa radical em princípio, conhecidas são as restrições que se lha fazem, segundo ao propósito as observações de AFRÂNIO PEIXOTO, NÉLSON HUNGRIA, BALDI e tantos outros.

Não vulnera, assim, a lei nem a lógica a observação de LA GRASSERIE e que é a mesma que se dessume das linhas e entrelinhas do venerando aresto recorrido: *"Ajoutons que le juge sera particulièrement circonspect quand il s'agit de déclarer la paternité naturelle d'après des témoignages"* ("La Recherche de la Paiternité", pág. 153).

Veja-se, ainda, o que, a êsse propósito, observa SABÓIA LIMA, *in* "Arq. Judiciário", vol. 86, pág. 185.

Não se admite, como adverte o professor ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, a declaração judicial de uma paternidade simplesmente possível, acrescentando: "...a prova deve ser satisfatória, concludente, de modo a convencer ìntimamente os julgadores de que a relação de paternidade efetivamente existe. Se, nesse caso, não é possível apurar a verdade absoluta, objetiva, pela natureza do fato que se quer provar, é, entretanto, possível a certeza que é um estado subjetivo de convicção" ("Investigação de Paternidade", págs. 227-228).

Em suma, como para o direito português disse ADRIANO PAIS DA SILVA VAZ SERRA, não se exige, no caso, espécie determinada de prova. Antes, "reconhecendo-se a impossibilidade da prova direta do fato da paternidade, se deve, no mutismo da lei, admitir que está não proibiu especialmente esta ou aquela prova que não seja proibida pela lei geral, tendo os fatos uma grande liberdade nas provas a produzir" ("A Investigação da Paternidade Ilegítima", nº 20, pág. 153).

Admitida, em princípio, a prova testemunhal, o juiz a examinará segundo as circunstâncias da espécie, sem que na instância extraordinária, e na preliminar

do cabimento do apêlo extremo, se torne curial o reexame pretendido pelo recorrente.

De resto, além de considerar, em apuração soberana de fatos, frágil e convalível a prova do autor, o venerando cresto ainda realça a sua maior debilitação por haver o réu provado a *exceptio plurium constupratorum* ou *plurium concubentium*.

Ora, essa defesa, pôsto não referida expressamente em nossa lei, como na francesa em que assume a fôrça de *fin de non recevoir*, é admitida, como realça o Prof. ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *verbis*:

"A paternidade é um fato que precisa ser provado de modo convincente para o juiz. Não se pode, entre nós, condenar ninguém pelo *risco da paternidade*, ou pela *paternidade apenas possível*. É essencial a certeza do julgador, êsse estado subjetivo de convicção, sem o qual a sentença condenatória seria uma iniqüidade. Sem dúvida que essa certeza pode decorrer de provas indiretas, de presunções, mas, tais presunções admitimos, indubitàvelmente, neste caso, provas que as destruam. Se o réu as produz, se demonstra que, no período da concepção, a mulher teve comércio carnal com outro indivíduo, a incerteza da paternidade se estabelece e a sua absolvição se impõe. Não era preciso que o Código o declarasse expressamente" (liv. cit., págs. 346-347).

E lembra, ainda, a êsse propósito, por declará-la inteiramente aplicável ao nosso direito, a lição de DUSI:

"O suposto pai pode opor a *exceptio plurium concubentium* porque a sua responsabilidade para com o filho e, mais ainda, a atribuição a êste último do estado que lhe compete, não devem encarar-se como uma espécie de punição civil a infligir-se ao homem pela falta cometida; mas deve ser o efeito de sua paternidade provada".

O concubínio estabelece uma presunção da paternidade, a *exceptio* de que se trata infirma semelhante presunção.

O nosso direito não recebeu em suas conseqüências extremas o *nunquam de meretrice*...

Não se trata, em nosso direito, de *fin de non recevoir*, mas de defesa cuja relevância é incontrariável (vêde SOARES DE FARIA, "Investigação de Paternidade", nº 60; CARVALHO SANTOS, "Código Civil Interpretado", vol. V, págs. 479-480; ESTEVÃO DE ALMEIDA, *in* "Manual LACERDA", vol. VI, págs. 154, *in fine*, e 156, *in fine*, etc.).

As argüições rejeitadas ao venerando aresto dizem para o imperfeito e errôneo da análise das provas. E a eventual procedência dessas objeções não envolveria ocorrência de vulneração de preceito legal ou dissídio em sua interpretação.

Não há, no caso, *federal question* capaz de conhecer o exercício do recurso extraordinário, têrmos em que deixo de conhecer do apêlo, preliminarmente.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia* de V. Ex.ª, conheço do recurso pela letra *a*, mas lhe nego provimento.

DECISÃO

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

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

CONGRESSO NACIONAL - CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - JULGAMENTO MERAMENTE DECLARATÓRIO - SESSÃO LEGISLATIVA ORDINÁRIA - DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

- As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discrição do Congresso ou do govêrno os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam

autorizá-las; mas essa discrição legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais.

- Por ser transitória uma disposição constitucional, não perde ela êsse caráter e, emanada do mesmo poder constituinte, deve prevalecer para o caso especial que visou, ainda que diversa seja a norma permanente estabelecida para a generalidade dos casos, pois que, de outro modo, ela representaria uma inutilidade.

- O mandado de segurança não comporta julgamento meramente declaratório.

- Inteligência do art. 39 da Constituição federal.

Impetrante: Carlos Castilho Cabral

Mand. de seg. nº 1.423-Rel.: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 1.423, do Distrito Federal, em que é requerente Carlos Castilho Cabral, decide o Supremo Tribunal Federal indeferir o pedido, por maioria de votos, depois de desprezadas as preliminares por votação unânime, tudo de conformidade com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 22 de fevereiro de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: O ilustre advogado Carlos Castilho Cabral requer mandado de segurança contra o ato da Mesa da Câmara que, atendendo a requerimento de mais de um têrço dos membros da respectiva Mesa, convocou extraordinàriamente o Congresso Nacional para funcionar até 9 de março de 1951, com infringência do art. 2º § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e com violação do direito líquido e certo do

impetrante e dos demais deputados eleitos no último pleito, de exercerem, por convocação própria, ou do presidente da República, o seu mandato a partir de 1° de fevereiro de 1951.

Acentua que uma Câmara de um Congresso não pode convocar as Câmaras do Congresso seguinte. O Poder Legislativo é uno, mas os Congressos sucedem esgotando-se o seu poder de auto-convocação, ao têrmo do mandato dos seus membros. Nenhuma dúvida se levantaria contra a legalidade da referida convocação, senão quanto à sua conveniência (matéria que escapa à apreciação do Judiciário), se o têrmo do funcionamento extraordinário do Congresso tivesse sido fixado para 31 de janeiro de 1951. O que se impugna é a usurpação do mandato legislativo, que em tanto importa a sua prorrogação além do período de sua vigência, que, por expressa disposição constitucional transitória, terminou a 31 de janeiro de 1951 (citado artigo 2º, § 1º).

Sustenta que o mandato dos novos deputados começa com a nova legislatura, em 1° de fevereiro de 1951, ao findar a legislatura anterior. Não há confundir início da legislatura (art. 45) com inauguração da sessão legislativa ordinária (art. 41, nº I, da Constituição). Improcede o argumento baseado no art. 45 da Constituição, que assegura Imunidades desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte. Se as imunidades vão até o início da legislatura seguinte, hão de durar até meia-noite do dia 31 de janeiro de 1951, em perfeita correspondência com o prazo do mandato, cujo têrmo foi assim fixado pelo § 1º do art. 2° de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nem se poderia compreender imunidade além do mandato, porque aquela pressupõe êsse.

Aplicado o art. 57 da Constituição, que também se invocou no instrumento de convocação, o mandato dos antigos deputados teria terminado muito antes de 31 de janeiro de 1951, data fixada nas Disposições Constitucionais Transitórias, porquanto aquêle artigo estabelece para cada legislatura a duração de quatro anos.

Para boa aplicação do citado art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Regimento Interno da Câmara devera ter marcado para 1º de fevereiro e não para 10 de março a data da reunião da primeira sessão preparatória no ano inicial de cada legislatura.

O Regimento, assim, deve ceder ao preceito constitucional, realizando-se, portanto, independentemente de convocação, a, 1º de fevereiro e dias subseqüentes, as preparatórias que o mesmo Regimento inconstitucionalmente fixou para os dias 10 de março e seguintes, nos anos iniciais de cada legislatura.

Por último, observa que nenhum desprestígio há para o Legislativo na solução da questão por aquêle dos poderes da República, ao qual compete a missão de guarda da Constituição e das leis.

Desde que os dois ramos do Legislativo divergem tão profundamente (o Senado não aceitou a convocação do Congresso além de 31 de janeiro de 1951), na apreciação de uma questão jurídica que interessa à própria estabilidade das instituições democráticas, desprestígio haveria, e para o próprio regime representativo, se outro Poder não tivesse competência para, sem recurso aos meios coercitivos extralegais, dirimir a controvérsia.

E conclui por pedir a segurança para o fim de, fazendo-se cessar os efeitos abusivos do ato aludido da convocação extraordinária do Congresso Nacional, ser garantido ao impetrante o direito, que lhe confere o diploma de deputado federal pelo Estado de São Paulo, de, juntamente com outros de seus paras, em número legal, obedecido o disposto no parág. único do art. 39 da Constituição, convocar o novo Congresso para funcionar imediatamente após o têrmo, a 31 de janeiro de 1951, da primeira legislatura, ou para, independentemente dessa convocação ou da do presidentes da República, se reunir aos demais deputados diplomados, no Palácio Tiradentes, a 1º de fevereiro, para a realização das reuniões preparatórias da primeira sessão legislativa ordinária, prevista no art. 39, *caput*, da Lei Magna.

Solicitei informações ao Sr. presidente da Câmara dos Deputados.

Prestou-as o eminente presidente CIRILO JÚNIOR, no seguinte ofício (fls.):

"Sr. ministro".

"Em atenção ao respeitável ofício relativo ao alegado no mandado de segurança nº 1.423, do Distrito Federal, cumpre-me informar a V. Exª o seguinte":

"Segundo consta da petição da segurança impetrada pelo ilustre deputado eleito, Carlos Castilho Cabral, o recurso é manifestado "contra o ato da Mesa da Câmara, que, atendendo a requerimento de mais de um têrço dos membros da Câmara dos Deputados, conforme consta do "Diário do Congresso Nacional", de 14 de dezembro último, em flagrante infringência do art. 2°, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, convocou extraordinàriamente o Congresso para funcionar até 9 de março de 1951, violando, *ipso facto,* direito líquido e certo do impetrante e dos demais deputados eleitos no último pleito eleitoral".

"Certo é, porém, que a Mesa da Câmara dos Deputados não praticou nenhum ato que importe em convocação extraordinária do Congresso Nacional para funcionar até essa ou aquela data, e menos qualquer ato atentatório do direito líquido ou ilíquido, certo ou incerto, do digno impetrante".

"A Mesa da Câmara dos Deputados jamais convoca extraordinàriamente o Congresso Nacional".

"Com o ato da convocação extraordinária do Congresso Nacional, quer no seu sentido substantivo, quer no seu sentido formal, nada tem a ver a Mesa da Câmara dos Deputados".

"Assentou a Constituição federal que:

"O Congresso Nacional reunir-se-á na Capital da República, a 15 de março de cada ano, e funcionará até 15 de dezembro" (art. 39).

"O Congresso Nacional só poderá ser convocado extraordinàriamente pelo presidente da República ou por iniciativa do têrço de uma das Câmaras" (parág. único do art. 39).

"Afirma o digno impetrante que:

"Datado de 9 de novembro do ano passado, os deputados SOARES FILHO e outros, em número legal, apresentaram à Mesa da Câmara o requerimento de convocação extraordinária".

"E é aí mencionado que a Mesa não fêz convocação e, apenas, recebeu o instrumento convocatório assinado por deputados em número legal".

"Pretende o impetrante que a Mesa da Câmara, à qual compete a direção de todos os seus trabalhos, devia recusar o instrumento de convocação, por ser evidentemente inconstitucional, e, não tendo assim procedido, praticou ilegalidade ou abuso de poder".

"Labora em equívoco o douto impetrante".

"A Mesa exorbitaria, sim, de sua competência e afrontaria o parág. único do art. 39 da Constituição federal, se não conhecesse a iniciativa devolvida a um têrço da Câmara de convocar extraordinàriamente o Congresso".

"O têrço da Câmara dos Deputados não solicita à Mesa que faça a convocação. O têrço da Câmara comunica ao presidente da Câmara, e não à Mesa, entidades distintas, haver resolvido a convocação. E, como procede o presidente ante essa comunicação?"

"Di-lo o art. 185 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, votado e promulgado por fôrça do art. 40 da Constituição federal:

"Sempre que a têrça parte da Câmara dos Deputados comunicar ao seu presidente haver resolvido convocar, em sessão extraordinária, o Congresso Nacional, na conformidade do art. 39, parág. único, da Constituição, a resolução será transmitida ao presidente do Senado, para as providências necessárias, nos têrmos do Regimento Comum".

"O presidente da Câmara de outro modo não procedeu. Recebida a comunicação de estar o Congresso convocado, a Presidência da Câmara, depois de ouvir prèviamente a Comissão de Constituição e Justiça, exarou o parecer constante do "Diário do Congresso" de 13 de dezembro, junto a esta, transmitiu-a, como lhe cumpria, ao presidente do Senado, que por sua vez deu-lhe publicação, fazendo-o nestes têrmos":

"Convocado o Congresso Nacional, por iniciativa da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, conforme comunicação constante do ofício nº 10, de 11 do corrente, do presidente da mesma Casa Legislativa, faço saber aos Srs. Congressistas, que a instalação da sessão legislativa extraordinária se realizará às 14 horas do dia 16 do mês em curso, no Palácio Tiradentes. - *João Vilas Boas*, 2º secretário do Senado Federal, no exercício da vice-presidência".

"O ato não foi, pois, da Mesa, e nem do presidente da Câmara. Êste nem mesmo foi executor do ato, que se executa por si próprio, nos têrmos expressos da Constituição".

"Ora, a Constituição federal, na letra *i* do nº I do art. 101, atribui ao venerando Supremo Tribunal competência originária para processar e julgar os mandados de segurança contra "ato da Mesa da Câmara" e não contra iniciativa constitucional da própria Câmara".

"O preceito da competência visa o exame de atos administrativos da Mesa quando ela os pratica com ilegalidade ou abuso de poder".

"O legislador constituinte, ao restringir essa competência quanto aos atos da Mesa da Câmara ou Senado e do próprio presidente dêsse colendo Supremo Tribunal, considerou a preponderância em nosso sistema constitucional do dogma absoluto da independência e harmonia dos poderes, subtraindo do Judiciário o exame e o julgamento dos atos exclusivamente políticos. E o ato cuja prática o impetrante, atribuiu à Mesa é um ato exclusivamente político, praticado por uma das Casas do Congresso Nacional, ou seja, a Câmara dos Deputados. Desde que sejam exclusivamente dessa categoria os direitos interessados na espécie, o Poder Judiciário tem pôsto limite à sua alçada para dêles conhecer, pontificou RUI BARBOSA por mais de meio século, para, por derradeiro, legar à doutrina, à jurisprudência e à norma constitucional vigente, já agora, incontroverso e indispensável mandamento que, embora não escrito, comanda sempre no nosso sistema político, pois resulta da essência do regime".

"Definido êste, surge como dogma o principio mencionado".

"Creia V. Ex.ª, sempre, no alto aprêço que lhe tenho e na veneração que tributo ao egrégio Supremo Tribunal".

"Em seguida o eminente procurador, PLÍNIO TRAVASSOS emitiu êste parecer":

"O advogado Carlos Castilho Cabral, na qualidade de deputado federal, eleito a 3 de outubro de 1950 e diplomado pelo colendo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, dizendo-se apoiado nos artigos 141, § 24, e 101, nº I, *i*, da Constituição federal, impetrou o presente mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara dos Deputados que, atendendo o requerimento de mais de um têrço dos membros da mesma Câmara, convocou extraordinàriamente o Congresso Nacional para funcionar até 9 de março de 1951.

"Entende o ilustre impetrante que o referido ato viola direito líquido e certo seu e dos demais deputados eleitos no último pleito eleitoral e pretende, por meio de mandado de segurança, fazer cessar os efeitos do ato da aludida convocação extraordinária do Congresso Nacional e que lhe seja garantido o direito que lhe confere o diploma de deputado federal de, juntamente com outros seus pares, em número legal, obedecido o disposto no parág. único do art. 39 da Constituição federal, convocar o novo Congresso para funcionar imediatamente após ao têrmo, a 31 de janeiro último, da primeira legislatura, ou para, independentemente dessa convocação ou da do presidente da República, se reunir aos demais deputados diplomados no Palácio Tiradentes, sede da Câmara dos Deputados, a 1º do corrente, para a realização das reuniões preparatórias da primeira sessão legislativa ordinária, prevista no já citado art. 39 da Lei Magna".

"Cabe-nos, portanto, examinar, preliminarmente, o que dispõe o § 24 do artigo 141 da Constituição federal, fundamento do pedido do ilustre impetrante".

"Eis os seus têrmos":

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

"E qual o direito líquido e certo do impetrante, deputado federal recém-diplomado?"

"É o que lhe confere o seu diploma de deputado federal, segundo dispõe o artigo 45 da Constituição federal, ou seja:"

"Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara".

"O que, porém, pretende o ilustre impetrante, é que lhe seja assegurado e aos seus pares, em número legal, convocar o novo Congresso para funcionar imediatamente a partir de 31 de janeiro último, ou seja, independentemente dessa convocação ou da do presidente da República, se reunir aos demais deputados diplomados, no Palácio Tiradentes, sede da Câmara dos Deputados, a 1º do corrente mês, para realização das reuniões preparatórias da primeira sessão legislativa ordinária prevista no art. 39 da Constituição federal".

"Êsse artigo, entretanto, dispõe que:

"O Congresso Nacional reunir-se-á na Capital da República a 15 de março de cada ano e funcionará até 15 de dezembro".

"E o parágrafo único dêsse artigo estabelece que:

"O Congresso Nacional só poderá ser convocado extraordinàriamente pelo presidente da República ou por iniciativa do têrço de uma das Câmaras".

"Conseguintemente, o que deseja o impetrante é que se lhe reconheça direito líquido e certo a uma iniciativa que o parág. único do art. 39 da Constituição federal só confere ao presidente da República e ao têrço de uma das Câmaras".

"Não vemos, pois, como amparar sua pretensão.

"E se direito não tem o impetrante, pessoalmente, a convocar o Congresso extraordinàriamente, também não o tem para convocá-lo ordinàriamente, pois a

reunião ordinária do Congresso Nacional não depende de convocação; ela se opera por fôrça do disposto no já transcrita art. 39 da Constituição federal".

"Ademais, em se tratando do primeiro ano da legislatura para a qual foi o ilustre impetrante diplomado como deputado federal, cumpre-lhe observar o disposto no art. 2º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, *in verbis"*:

"No primeiro ano de cada legislatura os candidatos diplomados deputados federais reunir-se-ão em sessão preparatória na sede da Câmara, às 14 horas do dia 10 de março".

"Portanto, em face do disposto no artigo 39 da Constituição federal e no artigo 2º do dito Regimento Interno, os deputados, no início de cada legislatura, não poderão se reunir antes de 10 de março".

"Assim, nenhum direito tem o ilustre impetrante ao que pede na petição inicial e muito menos com a liquidez e certeza indispensáveis para poder merecer o amparo do remédio heróico".

"Somos, assim, por que se não conheça do pedido inicial".

"Distrito Federal, 16 de fevereiro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos,* procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): A douta informação do Sr. presidente da Câmara suscita, com apoio em lição de RUI BARBOSA, uma preliminar de incompetência do Poder Judiciário, por se tratar de ato exclusivamente político praticado por uma das Casas do Congresso Nacional.

Mas, *data venia*, há que distinguir, como sustentei, quando procurador geral da República, em parecer que êste Supremo Tribunal unânimemente acolheu (mandado de segurança nº 1.006 - acórdão de 15 de junho de 1949).

E a distinção é feita magistralmente por CASTRO NUNES ("Do Mandado de Segurança", 2ª ed., atualizada, 1948, página 205):

"As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discrição do Congresso ou do govêrno os aspectos da sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, escolha dos meios, etc. Discricionárias são, com idêntica conceituação, as medidas de polícia, no seu mais amplo sentido, adotadas na esfera administrativa. Mas, dizendo isso, não se diz, nem se poderia dizer, que a discrição legislativa ou administrativa pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raias que condicionam o exercício legítimo do poder".

"Basta assentar êsse como para se ver, desde logo, que a discrição, só existe dentro dos limites objetivos legais e que, ultrapassados êstes, começa a esfera jurisdicional".

"Na verdade, os tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar nem apreciar, na fundamentação das suas decisões, as medidas de caráter legislativo ou executivo, políticas ou não, de caráter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu assento constitucional ou legal. Mas, acrescento, nessa esfera restrita, o poder jurisdicional dos tribunais não comporta restrição de espécie alguma, fundada na natureza da medida, seja esta política ou discricionária".

O antigo critério jurisprudencial norte-americano (*merely*, *purely*, *exclusively political questions*") já não é repetido por muitos.

E COUNTRYMAN, um dos que não o repetem, acentua com razão que o critério diferencial, para se fixar o limite do poder jurisdicional dos tribunais, não reside na natureza política do ato, mas na possibilidade de ser enquadrado, conclusivamente, na Constituição, o direito individual que se diz violado. Mostra ainda CASTRO NUNES como evoluiu, nessa matéria, o pensamento de RUI BARBOSA (pág. 207):

"Em um dos seus últimos trabalhos, no em que mais extensamente se devotou à objeção do caso político como exceção declinatório, da jurisdição, êle abandona o critério fundado na natureza da medida que, antes de 1893,

apontara como elemento de diferenciação (vide "Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo", pág. 28), assentando, então, o princípio da extensão jurisdicional, sem aquela limitação empírica, mas condicionada tão-sòmente à existência de um direito ajuizável".

"Uma questão política pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns até puramente política, fora dos domínios da Justiça e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado" ("Direito do Amazonas", vol. I, pág. 178).

E, após citar no mesmo sentido EPITÁCIO PESSOA e BRUNIALTI, conclui (pág. 208):

"Não é, portanto, a natureza da matéria que pode autorizar a objeção do caso político, mas a configuração legal do direito argüente da ilegitimidade do ato".

Se assim pensava RUI BARBOSA na vigência da Constituição de 1891, que não pensaria em face da Carta atual que declara peremptòriamente não poder a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 141, § 4º); manda conceder mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder (art. 141, § 24); e não manteve o preceito contido no art. 94 da Carta anterior, segundo o qual era vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas?

PONTES DE MIRANDA também faz com muita nitidez a distinção assinalada, mostrando que "não pode o Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas, como seriam as que versassem sôbre a oportunidade, acêrto ou conveniência do ato" ("Comentários à Constituição de 1946", vol. 2º, pág. 178).

Mas observa que o Poder Judiciário examina os pressupostos constitucionais ou legais do ato, acrescentando (pág. 180):

"O que um Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário faz - dentro das suas atribuições - vale nos casos concretos; o que qualquer dêles pratica fora das

suas atribuições, ferindo direitos públicos ou privados, a que correspondam ações ou exceções, é suscetível de ser considerado inconstitucional. Quando MARSHALL dizia que as questões por sua natureza política nunca poderiam ser ventiladas na Côrte Suprema, pronunciara frase vaga, que não se pode repetir sem perigo. Onde a "questão política" se liga a atos que violam direitos, a ação leva-a à Justiça e a Justiça pode conhecer dela. Já não é exclusivamente política qualquer questão que consiste em saber se existe ou qual a extensão ou amplitude de uma atribuição das entidades políticas (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios), de algum dos poderes públicos (Poder Legislativo: federal, Poder Legislativo estadual, Poder Executivo federal, Poder Judiciário estadual, prefeitos, câmaras municipais) ou de algum dos seus órgãos, e se foi, ou não, violado, ou se não pode ser violadora (*habeas corpus*, mandado de segurança) direito individual".

PONTES DE MIRANDA oferece êste exemplo (pág. 181):

"Nada mais essencialmente político do que a licença para processo de deputado; no entanto, se alega, perante juízo, que não houve a votação e prova que a comunicação do presidente da Câmara não corresponde ao vencido, a Justiça declara que não houve a licença".

E conclui (pág. 182):

"Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo ou do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido e caiu-se no terreno da questão jurídica".

Projetamos agora a luz dêstes princípios sôbre o caso em discussão.

O impetrante sustenta que o mandato dos antigos deputados e de um têrço dos senadores terminou em 31 de janeiro de 1951; conforme o disposto no art. 2°, § 1°, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e que a convocação extraordinária do antigo Congresso, além daquela data, importou em violação do citado preceito e ofensa ao direito do impetrante, deputado eleito em 3 de outubro, acrescentando que uma Câmara de um Congresso não tem competência para convocar as Câmaras do Congresso seguinte.

Não estão em causa, portanto, os aspectos de oportunidade, acêrto ou conveniência do ato, hipótese em que não caberia a apreciação judicial.

Há que examinar a legitimidade do ato no seu assento constitucional, matéria jurídica, que o Judiciário aprecia.

Há que apurar se assiste ao impetrante o direito líquido e certo que invoca, mas isso já diz com o mérito do pedido.

Improcede, por conseguinte, a preliminar de incompetência do Poder Judiciário.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na sua informação, o Sr. presidente da Câmara declara que a Constituição, na letra *i* do nº I do art. 101, atribui ao Supremo Tribunal competência para processar e julgar os mandados de segurança contra "ato da Mesa da Câmara". E, no caso, houve iniciativa constitucional da própria Câmara, tendo o seu presidente se limitado a transmitir ao presidente do Senado, na forma do art. 185 do Regimento Interno, a comunicação recebida de um têrço da Câmara, de que resolvera convocar, em sessão extraordinária, o Congresso Nacional, na conformidade do art. 39, parág. único, da Constituição. Não estaria, assim, configurada a hipótese da citada letra *i* do art. 101, nº I, da Lei Magna?

Também esta preliminar tenho, *data venia*, como improcedente.

Se o Supremo Tribunal tem competência originária para processar e julgar os mandados de segurança contra ato da Mesa da Câmara, competente também há de ser, por fôrça de compreensão, quando o remédio é requerido contra ato do presidente da Câmara, baseado em resolução desta, que se argúi de inconstitucional.

Rejeito, pois, também a segunda preliminar.

MÉRITO

Dois são os pressupostos em que o impetrante procura assentar o pedido:

1) o mandato da antiga Câmara terminou em 31 de janeiro de 1951;

2) a partir de 1º de fevereiro de 1951, líquido e certo é o direito do impetrante e dos demais novos deputados, ao exercício do mandato.

O primeiro pressuposto, sem embargo de existirem respeitáveis opiniões em contrário, tenho como demonstrado pelo requerente em sua brilhante petição.

Não deixa dúvida, a meu ver, o § 1º do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sôbre a terminação do mandato da antiga Câmara em 31 de janeiro de 1951.

Sempre entendi que, por êste caráter, e emanada do mesmo Poder Constituinte, deve prevalecer para o caso especial a que visou, ainda que diversa seja a norma permanente estabelecida para a generalidade dos casos. De outro modo, as disposições transitórias seriam inúteis.

O argumento, de que as normas permanentes contidas na Constituição devem sempre prevalecer sôbre as suas disposições transitórias, levaria a conseqüências das mais inaceitáveis.

Assim, não seria válida a eleição indireta e sem inelegibilidades do vice-presidente da República, prevista nas Disposições Transitórias (art. 1°), porque a Constituição estabelece como norma a eleição direta (art. 134) e com inelegibilidade (artigos 139 e 140). Também não valeria o art. 11, § 7°, que estatuiu sistema de inelegibilidades diverso do encontrado na Constituição e só atinente às eleições de que trata o mesmo artigo. Anàlogamente, seriam insubsistentes muitos outros dispositivos transitórios, como os arts. 19, 23 e 24, que se afastam das regras permanentes que lhes correspondem (e, se não se afastassem, nem teriam razão de ser).

Porque, em todos êsses casos, haveria a vontade do legislador constituinte de cumprir-se apenas em parte?

Nada, em nosso entender, poderia justificá-lo.

Por outro lado, no caso, se houvesse de prevalecer as disposições permanentes, o mandato dos antigos deputados teria terminado muito antes de 31 de janeiro de 1951, porque, pelo art. 57 da Constituição, cada legislatura durará quatro anos e não cinco.

Procede, pois, a primeira alegação do impetrante.

Falha, porém, o segundo pressuposto do seu pedido, como demonstrou em seu parecer o eminente procurador geral da República.

Não assiste ao impetrante o direito líquido e certo que reclama.

Pretende o requerente que se lhe reconheça, ou o direito de, juntamente com outros de seus pares, em número legal, obedecido o disposto no parág. único do art. 39 da Constituição, convocar o novo Congresso para funcionar imediatamente em sessão extraordinária; ou o direito de, independentemente dessa convocação ou da do presidente da República, se reunir desde já aos demais deputados diplomados, no Palácio Tiradentes, em sessão legislativa ordinária, prevista no art. 39, *caput*, da Lei Magna.

O pedido, como se vê, é alternativo.

O primeiro tem caráter declaratório. Visa o impetrante se lhe reconheça o direito de, futuramente, se obtiver o apoio de um têrço dos novos deputados, convocar o Congresso.

Ora, o mandado de segurança não comporta julgamento meramente declaratório (vide CASTRO NUNES, ob. cit., página 59).

O segundo pedido é de manifesta improcedência.

Basta ver que o suplicante reclama o direito de exercer desde 1º de fevereiro o seu mandato, em sessão legislativa ordinária, prevista no art. 39, *caput*, da Constituição.

E o que êsse preceito dispõe é que o Congresso Nacional se reunirá a 15 de março de cada ano, prevendo o Regimento Interno da Câmara a data de 10 de março para a primeira reunião preparatória (art. 2°).

Não existe, portanto, o pretendido direito de iniciar a sessão legislativa ordinária em 1° de fevereiro.

Dir-se-á que, assim resolvido o problema, haverá entre 1º de fevereiro e 10 de março, um período de inexistência de Congresso e que, tornando-se urgentemente necessária a convocação dêste (na hipótese, por exemplo, de declaração de guerra), não poderia ser convocado.

Não é assim. Estou em que, surgindo a necessidade, se poderá, em face da lacuna constitucional, construir uma solução, consoante o mérito tantas vêzes seguido pela jurisprudência norte-americana e pela nossa, não sendo difícil decidir então entre a convocação dos antigos deputados cujo mandato findou e a convocação dos novos, já diplomados e com mandato a iniciar-se.

Mas sôbre isso não temos que decidir no presente mandado. Apenas respondo a possível objeção.

Teve razão BRYCE ao advertir que, nas hipóteses chamadas políticas, dificilmente se pode configurar um direito individual.

E a ação popular não pode ser substituída pelo mandado de segurança, como assinala acertadamente CASTRO NUNES (ob. cit., pág. 231) e já sentenciou o Supremo Tribunal no mandado de segurança nº 1.000, de que foi relator o eminente ministro EDGAR COSTA (ac. de 28 de setembro de 1949).

Indefiro a segurança impetrada.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, tenho também como manifesto que o Congresso Nacional, em sessão ordinária, só se poderá reunir a partir de 15 de março do corrente ano. Eis o que está expresso e terminante no art. 39 da Constituição. De sorte que, sendo êsse o ponto-primacial a ser

enfrentado na questão que se debate, é evidente que não ocorre o direito que pleiteia o impetrante. A convocação extraordinária seria providência que não poderá ser objeto de apreciação, no sentido visado pelo impetrante. Estamos enfrentando, acima de tudo, a possibilidade da reunião do novo Congresso, antes de 15 de março dêste ano. Ora, isto a Constituição veda de modo indubitável, quando estabelece justamente a referida data para o início da legislatura.

Estou de acôrdo com o Sr. ministro relator e denego o pedido, pelos fundamentos constantes do brilhante voto de S. Exª.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, também estou inteiramente de acôrdo com a conclusão do brilhantíssimo voto do eminente Sr. ministro relator. Mas, *data venia*, peço licença para divergir, em parte, de alguns dos fundamentos dêsse brilhante voto. Tenho para mim que há alguns pressupostos lógico-jurídicos, nesta questão, que devem, desde logo, ficar assentes: em primeiro lugar, tenho como absolutamente legítimo o ato praticado por uma das Câmaras do Congresso, convocando o Congresso Nacional, nos têrmos do parág. único do art. 39; desde que o têrço de uma das Câmaras deliberou esta convocação, tal resolução obriga a outra Câmara. O pedido de qualquer das Câmaras obriga a totalidade do Congresso; não poderá ser recusada a reunião extraordinária, aplicando-se aos faltosos as penas cabíveis. O pronunciamento do têrço da Câmara dos Deputados, convocando o Congresso, não está sujeito a contrôle: com isto está convocado o Congresso Nacional, entidade coletiva que se não confunde com as pessoas que a integram.

É a autorizada lição de TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI em seus comentários à, Constituição de 1946, vol. II, pág. 22:

"O pedido de qualquer das Câmaras obriga à totalidade do Congresso, não podendo ser recusada a reunião extraordinária, aplicando-se aos faltosos as penas cabíveis".

Desde que um têrço da Câmara dos Deputados deliberou a convocação do Congresso, esta convocação há que se cumprir. Agora, a segunda questão: Quais seriam, no caso, os convocados, a partir de 31 de janeiro? Evidentemente que não podem ser os deputados investidos do mandato que se findara em 31 de janeiro. E isto por preceito expresso da Constituição, embora seja no Ato das Disposições Transitórias, mas que bem inteira aplicação ao caso, por isso que, como salientou o eminente Sr. ministro relator, as disposições transitórias seriam inúteis sa tivéssemos que aplicar as disposições permanentes aos casos regulados por aquelas.

O mandato daqueles deputados está extinto. Mas a convocação pode ser perfeitamente realizada, em relação aos novos eleitos e eu não tenho como nenhum obstáculo o preceito do art. 39, que diz que o Congresso Nacional se reunirá na Capital da República a 15 de março de cada ano, porque êste artigo dispõe em relação à legislatura ordinária, às sessões legislativas ordinárias e, na espécie, trata-se de convocação de uma sessão extraordinária.

De modo que, assim, considero direito líquido e certo dos deputados eleitos, participarem dessa sessão extraordinária, já convocada soberanamente. Mas, quer-me parecer que falta ao ilustre impetrante a qualidade de, sòzinho, vir a esta Côrte Judiciária pedir o mandado de segurança, porque, êle só, não poderia dar cumprimento à deliberação. Quer-me parecer que seria necessário que o mínimo que o Regimento Interno exige para a realização de sessões requeresse o mandado. Se o mínimo dêsses deputados, fixado pelo Regimento, se dirigisse a esta Côrte, aí, então, seria de se apreciar o pedido. Pelo que, concluo eu considerando parte ilegítima, para impetrar o presente mandado de segurança, o requerente e, assim, não conheço do pedido.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, concordo com o brilhante voto do Sr. ministro relator, apenas com um esclarecimento: no caso de convocação do Congresso, não admitiria nunca que fôssem convocados os deputados cujo mandato terminara em 31 de janeiro. E isso em virtude do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Embora o voto da S. Ex.ª não exclua essa interpretação que estou salientando, desejo que fique expresso meu

entendimento: se houvesse a convocação extraordinária, admitiria só com os novos deputados.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: É fora de tôda e qualquer dúvida, que terminaram em 31 de janeiro último os mandatos dos deputados eleitos em 1945 e dos senadores que o foram para completar o têrço do Senado, dês que coincidindo tais mandatos com o do presidente da República, naquela data cessou o dêste último, como está expresso no § 1º do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com a cessação dos mandatos, extinguiu-se, conseqüentemente, a primeira legislatura inaugurada com a promulgação, da Constituição de 1946; e porque eleitos e diplomados se encontram os novos deputados e senadores, a 2ª legislatura se iniciou imediatamente após aquela data, seja a 1° de fevereiro corrente.

Não importa que, devendo reunir-se o Congresso Nacional, sòmente a 15 de março, por fôrça do disposto no art. 39, para esta data se defira o início da nova legislatura.

Legislatura é o período de tempo fixado para o exercício do mandato; difere de sessão legislativa, que é o período anual em que as funções dêsse mandato são, exercidas. É de quatro anos a duração de cada legislatura, segundo dispõe o art. 57, e de nove meses (15 de março a 15 de dezembro) o tempo de cada sessão legislativa, afora as convocações extraordinárias, segundo dispões o citado art. 39 e seu parág. único. O que êsse dispositivo prevê é, portanto, o início da sessão legislativa, e não o da legislatura.

Pretender-se que o início da legislatura deva coincidir com o início de sua 1ª sessão legislativa, seria admitir, como acentua o impetrante, o absurdo de findar a 15 de março de 1955 o mandato dos deputados da 2ª legislatura, quando o de dois terços dos senadores já estaria extinto desde 31 de janeiro do referido ano, por fôrça do que expressamente está prefixado no § 2º do art. 2º citado do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desfalcado assim um dos ramos

do Legislativo da maioria dos seus componentes, o que impossibilitaria o funcionamento extraordinário do Poder Legislativo.

A Constituição distingue inauguração da sessão legislativa (art. 41, nº 7) de inauguração da legislatura. Que esta coincidisse com aquela, era compreensível no regime da Constituição de 1891, e é como se explicam as lições de RUI, BARBALHO e AURELINO LEAL, segundo os quais "os poderes dos deputados só terminam depois de constituída a nova Câmara"; é que, naquele regime, dependendo a constituição da Câmara da "verificação de poderes" dos eleitos, sòmente após as chamadas sessões preparatórias, em que a essa verificação se procedia, tornava-se ela certa e definitiva.

Não assim hoje, após o advento da Justiça Eleitoral, cuja criação teve como um dos seus ob-ativos exatamente elimina: dos nossos costumes políticos aquela fase do processo eleitoral, que deturpava a vontade popular na escolha dos seus representantes. Os diplomados por essa Justiça são, hoje, de direito e sem contestação, os que constituem a nova Câmara e integram o Senado; aptos, portanto, se encontram para o exercício do mandato recebido, imediatamente a seguir ao término da legislatura anterior, mediante convocação, ou, na falta, de convocação, na data prefixada no art. 39.

Conclui-se daí a sem razão da alegada ocorrência de um hiato na continuidade do Poder Legislativo.

Expirado, portanto, em 31 de janeiro o mandato dos deputados eleitos para a 1ª legislatura, nessa data encerrou-se ela; donde a conseqüência de que a convocação do Congresso, para reunir-se extraordinàriamente após essa data e feita por aquêles deputados, não pode prevalecer por lhes faltarem poderes para tanto, equivalendo essa deliberação a uma prorrogação, inadmissível, do mandato extinto, a uma sua "usurpação", como a qualifica o impetrante.

Êsse ato, efetivamente, como já deixei dito, não encontra apoio na Constituição, a que, muito ao contrário, claramente se opõe.

Ato, portanto, manifestantemente inconstitucional, interfere com o direito líquido e certo do impetrante e dos eleitos com êle, dês que, inegàvelmente, importa em cercear-lhes, dificultar-lhes, senão impedir, o exercício do mandato

antes de 9 de março, não obstante iniciada em 1° de fevereiro a legislatura durante a qual devem desempenhá-lo. Já não me refiro à possibilidade de convocação por iniciativa dos novos deputados; entretanto, se entender necessário fazê-lo o presidente da República, não poderá ela ser dirigida ao novo Congresso, porque, embora ilegalmente, permitiram-se os deputados da legislatura extinta a 31 de janeiro prorrogar seu mandato até 9 de março, convocando até essa data o Congresso Nacional. Sem a anulação, portanto, dêsse ato de convenção, incontestável é sofrerem o impetrante e os deputados que com êle foram eleitos e diplomados, uma restrição ao seu mandato, iniciado com a inauguração da nova legislatura, em 1º de fevereiro.

Não acolho a argüição de que falta ao requerente qualidade para individualmente requerer a medida impetrada, porque, segundo dispõe o art. 319, § 1°, do Cód. de Proc. Civil, "quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer mandado de segurança".

Ante a manifesta inconstitucionalidade do pedido de convocação, nos têrmos em que foi formulado, não obstante a restrição oposta por 20 dos seus ilustres signatários, limitando a sessão extraordinária até 31 de janeiro, término do seu mandato, lícito era à Mesa da Câmara recusar-lhe os trâmites regulamentares a que estão sujeitos os requerimentos dessa natureza. E que dúvida existia sôbre a constitucionalidade daquele pedido, está no fato de ter sido por ela solicitada, a respeito, a manifestação da sua Comissão de Constituição e Justiça. Se, entretanto, como ocorreu, transmitiu-o ao Senado (que, pelo seu vice-presidente em exercício, lhe deu a necessária publicidade), pôsto que não fôsse seu êsse ato, concorreu a Mesa para a sua execução, recebendo-o e encaminhando-o ao Senado, formalidades sem as quais não se completaria.

Ora, o mandado de segurança tem cabimento contra não apenas quem pratica o ato lesivo, mas igualmente quem o executa, manda ou tenta executar (Cód. de Proc. Civil, art. 319, § 3º).

Justificada assim, se me afigura a competência dêste Tribunal para conhecer do pedido.

Dêle, portanto, conhecendo, concedo, pelos motivos expostos, o mandado requerido, a fim de anular o ato da convocação do Congresso Nacional após 31 de janeiro, assegurando, dessarte, o pleno exercício do mandato conferido ao impetrante e, por via de conseqüência, aos demais que com êle foram eleitos para a 2ª legislatura.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, acompanho o brilhante voto do eminente Sr. ministro relator, assim na parte expositiva como na conclusão. Se alguma coisa pudesse acrescentar, seria para roborar a declaração do eminente Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, para entender que, em caso de iminência, de necessidade instante, o Congresso convocável seria o novo Congresso e não o extinto. Mas, no caso, não tenho como líquido e certo o direito da parte, e nesta parte, minha concordância com o eminente relator é completa.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. presidente, não vai demonstrado, face aos textos constitucionais invocados, o direito líquido e certo do impetrante, quando se insurge contra a apregoada usurpação. Indefiro a segurança, nos têrmos do brilhante voto do eminente ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Estou de inteiro acôrdo com o voto do Sr. ministro relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: desprezadas as preliminares relativas à incompetência do Judiciário e do Supremo Tribunal, por votação unânime. Foi o pedido indeferido contra o voto do Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA. O Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA deu pela ilegitimidade do peticionário.

Deixaram de comparecer, o Exmo. Sr. ministro ANÍBAL FREIRE, por motivo justificado, e os Exmos. Srs. ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA, por se acharem afastados, para terem exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros AFRÂNIO COSTA e MACEDO LUDOLF.

*

LOCAÇÃO - RETOMADA - CONDÔMINO

- O condômino tem direito a exercer a retomada para uso próprio.

Filomena D'Amelio *versus* Válter Laczinski

Ag. nº 15.472 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n° 15.472, de São Paulo, agravante Filomena D'Amello, agravado Válter Laczinski:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 6 de junho de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: No instrumento do agravo consta certidão da sentença proferida pelo Dr. ALCEU CORDEIRO FERNANDES, juiz de São Paulo, *verbis*:

"Vistos... Válter Laczinski ajuizou a presente ação de despejo contra Filomena D'Amelio, visando à desocupação do prédio sito à rua Fernando Albuquerque

nº 276, desta capital, sob o fundamento de que dêles necessita para uso próprio".

"O autor é um dêsses co-proprietários dêsse imóvel, que se acha locado à ré, e obteve o consentimento dos demais condôminos para pleitear o despejo ora pretendido. A causa só foi proposta após o decurso do prazo da prévia notificação".

"Citada, a ré contestou, alegando, preliminarmente, que a demandante é parte ilegítima, pois jamais manteve com êle, qualquer relação *ex locato*, sendo certo, ainda, que a notificação é nula".

"Disse, outrossim, que, admitida a hipótese de o autor ser co-proprietário, não há consentimento expresso dos demais condôminos. No mérito, asseverou, em suma, que o pedido é insincero e invocou o direito de retenção por benfeitorias".

"A fls. 18-20, manifestou-se o autor, e, a ré, por sua vez, falou novamente. Proferido o despacho saneador,... surgiu o agrava no auto do processo de fls... Decido: As preliminares foram repelidas no despacho saneador dando origem ao agravo no auto do processo de fls., de sorte que, nesta fase processual, não é mais lícito o reexame das questões ventiladas. Trata-se, na espécie, de despejo sob a alegação de necessidade para uso próprio. O autor, proprietário, mora em prédio alheio, consoante decorre do documento de fls. 4 e ficou esclarecido no depoimento de fls. 45".

"Existe, pois, em seu favor, a presunção legal de necessidade, que não foi destruída por qualquer prova em contrário. Não há, outrossim, qualquer prova de benfeitorias, autorizando o direito de retenção, por parte do locatário. Em face do exposto, julgo procedente a ação".

"E o ilustre Tribunal do Estado não conheceu do agravo por manifestado a destempo e negou provimento à apelação, à conta dos fundamentos da sentença transcrita".

"A vencida interpôs, então, recurso extraordinário, não se encontrando nos autos, entretanto, a certidão do pedido".

"Consta, porém, o despacho que denegou seguimento ao recurso a fls. 7, *verbis"*:

"Denego o recurso extraordinário, porquanto o acórdão recorrido não violou o disposto no art. 18, nº II, do dec.-lei n° 9.669, de 29 de agôsto de 1946. A ação de despejo foi ajuizada com base no artigo 15, nº II, da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, e com fundamento nesse dispositivo é que o despejo foi concedido - tendo em vista que o autor havia demonstrado ser um dos co-proprietários do prédio e necessitar do mesmo para uso próprio. Nem houve assim ofensa à letra da lei, nem tal decisão contrariou a jurisprudência do Tribunal, como se argúi. Inadmissível é, destarte, o apêlo extraordinário, que fica indeferido, - *Washington Monteiro*".

Daí, o presente agravo, arrazoado a fls.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente e relator): Como viram os eminentes colegas da leitura do relatório, não consta no instrumento a certidão do pedido do recurso extraordinário. Como, porém, essa peça não é indispensável à formalização do agravo, dêle conheço. Se a ausência daquela certidão influir, será para o estudo da pretensão do agravante e não para a preliminar do não-conhecimento do recurso. O julgamento do agravo nesta hipótese, terá como ponto de referência, não também o pedido mas, ùnicamente, os têrmos do despacho. Verifica-se da leitura do despacho que não ocorreu ofensa de lei nem dissídio de jurisprudência. O que se afirmou no acórdão foi que o co-proprietário tem direito à retomada para uso próprio. E isso não pode ser negado porque, no sistema do nosso direito, o condômino é dono.

Por outro lado, é verdade, como diz a sentença, que, provada a inexistência de outra casa de propriedade do dono do prédio, provada está, *si et in quantum,* a sua sinceridade.

Os fundamentos da sentença e do venerando acórdão são jurídicos e não entram em dissidência com os de outro acórdão, têrmos em que nego provimento ao agravo.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por motivo justificado, e os Exmos. Srs. ministros EDGAR COSTA e HAHNEMANN GUIMARÃES, por se acharem em gôzo de licença, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros AFRÂNIO COSTA e ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

INTERDEPENDÊNCIA DE JURISDIÇÕES - ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DEMISSÃO

- A absolvição, no processo criminal, sob o fundamento de que o agente não procedeu dolosamente, não prejudica a demissão, conseqüente ao inquérito administrativo.

Lourival Soares de Lima *versus* União Federal

Rec. ext. nº 19.166 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

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

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 13 de maio de 1952. - *Orozimbo Nonato,* presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: O recorrente, funcionário público, foi processado criminalmente, com outros, como cúmplice no furto de um radiador e automóvel, em terreno contíguo ao Ministério da Marinha. Foi, afinal, absolvido sob o fundamento de que "não agiu dolosamente, não participara do produto de venda" (fls. 8). Ao mesmo tempo foi submetido a processo administrativo, vindo a ser demitido a bem de serviço público, com fundamento no art. 231, nº VIII, do Estatuto. Ajuizou esta ação para ser reintegrado e receber os atrasados.

Foi a ação julgada improcedente em primeira instância (fls. 48), porque o processo administrativo capitulava, além de acusação, outras acusações envolventes da conduta funcional do autor; que o processo correra com observância das formalidades legais, garantida a defesa do acusado; que o acusado fôra demitido por ineficiente e desidioso no exercício das funções (fls. 23). Na apelação, o Dr. procurador da Fazenda, hoje ministro LUÍS GALLOTTI, sustenta com abundante e farta doutrina a separação completa da apreciação dos fatos pelo Administrativo e pelo Judiciário (fls. 62), para concluir, com WALINE, que, a propósito do mesmo fato, nada impede possam seguir duas instruções, uma penal e outra administrativa; que um fato pode não ser bastante grave para motivar sanção penal e mais que suficiente para determinar sanção disciplinar.

Foi a sentença confirmada unânimemente no Tribunal Federal de Recursos.

Foi então manifestado recurso extraordinário pelo vencido. O eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, como presidente, deferiu-o, capitulando-o na alínea *b* do art. 101, nº III, letra *b*, da Constituição (fls. 87).

O ilustre subprocurador geral, Dr. ALCEU BARBEDO, anota a falta de fundamento legal, liberalmente apresentado pelo despacho de fls. Mas, "que não se concilia o texto com os fatos, desde que não há sequer vestígios de

debate sôbre validade de lei federal face à Constituição", bem como que a decisão "tivesse negado aplicação à lei impugnada".

E no mérito pela improcedência do recurso.

O Dr. procurador geral assim opina pelo não-conhecimento do recurso: *(ler fls. 97)*.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Não conheço do recurso. Além de não indicar o recorrente assento legal para o recurso, mesmo aceitando o que por liberalidade foi indicado pelo eminente presidente do Tribunal no deferimento, não pode prosperar o apêlo de exceção. Como bem mostrou o Dr. subprocurador geral, não se debateu validade de qualquer lei federal faca à Constituição, nem que a decisão recorrida tivesse negado aplicação à lei impugnada.

A tese debatida e, aliás, solucionada com a prova e a melhor doutrina, a que dão assentimento nosso direito positivo e a jurisprudência, foi a da independência entre o ilícito penal e o administrativo:

Não foram, aliás, ùnicamente os fatos arrolados no processo penal os que determinaram a decisão administrativa; outros extraídos da conduta e atitude de funcionário faltoso, quanto ao cumprimento do dever funcional, foram também causa determinante da decisão.

De qualquer forma, não demonstrou o recorrente a viabilidade do fundamento constitucional do recurso, de que não conheço.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Em mandado de segurança já votei no sentido de que, quando a decisão criminal esgota a matéria sem lhe deixar resíduo algum que forneça elemento para processo administrativo, a demissão é incabível. Mas, no caso, segundo demonstrou o eminente Sr. ministro relator, existem faltas administrativas além das indicadas,

mostrando-se que aquele resíduo ainda sobejou e é suficiente ao processo administrativo. Não conheço, pois, do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: em julgamento preliminar tomado unânimemente, não conheceram do recurso.

Impedido o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, substituto do Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que se acha em gôzo de licença.

Deixou de comparecer o Exmo. Sr. ministro EDGAR COSTA, por se achar em gozo de licença, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

SOCIEDADE ANÔNIMA - SUBSCRITOR DE AÇÕES - FÔRO

- O subscritor de ações não é ainda acionista senão quando integraliza a compra das ações. Enquanto não paga tôdas as prestações que compõem o preço, nenhum direito tem na sociedade e, assim, os estatutos não o podem obrigar ao fôro contratual nêles estabelecido.

Companhia de Pesca Marambaia S.A. *versus* Renê Mendes

Rec. ext. nº 20.503 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 20.503, do Distrito Federal, em que é recorrente a Companhia de Pesca Marambaia S.A., e recorrido Renê Mendes:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 2 de maio de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Lafayette de Andrada*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Os juízes acolheram a exceção de incompetência oferecida pelo réu numa ação executiva. Incompetência no que respeita ao fim da demanda.

O acórdão diz o seguinte:

"O fôro de eleição depende de especificação de domicílio especial entre os contraentes, nos precisos têrmos do artigo 42 do Cód. Civil, e essa especificação depende de renúncia expressa do fôro do domicílio, a qual deverá vir ao lado da indicação do fôro eleito".

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 1.951, em que é agravante a Companhia de Pesca Marambaia S.A. e agravado Renê Mendes":

"Acordam os juízes da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, negar provimento ao recurso.

"Na ação proposta pela Companhia de Pesca Marambaia S.A. contra Renê Mendes, tendo o Dr. juiz da 10ª Vara Cível julgado procedente a exceção de incompetência do Juízo, por não ter ficado provada a eleição do fôro desta Capital, pelas partes, a Companhia de Pesca interpôs o presente agravo de instrumento para o fim de ser declarado eleito o citado fôro, mantendo o Dr. juiz *a quo*, a fls. 16 v., o despacho agravado".

"Merece confirmação a decisão agravada, de vez que não houve eleição do fôro desta Capital pelas partes contratantes. Pelo fato da agravante ter como seu fôro o mencionado nos estatutos, não obriga a terceiros, estranhos a êle, para o fim

de ser chamado a Juízo e não significa eleição de fôro por parte do agravado quando assinou o boletim de subscrição de ações".

"Custas pelo agravante".

"Distrito Federal, 4 de setembro de 1951. - (as. ilegível), presidente".

Inconformada, a Companhia de Pesca Marambaia S.A. interpôs recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 1° e 42, parág. único, da Lei de Sociedades Anônimas.

Argumenta: (*ler*).

A fls. 32 indica decisões que estariam em divergência.

O recurso está arrazoado.

É o relatório.

À mesa.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): A recorrente propôs ação executiva contra o recorrido para cobrar prestações vencidas das ações que êste subscreveu.

Os juízes deram pela incompetência do Juízo desta Capital, por não ser o domicílio do executado.

Afirmou o acórdão:

"Pelo fato da agravante ter como seu fôro o mencionado nos estatutos, não obriga a terceiros, estranhos a êle, para o fim de ser chamado a Juízo e não significa eleição de fôro por parte do agravado quando assinou o boletim de subscrição de ações" (fls. 25).

Não há ofensa a lei federal, no caso a Lei de Sociedades Anônimas. O acórdão não negou o direito dessas sociedades incluírem nos seus estatutos o fôro de eleição e nem que êsses estatutos valem como contrato entre as partes.

Os juízes verificaram, apenas, que o executado era *terceiro* e só podia ser demandado no fôro que a lei civil determina, portanto no fôro de seu domicílio.

Realmente, o *subscritor de ações* não é ainda acionista, senão quando integraliza a compra das ações. Enquanto não paga tôdas as prestações, nenhum direito tem na sociedade e assim o estatuto não pode obrigá-lo: é de fato um terceiro.

Também não ocorreu divergência de julgados. Pelo menos a decisão dêste Supremo Tribunal, junta a fls. 34, não entra em conflito com o aresto, objeto do presente recurso.

As demais, citado pelo recorrente apenas o repositório de jurisprudência que as publicou, a meu ver não devem instruir o recurso, pois tenho sustentado que há necessidade de, pelo menos a parte transcrever o ponto em que se fixaria a divergência (recs. extrs. ns. 13.740, de 21 de dezembro de 1948, e 14.664, de 26 de abril de 1949).

Além disso, o recorrido contesta a procedência da letra *d*.

Não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, conheço do recurso tão-só pela letra *a*.

DECISÃO

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

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

*

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - APOSENTADORIA

- São aplicáveis, supletivamente, aos funcionários estaduais e municipais o art. 3º da lei nº 583, de 1937, e o Estatuto dos Funcionários Públicos da União.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Aníbal A. Brasil

Rec. ext. nº 8.335 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 11 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.744)

*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ÂMBITO DA LIDE

- Em recurso extraordinário, não se amplia o ternário da lide.

Francisca Firmina de Oliveira e outras **versus** Canuto José Ferreira

Rec. ext. nº 13.394 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 11 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.745)

*

DEMARCAÇÃO - TERRENOS DE MARINHA

- Envolvendo a demarcação terrenos de marinha, deve ser citada a União Federal.

Emília Leite e outros **versus** S.A. Leão Irmãos - Açúcar e Álcool

Rec. ext. nº 13.761 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.746)

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - FUNDO DE COMÉRCIO

- Julgada improcedente a ação de renovação, deve ser concedida indenização necessária à mudança do fundo de comércio.

José Marques Couto **versus** Hermínia de Almeida Gaspar e outros

Rec. ext. nº 21.352 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 5 de dezembro de 1962.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.747)

*

MORATÓRIA PECUARISTA - DECISÃO FINAL

- É final a decisão que reconhece a qualidade de pecuarista ao requerente da moratória.

Valdemar Rôla **versus** Banco Mineiro da Produção, S.A.

Rec. ext. nº 12.512 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 23 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.748)

*

HORÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - IGUALDADE CONSTITUCIONAL

- Não fere o como da igualdade de todos perante a lei a diferença de horários de serviços públicos, reclamada pela natureza especial do trabalho.

Joaquim dos Santos e outros **versus** Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo

Rec. ext. nº 22.165 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 16 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.749)

*

ALÇADA - ACIDENTE DO TRABALHO - VALOR DA CAUSA

- A norma segundo a qual nas causas de valor igual ou inferior a Cr$ 2.000,00 não se admite senão o recurso de embargos, não se aplica ao caso especial do art. 64 da Lei de Acidentes do Trabalho.

Garantia Industrial Paulista **versus** Antônio Leite Neves

Rec. ext. nº 22.424 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de agôsto de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.750)

*

MORATÓRIA PECUARISTA - JUROS CAPITALIZADOS

- Nos empréstimos pecuários não se admite cobrança de juros capitalizados.

Banco do Brasil, S.A. **versus** União Federal e outros

Rec. ext. nº 22.523 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de agôsto de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.751)

*

FILHO ADULTERINO - DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE - FINS ECONÔMICOS

- A ação que tem o filho adulterino para, dissolvida a sociedade conjugal, obter a declaração de sua real paternidade, não se restringe ao objetivo de fins econômicos.

Jorge Augusto de Assunção e sua mulher **versus** João Augusto de Assunção Neto e outra

Rec. ext. nº 23.272 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 13 de agôsto de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.752)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - SEQÜESTRO

- O requerente do seqüestro responde pelos danos causados à coisa seqüestrada, enquanto dure a medida.

Alfredo Costa Alkmim **versus** Vicente Duarte da Fonseca e outros

Rec. ext. nº 23.533 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 20 de agôsto de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.753)

*

ARREMATAÇÃO - ADJUDICAÇÃO

- Assinado pelo juiz o auto de arrematação, não mais pode prevalecer o pedido de adjudicação, formulado pelo credor exeqüente.

Moisés de Andrade **versus** Luís Alves da Freitas

Rec. ext. nº 24.081 - Relator: MINISTRO ABNER DE VASCONCELOS - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 22 de setembro d e 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.754)

*

DIVISÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - AÇÃO RESCISÓRIA

- Embargos de terceiro não têm a extensão nem a eficácia da ação rescisória.

- Não são terceiros, na divisão, os sucessores de condôminos.

Lázaro Pinto de Sousa e outro **versus** Benedito Marques Fagundes

Ag. nº 15.866 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 13 de janeiro de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.755)

*

SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO

- Para que a sentença se considere fundamentada, basta que o juiz exponha os fatos e razões de decidir, não sendo, necessária a menção expressa e direta de dispositivos de lei.

Schell Mex Brazil Ltd. **versus** União Federal

Ag. nº 15.890 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 14 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.756)

*

LOCAÇÃO - ARBITRAMENTO

- O arbitramento do valor locativo para fins fiscais não substitui o arbitramento especial para fim de locação de imóvel.

Odete Fatuch **versus** Augusto Lima da Costa e Silva

Ag. nº 15.921 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 23 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.757)

*

USOS E COSTUMES - LEI

- Usos e costumes, por mais arraigados que sejam, não prevalecem sôbre disposição legal.

Machado Sant'Ana Cia. Ltda. **versus** John Hume

Rec. ext. nº 19.757 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 13 de janeiro de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.758)

*

MANDADO DE SEGURANÇA - PRAZO

- O prazo para requerer mandado de segurança se conta da ciência do ato impugnado e não do despacho que indefira a reclamação do interessado.

José de Anchieta Condim **versus** União Federal

Rec. de mand. de seg. nº 1.919 - Relator: MINISTRO RIBEIRO DA COSTA - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal (Sessão Plena), em 15 de abril de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.759)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - REMOÇÃO

- A remoção de funcionário público, de uma para outra seção da mesma repartição, com as mesmas vantagens, não constitui ato lesivo de direito.

Bernardino de Lima Serra e outros **versus** Estado de São Paulo

Rec. de mand. de seg. nº 1.929 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal (Sessão Plena), em 4 de maio de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.760)

*

FRAUDE CONTRA CREDORES - FALÊNCIA - PENHORA

- Em caso de falência, pouco importa que a alienação seja anterior a ela, desde que a transcrição se faça depois, para o reconhecimento da fraude contra credores. Não ocorrendo falência, a alienação é válida, desde que anterior à penhora.

Mário Marangão & Filhos **versus** Onofre Eugênio

Rec. ext. nº 21.214 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 14 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.761)

*

RECURSO "EX OFFICIO" - UNIÃO FEDERAL

- O recurso de oficio tem lugar em todos processos movidos à União Federal ou nos de sua intervenção.

União Federal **versus** Cia. Cervejaria Brahma e outros

Rec. ext. nº 21.457 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 2 de dezembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.762)

*

DEMARCAÇÃO - TÍTULOS - POSSE

- Determinam-se os limites, na demarcação, pelos títulos e, na falta dêstes, pela posse.

Manuel Ferreira da Costa **versus** Maria Gertrudes de Almeida Oliveira e outros

Rec. ext. nº 7.839 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. Unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 7 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.763)

*

CRÉDITOS FISCAIS - PREFERÊNCIA

- Os créditos fiscais são pagos preferencialmente a quaisquer outros, pouco importando a sua natureza.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Escrivão dos Feitos da Fazenda do Estado

Rec. ext. nº 9.294 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 14 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.764)

Tribunal Federal de Recursos

MANDADO DE SEGURANÇA - SUSPENSÃO

- Não é inconstitucional a norma que atribui aos presidentes dos tribunais superiores a faculdade de suspender a execução do mandado de segurança.

Agravante: José Low

Ag. do art. 45 do Reg. Int. - Rel.: MIN. SAMPAIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição em requerimento de sustação de segurança, do Distrito Federal:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, tudo na conformidade das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Tribunal Federal de Recursos, 1° de dezembro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente e relator, sem voto.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PRESIDENTE SAMPAIO COSTA: José Low, dizendo-se operário, argentino naturalizado, requereu, ao Juízo de Direito da 2ª Vara desta Capital, mandado de segurança contra o inspetor da Alfândega de Santos (São Paulo), que mandou apreender 10 volumes contendo 46.608 isqueiros de metal simples, pesando 1.056 quilos, desembaraçados em Santos e trazidos do exterior como bagagem pelo vapor "Giulio Cesare", entrado naquele pôrto a 8 de agôsto dêste ano. Ajuizado o pedido, logo após, Marcos Mussafir, italiano, Clemens Kalman Kalter, americano, e Guenther Mueller, alemão, todos residentes em São Paulo, requereram ao mesmo Juízo que fôssem admitidos como litisconsortes no feito, a fim de verem também liberados objetos trazidos por êles do exterior como bagagem, desembaraçados também no pôrto de Santos e apreendidos pelo inspetor da Alfândega de Santos, e constante da relação seguinte: *a)* pertencentes a Marcos Mussafir: 29 peças, com o total de 973,70 metros de tecido de sêda; *b)* pertencentes a Clemens Kalman Kalter: 8.165 isqueiros de metal ordinário, pesando 620 quilos; *c)* pertencentes a Guenther Mueller: 169 quilos de vidros contendo água de Colônia, 164 colares e 319 pulseiras de alumínio dourado, pesando, respectivamente, 5,500 e 7,550 quilos. Solicitadas informações pelo doutor juiz ao Sr. inspetor de Santos, êste, depois de esclarecer a situação individual de cada um dos impetrantes e as circunstâncias de fato que cercaram a importação, justificou o seu ato de apreensão das mercadorias dizendo-o calcado na legislação em vigor, dado que não se tratava de bagagem de passageiros e sim de um verdadeiro comércio de importação com burla às disposições da lei de licença prévia, que citou. A União Federal, falando nos autos, argüiu, em primeiro lugar, a incompetência do Juízo para processar e julgar o pedido, visto tratar-se de ato praticado por autoridade residente em outro Estado e não subordinada ao mesmo Juízo, invocando, ao propósito, decisão recente dêste Tribunal Federal de Recursos; no mérito, contestou o pedido, argumentando com a iliquidez e incerteza do

direito dos impetrantes, face à lei nº 842, de 1949, dec. nº 27.541, de 1949, e prorrogação constante da lei nº 1.389, de 1951. Subindo os autos à conclusão, o MM. doutor juiz rejeitou a preliminar de incompetência suscitada, conheceu do pedido e o deferiu pela sentença de fls. 61 e seguintes, da qual recorreu *ex officio*. Inconformada, a União Federal agravou da decisão e, em requerimento, dirigido a esta Presidência, solicita a suspensão da execução da mesma até que o Tribunal decida, a final, dos recursos, em relação a José Low. Conforme já acentuei em despachos proferidos em casos análogos, não é das atribuições desta Presidência dirimir a contenda versada nos autos. Compete-lhe, no entanto, por lei, a faculdade de determinar ou não a suspensão da execução da medida concessiva de mandado de segurança, até que o Tribunal decida a final. Essa faculdade, que, no regime da legislação anterior (Cód. de Proc. Civil, art. 328), era subordinada aos casos de possível lesão grave à ordem pública, à saúde ou à segurança pública, pela legislação vigente foi outorgada sem peias ou limitações (art. 13 da lei nº 1.533, de 1951), sem embargo de dever-se compreendê-la, não como atributiva do puro arbítrio, que seria antijurídico, mas, sim, sujeita ao critério do bom varão, à ponderação grave em benefício da ordem em geral, sob qualquer dos seus aspectos. Ora, no caso em espécie, mesmo subtraindo-se a questão da incompetência, que refoge ao exame desta Presidência, há motivos relevantes e graves que aconselham o deferimento da postulação da União Federal. É que se trata de importação de mercadorias em grande escala e de avultado valor econômico, constitutiva de verdadeiros exercícios de comércio, sujeita ao regime da lei de licença prévia. Caso liberadas, de imediato, essas mercadorias, e o Tribunal, depois, vier modificar a sentença pela via dos recursos interpostos, não será mais possível reavê-las ou restabelecer o *statu quo ante*. A lei de licença prévia não interfere apenas com o câmbio e movimento de moeda, mas, também, com outros aspectos pertinentes à ordem econômica interna da nação. Assim tem entendido o Tribunal, que tem assistido a muitos de seus julgados, reformadores de sentenças concessivas em casos mais ou menos semelhantes, se tornarem inoperantes pelo fato de não ser possível repor a situação anterior à medida deferida pela instância *a quo*. Atendendo a tais razões e porque verifique que à autoridade apontada como coatora - o Sr. inspetor da Alfândega de Santos (São Paulo) - já foi enviado o título executório da sentença proferida pelo honrado Dr. juiz de direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, hei por bem suspender a execução da mesma relativamente ao impetrante José Low, até que êste Tribunal Federal de Recursos decida a final, dada a existência, nos autos, de recursos *ex officio*.

Comunique-se esta decisão, com urgência, ao ilustrado Dr. juiz *a quo*, a quem mando se remeta cópia da mesma, com a devolução dos autos originais, cuja desapensação determino (fls. 8-9).

Dêsse despacho se agravou José Low, a fls. 14-29, alegando o seguinte: (*lê*).

Mantido o despacho a fls. 33, submeto-o à apreciação do egrégio Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, já tinha ciência do caso, que foi longamente enunciado pela imprensa. Dada a sua natureza, procurei interessar-me pelo assunto. Como bem acentuou V. Ex.ª, tratava-se de importação de grande lote de mercadorias, que estariam sujeitas a pedido de licença prévia. V. Ex.ª fundamentou longamente o seu despacho, fazendo-o de acôrdo com a faculdade que a lei lhe confere. Isso mesmo tive ocasião de sustentar recentemente, em hipótese idêntica à de que se trata.

Assim, meu voto é para manter êsse despacho, negando provimento ao agravo.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, V. Ex.ª me perdoará meu pronunciamento contrário ao despacho de V. Ex.ª.

Tenho ponto de vista firmado e justificado, por escrito, neste caso. Não posso compreender a competência que o art. 13 da lei vigente indiretamente atribuiu ao presidente do Tribunal; não posso compreender por que, dentro da estruturação constitucional do Poder Judiciário, não entendo que seja possível, por ato pessoal de quem não revista, na circunstância, a condição de órgão, em primeira, ou de segunda instância, do poder judicante, tenha poderes para suspender a execução de uma sentença.

Ocorre, ainda, Sr. presidente, no caso, que V. Ex.ª teria atendido a um requerimento do procurador da República; e eu perguntaria ao Tribunal, como

estou perguntando de mim para mim, se o procurador da República terá, no entender do próprio Tribunal, condições para formular êsse requerimento. Para mim, tem; mas, para o Tribunal, creio que não tem. A que vem essa intervenção, *data venia*, tumultuária, do procurador da República, se êle não é parte no processo, se não representa a União, conforme, me parece, é a tendência do Tribunal? Como admitir-se que um estranho ao processo, que não é parte no feito, venha pleitear a suspensão da execução de uma sentença?

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Eu penso que é parte.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Felicito-me por estar na companhia de V. Ex.ª. Para mim, é citado, é o defensor da autoridade pública, mas me parece que o Tribunal não se orienta de acôrdo com êsse pensamento. O Tribunal, decidindo a questão suscitada pelo eminente Sr. ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS - aliás evoluindo, no conceito de S. Ex.ª mesmo, de outro pronunciamento anterior, há dias recordado no Tribunal, sustenta que não é o procurador da República, mas sim o Ministério Público, que é ouvido - e ouvido, evidentemente, para dizer da observância da lei, na feitura do processo. Se não é parte, como pode vir requerer a suspensão da sentença?

O SR. MINISTRO PRESIDENTE SAMPAIO COSTA: A ponderação de V. Ex.ª não abrange a minha opinião. Também acho que a União é parte.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Felicito-me, novamente. Estou na honrosa companhia de V. Ex.ª. Iniciei meu voto pedindo desculpas a V. Ex.ª por não poder, nesta emergência, prestigiar, com meu voto, o despacho de V. Ex.ª. V. Ex.ª me desculpe: é uma convicção arraigada. Estou calçando meu pronunciamento, estou dando razões...

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Perdoe-me V. Ex.ª, mas meu entendimento não é bem êsse expresso por V. Ex.ª. O que expressei, no voto que tive a honra de ver apoiado pelo Tribunal, foi que a União não era ré no processo de mandado de segurança. Não disse que ela não possa ser parte, como assistente, autora ou opoente.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Ex.ª negou que a União revestisse qualquer das quatro clássicas formas processuais. V. Ex.ª disse que

os autos iam ao procurador da República exclusivamente para que êste oficiasse.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Eu disse que a União não era ré.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Então o que é a União no processo de mandado de segurança?

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: A União terá a qualidade de que se revestir, com que entrar no processo. Será assistente.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas não pode. V. Ex.ª, que é um professor de direito, sabe que só se admite a entrada de qualquer pessoa, física ou jurídica, em juízo, revestindo qualquer das quatro figuras processuais: autora, ré, assistente, opoente. Sem uma dessas quatro formas, não pode ser admitida no processo...

Para mim, para o presidente desta Casa e para o ministro MACEDO LUDOLF, a União é ré em processo de mandado de segurança - e o procurador da República seu representante autorizado, mesmo porque a própria lei prevê a possibilidade, e não era preciso o fizesse, - do dano civil e a responsabilidade da própria União no feito. Como, então, a União vai ficar indefesa no mandado de segurança?

Estou com V. Ex.ª, Sr. presidente, quando admite a legitimidade da representação da União pelo procurador da República. Estou argumentando para o Tribunal, que, parece-me, tende a adotar aquêle ponto de vista respeitável do ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, mas que, positivamente, não posso aceitar. Se essa é a tendência do Tribunal, pergunto como se admitir (é mais um argumento para que não possa prestigiar o ponto de vista de S. Ex.ª) venha um estranho ao processo pedir a suspensão da execução de uma sentença. A lei, defeituosíssima como sempre, diz:

"Art. 13. Quando o mandado fôr concedido e o presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao

juiz a suspensão da execução da sentença, dêsse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida".

Ora, não é de se admitir que o presidente de qualquer dêsses três tribunais vá fazer isso *sponte sua, ex officio,* por conhecimento que lhe chegue através do vento. Evidentemente alguém autorizado, categorizado, falará ao presidente. E quem será, no caso, êsse alguém?

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: O representante da pessoa jurídica de direito público.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Evidente. Para mim é categorizada, é legítima a representação. A União é ré no feito. Mas o Tribunal não pensa assim; e, assim, estou argumentando eu, não pode concordar com que a Presidência da Casa atenda a requerimento, de estranho no processo, para suspender a execução de uma sentença. Não compreendo, constitucionalmente encarado o problema, que o presidente do Tribunal Federal de Recursos, mesmo o do Supremo Tribunal Federal e o do Tribunal de Justiça do Distrito Federal possam ter poderes, emanados de lei ordinária, para sustar a execução de uma sentença, emanação soberana de um dos órgãos do Poder Judiciário. Mais que isso: de sentença que a própria lei atual quer cumprida de pronto, dentro da índole do instituto. Porque não se compreende que uma lei, que diz, no seu art. 11:

"Julgando procedente o pedido, o juiz transmitirá em ofício, por mão do oficial do juízo ou pelo correio, mediante registro com recibo de volta, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o peticionário, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora",

e dispõe, no parág. único do art. 12:

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

de uma lei que positiva, assim, o sentido do legislador, fiel à natureza do *writ,* de execução pronta, imediata, não se compreende que essa lei, no artigo seguinte, atribua, ao presidente dêsses tribunais, o poder excepcionalíssimo, a

meu ver estranho, de suspender a execução da sentença. Mais feliz era o Cód. de Processo, mais feliz a lei nº 191, porque diziam, tão-sòmente, que o presidente dêsses tribunais poderia permitir a prática do ato, o que se entendia com restrição, em face da concessão liminar. Quanto a isto, não tenho restrições a fazer, porque a decisão que concede liminarmente o *writ*, ou por outra, que manda sustar liminarmente o ato, é decisão até êsse momento de caráter administrativo, que poderá ser sustada, em seus efeitos, por outra decisão de caráter administrativo, do presidente do Tribunal. Depois, porém, que há sentença, emanação do Poder Judiciário, na sua soberania de julgar, não posso compreender, *data venia*. Por isso, Sr. presidente, quero que V. Ex.ª, no seu alto espírito, compreenda a posição em que me coloco, neste caso. É convicção arraigada, antiga, não é de hoje, e não vejo como transigir, pelo menos enquanto institucionalmente o Poder Judiciário se manifesta conforme a Constituição o determina.

Data venia, dou provimento, Sr. presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, aplicando os arts. 93 e 328 do Cód. de Proc. Civil, combinados, mantenho o despacho pela interpretação que dou a êsses dispositivos.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Mantenho o despacho, nos têrmos do voto do Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Sr. presidente, mantenho o despacho de V. Ex.ª.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento ao recurso, contra o voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

O Sr. ministro ALFREDO BERNARDES votou de acôrdo com o Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Não tomaram parte no julgamento, por motivo justificado, os Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO e ELMANO CRUZ.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO CERTO

- A liquidez e certeza do direito não decorrem de situações de fato ajustadas com habilidade, mas de sua apresentação, estreme de dúvidas, permitindo ao julgador, não só apurá-lo, como verificar a violência praticada.

Requerente: Jair Nabuco Carneiro Pereira da Silva Pôrto

Mand. de seg. nº 2.492 - Rel.: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, denegar a segurança, conforme o relatório e notas taquigráficas.

Tribunal Federal de Recursos, 20 de julho de 1953. - *Sampaio Costa,* presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Apura-se da inicial, em 17 fôlhas dactilografadas, os seguintes pontos essenciais:

"1) que, em julho de 1935, Oto Hartenbach pedira registro, nos têrmos do art. 10 do dec. nº 24.642, de 10 de julho de 1934, do manifesto de jazidas de ferro, manganês, ouro e associados, em terras de seu domínio e posse em Água Quente, distrito de Catas Altas, município de Santa Bárbara, Minas Gerais; que tal requerimento foi deferido. e feito o registro;"

"2) que, em 28 de janeiro de 1942, pelo D.G.P.M. n° 815-42 (fls. 44 do processo), tendo verificado o engano em que incorrera, Oto Hartenbach pediu a averbação, como mina, do que manifestara como jazida e assim fôra registrado, fazendo prova, por justificação judicial (sentença a fls. 40 do processo), de tratar-se de mina e não de jazida. Por qualquer circunstância desvaliosa, êsse pedido foi feito em aditamento a um requerimento, o D.G.P.M. nº 8.379-41 (fls. 48 do processo), em que solicitava concessão de lavra de manganês e associados, nas jazidas de sua propriedade. Posteriormente, pelo D.G.P.M. nº 1.645-42 (fls. 52 do processo), declarando haver entrado em acôrdo com terceiro, solicitou expressamente o arquivamento do pedido de concessão de lavra feito no, D.G.P.M. nº 8.379-41, e não, como pareceu ao Ministério da Agricultura, desistência do pedido de averbação como mina do que fôra manifestado e registrado como jazida".

"Dêsse êrro do Ministério da Agricultura resultou o indeferimento do pedido de averbação supra, por despacho ministerial de 13 de maio de 1942 (fls. 55 do processo).

"Mais tarde, em 14 de julho de 1950, no D.N.P.M. nº 3.824-50, o requerente, Jair Nabuco Carneiro Pereira da Silva Pôrto, então cessionário de todos os direitos de Oto Hartenbach, conforme escrituras de 24 de fevereiro de 1947 e 17 de agôsto de 1948 (documentos anexos ns. 2 e 3), pediu que a propriedade em questão fôsse inscrita no "Registro de Jazidas e Minas Conhecidas", como mina, com lavra transitòriamente suspensa".

"Reiterando o pedido constante do item anterior, o requerente, em 6 de março de 1951, no D.N.P.M. nº 1.138-51 (fls. 66-67 do processo), juntou nova justificação judicial, cuja sentença se encontra a fls. 82 do processo administrativo".

"Mais tarde, em 30 de abril de 1951, com o D.N.P.M. nº 2.556-51, o requerente juntou novo documento, um atestado do Instituto de Tecnologia Industrial, do Estado de Minas Gerais, provando a existência de mina com lavra transitòriamente suspensa há algumas décadas atrás (documento anexo nº 4).

"Em 14 de junho de 1951, no D.N.P.M. nº 5.181-51 (fls. 102-105 do processo), o requerente invocou o art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 1946, como fundamento do seu pedido de mudança de conceituação do registro de jazida para mina".

"O processo subiu à apreciação do Sr. consultor jurídico do Ministério da Agricultura, o ilustre Dr. LUCIANO PEREIRA DA SILVA, o qual, em seu parecer, opinou pelo não-atendimento do pedido, porque Oto Hartenbach, o cedente, não podia fazer cessão de direitos de que deixara de ser titular, no que se refere à sobrevivência do manifestado como jazida, de que decaíra ao deixar escoar-se o prazo de cinco anos fixado pelo art. 7° do Código de Minas (fls. 96-101 do processo)".

O consultor jurídico opinou contràriamente, com esta conclusão:

"O manifesto feito por Oto Hartenbach refere-se a jazida e não a mina. Mas, se jazida e não mina, ao ser promulgada a Constituição de 1946, já tendo esta encontrado a jazida incorporada ao patrimônio da União, por fôrça do disposto no § 2º do art. 7° do Cód. de Minas, não se pode mais pensar na aplicação de garantia constitucional, que só às minas em lavra, mesmo que transitòriamente suspensas, se refere, e, no caso, o que existia era jazida oportunamente como tal manifestada e registrada".

"Incorporada a jazida ao patrimônio da União, não tendo Oto Hartenbach direito algum mais sôbre ela, inoperante é a cessão feita ao recorrente, porque não podia ceder o que já não lhe pertencia".

"Antes de aprovado êsse parecer, ó requerente voltou ao caso com o aditamento de fls. 107-109 do processo, o D.G.P.M. n° 5.300-51, em 9 de julho de 1951, mostrando que o art. 7° do Código de Minas só se refere a jazidas; que as normas de regulamentação das explorações, a que se refere a parte final do artigo 21 do A.D.C.T., são de caráter técnico e econômico, de legislação

ordinária, mas que não podem restringir o direito que decorre do texto constitucional".

"Não obstante, o Exmo. Sr. ministro da Agricultura, por despacho de 27 de julho de 1951, aprovou o parecer do Sr. consultor jurídico do Ministério" (fls.).

"Inconformado, o requerente, então com assistência, do Sindicato Nacional da Indústria de Extração de Ferro e Metais Básicos, pediu e obteve reconsideração do despacho de arquivamento, com a resolução do Exmo. Sr. ministro da Agricultura de ouvir o Exmo. Sr. consultor geral da República".

"Em seu longo parecer, o Exmo. Sr. consultor geral da República acentua que o texto constitucional se refere a "mina" e não a "jazida", vocábulos que tinham definição legal quando foi baixado o Ato e significam coisas diferentes. E que não é possível, portanto, entender-se que, ao empregar a palavra "mina", quisesse também o constituinte referir-se às jazidas. E diz que, se houve ressalva quanto às minas, tal não sucede quanto às jazidas".

"Acrescenta que, na espécie, o registro existente à época do Ato e inalterado, era de uma "jazida". E, como tal, incorporada ao domínio da União, na forma da lei indicada (dec.-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 7º, § 2°). E que, havendo produzido efeitos, quer em relação ao titular originário, quer em benefício do patrimônio nacional, deve subsistir a caracterização".

E concluiu o Exmo. Sr. consultor-geral da República:

"Permitir que passados 15 anos se modifique um registro feito como "jazida" para o de "mina", é pretensão que não encontra apoio na lei. O art. 21 do Ato refere-se a "mina" e neste processo cuida-se de uma "jazida"; como tal foi manifestada e definida para os efeitos legais, inclusive o de caducidade, operada em 30 de janeiro de 1945".

"Opino, pois, pela manutenção do despacho de arquivamento do pedido, exarado pelo Sr. ministro".

"Antes que o Exmo. Sr. ministro da Agricultura despachasse, à vista dêsse parecer, o requerente retrucou, em 30 de abril de 1952, na D. A. nº 19.026-52,

mostrando, em resumo, que a tese até então dominante é a de que a jazida se encontra incorporada ao domínio da União desde 30 de janeiro de 1945, por fôrça do disposto no art. 7°, § 2°, do Cód. de Minas, donde a impossibilidade de ser averbado como mina o registro de tal jazida; e que a instância administrativa está encerrada e o interessado decaído do seu direito, por fôrça do art. 6° do dec. nº 20.910, de 6 de agôsto de 1952".

"Mas acrescenta o requerente ser falsa a tese, porque a pretensa incorporação é nula em face do Cód. Civil, art. 145, número II. E que, sendo nula a incorporação da jazida ao domínio da União, não há que falar na prescrição do art. 6° do dec. nº 20.910, porque o ato nulo não prescreve".

"Afinal, por despacho do Exmo. Sr. ministro da Agricultura, publicado em 20 de novembro de 1952, foi mandado arquivar o processo do requerente, encerrando-se assim a instância administrativa, por não caber mais, ali, qualquer recurso ("Diário Oficial" de 29 de novembro de 1952)".

Veio então com o presente mandado de segurança, que o garanta no direito de ter retificado o registro nº 67, de jazida de ferro, manganês, ouro e associados, na Divisão de Fomento da Produção Mineral, do Ministério da Agricultura, averbando-se como de mina em lavra, transitòriamente suspensa.

E argumenta com o art. 21 das Disposições Transitórias da Constituição, o art. 10 do dec. nº 24.642, de 10 de julho de 1934, que obrigou a manifestar as jazidas dentro em um ano, prazo prorrogado até 20 de julho de 1936, sendo que o atual Cód. de Minas, de 29 de janeiro de 1940 (dec.-lei nº 1.985), não contém disposição similar.

Assim, acrescenta, "o prazo para o manifesto e registro das minas em lavra, transitòriamente suspensas, segundo a lei ordinária a que se refere o Sr. consultor jurídico, expirou em 20 de julho de 1936".

"Contudo, o art. 21 do A.D.C.T., que assegura o direito dos proprietários daquelas minas, é de 18 de setembro de 1946, isto é, 10 anos e dois meses depois de expirado o prazo para o manifesto e registro, segundo a lei ordinária em que se apóia a autoridade coatora".

"Sendo assim, não é admissível que as normas de regulamentação, referidas na parte final do citado art. 21 do A.D.C.T., sejam aquelas relativas ao manifesto e registro das minas, como pretende o Sr. consultor jurídico, porque, se o fôssem, todo o art. 21, citado, seria totalmente inútil, visto que, mais de 10 anos antes, expirara o prazo para tornar ditas minas reconhecidas pelo Ministério da Agricultura".

"Dêste modo, a autoridade coatora nada mais fêz que considerar inúteis, inoperantes, sem objeto, os dispositivos constitucionais que asseguram o direito dos proprietários daquelas minas, visto como os subordina a disposições da lei ordinária que, como vimos acima, os excluem".

O Sr. ministro da Agricultura enviou as informações seguintes:

"Senhor ministro relator":

"Ocorro a atender o ofício nº 375, de 9 do corrente, de V. Ex.ª, com as informações que me solicita a respeito do mandado de segurança requerido por Jair Nabuco Carneiro Pereira da Silva Pôrto".

"Os fatos, a que se prende essa ação, têm origem em requerimento de Oto Hartenbach, de 2 de julho de 1935, para registro de manifesto de "jazidas de minérios de ferro, manganês, ouro, etc., existentes nos imóveis de sua propriedade, situados no município de Santa Bárbara, Estado de Minas Gerais".

"As jazidas manifestadas foram registradas em 14 de agôsto de 1935, no livro A, nº 1, às fls. 26 e 26 v., sob o número de ordem 67, da Divisão de Fomento da Produção Mineral, do Departamento Nacional da Produção Mineral, dêste Ministério".

"Oto Hartenbach, que vem importunando êste Ministério com sucessivos requerimentos inócuos, em 20 de janeiro de 1942, requer "averbação como mina, das citadas jazidas", e, em 27 de novembro de 1941, pede concessão de lavra".

"Em 26 de fevereiro de 1942, isto é, pouco depois, requer o arquivamento do seu pedido de autorização de pesquisa "visto que desiste do mesmo por ter

entrado em acôrdo com o Sr. José Romaguera para a exploração das jazidas existentes na referida minha propriedade e que fêz idêntico pedido em 9 de setembro de 1941 sob protocolo D.F.P.M. nº 6.120-41";

"O Sr. consultor jurídico dêste Ministério, pelo parecer nº 1.192, de 4 de maio de 1942, apoiando a atitude infensa do diretor geral do Departamento Nacional da Produção Mineral a essa pretensão de Oto Hartenbach, anota que êste manifestante das jazidas "tumultuara o processo por tal forma que, ainda que só por êsse motivo não se lhes poderia dar regular andamento, culminou na confusão provocada pela desistência do pedido de concessão de lavra".

"E o Sr. consultor jurídico entende que de pé se conservam, apenas, os direitos de Oto Hartenbach, decorrentes do manifesto das jazidas, direitos que êle fará uso de acôrdo com as normas prescritas no Cód. de Minas", e opina que seja arquivado o pedido de autorização de lavra, a que me referi no item 4".

"O ministro Apolônio Sales deu, ao parecer acima citado, o seguinte despacho: "De acôrdo, 13 de maio de 1942".

"Em face dêsse despacho ministerial, Oto Hartenbach requer prorrogação de prazo de validade do manifesto e registro por mais cinco anos".

"O prazo estava, no entanto, por sua natureza, de acôrdo com o art. 7° do Cód. de Minas, extinto de direito, pois êle estava compreendido entre 30 de janeiro de 1940 e 30 de janeiro de 1945. Foi, finalmente, pelo ministro de então indeferido o requerimento de prorrogação de Oto Hartenbach".

"Entretanto, quando tudo parecia terminado, Jair Nabuco Carneiro Pereira da Silva Pôrto, alegando a qualidade de cessionário dos direitos do Sr. Oto Hartenbach, de acôrdo com as escrituras de 24 de fevereiro, de 1947 e de 17 de agôsto de 1948, lavradas ambas em notas do tabelião do 3º Ofício da cidade do Rio de Janeiro, requer, em 14 de julho de 1950, suceder àquele ex-manifestante.

"Jair Pôrto quer também que a propriedade seja inscrita no Registro de Minas Conhecidas, embora transitòriamente parada, para que em prosseguimento

possa o requerente retomar os trabalhos de exploração ou lavra, como se faz mister".

"Embora nada conseguindo, por andar a caminho da ilegalidade e tendo, mesmo, recebido do ministro Novais Filho, em 5 de janeiro de 1951, no respectivo processo, despacho de arquivamento, Jair Pôrto prossegue na defesa de uma pretensão descabida".

"Mas, diante dos pareceres do consultor jurídico dêste Ministério, de 21 de junho de 1951, e do diretor geral do Departamento Nacional da Produção Mineral, de 13 de junho do mesmo ano, dei o despacho de arquivamento, publicado no "Diário Oficial" de 3 de janeiro de 1952, acompanhado dos mencionados pareceres".

"E, agora, diante do mandado de segurança requerido a êsse egrégio Tribunal pelo advogado de Jair Pôrto "a fim de que seja registrada no Departamento Nacional da Produção Mineral uma mina de ferro, manganês, ouro e associados, de cujos direitos é cessionário, registro êsse que foi impedido por ato do Exmo. Sr. ministro da Agricultura", cumpre-me afirmar a V. Ex.ª que mantenho meu despacho da 26 de julho de 1951, e estou de acôrdo com o parecer do consultor jurídico dêste Ministério, de 14 de abril de 1953".

"O impetrante, como V. Ex.ª e êsse colendo Tribunal verificarão, está procedendo de modo perturbador da rotina administrativa, porque, como exaramos no nosso item 10, terminara a validade do prazo do manifesto".

"Mais, as jazidas foram, *ex vi* do § 2º do art. 7° do Cód. de Minas, incorporadas ao patrimônio da União, desde 30 de janeiro de 1945, e, portanto, prescrito o direito de reclamação".

"Valho-me do ensejo para apresentar a V. Ex.ª meus protestos de elevado aprêço e consideração".

O Sr. Dr. subprocurador geral ofereceu êste parecer: *(ler fls. 47 em diante).*

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Não dou pela preliminar da decadência do pedido porque, não atendido o pedido de reconsideração, deve o prazo ser contado de 19 de novembro de 1951, data do primeiro despacho mandando arquivar a reclamação do requerente, datando a impetração de 20 de março de 1953.

Mas o fato é que o desarquivamento foi atendido pelo ministro, que mandou, como se pediu, ouvir o Dr. consultor geral da República. Com o parecer dêste, contrário ao requerente, é que despachou novamente, em 25 de setembro de 1952. Também não altera, a meu ver, a situação haver sido o segundo pronunciamento provocado por um sindicato. Porque o interessado era o requerente e o despacho do ministro, em qualquer hipótese, visaria à postulação do requerente.

Indefiro, porém, a segurança. A própria inicial não revela certeza e liquidez do direito que se arroga o impetrante.

Em 2 de julho de 1935, Oto Hartenbach manifestara uma jazida em sua propriedade, o que lhe foi deferido um mês depois; três anos mais tarde, pretendeu modificar os limites, foi-lhe indeferido por duas vêzes; em novembro de 1941, requereu pesquisa e lavra das jazidas como minas; em fevereiro de 1942, desistiu, nestes têrmos *(ler fls. 52 e 45 do 2º processo administrativo junto).*

No dia 24 de julho de 1945, requereu a revalidação do manifesto registrado em agôsto de 1935 (fls. 57).

A fls. 67 dêsse processo administrativo esclarece um parecer do Dr. Joaquim Cid de Morais, secretário do diretor geral, mostrando que extinto estava o prazo desde 29 de janeiro, em face do art. 7º e § 2° do dec.-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940.

"Art. 7° As "jazidas" manifestadas ao govêrno federal e registradas na forma do art. 10 do dec. nº 24.642, de 10 de julho de 1934, e da lei número 94, de 10 de setembro de 1935, estão oneradas, em benefício dos respectivos manifestantes, pelo prazo de cinco anos, a contar desta data, com a preferência para a

autorização de lavra ou, quando a outrem autorizada, com uma percentagem nunca superior a 5% da produção efetiva.

.....

§ 2° Se o direito de preferência, na forma dêste artigo, não fôr exercido na prazo estipulado, ficará *ipso facto* resolvido e a "jazida" incorporar-se-á ao patrimônio da União".

O requerente procura apoio ora em minas, ora em jazidas, para mostrar que o seu direito não periclitara; e para isso, hàbilmente, destaca trechos isolados do parecer do consultor geral da República. Entretanto, não convence. Para suprir deficiências, chegou a requerer justificações judiciais.

Não só a questão da prescrição, provocando a incorporação da jazida ao patrimônio da União, como a desistência que fêz expressamente, e ainda a mudança da natureza do pedido, os efeitos da cessão de Hartenbach, tudo plana no domínio de incertezas, que não podem ser solucionadas em mandado de segurança, onde o direito deve apresentar-se escorreito, livre de qualquer dúvida, líquido e certo, na conceituação legal.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Estou inteiramente de acôrdo com o Sr. ministro relator.

Dados os fatos largamente expostos, verifica-se que não há evidência de direito líquido e certo e, assim, em tema de mandado de segurança, não cabe o pedido formulado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: preliminarmente, por unanimidade de votos, rejeitaram a argüição de decadência; no mérito, pediu vista o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, após haverem votado os Srs. ministros relator e MACEDO LUDOLF, denegando o pedido.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Peço ao Tribunal e, particularmente, ao Sr. ministro relator, que me relevem a extensão que vou ser forçado a dar ao meu voto. Há uma série de fatos que hão que ser referidos, para se extrair a conseqüência final; e, também, e necessàriamente, haverá desenvolvimento no estudo da situação sob o ponto de vista jurídico, porque a controvérsia, que se estabeleceu, é acirrada. Contra os interêsses do suplicante manifestaram-se o consultor jurídico do Ministério da Agricultura e, posteriormente, o consultor geral da República. Antecipo, *data venia*, que chego a uma conclusão oposta à do eminente Sr. ministro relator. Concedo a ordem. Estou lançando estas premissas, por assim dizer, para solicitar a benévola atenção do Tribunal para a hipótese, que me parece interessante, mas rica de dificuldades.

O voto que escrevi - e parte dêle está nos próprios autos - é êste:

Em 1935, Oto Hartenbach requereu e obteve, nos têrmos do art. 10 dec. número 24.642, de 10 de julho de 1934, o registro do manifesto de jazidas de ferro, manganês, ouro e associados, localizadas em terras de sua propriedade, em Minas Gerais. Êsse registro tomou o nº 67, no livro de Registro de Jazidas e Minas Conhecidas.

Em 27 de novembro de 1941, Hartenbach requereu concessão de lavra das aludidas jazidas (fls. 48 do processo aludido). Oficiou-lhe o diretor geral do Departamento Nacional da Produção Mineral, em 10 de janeiro de 1942, dizendo que, *verbis*: "vosso pedido de pesquisa deverá ser feito nos têrmos do art. 14 do Código de Minas" (fls. 51 do mesmo processo). Em 28 de fevereiro de 1942, requereu a averbação, como mina, das aludidas jazidas, *verbis*: "conforme prova realizada na forma da lei (em juízo), como faz certo a justificação anexa ao processo nº 2.939-38, solicitação esta que é feita em aditamento ao pedido de lavra, sob o nº 8.379-41" (fls. 44, *idem*). Posteriormente, Oto, em requerimento de 26 de fevereiro de 1942, aludindo ao pedido de "pesquisa", protocolado sob o nº 8.379-41, pediu o arquivamento dêsse seu pedido de pesquisa, pois desistia do mesmo, *verbis*: "por ter entrado

em acôrdo com o Sr. José Romaguera para exploração das jazidas..." (fls. 52, *idem*).

Esclareça-se, de logo, que no requerimento protocolado sob o nº 8.379-41, Oto requerera "concessão de lavra". Se, no requerimento de 26 de fevereiro de 1942, protocolado sob o nº 1.645-42, aludiu a pedido de "pesquisa", fê-lo porque, conforme a referência, já feita, ao oficio de 10 de janeiro de 1942, as autoridades do Ministério da Agricultura entenderam que o pedido de lavra deveria ser considerado "pedido de pesquisa", que deveria, entretanto, ser feito nos têrmos do art. 14 do Cód. de Minas.

Despachou o ministro, "de acôrdo com o parecer do consultor jurídico do Ministério", o qual opinara pelo indeferimento do pedido de averbação e arquivamento do pedido de autorização de lavra.

Não resta dúvida, pois, que ficou de pé o manifesto das jazidas, registrado sob nº 67.

O suplicante diz, nos itens 3 e 4 de sua inicial, que o pedido de averbação foi indeferido por haver o Ministério entendido que êle suplicante "desistira" dêsse pedido de averbação. Não está certo. A razão do indeferimento aqui está:

"As informações e pareceres emitidos sôbre o pedido de averbação como mina são contrários, entendendo ainda o Sr. diretor geral do D.N.P.M. que a desistência, solicitada por Oto Hartenbach, do pedido de autorização de lavra das jazidas manifestadas, afeta, também, o relativo à averbação das jazidas, como mina em lavra, ainda pendente de solução, visto que, no requerimento de 28 de fevereiro de 1942, declarara o requerente que o pedido de averbação, como mina, era feito em aditamento ao de autorização de lavra, de que trata o D.G.P.M. nº 8.379-41. A multiplicidade de requerimentos apresentados por Oto Hartenbach, variando de objetivos, que já tumultuara o processo por tal forma que, ainda que só por êsse motivo, não se lhes poderia dar regular andamento, culminou na confusão provocada pela desistência do pedido de concessão de lavra. De pé, apenas se conservam os direitos de Oto Hartenbach, decorrentes do manifesto das jazidas, direitos de que êle fará uso de acôrdo com as normas prescritas no Cód. de Minas. Isto pôsto, é meu parecer que seja indeferido o pedido de averbação constante do D.G.P.M. nº 815-42 e "arquivado" o de

autorização de lavra, constante do D.G.P.M. nº 8.379-41" (fls. 55 do processo anexo).

Mais tarde, em 14 de julho de 1950, Jair Nabuco Carneiro Pereira da Silva Pôrto, suplicante dêste mandado de segurança, na qualidade de cessionário dos direitos, de Oto Hartenbach, requereu que a propriedade fôsse inscrita como mina, com lavra transitòriamente suspensa (fls. 60 a 61 do anexo). Êsse pedido foi mandado "arquivar", pelo ministro (fls. 65). Não conformado, Jair voltou a requerer, em 8 de março de 1951, sob o nº 1.138, a inscrição da propriedade no Registro de Jazidas e Minas Conhecidas. A petição é esta: *(lê fls. 66 e 67 do anexo)*. E foi indeferida, porque Hartenbach não podia ceder o que já não era seu (fls. 101, do anexo).

Inconformado, obteve, Jair, que o Sindicato Nacional da Indústria da Extração do Ferro e Metais Básicos se dirigisse ao ministro da Agricultura requerendo o desarquivamento do processo e a audiência do consultor geral da República sôbre o pretendido por êle Jair (processo anexo, fls. 117). Acedeu, o ministro, com êste despacho:

"Tendo em vista que a controvérsia, objeto do presente processo, versa sôbre interpretação de texto constitucional (art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal), reconsidero meu despacho de fls. 114, e, por exceção, opino por que seja ouvido, sôbre o assunto, o senhor consultor geral da República" (fls. 121 e 121 v.).

O consultor geral da República, Sr. Dr. CARLOS MEDEIROS SILVA, ofereceu êste parecer: *(fls. 124-128, lê)*. E, em 25 de setembro de 1952, o ministro novamente determinou o arquivamento do processo. (fls. 130, *idem*), o que importou no indeferimento do novo pedido. Êsse despacho foi publicado no "Diário Oficial" de 20 de novembro de 1952 (fls. 130 v.). E, em 20 de março último, o Sr. Jair Nabuco protocolou, neste Tribunal, o presente pedido de mandado de segurança: "A fim de que seja registrada, no Departamento Nacional da Produção Mineral, uma mina de ferro, manganês, ouro e associados, de cujos direitos é cessionário, registro êsse que foi impedido por ato do Exmo. Sr. ministro da Agricultura".

Expostos os fatos, no que mais de perto interassam à hipótese, e já decidida, pelo Tribunal, a decadência argüida quanto ao mérito, Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro relator, defiro o pedido. E, deferindo-o, Sr. presidente, faço-o com assento nas jurídicas razões do Sr. Dr. José Augusto Costa Júnior, ilustre patrono do suplicante. Fundamentando meu voto, eu não definirei melhor o direito do suplicante. Seu raciocínio é perfeito e seguras são suas conclusões. Passo, pois, a ler o arrazoado, que será transcrito neste voto, como fundamentação:

"21. O art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promulgado juntamente com a Constituição, de 18 de setembro de 1946, diz o seguinte:

"Art. 21. *Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934 e, nestes mesmos têrmos, a exploração das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa;* mas tais *aproveitamentos e explorações ficam sujeitos às normas de regulamentação* e revisão de contratos, *na forma da lei"* (o grifo é do requerente).

"22. O eminente CARLOS MAXIMILIANO, em sua clássica "Hermenêutica e Aplicação do Direito" (4ª ed., pág. 376, nº 375), esclarece de vez, com a sua incontestável autoridade, a questão do direito puro e simples dos proprietários de minas existentes ao tempo da Constituição de 1934, ao dizer: *"Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido,* ou uma pena aplicada, *esta especificação importa proibir implìcitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas* ou estender a outros casos a penalidade" (o grifo é do requerente).

"23. Em conseqüência, quando o artigo 21, *supra*, diz que não depende de concessão ou autorização a exploração das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa, já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934, a Constituição especifica, claramente, a circunstância em que pode ser exercido pelo proprietário o direito de exploração da mina, independentemente de concessão ou autorização, isto é, declara insofismàvelmente ser bastante que a mina, embora com a lavra transitoriamente suspensa, já tenha sido utilizada industrialmente a 16 de julho de 1934".

"24. Tentando empanar texto tão claro e luminoso, para fugir ao cumprimento da Lei Maior, a autoridade coatora argumenta com a parte final do citado art. 21 do A. D. C. T. de 1946, *in verbis:* "...mas tais aproveitamentos e explorações ficam sujeitos às normas de regulamentação e revisão de contratos, na forma da lei", para concluir que o direito assegurado pela Constituição aos: proprietários de tais minas é, em virtude daquela parte final, limitado pelo Código de Minas".

"25. E o que declara o ilustre senhor consultor jurídico do Ministério da Agricultura, apoiado pela autoridade coatora, em seu parecer de fls. 96-101 do processo administrativo: "Na espécie, quer o interessado que se aplique o disposto no art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reproduz norma semelhante das Constituições anteriores, mas não me parece que possa ser atendido nessa pretensão, de vez que a garantia constitucional, para que seja assegurada, pressupõe a existência, legalmente reconhecida, de mina em lavra, ainda que transitòriamente suspensa, situação que, no regime do Cód. de Minas, só pode ser constatada pelo manifesto feito tempestivamente e devidamente registrado no livro próprio da Divisão de Fomento da Produção Mineral. Em seu requerimento de 14 do corrente, o interessado transcreve apenas a primeira parte do mencionado art. 21, porque não lhe aproveita a última parte dêsse dispositivo, muito claro na ressalva assim redigida: "mas tais aproveitamentos e explorações ficam sujeitos às normas de regulamentação e revisão de contratos, na forma da lei". A necessidade do manifesto é norma de regulamentação imposta pela lei para que se torne efetiva: a garantia constitucional, que o interessado pretende aproveitar ao seu caso".

"26. Essa "situação que, no regime do Cód. de Minas, só podia ser constatada pelo manifesto feito tempestivamente e devidamente registrado no livro próprio da Divisão de Fomento da Produção Mineral", a autoridade coatora sabe, perfeitamente, ser impossível segundo aquêle mesmo Código, o antigo (dec. número 24.642, de 10 de julho de 1934), que, em seu art. 10, dispõe":

"Art. 10. Os proprietários das jazidas conhecidas e os interessados nas pesquisas e lavras delas, por qualquer título válido em direito, serão obrigados a manifestá-las dentro do prazo de um ano contado da publicação dêste Código...".

"E, como também o sabe a autoridade coatora, a lei nº 94, de 10 de setembro de 1935, publicada no "Diário Oficial" de 13 de setembro de 1935 *prorrogou até 20 de julho de 1936* o prazo fixado no dec. nº 24.642, de 1934, *supra*. O atual Cód. de Minas (dec.-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, não contém nenhum dispositivo semelhante ao art. 10 do anterior, acima".

"27. Assim, o prazo para o manifesto e registro das minas em lavra transitoriamente suspensa, segundo a lei ordinária a que se refere o Sr. consultor jurídico, expirou em 20 de julho de 1936".

"28. Contudo, o art. 21 do A.D.C.T., que assegura o direito dos proprietários daquelas minas, é de 18 de setembro de 1946, isto é, 10 anos e dois meses depois de expirado o prazo para o manifesto e registro, segundo a lei ordinária em que se apóia a autoridade coatora".

"29. Sendo assim, não é admissível que as normas de regulamentação, referidas na parte final do citado art. 21 do A.D.C.T., sejam aquelas relativas ao manifesto e registro das minas, como pretende o Sr. consultor jurídico, porque, se o fôssem, todo o art. 21, citado, seria totalmente inútil, visto que, mais de 10 anos antes, expirara o prazo para tornar ditas minas reconhecidas pelo Ministério da Agricultura".

"30. Dêste modo, a autoridade coatora nada mais fêz que considerar inúteis, inoperantes, sem objeto, os dispositivos constitucionais que asseguram o direito dos proprietários daquelas minas, visto como os subordina a disposições da lei ordinária que, como vimos acima, os excluem".

"31. Uma exegese cuidadosa jamais concluirá por afirmar a inutilidade daqueles dispositivos constitucionais e nenhum jurista o afirmaria, salvo por equívoco, porque não se presume a inutilidade *a fortiori* de regra constitucional. É preciso prová-la. E a lei ordinária não é arma para isso.

"32. O sentido daquelas "normas de regulamentação" é bem diferente, muito claro, e admira ter escapado ao ilustre Sr. consultor jurídico do Ministério da Agricultura".

"33. Essas normas, a que se refere o texto constitucional, são, òbviamente, as que entendem com os trabalhos normais das explorações, tais como o plano de bom aproveitamento da jazida (art. 29 e § 2º do Cód. de Minas), quantidades de minérios a extrair, normas técnicas e de polícia, resguardo do solo, servidões, utilização das águas, segurança do pessoal, etc. (art. 34 do Cód. de Minas).

"34. Tal interpretação é evidente, pois que na exploração das minas há necessidade de obedecer-se a normas de regulamentação, que só podem ser objeto da lei ordinária.

"35. Outro especioso argumento, no qual parece comprazer-se a autoridade coatora, pois que em todo o processo administrativo o repete inúmeras vêzes, inclusive o parecer do Exmo. Sr. consultor geral da República, é o seguinte: "6. Decorridos quase cinco anos, vem o cessionário de Hartenbach, de nome Jair Nabuco Carneiro Pereira da Silva Pôrto, aos 14 de julho de 1950, alegando que o seu antecessor havia produzido prova, no devido tempo, de que se tratava, em verdade, de "mina" em lavra transitòriamente suspensa e não de "jazida", requerer que o despacho de 1935, que ordenara o registro como "jazida", fôsse alterado para o de mina conhecida, "embora transitòriamente parada". "7. Tal pretensão foi arquivada, por despacho ministerial de 5 de janeiro de 1951. Serviu de base à decisão a informação de que a jazida em causa estava incorporada ao domínio da União, na forma do art. 7°, § 2º, do dec.-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Cód. de Minas), e art. 3º do dec.-lei nº 5.201, de 18 de janeiro de 1943; além disso, de acôrdo com o disposto no art. 6° do dec. n. 20.910, de 6 de agôsto de 1932, estava prescrito qualquer direito a reclamação administrativa".

"36. E, mais adiante: "12. .... Na espécie, o registro existente à época da promulgação do Ato, e jamais alterado, era de uma "jazida". Como tal foi ela incorporada ao domínio da União, na forma da lei indicada" (dec.-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 7°, § 20). Havendo produzido efeitos, quer em relação ao seu titular originário, quer em benefício do patrimônio nacional, deve subsistir a caracterização".

"37. Aprovando tal parecer, o Exmo. Sr. ministro da Agricultura reincidiu na prática de grave lesão ao direito do requerente, como se demonstra a seguir":

"38. Primeiramente, deve-se esclarecer que, à época do manifesto feito por Oto Hartenbach, de "jazida" em vez de "mina", por evidente engano, também a lei confundia os dois vocábulos; como se evidencia, na redação do art. 10 do primitivo Cód. de Minas (dec. n° 24.642, de 10 de julho de 1934), em seu início: "Os proprietários das jazidas conhecidas e os interessados nas pesquisas e lavras delas,..." referindo-se, no entanto, a minas e jazidas como sucede nos ns. III e IV do mesmo artigo. Também o artigo 3º do dec.-lei nº 5.201, de 18 de janeiro de 1943: "As minas cuja lavra não fôr reiniciada... passarão para o domínio da Nação, ficando a jazida em disponibilidade...".

"39. Nada mais natural, portanto, que Oto Hartenbach, que era leigo, tivesse, igualmente, confundido os dois vocábulos, daí nascendo o equívoco do seu manifesto".

"40. No § 1° do art. 1° do decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (atual Cód. de Minas), foi dada perfeita definição legal aos dois vocábulos, não se permitindo mais qualquer confusão.

"41. Ora, essa confusão, que por parte da autoridade coatora não pode ser senão propositada, é patente na repetida invocação ao art. 7º e § 2º do Cód. de Minas, para, com êsse fundamento, indeferir, como o fêz, todos os pedidos do requerente e do seu antecessor. Diz êsse artigo":

"Art. 7º As *jazidas* manifestadas ao govêrno federal e registradas na forma do art. 10 do dec. número 24.642, de 10 de julho de 1934, e da lei nº 94, de 10 de setembro de 1935, estão oneradas, em benefício dos respectivos manifestantes, pelo prazo de cinco anos, a contar desta data, com a preferência para a autorização de lavra ou, quando a outrem autorizada, com uma percentagem nunca superior a 5% da produção efetiva".

"....

"§ 2º Se o direito de preferência, na forma dêste artigo, não fôr exercido no prazo estipulado, ficará *ipso facto* resolvido e a *jazida* incorporar-se-á ao patrimônio da União" (os grifos são do requerente)".

"42. A que se referem o art. 7° *supra* e seu § 2º? A "jazida", única e exclusivamente. Não fazem a mais ligeira ou remota referência a "minas". E é evidente que assim seja, porque o texto constitucional então vigente, em seu art. 143, § 4° (de 1937), assegurava, também, como o atual, o direito dos proprietários das minas, embora em lavra transitòriamente suspensa, mas utilizadas industrialmente a 10 de novembro de 1937".

"43. Ora, firmando-se no malsinado art. 7º, § 2º, do Cód. de Minas, o Exmo. Sr. ministro da Agricultura aplica a uma "mina" um texto endereçado, só e só, a "jazidas".

"44. Que era e é "mina", não pode haver dúvida. Bastam a última justificação judicial (de fls. 68 a 82 do processo administrativo), produzida conforme a lei, com as devidas intimações, nos momentos oportunos, do Ministério Público, e o atestado do Instituto de Tecnologia Industrial, do Estado de Minas Gerais (documento anexo nº 4), provas essas jamais ilididas de qualquer modo, para se ter como comprovada, devidamente, a assertiva de se tratar de "mina em lavra transitòriamente suspensa e existente a 16 de julho de 1934".

"45. Assim, o especioso argumento do Ministério da Agricultura não pode subsistir, mesmo porque, declarando incorporada ao patrimônio da União a jazida que, em sua teimosia, continua vendo, o Ministério nada mais fêz que incorporar à União o que não existe nem existia, quando aquela repartição assim entendeu de fazer".

"46. Eis, pois, que o Exmo. Sr. ministro da Agricultura praticou um ato jurídico de objeto impossível".

"47. Impossível pelo seguinte: o próprio Cód. de Minas define, no § 1° do seu art. 1º, o que sejam jazidas" e "mina":

"Art. 1° ...

"§ 1° Considera-se jazida tôda massa de substância mineral, ou fóssil, existente no interior ou na superfície da terra e que apresente valor para a indústria; mina, a jazida em lavra, entendido por lavra o conjunto de operações necessárias à extração industrial de substâncias minerais ou fósseis da jazida".

"48. Portanto, "jazida" é o depósito *in natura* de substância mineral ou fóssil, no interior ou na superfície da terra, de valor industrial. A "jazida" não sofreu, ainda., qualquer exploração. É objeto da autorizações de pesquisa. Não foi tocada em caráter industrial".

"49. A "mina" é, porém, a jazida em lavra, isto é, que já sofreu exploração industrial. Dela já foram extraídas substâncias minerais ou fósseis. É objeto das autorizações de lavra. O homem a tocou, a revolveu. Não é mais como foi feita".

"50. Então, temos, pelo mais elementar bom-senso, pelo mais simples raciocínio, à vista das definições legais de "jazida" e "mina", as seguintes conclusões, de que é impossível fugir: a "jazida" evolui naturalmente pira o estado de mina, bastando para isso a pesquisa e a exploração industrial que se lhe seguir; a "mina", resultado da evolução da jazida, não pode involuir para o estado de jazida. Foi tocada, foi revolvida, foi explorada industrialmente.

"51. E, porque o foi, não pode deixar de ter sido.

"52. A "mina", uma vez que se tornou assim, sê-lo-á sempre, por definição legal. É uma presunção *juris et de jure*. Absoluta".

"53. Ora, o Ministério da Agricultura declarou que a "jazida" foi incorporada ao patrimônio da União, na forma do art. 7°, § 2º, do Cód. de Minas, praticando assim um ato jurídico de objeto impossível".

"54. Impossível, porque não havia "jazida" a ser incorporada. O que havia era "mina", conforme foi provado. E o Código não autorizava, como não autoriza, a incorporação de "mina".

"55. Pretendendo praticar um ato jurídico de objeto impossível, qual o de incorporar à União o que não existe nem existia à época da ação, o Exmo. Sr. ministro da Agricultura praticou um ato nulo de pleno direito, porque assim o dispõe o Cód. Civil":

"Art. 145. É nulo o ato jurídico:

"I ....

"II. Quando fôr ilícito ou impossível o seu objeto".

"56. CARVALHO SANTOS, em seu "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. III, 4ª ed., págs. 236-237), assim se exprime a respeito do ato jurídico de objeto impossível: "Já ficamos sabendo... que a impossibilidade pode ser física ou natural e pode ser também jurídica". "Assim, nulo será o ato que versar sôbre objeto ou coisa que não existe nem pode existir, ou sôbre coisa que não seja, por sua própria natureza, apropriável, ou ainda quando seja absolutamente impossível a prestação, em relação ao seu objeto". "Jurìdicamente impossível deve ser considerado o objeto do ato jurídico quando versa sôbre um fato que a lei condena e sòmente realizável se houver mudança de legislação". "A nulidade não existe apenas quando o ato é contrário à lei, isto é, quando com o ato se visa obter aberta e diretamente aquilo que a lei proíbe. Existe também quando se trata de ato praticada em fraude à lei, vale dizer, quando, por meios indiretos, procurando aparentar sua conformidade com a ordem jurídica, se visa tão-só mente alcançar o que a lei não permite".

"57. A figura da impossibilidade jurídica, acima retratada, enquadra-se, inteira, no caso das "minas", que não podem ser incorporadas ao domínio da União".

"58. CLÓVIS, em seu "Código Civil Comentado" (6ª ed., 1940, vol. I, página 409), é conciso e claro: "O objeto impossível revela falta de seriedade ou perturbação mental. Em qualquer dos casos, não há vontade real de praticar o ato".

"59. Temos, pois, que o Exmo. Sr. ministro da Agricultura praticou um ato jurídico nulo, como foi demonstrado fundamentadamente".

"60. Ora, o que é nulo não produz qualquer efeito. E a alegação de nulidade pode ser feita sempre. É imprescritível".

"61. A prescrição do seu ato, a que tão pressurosamente se atira o Ministério da Agricultura, não seria senão um efeito do mesmo ato e que, por isso, não pode

ser invocada. É totalmente destituída de valor. Não existe, porque deriva de coisa nenhuma".

"62. CARVALHO SANTOS, obra citada, pág. 233: "O ato nulo não pode ser sanado, não podendo a vontade das partes sobrepor-se à vontade do legislador, que considerou o ato sem valor para todos e não sòmente para alguns". "O ato nulo nunca produz os efeitos a que se destinava, sendo nulo desde que foi praticado, independente de qualquer sentença".

"63. Resta examinar um último aspecto do caso, em face do citado art. 21 do A.D.C.T. de 1946".

"64. No parecer do Exmo. Sr. consultor geral da República, item 7 (transcrito nesta petição no nº 35), é feita referência ao art. 3° do dec.-lei nº 5.201, de 18 de janeiro de 1943, como um dos fundamentos do arquivamento do pedido do requerente".

"65. Vejamo-lo. Êsse decreto-lei "define a transitoriedade da suspensão da lavra das minas prevista no art. 143, § 4º, da Constituição" (de 1937). Dispõe seu art. 1º:

"Art. 1° As minas manifestadas como em lavra transitòriamente suspensa, de acôrdo com o art. 10 do dec. nº 24.642, de 10 de julho de 1934, terão sua lavra suspensa definitivamente, se não fôr reiniciada dentro do prazo de um ano, a partir da publicação dêste decreto-lei, salvo os casos de fôrça maior reconhecidos pelo govêrno".

"E o seu art. 3º diz:

"Art. 3º As minas cuja lavra não fôr reiniciada no prazo previsto no art. 1º dêste decreto-lei passarão para o domínio da Nação, ficando a jazida em disponibilidade, a fim de ser aproveitada na forma do dec.-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Cód. de Minas)".

"Êsse decreto-lei foi publicado em 20 de janeiro de 1943":

"66. Ora, o art. 1º *supra* se refere às minas manifestadas como em lavra transitòriamente suspensa, de acôrdo com o art. 10 do dec. nº 24.642. Justamente o que o requerente não conseguiu até hoje, e por isso está pedindo aqui um mandado de segurança, é esta situação de ter a sua mina manifestada e devidamente registrada. Exatamente no seu requerimento (D.G.P.M. nº 3.824-50), mencionado nos ns. 6 e 7 do parecer do Exmo. Sr. consultor geral da República, o requerente pediu a mudança de conceituação do manifesto de jazida para mina, sem que o obtivesse. E por isso está aqui".

"67. Assim, a sua mina não se enquadrava no pressuposto do art. 1° do decreto-lei nº 5.201, *supra*. Seria antes um caso de fôrça maior, da ressalva do final do mesmo artigo, eis que a não conceituação como mina decorre de ato de gente do próprio govêrno, não importando o motivo. Como a mina do requerente não estava na hipótese do art. 1º do decreto-lei nº 5.201, *supra*, não se lhe pode aplicá-lo. Destarte, sua citação é ociosa, inoportuna".

"68. Ainda, porém, que assim não fôsse, opor-se-lhe-ia, como se lhe opõe terminantemente, o dispositivo constitucional do art. 21 do A.D.C.T. de 1946".

"69. De fato. A Constituição é o único poder soberano que existe em nossos tempos, como ensina o eminente CARLOS MAXIMILIANO: "A Constituição é a Lei Suprema do País; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, Constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 4ª ed., pág. 378, nº 380).

"70. Em conseqüência, tendo sido o Ato promulgado em 18 de setembro de 1946, isto é, três anos e oito meses depois do dec.-lei nº 5.201, quando, segundo êste, as "minas manifestadas como em lavra transitòriamente suspensa" já teriam passado "para o domínio da Nação, ficando a jazida em disponibilidade", a única conclusão conforme com o direito é a de que o dec.-lei nº 5.201 foi automàticamente revogado".

"71. E assim é porque, do contrário, não tem finalidade o art. 21 do A.D.C.T.; se a êste se opõe um decreto-lei, qualquer que seja êle; se, para cúmulo, êste decreto-lei é mais antigo do que o dispositivo constitucional - qual prevalece? Não é coisa que se discuta num tribunal, por ser, por demais, elementar".

"72. Em conclusão: O art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946 restitui, íntegro, aos titulares das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa, e desde que utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934, o direito de as explorar, independentemente de concessão ou autorização. Êste é o espírito, esta é a letra do dispositivo constitucional, não sendo lícito opor-se-lhe uma lei ordinária que o contrarie".

"73. O direito do requerente é, pois, líquido e certo, enquadrando-se na hipótese do § 24 do art. 141 da Constituição" (fls. 5-16).

Concedo, assim, o pedido.

Sr. presidente, mais uma vez, peço desculpas se cansei o Tribunal. Mas eu teria, como juiz, na fundamentação do meu voto, que examinar todos os aspectos debatidos na hipótese. Já havia lido o memorial distribuída antes do julgamento e a minha impressão fôra francamente favorável ao direito do suplicante. Após os votos proferidos, entendi de meu dever o exame direto da controvérsia e dos argumentos oferecidos. E, após êsse exame, cheguei à conclusão de que inconcusso, irrecusável é o direito pretendida. Tôda a controvérsia, tôda a dificuldade criada, no Ministério da Agricultura, se originou da circunstância de haver Oto Hartenbach manifestado como jazida a mina. Mas o suplicante mostrou que, na forma da própria lei então vigente, do próprio Código de Minas, as expressões "jazida" e "mina" eram aplicadas indiferentemente. Transcreveu dispositivos. Posteriormente, requereu a averbação da jazida como mina - e isso lhe foi negado, pelas razões que já são conhecidas do Tribunal.

Data venia, portanto, pelos fundamentos expostos, concedo o mandado.

A questão dos cinco anos, a meu ver, não tem a menor importância, neste caso, porque, como disse o suplicante, e disse muito bem, a prevalecer isso, estaria sem objeto o art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É meu voto.

ESCLARECIMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Pela ordem, Sr. presidente.

Proferi meu voto na sessão passada e pediria licença ao Tribunal para relê-lo. Em grande parte, atinha-se à preliminar. Não cansarei o Tribunal mais de três ou quatro minutos, tempo suficiente para ler esta fôlha de papel, e apenas com o intuito de esclarecer. Peço a atenção para os detalhes do fato e as datas, que são muito importante: (*lê*).

Com relação ao art. 21, Sr. presidente, há uma consideração a fazer: pretende o impetrante que êsse artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias faz tábua rasa dessa prescrição e dessa averbação. Mas é preciso atender ao seguinte: a situação dessa mina ou jazida já se achava definitivamente integrada no patrimônio da União, ao advento da Constituição, e o dispositivo constitucional não tem o efeito de invalidar situação jurìdicamente definida. Nunca foi reconhecido isso.

Nossas Constituições, salvo disposição expressa, reconhecem sempre as situações jurídicas tal como encontram constituídas, dispondo sôbre elas daí por diante.

Para invalidar qualquer situação, só mediante menção expressa.

Queria, apenas, esclarecer ao Tribunal as razões por que deneguei êste mandado de segurança.

Acho que não há direito líquido e certo; há uma série de circunstâncias e fatos, que se procurou entrosar para configurar controvérsia que, evidentemente, não pode ser dirimida em mandado de segurança.

Fiz a leitura de meu voto apenas para dar um esclarecimento, colocado à margem do voto do eminente ministro CUNHA VASCONCELOS.

Esta a razão por que mantenho meu voto.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, se alguma dúvida porventura ainda alimentasse no que respeita à impossibilidade do deslinde da controvérsia pela via excepcional do mandado de segurança, o brilhante voto, que acaba de proferir o eminente ministro CUNHA VASCONCELOS, a teria espancado por inteiro.

S. Ex.ª, como o provecto patrono do impetrante, partem da um pressuposto, que se não realizou, *data venia.* S. Ex.ª, o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, sustenta que o impetrante teria o direito de fazer a pretendida averbação de mina, em um manifesto anterior de jazida, porque estaria positivado que se tratava, na espécie, de mina e não de jazida. Isto, exatamente, é o que se pretende demonstrar.

A presente impetração, para mim, Sr. presidente, resulta em uma petição de princípios; é certo que o legislador do primitivo Cód. de Minas, como acentua o ministro VASCONCELOS, criou certa confusão entre mina e jazida; confusão essa, contudo, que nunca prevaleceu, nem na órbita administrativa, nem na esfera judiciária.

Jazida e mina são coisas inteiramente inconfundíveis, como, aliás, salientou S. Ex.ª. Jazida é o depósito de minerais e fósseis conhecidos e ainda não utilizados; ao passo que a mina se caracteriza pelo aproveitamento industrial daqueles depósitos. Ora, o impetrante manifestou, precisamente, uma jazida; como tal, tida e registrada. Posteriormente, alegando que o registro decorrera de mero equivoco, pretendeu averbá-lo; mas, para tanto, precisaria demonstrar que se tratava, evidentemente, de mina e não de jazida.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas isso ficou demonstrado.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Admito. Talvez tenha êle feito essa demonstração perante a autoridade administrativa. Mas o certo é que a administração não considerou convincente a prova oferecida. Portanto, Sr. presidente, a controvérsia está enterreirada exclusivamente em matéria de fato; gira em tôrno de provas.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Desculpe a interrupção. Só tenho um objetivo, que, aliás, será o de todos nós: esclarecer, para que, do

Tribunal, saía uma decisão que seja pronunciamento exata de justiça. Se eu estiver errado, paciência. Entretanto, o meu objetivo é êsse.

V. Ex.ª disse bem: havia matéria de fato a esclarecer - e que de fato ficou esclarecida. Quando o suplicante foi à autoridade administrativa, estava com os esclarecimentos necessários, com os esclarecimentos de que cogitava a própria lei. A prova de que a lei cogitava era a justificação. Portanto, fêz a prova. E fêz mais. Fêz isto: *(ler, fls. 27).*

De forma que provou, pelos meias regulares, que não se tratava de jazida, mas de mina com a exploração interrompida. Aliás, quando li as razões, acentuei: êle trouxe prova admitida em lei, prova judicial: justificação; e, além da justificação, trouxe atestado do Instituto de Tecnologia de Minas Gerais. A prova da matéria de fato foi feita; não é discutida, neste mandado, nem as autoridades recusam valor a essa prova.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Perdão. As autoridades administrativas negam que se trate de mina.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Porque fizeram uma confusão lamentável. E isso foi superiormente discutido, na inicial. Só pedi para interromper V. Ex.ª porque vi que V. Ex.ª ia enveredando por êsse caminho da matéria de fato. Isso tudo gira em tôrno de uma questão de prova, que não foi feita - dizia V. Ex.ª. Mas essa prova foi feita. E, se foi feita, vejamos qual o alcance da Constituição, na parte invocada.

Peço desculpas a V. Ex.ª.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Como ia dizendo, Sr. presidente, uma vez elucidado de maneira indubitável, que se tratava de mina, a questão de direito perderia, inteiramente, de relêvo; porque estaria legitimada a aplicação do art. 21 do Alto das Disposições Constitucionais Transitórias, que declara independer de concessão ou autorização o aproveitamento da mina em lavra, ainda que transitòriamente suspensa. A administração pública, contudo; recusa-se a admitir a conceituação advogada pelo impetrante por não lhe parecer convincente a prova oferecida. A controvérsia, como já acentuei, gira am tôrno

de fatos que, argüidos pelo impetrante, são contestados pela, administração. A questão, portanto, só poderá ter eu desfecho natural pela via ordinária; e nunca pela trilha excepcional do mandando de segurança.

Por essas razões, com a devida vênia do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, acompanho o voto do relator.

VISTA

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento, a pedido de vista do Sr. ministro. ELMANO CRUZ, após os votos dos Srs. ministros relator, MACEDO LUDOLF, HENRIQUE D'ÁVILA, CUNHA MELO e ALFREDO BERNARDES, denegando o pedido, e o do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, concedendo a medida.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Jair Nabuco Carneiro Pereira da Silva Pôrto pediu a êste Tribunal que lhe concedesse mandado de segurança, a fim de ver retificado o registro obtido no Ministério da Agricultura, sob nº 67, de jazida de ferro, manganês, ouro e associados, para o fim de ser averbado como "mina de lavra transitòriamente suspensa".

Na petição inicial de fls. 2 a 16 expõe longamente as razões de fato e de direito que a seu ver justificam a impetração.

A ilegalidade teria consistido no fato de não ter sido aplicado ao impetrante o disposto no art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que garante a subsistência dos titulares das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa, e êsse direito, por negada aquela situação, não lhe foi reconhecido.

Conheço da impetração, e concedo a medida requerida, na conformidade do voto do eminente ministro CUNHA VASCONCELOS.

Há manifesta incompatibilidade entre a disposição do dec.-lei nº 5.281, de 18 de janeiro de 1943, e o preceito do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pois, a vigorar em seus exatos têrmos o preceito daquela lei, inútil seria a disposição transitória da Constituição, por expirado antes do seu advento o prazo ali consignado, e se incorporarem definitivamente ao patrimônio da União as minas em lavra transitòriamente suspensa, conforme prescrevia o art. 3º do citado decreto-lei.

A confusão entre mina e jazida no direito anterior ao Código de 1940 era a mais absoluta, e o impetrante demonstrou que essa era de fato a situação anterior ao dec.-lei nº 1.985, de 1940.

Meu voto, é, pois, concedendo o mandado impetrado, para que seja retificado o registro nº 67, dando-o como de lavra transitòriamente suspensa, para todos os efeitos de direito.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: indeferiram o pedido, vencidos os Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS e ELMANO CRUZ. Os Srs. ministros CUNHA MELO e ALFREDO BERNARDES votaram de acôrdo com o relator.

Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

*

TRANSPORTE DE MERCADORIAS - VALOR - PERDAS E DANOS

- O expedidor que, para efeito de frete, diminui o valor da mercadoria, não pode pretender, em caso de extravio, indenização por valor superior a êsse.

Estrada de Ferro Central do Brasil *versus* Emprêsa S. E. S. de Transportas Urgentes de São Paulo Ltda. e outra

Ap. nº 1.128 (embs.) - Rel.: MINISTRO CUNHA MELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.128, de São Paulo, embargos, embargante Estrada de Ferro Central do Brasil, embargadas Emprêsa S.E.S. de Transportes Urgentes de São Paulo Ltda. e Emprêsa de Transportes Veloz Ltda., etc.:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, receber os embargos, na forma dos pronunciamentos constantes de fls. 251 até 261, integrado neste o relatório de fls. 249.

Custas na forma da lei.

Tribunal Federal de Recursos, 30 de abril de 1953. - *Sampaio Costa,* presidente; *Djalma da Cunha Melo,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Os embargos de fls. 235 até 238 prendem-se ao acórdão de fls. 233, assim redigido: (*lê*).

Preponderou nesse julgamento o voto do relator, Dr. JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, assim redigido: *(fls. 227 a 228)*.

O voto vencido, do revisor ministro ALFREDO BERNARDES, tem esta redação: *(lê, fls. 229 a 230).*

Nos ditos embargos (que só visam ao mérito da lide, pois que unânime, quanto ao julgamento da preliminar, o acórdão), sustenta-se: (*lê*).

Impugna-os os autores pelo modo seguinte e constante de fls. 241 até 244: (*lê*).

A Subprocuradoria Geral da República solidariza-se com os embargos (fls. 248).

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA MELO (relator): Recebo os embargos na conformidade do voto do eminente ministro ALFREDO BERNARDES, voto êste constante de fls. 229 e 230, e assim redigido:

"O evento danoso ocorreu em 2 de junho de 1942. Houve reclamações administrativas que suspenderam o prazo prescricional, recomeçado a correr a 30 de junho de 1943, data em que o diretor da Central indeferiu aquelas reclamações. Intentando a ação em 13 de junho de 1944, parece-me que as autoras agiram tempestivamente".

"Relativamente ao *quantum* da indenização: Fixo-o no valor declarado no conhecimento de embarque. O art. 6°, parág. único, do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, comanda a espécie, assim dispondo":

"Art. 6º …

"Parág. único. Se na declaração o remetente diminuir com culpa ou dolo o valor da mercadoria, será o valor declarado a base da indenização".

"Reclamando pelas mercadorias perecidas no incêndio importância maior de 15 vêzes que o valor declarado na nota de expedição, deve-se admitir, em falta de qualquer esclarecimento a respeito, que o remetente agiu com dolo, ou pelo menos com culpa, e nessa emergência deve suportar o que estatuem o citado parág. único do art. 6° do dec. número 2.681 e o art. 160 do Regulamento Geral de Transportes, baixado com a portaria nº 575, de 23 de novembro de 1939, do Ministério da Viação e Obras Públicas".

"Dou, assim, provimento à apelação da Estrada de Ferro para reduzir a indenização a Cr$ 13.000,00. Como, porém, as autoras já receberam muito mais do que essa quantia das companhias de seguros, as quais ficaram sub-rogadas nos direitos das lesadas, - estas nada mais têm a haver da ré, pois a acumulação de indenizações ou benefícios motivados pelo prejuízo só é legítima quando não se verifique sub-rogação de outrem nos direitos dós lesados. Acolho, por conseguinte, o apelo da ré, para julgar improcedente a ação, pelo motivo apontado".

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Recebo os embargos na conformidade do voto por mim proferido no acórdão embargado, vazado nestes têrmos: (fls. 229 a 230).

"*Prescrição*: O evento danoso ocorreu em 2 de junho de 1942. Houve reclamações administrativas que suspenderam o prazo prescricional, recomeçado a correr a 30 de junho de 1943, data em que o diretor da Central indeferiu aquelas reclamações. Intentando a ação em 13 de junho de 1944, parece-me que as autoras agiram tempestivamente".

"Relativamente ao *quantum* da indenização: Fixo-o no valor declarado no conhecimento do embarque. O art. 6°, parág. único, do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, comanda a espécie, assim dispondo:

"Art. 6° ...

"Parág. único. Se na declaração o remetente diminuir com culpa ou dolo o valor da mercadoria, será o valor declarado a base da indenização".

"Reclamando pelas mercadorias perecidas no incêndio importância maior de 15 vêzes que o valor declarado na nota de expedição, deve-se admitir, em falta de qualquer esclarecimento a respeito, que o remetente agiu com dolo, ou pelo menos com culpa, e nessa emergência deve suportar o que estatuem o citado parág. único do art. 6° do dec. número 2.681 e o art. 160 do Regulamento Geral de Transportes, baixado com a portaria n° 575, de 23 de novembro de 1939, do Ministério da Viação e Obras Públicas".

"Dou, assim, provimento à apelação da Estrada de Ferro para reduzir a indenização a Cr$ 13.000,00. Como porém, as autoras já receberam muito mais do que essa quantia das companhias de seguros, as quais ficaram sub-rogadas nos direitos das lesadas, - estas nada mais têm a haver da ré, pois a acumulação de indenização ou benefícios motivados pelo prejuízo só é legítima quando não se verifique sub-rogação de outrem nos direitos dos lesados".

"Acolho, por conseguinte, o apêlo da ré, para julgar improcedente a ação, pelo motivo apontado".

Alega-se na impugnação aos embargos, que têm apoio no referido voto, que o Supremo Tribunal Federal, em dois acórdãos, sustentou o princípio de que a indenização devida pelas estradas de ferro, em conseqüência da perda total ou parcial de mercadoria, entregue a transporte, será equivalente ao preço corrente da mercadoria no tempo e no lugar em que deveria ter sido entregue. A afirmação é verdadeira, e ditos julgados têm fincas no art. 6° do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, - que assim preceitua:

"A indenização pelas estradas de ferro, nos casos de perda ou furto, será equivalente ao preço corrente da mercadoria ao tempo e no lugar em que devia ter sido entregue".

Prevê, porém, o citado dec. nº 2.681 uma hipótese em que a indenização não se faz pelo valor das mercadorias perdidas ou furtadas, mas sim pelo declarado no conhecimento de transporte: é quando o remetente, na declaração, diminui, com culpa ou dolo, o valor dessas mercadorias. Nesta hipótese, prescreve o parág. único do art. 6º do dec. nº 2.681, de 1912, a base da indenização será o valor declarado.

Ora, reclama-se da companhia transportadora a indenização de Cr$ 195.000,00, pela perda de mercadorias no valor declarado de Cr$ 13.000,00. Tão grande diminuição de valor deve ser levada a conta de culpa ou dolo do declarante. A êle cabe demonstrar a legitimidade do seu proceder. O argumento de se achar afastada a malícia pelo fato de o frete não ser devido em função do preço da mercadoria transportada, mas sim de sua natureza e qualidade, improcede, pois muitas vêzes a natureza e qualidade das mercadorias, entregues a transporte,

são aquilatadas pelo preço declarado. É, portanto, direito da transportadora o de indenizar o proprietário das mercadorias perdidas com o valor que êles mesmos emprestaram a essas mercadorias no contrato de transporte. Mantenho, assim, o voto que proferi na apelação.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, a sentença que foi confirmada pelo Sr. ministro relator JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, e por mim, contra o voto do ministro ALFREDO BERNARDES, explica que o art. 1º do dec. nº 2.681 declara que:

"As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar".

Então explica a sentença:

"A sua culpa, acrescenta o dispositivo em aprêço, será sempre presumida e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas: 1º) caso fortuito ou fôrça maior. A ré invoca justamente tal causa eximiente para se furtar à obrigação de indenizar. Mas, a nosso ver, sem a menor razão: para que o devedor se libere com a invocação do caso fortuito ou fôrça maior é preciso que se demonstre que o evento se deu por uma causa estranha que não lhe pode ser imputada; terá de ser um fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (Cód. Civil, artigo 1.058, parág. único). Positivamente não se reveste dêste caráter o incêndio que lavrou no vagão 431-V e que devorou as mercadorias despachadas pelas autoras. A própria ré, na sua contestação, deixa entrever que o sinistro ocorreu em virtude de fagulhas originárias da locomotiva que puxava o comboio. Evidentemente, isso não constitui caso fortuito ou fôrça maior, pois freqüentíssimos são os incêndios de trens provocados por fagulhas, conforme dão notícia as certidões de fls. 64, 66 e 68, havendo mesmo aparelhos especiais destinados a impedir a propagação das fagulhas. Diz a ré que a locomotiva nº 281, que puxava o comboio sinistrado, era provida de tal aparelho. Mas nenhuma prova produziu de sua assertiva, que é contrariada pela publicação de fls. 133, segundo a qual, só em novembro de 1943, é que a direção da Estrada cuidou de provar as suas máquinas de aparelhos detentores de fagulhas. A ré não provou, portanto, que o incêndio

fôsse devido a caso fortuito ou fôrça maior; aliás, no próprio processo administrativo que instaurou, não ficou constatado, talvez por não ter sido possível elucidá-la, a causa do sinistro. A ação é, pois, procedente e a ré deve ser condenada a ressarcir o valor das mercadorias despachadas. Êsse valor deverá ser o constante dos conhecimentos, como sustentou a emprêsa transportadora? Parece-nos que não; nos têrmos do art. 6º do decreto n° 2.681, de 7 de dezembro de 1912, é necessário que se apure o valor justo das mercadorias despachadas; êsse valor não pode ser o constante dos documentos de fls. 8, 9 e 18, tanto que, pelas cartas de fls. 16 a 21, é a própria ré quem se apressa a vir à presença das autoras, pedindo-lhes que se habilitem ao pagamento da indenização. Não haveria necessidade de semelhante convite, se o valor consignado nos conhecimentos fôsse como que uma prévia fixação do montante da indenização, no caso de perda, furto ou avaria; bastar-lhe-ia, em tal hipótese, oferecer aos despachantes a importância mencionada no ato do despacho, consignando-se em juízo, caso houvesse recusa dos interessados. Apega-se a ré ao disposto do art. 160 do Regulamento Geral de Transportes, mas é óbvio que um simples regulamento, embora aprovado por uma portaria ministerial, não pode ter o condão de infringir um preceito de lei, o do citado art. 6º, que manda computar-se o montante da indenização de acôrdo com o justo valor da mercadoria despachada. Por outro lado, todavia, não podem ser acolhidas, por falta de necessária comprovação, as parcelas mencionadas pelas autoras na inicial. Ficará, portanto, para a execução, a fixação do justo valor das mercadorias destruídas, que se acham discriminadas, pormenorizadamente, nos manifestos de fls. 10 a 13 e 19, não impugnadas pela ré, e que por isso são aceitas, por fôrça do disposto no art. 209 do Cód. de Processo. Do *quantum* apurado se deduziram as importâncias recebidas das companhias seguradoras, cujo recebimento foi confessado pelas autoras na inicial. Sôbre o produto obtido se calculara 20% para honorários de advogado, devidos nos têrmos do art. 64 da lei processual. Pelo exposto, julgo procedente a ação e condeno a Estrada de Ferro Central do Brasil a pagar às autoras a quantia que se apurar em execução, consoante acima se expôs, e mais 20% para honorários de advogado, além dos juros da mora e custas".

O Sr. ministro QUEIRÓS votando diz: "quanto ao mérito, vê-se, desde logo, que não tem razão a Central do Brasil. O valor do dano não é o constante dos despachos. O art. 6º do dec. nº 2.681 é expresso ao determinar que a indenização se paute pelo valor das mercadorias, extraviadas ou danificadas.

Por outro lado, também não têm razão as demais apelantes - as emprêsas embargadoras. A meu ver, não há elementos suficientes, nos autos, para fixação daquele valor. Nesse sentido, a sentença elucida bem a questão e, assim, a conclusão será mesmo remeterem-se as interessadas para a execução, a fim de, nessa oportunidade, apurar-se o *quantum* do que lhes é devido. Dêsse modo, nego provimento a ambos os recursos, para manter ã, sentença por seus próprios fundamentos".

Data venia, mantenho o acórdão embargado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam os embargos, vencido, o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO. Os Srs. ministros ÁBNER DE VASCONCELOS, AFRÂNIO COSTA, MACEDO LUDOLF, HENRIQUE D'ÁVILA e CUNHA MELO votaram 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 SAMPAIO COSTA.

IMPÔSTO SÔBRE LUCRO IMOBILIÁRIO - BENS ADQUIRIDOS POR HERANÇA - ALIENAÇÃO

- O impôsto criado pelo dec.-lei nº 9.330, de 1946 não incide sôbre os imóveis havidos "mortis causa".

- Inteligência dos arts. 1º e 2º do dec.-lei nº 9.330, de 10 de junho de 1946.

Ubaldino Gonzaga *versus* União Federal

Ap. nº 2.179 - Relator: MINISTRO CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.179, da Bahia, para efeito de julgamentos dos embargos de fls. 99:

Acordam, por maioria, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e na conformidade das notas taquigráficas *retro*, em receber ditos embargos.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 3 de outubro de 1952. - *Sampaio Costa*, presidente; *Cunha Vasconcelos Filho*, relator-designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Trata-se, Sr. presidente, de embargos ao acórdão de fls. 97, proferido na apelação cível nº 2.179; sua ementa é a seguinte: *(lê a fls. 97)*.

Os embargos visaram a parte não unânime do julgado, dando provimento aos recursos de ofício e voluntário da União, por considerar que os imóveis herdados, quando vendidos pelos herdeiros, estão sujeitos ao impôsto de lucro imobiliário. O voto vencedor, do juiz ARTUR MARINHO, é o seguinte: *(lê a fls. 93)*. Acompanhou-o o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA. O voto vencido do Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO, que possibilitou os embargos, é o seguinte: *(lê a fls. 91)*. Os embargos se estribam nesse voto, nada lhe acrescentando de útil. Pela confirmação do acórdão se pronunciou o eminente Dr. subprocurador geral, a fls. 102, reportando-se ao voto vencedor.

É o relatório.

Ao Sr. ministro revisor.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (relator): Sr. presidente, rejeito os embargos, de conformidade com o voto vencedor do eminente juiz, hoje desembargador, ARTUR MARINHO. O impôsto recai sôbre lucro imobiliário,

lucro advindo da propriedade imobiliária, como estabelece o art. 1º do dec.-lei n° 9.330. O art. 2º dêsse diploma, como muito bem precisou o voto vencedor, é disposição adjetiva, regendo apenas a oportunidade e o modo de cobrança do impôsto de lucro imobiliário. Diz o dispositivo, aliás com infelicidade, que o tributo se cobra por ocasião da venda feita pelo proprietário e sôbre a diferença entre o preço de venda e o preço do imóvel. Mas tal dispositivo, de caráter eminentemente adjetivo, não altera, no fundamental, a disposição substantiva contida no art. 1º do referido decreto-lei. Não se trata de impôsto sôbre a exploração comercial da propriedade imobiliária, visando a renda dos que transacionam com a propriedade, dos que adquirem para vender por mais, auferindo lucros; é um impôsto que recai afinal sôbre a valorização imobiliária, seja qual for a ordem da propriedade.

Assim, Sr. presidente, tenha o vendedor adquirido a propriedade por herança, compra ou outra qualquer espécie de transação, deve o impôsto, desde que haja diferença entre o valor da coisa, à época em que passou a seu patrimônio, e o preço pelo qual vendeu a terceiro.

Parece-me que, *data venia*, deve ser êste o próprio espírito da lei, e esta a acertada interpretação que se lhe deve dar.

Por êsses motivos, e me reportando, principalmente, aos fundamentos do voto vencedor, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (revisor): Sr. presidente, recebo os embargos. Recebo-os pelos fundamentos do voto que os ensejou, abrangedoramente, por meus próprios argumentos já manifestados em casos anteriores, neste Tribunal, em que considerei, e continuo considerando, o impôsto de que se trata, verdadeiramente, o impôsto de transmissão de propriedade e, como tal, vedado à União.

Tachado embora de impôsto sôbre rendimento, em realidade, não é impôsto dessa natureza, porque para demonstrar teríamos de desdobrar o pensamento e ir verificar se, realmente, houve lucro entre a diferença do valor da aquisição e

o de venda, ou se houve uma simples queda no valor aquisitivo da moeda nesse Interregno e, assim, teríamos que examinar se houve, ou não, lucro.

Mas êsses são aspectos secundários, a meu ver; fundamentalmente, entendo que a cobrança é inconstitucional, porque, em realidade, o impôsto é de transmissão, disfarçado, cuja receita a União se atribui e, por isso, reitero o voto já proferido neste tribunal.

Recebo os embargos, para d fim pretendido: não se sujeitar o embargante ao pagamento dêsse impôsto.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Acompanho o relator, Sr. presidente. Rejeito os embargos.

VISTA

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento, a pedido do Sr. ministro ELMANO CRUZ, após haverem votado os Srs. ministros relator e ALFREDO BERNARDES, rejeitando os embargos, e revisor, recebendo-os.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Trata-se, neste caso, da cobrança do impôsto criado pelo dec.-lei nº 9.330, de 1946, sôbre a alienação de um bem havido pelo vendedor em razão de legado, ou seja *mortis causa*, sem ser, portanto, por compra e venda.

Vendido posteriormente o bem herdado, pretende-se que o impôsto criado naquele decreto-lei incida sôbre a valorização que teve a propriedade imóvel, no tempo intercorrente entre a aquisição e a alienação.

Estou com os que consideram indevido o impôsto, ou seja, com o voto vencido do ministro CÂNDIDO LÔBO, na Turma, *data venia* dos que pensam de modo contrário.

O tributo criado pelo dec.-lei n° 9.330 visou, é sabido, limitar as especulações em torno da propriedade, imobiliária, ou pelo menos fazer com que os especuladores repartissem com o fisco parte dos polpudos lucros que vinham abiscoitando.

Não teve por escopo aquêle texto de lei querer gravar todas as situações anteriores, por ocasião da alienação posterior da propriedade imóvel, e muito menos proibir ou restringir a livre circulação das riquezas. Para isso o fisco já dispõe de várias fontes de receita, cada uma delas onerando, na justa medida, quer o ato ou instrumento do contrato (impôsto de sêlo do papel), quer o conteúdo econômico da transação (impôsto de transmissão), um de órbita federal, e outro de âmbito estadual ou municipal.

Assim, entendo que o impôsto em tela não incide sôbre as alienações de bens herdados, ainda que tenha sobrevindo valorização à propriedade alienada.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Recebo os embargos, nos têrmos do voto do Sr. ministro ELMANO CRUZ.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: receberam os embargos, por maioria de votos, contra os dos Srs. ministros relator e ALFREDO BERNARDES. Designado para o acórdão o Sr. ministro, revisor. Não tomaram parte no julgamento, por motivo justificado, os Srs. ministros CUNHA MELO e CÂNDIDO LÔBO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

_____

Notas:

COMENTÁRIO

1. No acórdão **supra**, proferido em grau de embargos, decidiu o egrégio Tribunal Federal de Recursos, vencido o Sr. ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, que o impôsto relativo ao lucro imobiliário, instituído pelo dec.-lei no 9.330, de 10 de junho de 1946, não incide sôbre a alienação de bens adquiridos em virtude de herança, ainda que tenha sobrevindo posterior valorização à propriedade alienada.

2. A aplicação do dec.-lei no 9,330, que dispõe sôbre lucros apurados pelas pessoas físicas na venda de propriedade imobiliária, tem ensejado controvérsias com ressonância no Tribunal Federal de Recursos, ao qual tem cabido examinar a matéria sôbre vários de seus aspectos, dentre êles o que constitui objeto do acórdão **supra**.

3. Gira a discussão em tôrno da interpretação dos arts. 19 e 20 do referido decreto-lei, sendo que o primeiro prescreve que - **"é criado o impôsto sôbre lucros apurados na venda de propriedade imobiliária"** - e o segundo acrescenta - **"o impôsto a que se refere o artigo anterior é devido pelas pessoas físicas, à razão da taxa de 8% sôbre a diferença entro o valor da venda e o custo do imóvel para o vendedor...".**

4. Os partidários da tese, ora vencedora, sustentam não ser devido o impôsto sôbre lucros imobiliários na hipótese da alienação de bens adquiridos em virtude de herança, pelo simples fato de inexistir o elemento "**custo do imóvel**" para que êle pudesse ser calculado.

5. A corrente vencida defende uma interpretação ampliativa do texto, pretendendo que a incidência do impôsto deve recair sôbre a valorização imobiliária em geral, seja qual fôr a origem da aquisição da propriedade

vendida; isto é, seja ela oriunda de herança, compra e venda ou qualquer outra espécie contratual.

6. A circunstância de prescrever o art. 29 que o impôsto deve ser cobrado sôbre a diferença entre o **valor da venda e o custo do imóvel** para o vendedor seria irrelevante para a solução da controvérsia, pôsto que o referido artigo constituiria, no seu entender, disposição adjetiva, regendo apenas a oportunidade e o momento de sua cobrança.

7. Não obstante a autoridade dos ilustres defensores da corrente, ora vencida, dentre os quais se destacam os Srs. ministros ARTUR MARINHO, hoje desembargador, e JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, discordamos do entendimento por ela adotado, pois, a nosso ver, o art, 29 do dec.-lei número 9.330 não configura apenas uma disposição adjetiva que tão-sòmente regulasse a oportunidade e o momento de cobrança do impôsto, mas, ao contrário, deve ser tido como uma complementação natural e lógica do disposto no art. 1º, que cria em tese e de maneira genérica o tributo, esclarecendo que sua cobrança será feita de acôrdo com as normas estabelecidas no próprio decreto-lei.

8. A cobrança do impôsto sôbre lucro Imobiliário, prevista no art. 1º do dec.-lei nº 9.330, só poderá ser admitida quando se enquadre a hipótese nas normas estabelecidas nos seus dispositivos subseqüentes, dentre os quais se destaca o art. 2º, que determina, expressamente, que o impôsto será calculado sôbre a diferença entre o **valor da venda** e o **custo do imóvel para o vendedor.**

9. Embora não se trate de impôsto sôbre a exploração comercial da propriedade imobiliária, visando a renda dos que transacionam com a propriedade, como sustenta o ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS, não é possível negar-se que o objetivo da lei foi de tributar o lucro obtido em tais transações, motivo pelo qual mandou calcular o impôsto sôbre a diferença entre o seu valor de venda e o custo do imóvel para o vendedor.

10. Nada mais esclarecedor dos objetivos da lei, na espécie, que a invocação ao argumento **ad rubrica**, pelo qual se conclui que o dec.-lei número 9.330 tem como finalidade precípua e única taxar os lucros oriundos de transações imobiliárias, entendida a palavra "lucro" no seu único sentido possível de diferença entre o valor de venda e o custo do imóvel para o vendedor.

11. Declarando incidir o impôsto apenas sôbre as vendas em que houvesse lucro, que só poderá ser o decorrente entre um preço de custo e um preço de venda, o legislador mantinha-se coerente consigo próprio e fiel às razões que teriam inspirado o dec.-lei nº 9.330, que visou limitar as especulações em tôrno da propriedade imobiliária, ou, como esclarece o Sr. ministro ELMANO CRUZ, pelo menos, fazer com que os especuladores repartissem com o fisco parte dos polpudos lucros que vinham abiscoitando.

12. Sob aquela inspiração não seria razoável, justo e eqüitativo que o referido decreto-lei viesse a incidir, indiscriminadamente, sôbre tôda e qualquer operação de compra e venda sem levar em consideração, como aliás o fêz expressamente, as origens da propriedade alienada, a fim de que se pudesse chegar à conclusão da existência ou não de um lucro tributável.

13. Em face da clareza com que foi redigido o art. 2º do dec.-lei nº 9.330, que manda cobrar o impôsto sôbre a diferença entre o **valor da venda** e o **custo do imóvel** para o vendedor, não é possível admitir-se a sua incidência na hipótese em que a propriedade vendida haja sido adquirida a título gratuito, e não oneroso, como acontece em caso de herança.

14. O custo de determinada coisa nada mais é que o correspondente valor em dinheiro, despendido com sua aquisição, segundo o sentido que os dicionários emprestam à palavra **custo**, ao defini-la como sendo "o que as coisas custam, preço por que elas se compram ou se vendem, gasto, desembôlso, sacrifício a trôco do qual se obtém, consegue, adquire alguma coisa" (cf. DOMINGOS VIEIRA e CÂNDIDO DE FIGUEIREDO).

15. Neste sentido deve ser interpretado o artigo 2º do dec.-lei nº 9.330, quando manda cobrar o impôsto sôbre a diferença entre o valor da venda e o custo do imóvel para o vendedor, máxime se tivermos em vista que "a cobrança de qualquer impôsto deve ser efetuada nos precisos têrmos da lei que a haja estabelecido, não se admitindo interpretação extensiva ou por analogia" (EMÍLIO GUIMARÃES, "Dicionário Enciclopédico de Doutrina Aplicada", vol. 39, pág. 26).

16. Sem pretender discutir, com maior amplitude, as razões que militam em tôrno dos pontos de vista defendidos pelas correntes que aceitam ou negam, respectivamente, a legitimidade do recurso à interpretação extensiva ou por analogia em matéria fiscal (cf. ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, **in** "REVISTA FORENSE", vol. 90, pág. 82; EZIO VANONI, "Natura ed interpretazione delle leggi tributarie", págs. 31 e segs.: CARLOS ALBERTO DE CARVALHO PINTO, "Hermenêutica das Leis Fiscais", **in**, "REVISTA FORENSE", vol. 87, pág. 650), cabe-nos recorrer à lição de FERRARA ao definir aquêles dois métodos de interpretação: "A interpretação extensiva, diz êle, revela o sentido daquilo que o legislador realmente queria e pensava, a analogia, pelo contrário, tem de haver-se com casos em que o legislador não pensou, e vai descobrir uma norma nova inspirando-se na regulamentação de casos análogos; a primeira completa a letra e a outra o pensamento da lei" ("Interpretação e Aplicação das Leis", trad. MANUEL E. D. DE ANDRADE, pág. 65; cf. também, CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", págs. 232-233).

17. Embora admitíssimos a aplicação daqueles métodos de interpretação em matéria fiscal, consideramos afastadas, desde logo, a hipótese do recurso à interpretação por analogia, pois, na espécie, inexiste qualquer lacuna da lei a preencher, o mesmo ocorrendo com relação à interpretação extensiva, que, também, estaria afastada em face dos têrmos claros e conclusivos da lei, que estabelece as hipóteses da incidência do tributo sem possibilidade de qualquer ampliação.

18. Se porventura alguma dúvida ainda subsistisse com relação ao entendimento a adotar-se quanto à incidência do impôsto do lucro imobiliário na espécie, seria então de acolher-se, ainda, o ensinamento da doutrina e da jurisprudência, ambas no sentido de que "a regra em matéria fiscal, é que, nos casos duvidosos, a interpretação das leis tributárias é sempre em favor do contribuinte" (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", pág. 390; "REVISTA FORENSE", vols. 13, pág. 95, e 92, pág. 206).

19. É bem verdade que já não mais se reveste de autoridade absoluta o velho como do **in dubio contra fiscume**; todavia, não é menos certo... "que, no momento, ainda persiste, na doutrina e na jurisprudência, a interpretação protecionista do contribuinte. É a atitude, por exemplo, ainda dominante na França, aceita pela jurisprudência americana, acolhida nos autores italianos

(embora já abalada na jurisprudência mais recente dêste país), e imperante na jurisprudência pátria" (CARLOS ALBERTO A. DE CARVALHO PINTO, "Hermenêutica das Leis Fiscais", **in** "REVISTA FORENSE", volume 87, pág. 643).

20. Não procede, por seu turno, a alegação de que o custo na hipótese de bens adquiridos por herança seria o da sua avaliação em inventário, pois é sabido que tal avaliação sòmente tem em vista estabelecer o valor do imóvel, que não se confunde com o custo, com a única e exclusiva finalidade do cálculo do impôsto de transmissão **causa mortis.**

21. A aquisição de bens em virtude de herança não se opera por ato dos herdeiros, porém por força da lei ou de disposição de última vontade: **"...la succession est la transmission des biens et de charges d'une personne décédée, à une ou plusieurs autres personnos qui prennent sa place, et que l'on désigne sous le nome d'heritiers"** (cf. DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon", vol. 13, nº 79; AUBRY et RAU, "Cours", vol. 60, pág. 267; BAUDRY-LACANTINÉRIE et WAHL, "Traité des Successions", vol. 1, nº 21).

22. Sejam quais forem, portanto, as considerações de ordem filosófica ou doutrinária, não é admissível negar-se que a transferência da propriedade em virtude de herança constitui forma tipicamente graciosa de aquisição de bens, pois o herdeiro, seja a título singular ou universal, não retira de seus haveres qualquer parcela em dinheiro que possa ser considerada como contra-prestação pelo bem que, por aquela forma, venha a integrar o seu patrimônio.

23. Estamos, conseqüentemente, de inteiro acôrdo com a conclusão adotada no acórdão **supra**, no sentido da não incidência do impôsto de lucro imobiliário sôbre a alienação de bens adquiridos em virtude de herança, por não haver, na espécie, valor de custo do imóvel vendido.

24. Não é possível adotar-se, em face do disposto, expressamente, no art. 29 do dec.-lei número 9.330, uma interpretação ampliativa do texto para admitir-se a incidência do impôsto nas hipóteses de aquisição, a título gratuito da propriedade vendida, por inexistir exatamente o pressuposto estabelecido pela lei para a cobrança do tributo, que é mandado calcular sôbre a diferença entre o

valor da venda e o custo do imóvel para o vendedor, ou seja, sôbre o lucro da transação.

25. Decidir de modo contrário seria violentar o sentido e a extensão da lei, tanto mais que, tratando-se de norma fiscal, deve ter havido, por parte do legislador, o maior cuidado aa redigir-se as suas disposições, cuja inteligência, conforme foi dito, não possibilita, a não sei em cases excepcionais, o recurso à interpretação extensiva ou à analogia, tanto mais quando se trate de lei que a nosso ver esclarece e define claramente o pensamento do legislador, não havendo, por outro lado, em seu texto, qualquer lacuna a preencher.

26. Com relação à aplicação por analogia do dec.-lei nº 9.330 às demais modalidades de alienação da propriedade, que não apenas às relativas às transações de compra e venda, vários pronunciamentos se têm feito sentir de modo contrário, para mandar excluir da incidência do impôsto a doação, dação em pagamento, permuta a cessão de direitos hereditários, modalidades diferentes do contrato de compra e venda, que constitui a operação tributável.

Alfredo de Almeida Paiva, advogado no Distrito Federal.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - SUSPENSÃO - READMISSÃO DE FUNCIONÁRIO AUTÁRQUICO

- Não cabe suspensão da medida liminar que manda readmitir funcionário autárquico demitido.

Agravante: Lóide Brasileiro, P. N.
Ag. do art. 45 do Reg. Int. - Rel.: MIN. SAMPAIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo do art. 45 do Regimento Interno, em que é agravante o Lóide Brasileiro, P. N., e agravado o Juízo dos Feitos da Fazenda Nacional em Pernambuco:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por unanimidade e na conformidade das notas taquigráficas que ficam integradas neste, em negar provimento ao agravo interposto, para confirmar, como confirmam, o despacho agravado.

Custas na forma da lei.

Tribunal Federal de Recursos, 30 de abril de 1953. - *Amando Sampaio Costa*, presidente e relator sem voto.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PRESIDENTE SAMPAIO COSTA: O relato é o seguinte:

Leonília Barbosa de Morais, antiga escriturária da Agência do Lóide Brasileiro, Patrimônio Nacional, requereu mandado de segurança por ter sido dispensada da função. O juiz, liminarmente, concedeu o mandado, mandando sustar a dispensa da servidora. Face a essa decisão, o diretor do Lóide Brasileiro requereu a suspensão da execução do despacho, alegando o seguinte: que, embora com jurisdição na comarca de Recife, S. Ex.ª fêz transmitir seu despacho de concessão liminar por correspondência epistolar, sem ser mediante precatória; que a dispensa da funcionária era legal; que o juiz desatendeu a lei, pois, havendo sido a dispensa firmada pelo diretor do Lóide Brasileiro, a suposta autoridade coatora seria o representante legal da autarquia e nunca da maneira por que se processou a primeira notificação dirigida a autoridade incompetente, o agente local. No mérito, diz que a condição funcional da funcionária não permitia a concessão da medida; a funcionária fôra admitida em 1947, após a incorporação do Lóide Brasileiro ao Patrimônio Nacional e estava equiparada a simples extranumerária da União. Alegou, ainda, que a medida tinha sido concedida sem citação da parte e que sua execução imediata traria prejuízo, lesão grave, porque ela iria recebendo vencimentos, quando não tinha direito. Indeferi o pedido, com o seguinte despacho: *(lê, a fls. 13)*.

Dêsse despacho agrava o Lóide, visando anular a medida liminarmente concedida pelo juiz. Alega motivos de ordem processual, em virtude de a citação dever ter sido feita por precatória, ao invés de por oficio, como foi; de ordem-moral-disciplinar, pelo fato de haver a impetrante ingressado em juízo

trazendo como único documento a seu favor uma carteira profissional do Ministério do Trabalho; e, finalmente, motivos de ordem econômica, porque, enquanto a autarquia federal tem elementos para garantir à ex-servidora o que devido lhe seja afinal por sentença, já ela, a ex-servidora, não tem elementos para garantir o reembôlso dos vencimentos que liminarmente lhe foram concedidos.

Via de regra, em mandados de segurança dessa natureza quase nunca o juiz dá liminar porque, realmente, se o impetrante ganha a impetração, terá reintegração. No caso, porém, o juiz entendeu de conceder. É questão de mérito. A esta Presidência só cabe apreciar a lesão grave alegada. No conceito desta Presidência, não se configura a existência de lesão grave, de modo a causar dano irreparável à ordem pública.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Mantenho o despacho de V. Ex.ª, Sr. presidente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento, por unanimidade de votos. Os Srs. ministros AFRÂNIO COSTA, CUNHA MELO, MACEDO LUDOLF, HENRIQUE D'ÁVILA, ALFREDO BERNARDES e CÂNDIDO LÔBO votaram de acôrdo com o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro ELMANO CRUZ.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

*

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS - MANDADO DE SEGURANÇA

- Precedentes administrativos não obrigam as autoridades nem constituem base para mandado de segurança.

Recorrido: Luís Antônio Serrano

Rec. de mand. de seg. n° 2.021- Rel.: MIN: CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição em mandado de segurança n° 2.021, do Distrito Federal:

Acordam, por unanimidade, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e nos têrmos das notas taquigráficas *retro*, em dar provimento aos recursos para cassar a ordem.

Custas *ex lege.*

Tribunal Federal de Recursos, 17 de novembro de 1952. - *Sampaio Costa,* presidente; *Cunha Vasconcelos Filho*, reator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: A hipótese está relatada, na sentença, desta forma:

"Luís Antônio Serrano, oficial administrativo, classe I, do Quadro Permanente do Ministério da Fazenda, lotado e com exercício na Divisão do Pessoal, impetra o presente mandado de segurança contra o diretor do Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda e do diretor geral da Fazenda Nacional, para o fim de determinar seja apostilado o seu título como padrão 31, e depois como classe O, com tôdas as vantagens previstas (lei nº 488, art. 4°, parágrafo único), tudo a partir da vigência da lei nº 200, de 30 de dezembro de 1947. Para isso alega: que na data da vigência da lei nº 200 já estava servindo no Ministério da Fazenda, como oficial administrativo, letra H; que fôra nomeado para o serviço público em virtude de concurso prestado pelo regime anterior à vigência da lei

nº 284, de 1936, havendo obtido o 1º lugar no concurso realizado em 1935 e, em conseqüência, nomeado para o Ministério da Fazenda antes da vigência da lei número 200, de 1947, visto que ali admitido em 1938; que, assim, atende às condições determinadas pelo diretor geral da Fazenda em despacho no processo nº 1.504-1951, despacho êsse proferido para aplicação da lei nº 200 aos oficiais administrativos. Prestadas as informações (fls. 39 a 42), falou o Dr. procurador da República a fls. 52. Às fls. 59-61 juntou o impetrante certidão expedida pelo Ministério da Fazenda, comprovante das alegações que fêz na inicial, havendo, então, se manifestado o Dr. procurador da República às fôlhas 64-65. Isto posto: A lei nº 200, de 30 de dezembro de 1947, tem em vista igualar a situação dos contadores do Ministério da Fazenda que se encontravam situados em quadros distintos, um permanente e outro suplementar, com padrões diferentes, uns fixados em números e outros em letras do alfabeto. Por outro lado, no § 2º do art. 1° a mesma lei estendeu essa disposição: *a)* aos funcionários que pertenciam ao quadros XIII; *b)* aos antigos serventuários das. Delegacias Fiscais do Tesouro Nacional, nos Estados, até 1936, atualmente oficiais administrativos do Ministério da Fazenda; *c)* aos da carreira de guarda-livros, nomeados na vigência do artigo 2° do dec.-lei nº 349, de 23-3-1933, e que presentemente ocupam cargos de outra carreira, desde que requeiram transferência para a carreira de contador, até 30 dias da data da publicação da lei. Em virtude assim dêsse dispositivo, os funcionários que se encontrassem naquelas condições passaram ao padrão 31. Posteriormente, a lei número 488, de 15 de novembro de 1948, que dispôs sôbre o pagamento de vencimentos, remuneração ou salário do pessoal civil e militar da União, estabeleceu no art. 4º que o padrão 31 passaria daí por diante a ser padrão O. Como, todavia, criasse essa transformação situação desfavorável aos funcionários ocupantes na época do padrão 31, a própria lei, no parág. único do mesmo artigo, ressalvou essa situação, atribuindo-lhes o direito à diferença de vencimentos que, na espécie, era de Cr$ 1.500,00. Procurando ainda atender à situação especial dos oficiais administrativos, a autoridade administrativa resolveu, no processo nº 1.504, de 1951, aplicar a lei nº 200, de 1947, àqueles que, na data da vigência da lei nº 200, estavam e continuaram sem interrupção servindo no Ministério da Fazenda e tinham sido nomeados para a serviço público federal antes da vigência da lei n° 284, de 1936, ou tenham prestado concurso ou provas pelo regime anterior à vigência da mesma lei e em virtude disso foram nomeados para o Ministério da Fazenda antes da vigência da lei nº 200. Cabe, portanto, examinar se o impetrante está situado nas condições estabelecidas pela lei nº

200, de 1947, conforme aplicação adotada pela própria autoridade administrativa. O impetrante, pelo que consta dos autos, foi nomeado para o Ministério da Fazenda em 1938, em conseqüência de haver obtido o primeiro lugar em concurso realizado em 1935 na Delegacia Federal do Rio Grande do Norte, mas sòmente aprovado pelo ministro em 6 de dezembro de 1937 (doc. de fls. 20 e documento de fls. 60). Além disso, o impetrante na época da vigência da lei nº 200, de 30-12-947, já era oficial administrativo do Quadro Permanente do Ministério da Fazenda (doc. fls. 18). Está, assim, o impetrante enquadrado nas condições acima indicadas, o que, aliás, já foi reconhecido pela própria autoridade administrativa, como se vê da certidão constante dos autos, a fls. 60 v. Pelas razões acima expostas, concedo a segurança impetrada" (fls. 69 a 72).

Dessa decisão recorreu o juiz, *ex officio;* e recorreu, também, a União, com as razões de fls. 77 e 78, pedindo sua reforma, por não se aplicar, ao beneficiado, a lei.

Contraminutou o impetrante, às fôlhas 81 e seguintes.

A Subprocuradoria opinou pela reforma da sentença, por não ter o autor direito ao que pretende.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, dou provimento ao recurso e reformo a sentença, para cassar a ordem.

O impetrante funda seu direito na decisão administrativa, que pretende constitua direito líquido e certo, para o efeito da concessão do mandado de segurança.

Já, certa vez, Sr. presidente, tive oportunidade, neste Tribunal, de dizer que não entendo o texto constitucional, no que se refere a liquidez e certeza, do direito, para o efeito da concessão do mandado de segurança, em seu sentido puramente literal. Isso, para o efeito de admitir o mandado até em razão da

eqüidade. Entretanto, afigura-se-me que tal contingência eventualmente se apresentará. No caso, isso não ocorre, pois direito face à lei não apresenta o recorrido. Faltam-lhe aos condições previstas na lei. Invocou a portaria do diretor geral da Fazenda, que estabeleceu critérios transbordantes da lei, para sua aplicação aos funcionários de Fazenda. É muito conhecido o episódio. Essa portaria, aliás tôdos sabemos, criou, realmente, situações de grave desigualdade entre funcionários de Fazenda, porque, num determinado quadro, 90 se beneficiaram da portaria e 10 ficaram de fora. Não somos nós, entretanto, que devemos resolver o desacêrto da situação, do qual os autos oferecem exemplo.

Dou provimento e reformo a sentença, por não ser o direito do impetrante líquido e certo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento aos recursos, para cassar a segurança concedida. Decisão unânime. Os Srs. ministros CUNHA MELO, ALFREDO BERNARDES, CÂNDIDO LÔBO, MOURÃO RÚSSEL, J. J. DE QUEIRÓS e MACEDO LUDOLF acompanharam o voto do relator.

Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro ELMANO CRUZ.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro SAMPAIO GOSTA.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO

- Se a sentença que absolve, na instância criminal, o funcionário acusado de peculato, não assenta categòricamente a inexistência do crime, a instância administrativa tem plena liberdade para a sua demissão, com fundamento no mesmo fato.

Luís Abry Júnior *versus* União Federal

Ap. nº 3.280 - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.280, do Distrito Federal, em que é apelante Luís Abry Júnior e apelada a União Federal:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos e na conformidade do que consta das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante, em negar provimento ao que foi interposto, para o fim de confirmar, como confirmam, a decisão recorrida, por seus fundamentos.

Custas pelo apelante.

Tribunal Federal de Recursos, 29 de outubro de 1952. - *Alfredo Bernardes,* presidente; *Elmano Cruz,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: O juiz ÁLVARO TEIXEIRA FILHO julgou improcedente a ação proposta por Luís Abry Júnior contra a União Federal, nos: têrmos seguintes*: (lê, fls. 67)*.

Publicada essa decisão a 1º de outubro, a 12 apelou o autor, com as razões de fls. 4 e segs.

O recurso foi contra-arrazoado pela União (fls. 80 v.) e, neste Tribunal, mereceu da Subprocuradoria Geral da República êste parecer: *(lê, fls. 86)*.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Nego provimento ao recurso. A sentença criminal põe definitivamente remate à controvérsia entre o ex-servidor

e o Estado, se reconhecer a inexistência material do fato ou que outro foi o seu autor; é a regra do art. 1.525 do Cód. Civil. No caso dos autos se proclamou quem foi o autor e apenas que a prova não era *quantum satis*. O juiz, na sentença recorrida, disse:

"Se, entretanto, a sentença absolutória *houvesse reconhecido categòricamente a inexistência material do fato* - poderíamos concluir que, indiretamente embora, estava invalidado o inquérito administrativo. Mas isso não ocorreu. Aliás, a própria reposição do dinheiro implica em reconhecimento da falta cometida. A lei, autorizando a administração pública a demitir funcionários em casos semelhantes ao focalizado nestes autos, visa punir a improbidade demonstrada pelo servidor público. Não importa que, posteriormente, o funcionário ressarça o prejuízo, a lesão patrimonial causada à Fazenda: o seu ato anterior demonstrou ser êle um ímprobo. Se a absolvição no juízo criminal importasse, por si só, em reabilitação do funcionário e implicasse na sua reintegração ou, mesmo, na readmissão - êsse fato importaria em pôr-se em pé de igualdade o funcionário que fôsse rigoroso no cumprimento do seu dever e aquêle que faltou ao cumprimento dêsse mesmo dever, servindo de desestímulo aos funcionários honestos. Ao contrário: a reintegração, ou a readmissão, do funcionário desonesto, que houvesse reposto o valor do alcance, só serviria de estímulo a novas e sucessivas fraudes, pois qualquer funcionário usaria dos dinheiros públicos empregando-os em negócios de lucros certos, certo também da impunidade, pois, verificado o alcance, reporia as quantias de que houvesse lançado mão e nada lhe aconteceria... Julgo que todo o rigor com aquêles que usam e se apropriam dos dinheiros da Nação é pouco; tôda e qualquer tolerância ou benignidade no julgamento é, senão conivência com os faltosos, pelo menos incentivo a novas fraudes. Em síntese: não basta a absolvição do ex-funcionário no juízo criminal para legitimar a sua pretensão em ser reintegrado ou readmitido no serviço público. A anulação da demissão só terá lugar se no inquérito administrativo que servir de base ao processo de demissão houve preterição de qualquer formalidade legal. E o autor sabe perfeitamente disso, tanto assim que, explorando hàbilmente o fato de ser precária e insuficiente a documentação remetida ao nobre, Dr. procurador para a defesa da União (fls. 32 a 53), *depois de contestada a ação*, passou a dizer que o processo administrativo que serviu de base à sua demissão é nulo, por preterição de formalidades exigidas em lei. Note-se: *até a contestação* nada argüiu o autor contra o inquérito administrativo, não negando os fatos de que foi acusado.

Depois de contestada a ação é que vem dizer que o inquérito administrativo é nulo. Cita, a propósito, o Estatuto dos Funcionários Públicos, art. 254, para concluir que não lhe foi assegurada no inquérito administrativo ampla defesa, não ter prestado declarações (v. fls. 55-56 e memorial de fls. 63 a 65)... Isto, porém, não é verdade. A fls. 32-34 estão, por cópia autêntica, as suas declarações no inquérito administrativo - não podendo tal peça processual ser invalidada por constar do seu final haver uma "assinatura ilegível" (fls. 34). Demais, não há dúvida alguma de que o acusado prestou declarações no inquérito administrativo, frente ao que consta da certidão de sentença absolutória no juízo criminal, junta pelo próprio autor: assim é que da referida sentença consta que integram o inquérito policial cópias de *peças do inquérito administrativo* instaurado pela Comissão nomeada pelo Sr. delegado fiscal do Tesouro Nacional em Florianópolis, que serviu de base às indagações policiais, *as quais consistiram em ouvir novamente* as mesmas testemunhas, *o indiciado..."* (v. certidão a fls. 13 v.). Logo, é incrível venha o autor agora insinuar não haver prestado declarações no inquérito administrativo, pelo simples fato de constar da cópia autêntica de fls. 34 haver uma "assinatura ilegível", quando pela certidão da sentença, que juntou, consta haver prestado declarações no inquérito administrativo (ref. fls. 13 v.). Por igual é estranhável venha o autor, pela petição de fls. 55-56 e pelo memorial de fls. 63-65, dizer que não foi atendido no inquérito administrativo o prazo para defesa, prevista no art. 254 do Estatuto dos Funcionários, quando ainda da sentença absolutória consta que o autor apresentou defesa escrita no inquérito administrativo. De fato: ao fazer o relato dos acontecimentos, depois de frisar que o acusado confessa as acusações (fls. 11 v.), o juiz criminal transcreveu a defesa prévia apresentada pelo acusado, e nessa defesa prévia há referência à "defesa escrita apresentada no inquérito administrativo, *aqui junta por cópia*" (v. referidas fls. 13 v.). Verifica-se, assim, que, ao contrário do que insinuou o autor depois de apresentada a contestação da União, êle foi ouvido no inquérito administrativo, onde prestou declarações, e foi-lhe concedido prazo para defesa, e defendeu-se por escrito, tanto assim que juntou cópia dessa defesa escrita aos autos do processo-crime, quando da defesa prévia (v. fls. 13 v.). Nestas condições: considerando-se que a ação criminal independe da ação administrativa; considerando-se que a absolvição não se deu pelo reconhecimento categórico da inexistência material do fato; considerando-se que o acusado teve assegurada ampla defesa no inquérito administrativo, onde prestou declarações,

apresentando defesa escrita, e considerando o mais que dos autos consta: julgo improcedente a ação" (fls. 69-71).

Meu voto é confirmando a sentença, conforme, aliás, já teria decidido como juiz de primeira instância no caso de Aníbal Espiridião da Silveira, decisão essa que veio a ser confirmada, por unanimidade, em acórdão do Supremo Tribunal Federal, do qual foi relator o eminente ministro LAUDO DE CAMARGO.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Confirmo a sentença apelada.

O réu praticou o crime de peculato, que se consuma pelo só desvio de coisas em proveito próprio ou de outrem, muito embora tenha intenção de servir-se delas precàriamente e depois restituí-las. A sentença criminal absolutória, de que não houve recurso, não tem o dom de anular o procedimento administrativo que o afastou do serviço público, a bem dêsse mesmo serviço, pois reconhece que êle praticou o crime, porque foi denunciado, só não o condenando por não ter havido dolo de sua parte, nem prejuízo para a Fazenda Pública, em virtude da reposição do alcance.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por votação unânime, negaram provimento ao apêlo, para confirmar a sentença apelada. O Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO votou com o Sr. ministro relator.

Impedido o Sr. ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO DE GUERRA

- A simples alegação de estado de guerra não constitui excludente da responsabilidade civil.

Fazenda Nacional *versus* Piratininga, Companhia Nacional de Seguros Gerais e Acidentes do Trabalho

Ap. nº 5 - Relator: MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5, de São Paulo, em que é apelante a Fazenda Nacional e apelada Piratininga, Companhia Nacional de Seguros Gerais e Acidentes do Trabalho:

Acordam os juízes componentes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por decisão unânime, em negar provimento ao recurso, tudo de conformidade com os votos constantes das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Tribunal Federal de Recursos, 30 de dezembro de 1952. - *Alfredo Bernardes,* presidente; *João José de Queirós*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: A espécie, Sr. presidente, está assim relatada e decidida pelo eminente juiz CANTIDIANO GARCIA DE ALMEIDA: *(lê, fls. 90 e 91).*

Inconformada, apelou a União, com as seguintes razões: (lê a fls. 95 a 98).

Recebida a apelação, ofereceu a apelada as contra-razões de fls. 100, sustentando o acêrto do julgado. Nesta instância, a fls. 106, opinou a Subprocuradoria Geral pelo provimento do recurso, salientando as razões firmadas pelo procurador da República em São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (relator): Nego provimento aos recursos, pelos próprios fundamentos da sentença, prolatada pelo ilustre juiz CANTIDIANO GARCIA DE ALMEIDA. Suas doutas considerações, não infirmadas com razões de recurso, permanecem com tôda a sua autoridade, a despeito do que se alegou em contrário.

Aos bem postos fundamentos acrescento, apenas, que a Fazenda Nacional deveria, ao menos, indicar qual o jato de guerra que teria ocasionado a perda dos valores despachados. Não bastaria, como fêz, referir-se a estado de guerra. São duas circunstâncias que, de modo nenhum se confundem. Só o fato, e não o estado de guerra, poderia ter a pretendida fôrça desobrigadora.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES (revisor): Nego provimento. A União não provou que a mercadoria entregue aos Correios para transporte se houvesse perdido por fôrça maior, em virtude da guerra que o Brasil mantinha contra as nações do Eixo. A contemporaneidade do estado de guerra não basta para aliviar a ré de responsabilidades, máxime sabendo-se que todos os registrados postais são datados do último trimestre de 1944, época em que não se realizou nenhum torpedeamento causando naufrágio, ou qualquer outro ato de guerra contra embarcações nacionais. Confirmo a sentença apelada.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por decisão unânime, negou-se provimento ao recurso. O Sr. ministro ELMANO CRUZ votou com o Sr. ministro relator.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

*

POSSE - ESBULHO

- Entregue a coisa para determinado fim e não realizado êste, a continuação da posse constitui esbulho.

União Federal *versus* Joaquim Anselmo Pessoa e sua mulher

Ap. n° 42- (embs.) - Rel.: MINISTRO CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 42, do Rio Grande do Norte, para efeito de julgamento dos embargos de fls. 72:

Acordam, por unanimidade, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, e nos têrmos das notas taquigráficas *retro*, em rejeitar os embargos.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 26 de dezembro de 1952. - *Sampaio Costa,* presidente; *Cunha Vasconcelos Filho,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Ao acórdão de fls. 71, que, pelos votos do relator (ministro ALFREDO BERNARDES, fls. 65) e do vogal (ministra ELMANO CRUZ, fls. 69), reformou a sentença de fls. 35 e seguintes, para dar pela procedência da ação, vencido o revisor (ministro CÂNDIDO LÔBO, fls. 67), opôs a União embargos de fls. 72, pelos quais pleiteia a reforma do julgado, pela prevalência do voto do revisor.

Passo a ler os votos proferidos: (*ler*).

Não houve impugnação.

Ao Sr. ministro revisor.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Em dezembro de 1922, a embargante e os embargados assinaram o acôrdo por certidão às fls. 7 v. e seguintes.

Por êsse instrumento se apura que as partes estabeleceram o seguinte: 1) preço da desapropriação; 2) entrega do móvel, desde logo, à Estrada, devendo a escritura passar-se *tão depressa* o inspetor federal de Estradas aprova-se o combinado; 3) pagamento, pela mesma Estrada, de perdas e danos sofridos pela outra parte contratante, caso abandoasse o plano de obras.

Passados 14 anos, Joaquim Anselmo Pessoa e sua mulher propuseram uma ação para o efeito da retomada do imóvel, isso porque a União não lhes pagou o preço prometido e a Estrada abandonara o referido plano de obras.

O juiz julgou a ação improcedente, por entender que não se integrara, na hipótese, o segundo requisito necessário à reintegração: violência.

O Sr. ministro relator da apelação ponderou muito bem:

"Apura-se dos autos que a Estrada de Ferro, uma vez de posse do imóvel, não o demoliu a fim de levar suas linhas à praça Silva Jardim; alugou-o a terceiros, e vem percebendo a sua renda desde 1922. Também, não providenciou para que o inspetor federal de Estradas aprovasse o acôrdo firmado entre ela e os autores.

"Da data dêsse acôrdo à da propositura da causa passaram-se 14 anos, tempo mais do que suficiente para se poder afirmar a realização da condição resolutiva, inserta no mesmo acordo. Essa condição, enquanto não se realiza, não impede que o contrato tenha eficácia jurídica, como se ela não existisse Realizada, porém, cada um dos contraentes é restituído aos direito que tinha no momento do contrato, *ipso facto* e *ipso jure*, independentemente de sentença judicial, ou de qualquer manifestação da vontade das partes".

"O contrato preliminar e particular de fls. 7 v. tornou-se, assim, resoluto e a sua resolução *produz efeito retroativo,* até a data da celebração".

"Pelo exposto, considero que os autores têm direito à pleiteada reintegração na posse do seu imóvel. O acordo que imitiu a Estrada de Ferro na posse do dito prédio ficou desfeito, de pleno direito, pela realização da condição, que, como disse, produz efeito retroativo. A insistência da ré em conservar-se na posse do prédio dos autores, sem lhes pagar o preço da desapropriação, constitui, a meu ver, esbulho simples, que deve cessar pela restituição da coisa esbulhada a seu dono" (fls. 65-66).

A verdade é que, até hoje, 32 anos depois, os embargados continuam esbulhados de sua casa, cuja renda a Estrada explora, impiedosamente.

Não há que se falar "em desapropriação", pois que, já pela Constituição vigente em 1922, a indenização teria que ser prévia. Nem ato algum de desapropriação houve.

Assinou-se um acôrdo, que a Estrada de Ferro, próprio da União, nunca cumpriu, carro acentuou o eminente ministro BERNARDES. A condição resolutiva operou-se e a violência consiste na continuação da posse.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (revisor): Sr. presidente, estive indeciso ao estudar êste processo. É evidente a existência de circunstância de fato que choca o julgador; mas não se pode negar, por outro lado, que, tècnicamente falando, teria sido necessário interpelação, notificação, ou protesto por parte dos proprietários...

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Mas eu considero que isso foi suprido pelo próprio tempo e pela realidade das coisas.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Exatamente, e é essa a consideração que me fêz concluir, com o relator, rejeitando os embargos. Os fatos têm força, e devem prevalecer sôbre uma concepção puramente técnica do direito. A realidade palpitante de cada caso, a meu ver, deve sobrepor-se ao

rigorismo estritamente jurídico na apreciação da espécie. Por tais considerações, e prestando minha homenagem ao voto vencido da eminente ministro CÂNDIDO LÔBO, cujo acêrto técnico é inegável, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Em face da apreciação feita e da discussão que acabamos de apreciar, mudo de voto. Creio que não apreciei bem a hipótese no julgamento da apelação e por isso reformo meu entendimento, para manter o acórdão embargado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade, negaram provimento aos embargos. Os Srs. ministros ALFREDO BERNARDES, ELMANO CRUZ e MOURÃO RÚSSEL acompanharam o voto do relator.

Não tomou parte no julgamento o Sr. ministro MACEDO LUDOLF, por motivo justificado. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. ministro CUNHA MELO.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro SAMPAIO COSTA.

*

PATRIMÔNIO ARTÍSTICO - MONUMENTO HISTÓRICO - VISIBILIDADE

- O conceito de visibilidade, tratando-se de monumento histórico, tombado pelo Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, não é o comum, mas alcança sentido mais amplo, em função do aspecto artístico a preservar.

União Federal *versus* Ginásio Pio X

Ap. n° 1.515 (embs.) - Rel.: MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 1.515, da Paraíba, em que é embargante a União Federal e embargado o Ginásio Pio X:

Acordam os juízes componentes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria, em receber os embargos, tudo de conformidade com os votos constantes das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Tribunal Federal de Recursos, 5 de dezembro de 1952. - *Cunha Vasconcelos,* presidente; *João José de Queirós,* relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: No Juízo Privativo da Fazenda Nacional, a 1ª Vara da comarca de João Pessoa, no Estado da Paraíba, propôs à União Federal uma ação cominatória contra o Ginásio Pio X, dos Irmãos Maristas, a fim de compeli-lo à demolição de um pórtico de ginástica, prejudicial à visibilidade de uma das fachadas do convento de São Francisco, tombado como monumento histórico.

O juiz JOSÉ PÔRTO PAIVA julgou improcedente a ação e recorreu de ofício.

A egrégia 1ª Turma dêste Tribunal, pelo acórdão de fls. 50, negou provimento ao recurso, vencido o relator, ministro CUNHA MELO. Foram votos vitoriosos os dos juízes MOURÃO RÚSSEL e ELMANO CRUZ.

O ilustre subprocurador geral da República, Dr. ALCEU BARBEDO, opôs os seguintes embargos: (*lê*, a fls. 51 a 53).

A parte contrária não arrazoou o recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (relator): Sr. presidente, a questão é sobremodo simples. O convento de São Francisco, em João Pessoa, na Paraíba, é tombado como monumento histórico e, por isso, sujeito às regras especiais do dec.-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. O art. 18 dêsse diploma proíbe, sem licença do S. P. H. A. N., quaisquer construções na vizinhança daqueles monumentos que tragam redução de visibilidade.

Sr. presidente, como se vê, tudo se reduz à acertada interpretação do aludido art. 18 do dec.-lei nº 25.

Evidentemente, um pórtico de ginástica, que é uma ligeira construção de madeira, na qual se prendem os aparelhos de ginástica, não reduz a visibilidade, no sentido comum da expressão. Considerando, porém, que se trata de monumento histórico, o conceito de visibilidade, que a lei consagra, tem um sentido mais amplo, parque envolve outros aspectos além da simples visibilidade física.

A visibilidade, em se tratando de monumento histórico ou artístico, é coisa bem diferente da simples visibilidade de qualquer edifício desprovido daquelas características especiais. A mim me parece que um pórtico de ginástica em frente à fachada de um monumento prejudica a respeitabilidade de seu aspecto venerável, mesmo que não lhe impeça, de todo, a visão material.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: A visibilidade aí não é em função da altura.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: A visibilidade é em função do aspecto artístico, estético ou histórico.

Ora, Sr. presidente, entendo que a construção feita infringe a proibição legal, no sentido que se deve dar ao dispositivo invocado, em face dos altos interêsses artísticos e históricos protegidos pelo dec.-lei nº 25, de 1937.

Assim, Sr. presidente, recebo os embargos, na conformidade do voto vencido do eminente CUNHA MELO.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: *Data venia*, rejeito os embargos. Entendo que um pórtico de ginástica não afeta a visibilidade do monumento dito histórico. Trata-se de simples estacas de madeira, sem nenhum anteparo, como se pode ver nítida e claramente da fotografia junta aos autos.

Evidentemente, não cabe à autoridade administrativa a determinação de destruir aquilo que não prejudica a beleza arquitetônica do monumento; rejeito os embargos, por manifestamente improcedentes.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria, receberam-se os embargos, vencido o Sr. ministro ELMANO CRUZ. Os Srs. ministros revisor, ALFREDO BERNARDES, CÂNDIDO LÔBO e MACEDO LUDOLF votaram de acôrdo com o relator.

Não tomou pôsse no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro MOURÃO RÚSSEL.

Presidiu ao julgamento o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

COMPRA E VENDA - PRESCRIÇÃO - VÍCIO REDIBITÓRIO - PRAZO DE GARANTIA

- O prazo de prescrição da ação que visa rescindir, por vício redibitório, o contrato de compra e venda, só começa a correr depois de esgotado o prazo de garantia concedida pelo vendedor contra qualquer defeito de construção e funcionamento.

Progresso Industrial Brasileiro, Sociedade Importadora dos Engenhos, Máquinas e Acessórios Ltda. *versus* Engenharia, Arquitetura, Construções Arco Ltda.

Ap. n° 17.299 - Relator: DESEMBARG. EMANUEL SODRÉ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 17.299, em que é apelante Progresso Industrial Brasileiro, Sociedade Importadora de Engenhos, Máquinas e Acessórios Ltda. e apelada Engenharia, Arquitetura, Construções Arco Ltda.:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em rejeitar a preliminar da prescrição, contra o voto do relator, e, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação, no seu mérito. Designado o revisor para redigir o acórdão.

Disse a autora que comprou à ré um trator, que logo apresentou defeitos; foi trocado por outro, que também apresentou defeitos; a ré propôs-se a revisá-lo e entregou outro, que não funcionou a contento; houve uma quarta troca, também sem resultado, e então a compradora veio a juízo pleitear a indenização dos grandes prejuízos que alega ter tido: preço pago, no total de Cr$ 340.000,00; prejuízos líquidos, Cr$ 212.000,00: lucros cessantes, Cr$ 174.000,00; parte ilíquida a ser apurada e honorários de 20%.

Na contestação foi preliminarmente alegado que o direito da autora estaria prescrito. A sentença de fls. 165 repeliu a preliminar e julgou procedente a ação para condenar a ré a devolver à autora os Cr$ 340.000,00 e pagar-lhe as perdas e danos que se apurarem na execução, com os honorários de advogado de 10%.

Não se contesta que o direito de alegar a prescrição é irrenunciável antes de adquirido. A compra foi feita em 1º de dezembro de 1950 (fls. 28) e a presente ação foi ajuizada em 10 de agôsto de 1951 (fls. 2). O art. 178, § 2°, do Cód. Civil, estabelece que prescreve em *quinze dias*, contados da tradição da coisa móvel vendida com vício redibitório, a ação para rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais as perdas e danos. Mas o contrato de fls. 27 dispôs que a vendedora *garantia* o trator e equipamento contra qualquer defeito de construção e funcionamento, pelo prazo de *um ano*. Logo, à compradora era dado *esperar* que a vendedora, dentro do prazo estipulado, se esforçasse por corrigir os defeitos da máquina vendida, trocando-a por outra ou consertando a

vendida; e por nada menos de quatro vêzes a vendedora procurou atender às justas reclamações da autora, até que esta, já cansada daquelas falhas tentativas, decidiu-se a ingressar em juízo, muito antes de esgotado o prazo de garantia.

Como se vê, no presente caso não se trata de antecipada renúncia da prescrição, e sim da usual e hoje corriqueira *garantia* que, por prazo bem *limitado*, os vendedores oferecem a quem lhes compra os artigos de seu comércio; e antes de esgotado êsse prazo em que, repita-se, ao comprador cabe esperar que o vendedor satisfaça o compromisso que tão expressamente assumiu, não se há de falar em prescrição.

No mérito, a decisão também foi muito acertada. O laudo de fls. 143, do perito desempatador, descreveu todos os defeitos que o trator apresentava, e o empenho da ré em substituir ou consertar a máquina que vendera à autora bem mostra que era ela, ré, a primeira a concordar com a reclamação da compradora. Como firma especializada no artigo, não devia a ré ignorar os defeitos do objeto vendido. Aliás, a ignorância de tais defeitos não exime o alienante de responder pelos prejuízos advindos ao adquirente, nos taxativos têrmos do art. 1.102 do Cód. Civil, a menos que exista cláusula expressa.

Custas pela recorrente.

Distrito Federal, 22 de agôsto de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente e relator designado; *Eduardo Espínola Filho; Martinho Garcês Neto*, vencido, pelas seguintes razões: a sentença apelada admite a tese de que as partes podem, mediante convenção, alongar o prazo prescricional estabelecido pela lei.

Mas, contra esta solução se insurgem, entre outros, CARVALHO DE MENDONÇA ("Obrigações", vol. I, nº 424); CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado", vol. III, pág. 377; "Manual Lacerda", vol. IV, pág. 124, n° 21); ALMEIDA OLIVEIRA ("Prescrição extintiva", pág. 25); COVIELLO ("Doutrina Generale", § 149); PLANIOL-RIPERT ("Tratado", trad. esp., vol. 2, nº 649); COLIN-CAPITANT ("Cours", vol. II, página 138); BARASSI ("Istituzioni", § 48, número II); MIRABELLI ("Prescrizione", pág. 29); BAUDRY-TISSIER ("Traité de la Prescription", págs. 50-51); GUILLOUARD ("Prescription", vol. I, pág. 296, nº 316).

Em síntese, a opinião que prevalece, na doutrina, é esta: não é lícito dilatar o prazo da prescrição por convenção antecipada, ou seja, no momento do contrato, antes de nascida a ação e iniciada a prescrição, porque êsse alongamento equivaleria a uma renúncia prévia, proibida por lei (cf. CÂMARA LEAL, "Prescrição e Decadência", pág. 68, n° 41).

De fato, o art. 167 do nosso Código Civil dispõe, *in verbis*:

"A renúncia da prescrição pode ser expressa, ou tácita, e só valerá, sendo feita sem prejuízo de terceiro, *depois que a prescrição se consumar*".

É que só depois de consumada passa a prescrição para o patrimônio do devedor, como assinala ARI FRANCO (obra cit., pág. 25).

Se fôssemos admitir renúncias antecipadas, elas se tornariam a regra e não a exceção: os credores passariam a exigir sempre a renúncia prévia da prescrição liberatória pelos devedores (GUILLOUARD, ob. cit., vol. I, pág. 296, número 316).

Ora, a prescrição é um instituto útil à sociedade dos homens em geral e as leis que a autorizam formam uma espécie do direito público, ao que não é lícito renunciar antes de aplicado a cada fato particular (DUNOD, "Des prescriptions", parte I, cap. XIV).

BIGOT PRÉAMENEU já dizia, em sua famosa "Exposição de Motivos", que, se a convenção antecipada, ou renúncia da prescrição fôsse possível, válida, a prescrição não seria mais senão um meio ilusório de se manter a paz pública; todos aquêles em cujo interêsse fôssem firmados os contratos não deixariam de exigir essa renúncia prévia.

De modo que o que se tem como absolutamente certo é que são proibidas as convenções que prolongam o prazo legal da prescrição, porque elas constituem renúncia indireta e antecipada da prescrição legal. Segundo LYON-CAEN, tais convenções, porque sejam proibidas, são também nulas ("Nota", Sirey, 1896, volume I, pág. 112).

Realmente, direito de conservação da sociedade, a prescrição pertence à ordem pública - *prescriptio enim juris publici est.*

E a prolongação do prazo da prescrição antes de consumada redunda sempre numa renúncia prévia, que a lei não tolera (CARVALHO SANTOS, ob. cit., página 377, nº 5).

É do Prof. CARPENTER êste tópico precioso: "Não valerá a renúncia antecipada da prescrição, isto é, a renúncia da prescrição ainda não começada" (pág. 123). E a seguir: "Certamente não são válidas as convenções que têm por fim prolongar o curso da prescrição, porque importam renúncia antecipada da prescrição" ("Manual Lacerda", cit., pág. 124).

Só a renúncia da prescrição adquirida ou consumada não causa prejuízo à sociedade: só interêsse privado estará em jôgo nesta hipótese. Tudo o que o interêsse social exige é que as ações tenham um têrmo; mas, daí, não se conclua que o beneficiário da prescrição não possa dela dispor e esteja obrigado a se socorrer dêsse benefício. Pode acontecer que êsse modo de aquisição repugne à consciência do devedor e que êle prefira renunciar ao favor legal liberatório (BAUDRY-TISSIER, ob. cit., pág. 51, nº 54, e MIRABELLI, ob. cit., pág. 39).

Ora, no caso dêstes autos, ao ser firmado o contrato é que foi estabelecido o prazo prescricional mais longo. Encontramo-nos, pois, frente a um caso típico de renúncia antecipada da prescrição, condenada pela lei, no art. 161 do Código Civil. Logo, cogita-se de convenção nula, eis que proibida por preceito legal vigente. Em conseqüência, dava provimento ao recurso, para julgar prescrita a ação.

*

FALÊNCIA - CRÉDITO PRIVILEGIADO

- São reivindicáveis, como créditos privilegiados, as importâncias que o empregador desconta dos salários de seus empregados, para fins de previdência, e de que se tornam meros depositários.

I. A. P. I. *versus* Massa falida de J. Flinkas

Ag. n° 3.308 - Relator: DESEMBARG. GARCÊS NETO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.308, em que é agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários e agravada a massa falida de J. Flinkas:

Acordam os juízes da 8ª, Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, dar provimento ao recurso, pagas as custas pela agravada.

E assim decidem na esteira de copiosa jurisprudência dos nossos tribunais e conforme pronunciamentos anteriores desta mesma Câmara, pois os empregadores são meros depositários das importâncias que descontam dos salários de seus empregados, piara fins de previdência social, importâncias essas que, pela sua natureza de crédito privilegiado, autorizam a reivindicação ora requerida, como dispõe expressamente o art. 9º do decreto-lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937. E nenhuma pertinência bem com o caso o art. 102, § 3°, nº II, da Lei de Falências, que se refere a crédito de natureza diversa. Demais disto, o art. 76 da Lei de Falências não cogita de todos os casos de restituição, entre os quais se inclui, incensuràvelmente, o que é focalizado nestes autos.

Distrito Federal, 19 de agôsto de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Martinho Garcés Neto*, relator; *Eduardo Espínola Filho.*

*

CAMBIAL - ACEITE - AÇÃO EXECUTIVA

- O aceite é indispensável à constituição do título cambial, para a ação executiva.

Lopes, Ramos & Cia. *versus* Banco indústria e Comércio Santa Catarina S.A.

Ap. n° 16.021 - Relator: DESEMBARG. ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 16.021, apelantes Lopes, Ramos & Cia., apelado o Banco Indústria e Comércio Santa Catarina S.A.:

Acordam, unânimemente, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em dar provimento ao recurso, para, reformando a sentença recorrida, julgarem, como julgam, improcedente a ação, condenado o Banco-autor, ora apelado, nas custas.

Mesmo abstraindo da circunstância de não valer o aceite de nota de câmbio, feito em instrumento outro que não o próprio título cambial - circunstância em ordem a fulminar a ação executiva, - a realidade é que nenhuma responsabilidade pode ser atribuída à ré, ora apelante, quanto ao saque descontado por Eugênio Bossle Júnior. O telegrama de fls. 5, datado de 16 de janeiro, foi dirigido a "Nene", enderêço telegráfico da firma Torraca & Bossle, à qual a ré havia feito encomenda de mercadoria, que não lhe foi fornecida, como também nada lhe enviou Eugênio Bossle Júnior, em forma a justificar o saque de Cr$ 100.000,00, que está a fls. 4. O Banco autor, que, por diversas vêzes, pediu confirmação de ordens e telegramas, frisando que descontos só seriam efetuados depois de aceitos, "conforme entendimento seu digno sócio Lopes" (da firma ré), e é o que instruem os docs. de fls. 61, 67, 72, entre vários outros, não podia, sem ligeireza e imprudência, pelas quais responde, fazer, sem prévia consulta e confirmação, o desconto de uma cambial não aceita, na base de um telegrama dirigido a "Nene", enderêço telegráfico, antigo, da firma Torraca & Bossle, e que sòmente dias antes, a 3 de janeiro, se estendera, em Tubarão, também a Eugênio Bossle Júnior, sem prova de que tal fato fôsse cientificado à firma apelante; tal circunstância reclamava uma prudência maior e exigia que o Banco pedisse a confirmação, como tanta vez fizera antes, em situações que se não apresentavam eivadas da suspeição, que reveste a presente.

Nem se argumente com o fato de, posteriormente ao desconto, ter a firma ré declarado que a aceitação da letra de câmbio dependia de recebimento da mercadoria; tendo feito a encomenda, recebendo de Torraca & Bossle (é o que está no telegrama de fls. 127) a comunicação de estarem aprontando a remessa,

a apelante não quis desmoralizar Eugênio Bossle Júnior, de antemão, e mostrou a intenção de pagar o saque, se recebida a mercadoria e se Torraca & Bossle concordassem em que a letra de câmbio daquele liberava os compromissos da encomenda. Nada disso, sucedeu, e o Banco só pode chamar à responsabilidade o sacador, que obteve o desconto, de vez que não houve aceite da letra de câmbio, recusada com o melhor dos fundamentos, a falta de relação comercial que justificasse o saque.

Assim decide a unanimidade da Câmara, depois de rejeitado, preliminarmente, o ponto de vista do desembargador revisor, no sentido de dar provimento ao agravo no auto do processo, para anular, *ab initio*, o processo, por não caber ação executiva com base numa letra de câmbio, a que falta o aceite do executado.

Distrito Federal, 27 de maio de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Martinho Garcês Neto*, vencido, na preliminar, pelos fundamentos do voto em separado em três fôlhas dactilografadas e rubricadas.

Ementa do voto vencido: Não autoriza a ação executiva a letra de câmbio que não foi aceita pelo sacado. Como aceite, que confere à obrigação a natureza cambial, só se pode entender o que foi apôsto no próprio título de dívida.

Não tem o tomador ação direta contra o sacado, ainda que de perdas e danos, quando a obrigação é civil, se o aceite foi dado em separado e não na própria letra de câmbio.

Conhecia da apelação para dar provimento ao agravo no auto do processo e anular o feito *ab initio*.

O caso dos autos é o seguinte: No dia 26 de janeiro de 1951, e na cidade de Tubarão, Estado de Santa Catarina, apresentou-se o Sr. Eugênio Bossle Júnior, perante a agência do Banco Indústria e Comércio Santa Catarina, a fim da que, devidamente autorizado por telegrama cifrado, procedesse ao saque de uma letra de câmbio no valor de Cr$ 100.000,00 contra a firma Lopes, Ramos & Cia. Ltda., que emitira aquela autorização telegráfica, obrigando-se a aceitar o título. Entretanto, verificado o vencimento da letra de câmbio em questão, a

firma sacada, sob o fundamento de que não aceitara a dita letra, nem autorizara o desconto da mesma no Banco autor, recusou-se a pagá-la, não só pela falta do aceite, como porque não recebera as mercadorias que justificariam o saque de que se cogita nestes autos. E, ainda, pelos mesmos motivos e fundamentos, recusou-se a resgatar a letra, não obstante o tomador contra ela haver intentado a presente ação executiva, esta estribada na alegação de que houve prévio aceite, por meio de telegrama, que acompanhava a assinatura do sacador, e, quando o, sacador se compromete a aceitar um título, autorizando o portador a descontá-lo, fica obrigado ao pagamento.

A *vexata quaestio*, ou seja, *nó górdio* desta ação, que determinará, ou não, a eficácia ou idoneidade de sua natureza cambial, cifra-se a saber se houve aceite de letra de câmbio ajuizada; isto é, em outros têrmos, se é válido, idôneo e surte efeitos cambiais o aceite ou promessa de aceite que constar de outro instrumento, ainda que público, e instrumento que não seja, portanto, o próprio título executado. Pois, como se estampa nos autos, a ré apelante não lançou o seu aceite na letra de câmbio, que foi sacada contra ela; o aceite estaria consubstanciado na autorização por via telegráfica, apresentada ao tomador, o autor apelado.

Ora, a respeito dessa questão, a resposta é uma só, em face do art. 11 do dec. n° 2.044, de 1908: "o aceite precisa ser lançado sôbre a letra, não tendo valor o que é dado em separado, ainda que conste de escritura pública referida no título, pois nesta hipótese sòmente produz os efeitos de uma obrigação ordinária" (WHITAKER, "Letra de Câmbio", 3ª ed., págs. 159-160, nota 253).

A razão é simples: segundo a orientação do nosso direito positivo, a característica do aceite escrito é que êle é exigido *ad solemnitatem* e não *ad probationem*, tanto que *não pode ser suprido nem pela confissão* (JOÃO ARRUDA, "Decreto n° 2.044 anotado", ed. de 1914, vol. I, pág. 59).

Pelo fato de haver autorizado o saque, o sacado não assume responsabilidade alguma cambial, como argumenta. SARAIVA, autor do dec. nº 2.044, em defesa ardorosa de seu monumento legislativo: "O sacado fica vinculado pela declaração exarada na letra de câmbio; êle garante o pagamento pelo fato de haver assinado o aceite, e não pior haver autorizado o saque, e nem pela

promessa de honrar a delegação do emitente" ("A Cambial", 2ª ed., página 264, parág. 78).

Reconhecendo que o aceite deve ser lançado ao próprio título, isto é, apôsto em algum lugar do mesmo papel que contém a redação da cambial, o doutíssimo PAULO DE LACERDA, em obra clássica de nossa literatura jurídica, faz esta afirmação enfática: "É inteiramente ineficaz, para todos os efeitos cambiários, o aceite, tal como qualquer outro ato cambiário, escrito fora do título, pois a cambial é, na sua essência, título completo" ("A Cambial", 4ª ed., página 150, n° 112).

De fato, o sacado não é obrigado a aceitar a letra de câmbio, ainda que haja prometido fazê-lo, tanto que, provando a sua recusa, ou seja, o rompimento da promessa, feita ao sacador, assiste ao portador da letra, mediante o protesto, que constitui a prova do fato, dirigir-se contra os que até então se achavam vinculados pelo título (sacador e endossadores), que teriam direito de acionar o sacador por perdas e danos resultantes da quebra do contrato prévio, conforme a lição de CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado", vol. 5, t. 2, pág. 320, nº 705).

Observa o insigne comercialista pátrio que se se não concretiza o aceite, no próprio título, também não se aperfeiçoa a ordem para cujo cumprimento o sacador o convidou, admitindo a letra de câmbio, embora subsistam as responsabilidades cambiais do sacador e dos endossadores para o possuidor do título ("Tratado", cit., vol. 5, t. 2, pág. 321, número 706).

Aliás, o art. 11 da nossa Lei Cambial não deixa dúvida quanto à necessidade de ser escrito na própria letra e assinado pelo aceitante, embora não tenha atingido o grau de precisão ou minúcia do art. 288 do Cód. Comercial português.

E compreende-se que haja êsse rigorismo formal: "O aceite é fundamentalmente contrato cambiário pelo qual o sacado ou outra pessoa em seu lugar se obriga a pagar a letra" (MARNOCO E SOUSA, "Das letras, livranças e cheques", Coimbra, 1905, vol. I, pág. 223, número 102). É a própria natureza das obrigações cambiárias que impõe êsse requisito essencial, ao mesmo passo que lhe fornece a sua razão de ser: como obrigação de caráter formal, não se compadecem com o aceite por documento separado, porque

assim desenvolvem e facilitam a comercialidade do título (autor cit., loc. cit., pág. 246).

De resto, há impressionante concordância das diversas legislações, ao postularem, como princípio fundamental do direito cambiário, que o aceite deve ser lançado na letra de câmbio e não em separado (cf. SARAIVA, pág. 268, nota 9).

E no que nos diz respeito, é absolutamente certo o que escreveu MARNOCO E SOUSA em relação ao direito português codificado: "É inadmissível o aceite tácito ou virtual, visto não se dever deduzir uma obrigação tão grave de presunções, ainda as mais sérias e legítimas" (ob. cit., pág. 246).

De modo que, e resumindo a doutrina compendiada, *o aceite em separado não produz efeitos cambiários, e sòmente dá lugar a uma obrigação jurídica, de natureza civil, que, não cumprida, se resolve em perdas e danos contra aquêle que autorizou ou prometeu o aceite.*

É a lição dos D.D., de ontem e de hoje: FERREIRA BORGES, "Princípios de Direito Cambial", pág. 129; "Dicionário Jurídico Comercial", pág. 9; BEIRÃO, "Da letra de câmbio no Direito Internacional", pág. 40; SUPINO, "La cambiale", ns. 149 e 150; VIVANTE, "Trattato", volume 3, pág. 387, ns. 1.174-1.175; PIPIA, "Trattato", vol. 3, pág. 511, nº 780; VIDARI, "Corso", vol. 7, pág. 478, n° 6.710; CALAMANDREI, "La cambiale", pág. 105; SORANT, "La cambiale", vol. I, pág. 315; JACOBI, "Derecho Cambiário", pág. 71; MOSSA, "La cambiale", vol. I, págs. 445 e segs., ns. 417 e segs.

PIPIA resume a lição dos D.D. nesta síntese precisa: "Tôda aceitação em separado, por meio de carta, de telegrama, por instrumento público ou particular, não produz efeito cambiário, exceto, eventualmente, a obrigação ordinária" (ob. cit., pág. 511, nº 780).

Recapitulando: e o sacado prometeu aceitar e não cumpre a promessa, fica responsável por perdas e danos, mas a obrigação de aceitar, ainda que reconhecida por sentença, não pode substituir o ato do aceite (WHITAKER - PAULO DE LACERDA - SUPINO).

Vê-se, pois, que a presente ação não podia ser executiva, porque o título que a instrui não é cambial.

Não se infira da obrigação de pagar a letra, que incumbe ao sacado que prometeu aceitá-la, o direito de acionar o tomador ou portador pela via executiva. Tal conclusão seria em pura perda e desengano do exeqüente, porque a promessa de aceite ou o próprio aceite em separado produz, apenas, uma obrigação civil, cujo cumprimento sòmente pode ser exigido por meio de ação ordinária.

Mesmo assim, para que o tomador ou portador pudesse agir em juízo, diretamente, contra o sacado que deixou de cumprir a promessa de aceite, mister seria, antes de mais nada, que essa promessa fôsse dada diretamente, ou dela lhe tivesse sido feita uma cessão formal (WHITAKER, ob. cit., pág. 156).

A promessa de aceitar uma letra de câmbio, embora feita por meio de carta ou telegrama, e com tôdas as minúcias, sòmente obriga o promitente que não a cumpre a perdas e danos: não o vincula cambialmente, por isso que envolve apenas a inexecução de uma obrigação civil (JOÃO ARRUDA, loc. cit., vol. I, pág. 58; LYON-CAEN, vol. 4, nº 199). *Mas, como em tal hipótese, não tem o tomador ação contra o sacado se êste não lhe fêz "diretamente" a promessa ou se esta lhe não foi cedida de modo formal, isto é, excluído o simples endôsso da letra.*

Ora, no caso dos autos, não houve aceite, mas *simples promessa por meio de telegrama.* Como êsse telegrama foi dirigido ao sacador, não se deu o caso de promessa feita diretamente ao tomador, pelo sacado. Logo, o apelado não poderia agir judicialmente contra o apelante, ainda que a ação fôsse ordinária, para cobrança de perdas e danos.

Quando, porém, se quisesse emprestar ao dito telegrama o valor ou significação de um aceite em separado, ainda aí não caberia ação executiva do tomador contra o sacado, porque o aceite em tais condições, embora não seja inteiramente nulo, sòmente produz os efeitos de uma obrigação ordinária.

*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Não se condena em honorários de advogado a parte vencida cuja temeridade não se provou.

Banco Indústria e Comércio Santa Catarina S.A. *versus* Lopes, Ramos & Cia.

Ap. nº 16.021 (embs.) - Rel.: DESEMB. ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 16.021, em que, embargado o Banco Indústria e Comércio Santa Catarina S.A., Lopes, Ramos & Cia. embargam de declaração o acórdão desta Câmara, a fim de que se manifeste ela sôbre o pedido de honorários de advogado, feito, na contestação, pela firma, ora embargante:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em conhecer dos referidos embargos e desprezá-los, pagas as custas pela embargante.

Conhecem dos embargos, porque o acórdão não fêz referência aos honorários de advogado, mas os rejeitam porque, muito deliberadamente, não foram concedidos os honorários de advogado do réu, como condenação imposta ao autor vencido, de vez que a questão se apresentou de delicada apreciação, não havendo qualquer temeridade na atividade processual do autor; de notar que, ao contrário da maioria da Câmara, o desembargador GARCÊS NETO entendia que se não podia sequer levar em consideração o pedido de honorários, por achar que o réu só o pode formular em reconvenção, inadmissível quando em tela ação executiva.

Distrito Federal, 24 de outubro de 1952. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente; *Eduardo Espínola Filho*, relator; *Martinho Garcês Neto*.

*

SOCIEDADE COMERCIAL - DISSOLUÇÃO

- O art. 289 do Cód. Comercial se aplica a qualquer tipo de sociedade.

Omitidos os nomes das partes

Ap. nº 18.879 - Relator: DESEMBARG. SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos:

Acordam, por unanimidade de votos em a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em negar provimento ao recurso. A dissolução foi dada com o próprio fundamento com que se requereu a falta de realização do capital por um dos sócios, nos têrmos do art. 289 do Cód. Comercial, e não pela vaga incompatibilidade entre os associados.

Aquêle artigo aplica-se, *in generis,* a qualquer tipo ou forma de sociedade, pois é da essência do contrato porem os sócios em comum os bens com que se associam.

É a *affectio societatis*.

Quando pudesse haver alguma dúvida sôbre a aplicabilidade do artigo às sociedades do tipo limitada, por cotas, estaria dissipada pela expressa remissão do art. 7° da lei n° 3.708, de 10 de novembro de 1919, que regulamentou aquela espécie de sociedade, ao mencionado art. 289 do Cód. Comercial.

Diz o art. 7° *supra*:

"Em qualquer caso do art. 289 do Cód. Comercial, poderão os outros sócios preferir a exclusão do sócio remisso".

O desembargador BULHÕES CARVALHO, no entanto, confirmava a sentença pelou seus próprios fundamentos.

Distrito Federal, 2 de dezembro de 1952. - *Estácio Correia de Sá e Benevides,* presidente e relator; *Alberto Mourão Rússel.*

*

FALÊNCIA - CONCORDATA

- O juiz pode adotar a providência de decretar a falência a todo o tempo em que no processo se apure a falta dos requisitos para a concordata.

Agravado: Leopoldo Ferreira

Ag. nº 3.003 - Relator: DESEMBARG. SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos:

Acordam, em a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em negar provimento, por unanimidade de votos, ao agravo de instrumento n° 3.003, em que é agravante o concordatário, ou a falida Silvestre Dias, e agravado Leopoldo Ferreira, síndico nomeado, da mesma falida, por unanimidade de votos.

O agravo é da decisão que decretou a falência do agravante, providência essa que teria sido adotada após haver se verificado que o agravante não preenchia o requisito concernente ao exercício do comércio por mais de dois anos, e, ainda, que não havia inicialmente instruído o seu pedido com a documentação legal.

Alegou o agravante, como fundamentos do recurso, que, quanto ao primeiro motivo da pena, havia "coisa julgada" em contrário no acórdão desta Câmara no agravo de petição nº 9.349, e, quanto ao segundo fundamento, que o que autoriza a conversão da concordata em falência não é a falta de qualquer dos documentos exigidos por lei, mas a inexatidão de alguns dêles, o que é coisa diversa; ora, não há como falar-se aqui em coisa julgada relativamente ao primeiro fundamento da decisão agravada. Do agravo invocado, que ora se encontra em apenso, o Tribunal apenas não conheceu por ter sido o mesmo interposto fora do prazo legal.

O Dr. juiz da primeira instância havia apenas incidido em um lapso, que depois corrigiu, pois a princípio entendera que se tratava do cancelamento de uma firma e inscrição de outra, do mesmo comerciante, como se lê a fls. 9. Apurou depois que o caso não era êsse, e que faltava o requisito fundamental para que o agravante pudesse impetrar concordata, qual o de vir exercendo o comércio, no triênio anterior ao pedido.

No indeferimento de uma falência, quer inicialmente, quer no curso da concordata, não pode haver *res iudicata*; essa matéria pode ser a todo tempo examinada e livremente decidida, desde que concorra, ou se alegue, qualquer dos casos do art. 162.

Quando não bastassem êsses argumentos, os motivos supervenientes aludidos pelo síndico autorizariam a convolação da concordata em falência, verificado como foi que a dita concordata se arrastava j á havia cinco anos, como admitiu o próprio agravante em suas declarações a fls. 35. Legitima-se, assim, sob qualquer dos aspectos considerados, a decretação da falência do agravante.

Distrito Federal, 24 de junho de 1952. - *Estácio Correia de Sá e Benevides*, presidente e relator; *Sílvio Martins Teixeira; Francisco Pereira de Bulhões Carvalho.*

*

DUPLICATA - PROTESTO

- O protesto de duplicata aceita, no vencimento, não se pode reputar ilegal, sem prova de dilação ou reclamação suspensiva na liquidação e sem depósito de mercadoria vendida, ou respectivo preço.

Sociedade de Representações Plásticas Ideal, Ltda. *versus* Produtos Plásticos Social Ltda.

Ap. nº 20.093 - Relator: DESEMBARG. SADI DE GUSMÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 20.093, apelante Sociedade de Representações Plásticas Ideal, Ltda.; apelada Produtos Plásticos Social Ltda.:

A apelante intentou a presente ação de indenização de perdas e danos, com fundamento em protesto de duplicata de seu aceite, protesto que reputa injusto e ilegal.

Vencida na primeira instância, recorre com as razões de fls. 25, as quais não são de acolher, por isso que o protesto foi legal e tirado no vencimento.

A lei nº 187, de 1936, autoriza reclamações antes do aceite e devolução da duplicata, admitindo também documentos por ocasião da liquidação, observado o art. 14.

Na hipótese, houve entendimento para reparos na mercadoria, sem dilação do vencimento do título, donde sòmente se justificar a sustentação do protesto com o depósito da mercadoria, ou do preço.

Destarte, não se pode reputar ilegal o protesto.

Isto pôsto:

Acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, unânimemente, em negar provimento ao recurso.

Custas pela apelante.

Distrito Federal, 12 de novembro de 1952. - *A. Sabóia Lima*, presidente; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator; *Oscar Tenório*.

*

TRANSPORTE MARÍTIMO - SEGURO - SUB-ROGAÇÃO - VISTORIA

- A vistoria não é o único meio de prova do inadimplemento do contrato de transporte marítimo.

Royal Insurance Company Ltd. *versus* Rotterdam Zuid Ameriva Line

Ap. nº 18.697 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 18.697, em a qual é apelante Royal Insurance Company Ltd., sendo apelada Rotterdam Zuid Ameriva Line:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente, por unanimidade de votos, em desprezar o agravo no auto do processo e, no mérito, em dar provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar procedente, em parte, a ação e condenar a apelada a pagar à apelante a soma que se liquidar em execução, juros da mora a partir da citação inicial, ressalvado em favor desta regresso contra o credor originário, em sendo caso, - pagas as custas na forma da lei.

Quanto ao agravo no auto do processo, manifestado às fls. 44-47 v. contra o saneador de fls. 42, que desprezou as preliminares suscitadas na contestação, assim decidem porque, com efeito, nenhuma dúvida podia existir de referência à regular representação da autora, em juízo, em face do instrumento de mandato de fls. 5, substabelecido por seu procurador, Mário Cabral, na pessoa do advogado que propôs a ação.

Do mesmo teor a preliminar de incompetência da Justiça brasileira para decidir do direito em litígio, sob a alegação de ter sido celebrado em Antuérpia o contrato de transporte e, pois, competir à Justiça belga seu julgamento.

Ora, não tendo sido deduzida a incompetência em questão por via de exceção regular, impunha-se, de fato, admitir sua prorrogação na forma do artigo 148, I, do Cód. de Proc. Civil, tanto mais quanto é determinação expressa do art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil que à autoridade judiciária brasileira cabe

conhecer e decidir do litígio quando o réu é domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

Contratado o transporte de mercadorias para serem entregues no pôrto do Rio de Janeiro, *ipso facto* essa entrega constitui obrigação a cumprir no destino, como no caso dos autos.

Aliás, a rigor, êsses aspectos da questão se tornaram pacíficos porque, afinal, a ré que as havia levantado, beneficiada que foi pela sentença, desta não recorreu.

No mérito, a hipótese é a de uma ação ordinária promovida contra a transportadora pela seguradora subrogada nos direitos de segurado ao qual indenizou o valor de mercadorias que segurara e se extraviaram, a bordo, em viagem.

Argúi a transportadora, e a decisão recorrida acolheu, que, não tendo sido a carga submetida à vistoria judicial a que alude o art. 618 do Cód. Comercial, não havia como indenizar mercadorias dadas por extraviadas, eis que a vistoria alfandegária procedida não na pode suprir, uma vez que, apenas, tem caráter administrativo.

Cumpre, porém, assinalar não ser exato ter o citado art. 618 do Cód. Comercial estabelecido a vistoria judicial como prova única e exclusiva, para a verificação de danos e extravios das fazendas embarcadas. O que fixou foi uma, obrigação para o capitão do navio, tal a, de fazer judicialmente visitar e examinar as fazendas de sua carga suspeitas de danificadas e concedeu ao consignatário e quaisquer interessados o direito de requerer tal exame ou vistoria. Isso não importa dizer, como se vem discutindo nos autos, - e se tem sempre discutido em tôrno de casos semelhantes, - que sòmente a vistoria judicial é meio hábil para a prova de danos e extravios da carga transportada por mar.

O dec. n° 15.518, de 13 de junho de 1922, determinou ser suficiente para a apuração da responsabilidade da transportadora a vistoria da carga procedida pelos funcionários da Alfândega, com a assistência do capitão do barco ou de seu representante, conforme o art. 247 da Consolidação das Leis Alfandegárias.

Essa vistoria, procedida com tôdas as cautelas necessárias, levada a efeito quando ainda as mercadoria, recém-descarregadas se encontram em os armazéns da Alfândega, é evidente que oferece um relevante índice de segurança e veracidade bem mais expressivo do que aquêle que poderá surgir de qualquer outra prova quando a carga já se encontre em poder do destinatário, como o admite aconteça a parte final do art. 618, de referência ao art. 211 do Cód. Comercial.

No caso dos autos, a mercadoria segurada chegou ao pôrto desta Capital, procedente de Antuérpia, pelos vapores "Alhena", americano, e "Altair", holandês, e embalada em cinco caixas, três da marca T. C. L., ns. 14, 15 e 16, e duas da marca C. I. L., ns. 20 e 21, aquelas desembarcadas do primeiro dos ditos barcos em o armazém X, a cargo do fiel Roberto Bandeira, os últimos do segundo, em o armazém IV, fiel José da Silva Pardal.

As caixas em questão foram devidamente examinadas e vistoriadas, com a presença de um representante dos capitães dos aludidos barcos, por peritos designados pelo inspetor da Alfândega, resultando apurado que haviam sido violadas a bordo e desfalcadas de parte de seus conteúdos (fls. 12 e 19).

Continham elas peças de tecido não especificado de linho liso, branco, de mais de 12 até 24 fios em 5 m/m, apresentando, as três primeiras, o pêso real de 132 quilos, quando pela fatura comercial êsse pêlo era de, 237, e as duas outras de 330 quilos, quando deveriam pesar 373 quilos. Assim, portanto, as cinco caixas, em questão acusavam uma diferença a menos de 148 quilos daquela mercadoria, falta que a perícia alfandegária estimou em Cr$ 17.379,30 (fls. 12 v.-19 v.), para o efeito de incidência do impôsto de consumo, na forma do art. 526 da Tarifa em vigor.

Assim, portanto, não sofre a menor dúvida o extravio da mercadoria em aprêço, tampouco, via de conseqüência, a responsabilidade da transportadora.

Mas, se assim ocorre quanto a êsses elementos da controvérsia, outro tanto não é possível admitir quanto ao valor da indenização, correspondente ao dano.

Com efeito, para estimá-lo e cobrá-lo a terceiro, não basta o acôrdo amigável a que a êsse respeito tenham chegado segurado a seguradora, na base da apólice

do seguro, porque tal contrato é *res inter alios acta* em relação àquele, de onde, pois, se não trata de extravio total da fazenda, caso em que prevalecerá o valor integral do seguro, - mister se faz a liquidação do prejuízo realmente sofrido, em execução de sentença. E êsse, aliás, um meio pelo qual será devidamente satisfeito o prejudicado, ao mesmo tempo que evitadas composições artificiais, ou suspeitas de simulação, contra o terceiro.

Não se diga que essa orientação, por desprezar o valor da liquidação ajustado entre segurado e seguradora, ofende o princípio do pagamento com sub-rogação, pois nela o que se transfere, por excelência, são os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo credor em relação à dívida.

No caso dos autos, impõe-se a adoção do critério exposto, porque nas apólices, do seguro o valor foi tomado para tôda, a partida da mercadoria (fls. 13-20) tornando-se impossível o destaque, ou o parcelamento, em ordem a chegar-se àquele correspondente à porção extraviada; as faturas oferecidas (fls. 8-11 e 15-18), em idioma estrangeiro, não traduzidas, trazem, também, preço em moeda estrangeira.

Ora, essas circunstâncias impedem a fixação da indenização devida, assemelhando-se a hipótese aos casos em que não existe declaração na apólice de um valor certo do seguro sôbre as fazendas, o que determina, pois, sua apuração pelo preço da compra daquelas com o aumento das despesas feitas até o embarque, fretes, prêmios do seguro e margem razoável de lucros (Cód. Comercial, artigo 694). Ademais, aqui não se sabe em que bases se ajustaram seguradora e segurado para a liquidação do prejuízo pela soma de Cr$ 34.321,40 (fls. 7-14), tanto mais quando, com o acréscimo do impôsto de consumo que as mercadorias extraviadas produziriam, o valor a elas atribuído pela Alfândega (fls. 14-19) alcançou apenas a Cr$ 24.617,00.

Dêste jeito, pois., diante de tais deficiências, só a fixação do valor em execução de sentença poderá corresponder à justa indenização pleiteada, admitida em favor da sub-rogada o regresso contra o credor originário, em sendo caso.

A espécie não comporta a imposição de honorários de advogado, - pedidos na inicial, - por isso que não condensa caso que os autoriza.

Distrito Federal, 19 de agôsto de 1952. - *Homero Pinho*, presidente e relator; *Omar Dutra*; *Artur Marinho*: as ponderações que o eminente desembargador relator fêz no acórdão acêrca do exato entendimento do art. 618 do Cód. de Processo Civil, em face do previsto no art. 211 do de Comércio, dispensam a declaração de voto que pretendi. Queria apenas acentuar o modo de ver que sustentei em voto proferido no Tribunal Federal de Recursos sôbre a matéria, quando, antes de ser promovido a desembargador, ali atuei em substituição de ministros daquele Tribunal, e isso porque nos debates apareceu referência ao acórdão na apelação cível nº 1.256, julgado pelo Tribunal Federal de Recursos, em cujo julgamento funcionei.

*

TRANSPORTE MARÍTIMO - PRESCRIÇÃO - SUB-ROGAÇÃO

- Não pode ser decretada prescrição da direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes. A sub-rogação de crédito não altera o curso da prescrição. Interrompe o curso da prescrição qualquer ato inequívoco, ainda que extra-judicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor, como seja a comunicação do extravio da mercadoria dada a transportar.

Marítima Companhia de Seguros Gerais *versus* Companhia Comércio e Navegação

Ag. nº 3.736 - Relator: DESEMBARG. BULHÕES CARVALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.736, Jequé é agravante a Marítima, Companhia de Seguros Gerais e agravada Companhia Comércio e Navegação:

Acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em dar provimento ao recurso, para julgar não prescrita a ação, que deve prosseguir até final julgamento em seu mérito, como de direito.

A autora propõe a presente ação contra a ré, ora agravada, dizendo-se sub-rogada legal na importância de Cr$ 22.485,90, paga a seus segurados em virtude de extravio de mercadorias dadas a transportar em navios de propriedade da ré, juros, custas e honorários de advogado.

A inicial enumera quatro reclamações sob os ns. I a IV, correspondente cada um a um segurado diverso.

Na sua contestação, a ré sòmente argüia a prescrição da ação relativamente aos itens ns. II e IV da inicial (fls. 44).

Não obstante, o Dr. juiz, no despacho agravado, julgou a ação totalmente prescrita, infringindo a regra de que não pode o juiz conhecer de prescrição de direitos patrimoniais se não foi invocada pelas partes (art. 166 do Cód. Civil).

Além disso, como mostrou a agravante, o conhecimento de embarque referente à mercadoria reclamada no item: nº I é datado de 4 de outubro de 1951 (fls. 9) e o navio que a transportava chegou ao pôrto de destino a 21 de outubro de 1951 (fls. 10). Não havia assim decorrido um ano, quando a presente ação foi proposta, a 4 de julho de 1952.

Também quanto à reclamação do item nº III da inicial, o navio chegou ao seu destino a 11 de setembro de 1951 (fls. 26).

Sòmente poderia-ser objeto de exame a argüição de prescrição quanto aos itens ns. II e IV.

Sustenta a agravante, em primeiro lugar não lhe ser aplicável o preceito do art. 449, nº II, do Cód. Comercial, porque é uma simples seguradora que pleiteia indenização pelo seguro pago e não a entrega da carga dada à agravada para transportar; e, em segundo lugar, que o curso da prescrição teria sido interrompido por reclamação administrativa, conforme provariam os documentos de fôlhas 18 a 31 dos autos.

Em relação ao primeiro ponto, o dissídio da jurisprudência acha-se fartamente documentado nos autos. Mostrou, porém, a agravada que o egrégio Supremo

Tribunal Federal vem firmando sua jurisprudência no sentido oposto ao pleiteado pela agravante.

E, realmente, se, de acôrdo com o artigo 449, nº II, do Cód. Comercial, prescrevem em um ano as ações para entrega da carga a contar do dia em que findou a viagem, e se o segurador age contra o transportador como mero sub-rogado, não se compreende como possa tal sub-rogação fazer reviver ou alterar a natureza dessa prescrição já extinta contra o sub-rogante.

Como observou o eminente ministro OROZIMBO NONATO, "a indenização, no caso (pleiteada pela seguradora contra a transportadora), corresponde à carga não entregue à reclamada, é o seu equivalente em dinheiro. Nem se alteram os têrmos essenciais da questão pelo fato de ser a ação exercida por sub-rogado do autor" (voto na ac. unânime da 2ª Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal, de 14 de setembro de 1951, *in* "Arquivo Judiciário", vol. 101, pág. 248).

Entretanto, na hipótese, como paradoxalmente admitiu o despacho agravado, a ré, pelas cartas de fls. 18 e 35, relativas às reclamações ns. II e IV da inicial, atendendo à reclamação da agravante, comunicou-lhe considerar extraviadas as mercadorias reclamadas em cartas de 31 de dezembro de 1951 e 3 de janeiro de 1952.

Por êste ato inequívoco reconheceu a procedência da reclamação e o próprio inadimplemento contratual, fazendo interromper-se a prescrição, segundo a regra consignada no art. 172, n° V, do Código Civil.

Distrito Federal, 19 de dezembro de 1952. - *Estácio Correia de Sá e Benevides*, presidente; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, relator; *Alberto Mourão Rússel*.

*

PROMISSÓRIA - CONTRATO

- Tornada impossível, pelo devedor, a execução da contra-prestação imposta ao credor, não pode aquêle invocá-la como inadimplemento para ilidir a cobrança dos títulos a que se subordinara.

Neves Neto & Cia. *versus* André Rochlitz

Ap. nº 19.474 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível número 19.474, em a qual são apelantes Neves Neto & Cia., sendo apelado André Rochlitz:

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 decisão recorrida, que julgou procedente a ação e subsistente a penhora, - pagas as custas na forma da lei.

Trata-se, na espécie, de uma ação executiva movida por André Rochlitz contra Neves Neto & Cia. e seus sócios para cobrar-lhes, como emitentes e avalistas, as notas promissórias de fls. 4, vencidas e não pagas, no total de Cr$ 37.900,00.

A penhora recaiu em dinheiro oferecido pelos devedores que, em defesa, alegaram a inexigibilidade judicial do pagamento dos ditos títulos, por isso que, vinculados que estavam a um contrato de compra e venda de um estabelecimento de cabeleireiro para senhoras, denominado "Salão André", à avenida N. S. de Copacabana, nº 166, de que foi vendedor o credor exeqüente, deixara êste de adimplir a obrigação de assegurar-lhes a venda do mesmo "livre e desembaraçado de dívidas" (cláusula 6ª, instrumento de fls. 28), eis que haviam sido surpreendidos com o aparecimento de um débito anterior àquele, superior a Cr$ 40.000,00, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários.

Não há dúvida que, realmente, as notas promissórias em questão constituíram a moeda do contrato de compra e venda do estabelecimento referido, bem como dúvida não há sôbre ter o vendedor assegurado que o negócio era feito "livre e

desembaraçado", ficando sob sua responsabilidade quaisquer dívidas que "aparecessem" e fôssem anteriores àquele (fôlhas 28, cláusulas 3ª e 6ª).

Ora, nesta conformidade, do ponto de vista da tese, os títulos indicados, de vencimentos periódicos, se corporificaram nas obrigações gerais dos contratantes, entrosando-se no negócio a que ficaram, então, vinculados.

Assim, pois, tendo aparecido e não sendo saldado pelo vendedor vultoso débito, atinente ao estabelecimento, anterior à celebração do contrato, irrecusável ao devedor o direito de retenção dos pagamentos vinculados, que, como ressalva de mora, poderia judicialmente recolher a depósito para exigir a contraprestação ou ilidir a exigibilidade da prestação.

Todavia, vê-se dos autos que ao credor os próprios devedores vieram a tornar impossível a execução da obrigação contratual em causa, porque, sendo sua cobrança pessoal, - pois se trata de obrigação consistente na garantia de venda "livre e desembaraçada", - *revenderam* êles o estabelecimento, não podendo, pois, o credor manter-lhes o domínio sôbre o mesmo, daí resultando a desvinculação dos títulos em questão.

Desta sorte, pois, tornada impossível pelo devedor a execução da contraprestação imposta ao credor, não pode aquêle invocá-la como inadimplemento para ilidir a cobrança dos títulos a que se subordinava, por isso que, em tal caso, se opera a desvinculação dos mesmos à obrigação contratual.

Com isso, porém, as portas do Pretório se não fecham aos compradores, na hipótese os apelantes, que terão as ações de seu direito para impor ao vendedor o pagamento das obrigações anteriores ao contrato, no caso de se verem chamados por elas ou nelas comprometidos.

Distrito Federal, 21 de outubro de 1952. - *Homero Pinho,* presidente e relator; *Artur Marinho*; *Omar Dutra*.

*

TRANSPORTE DE MERCADORIA - FRETE E ARMAZENAGEM

- Havendo frete a pagar, não pode o armazém, sem instrução do interessado, entregar a mercadoria independentemente do pagamento do frete.

Lamport & Holt Line Limited *versus* Mário Giudicelli Filho

Ap. nº 15.949 - Relator: DESEMBARG. VIEIRA BRAGA

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de apelação cível nº 15.949, apelante Lamport & Holt Line Limited, alado Mário Giudicelli Filho:

Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, contra o voto do Des. MEM REIS, que lhe dava provimento para reformar a sentença, e, em conseqüência, julgar improcedente a ação.

O apelado embarcou um automóvel usado, em nome da apelante, de Nova Iorque para aqui, com frete a pagar em cruzeiros, ao câmbio do dia, mas, recusando-se ela, a receber o frete depois na moeda do ajuste, em obediência, segando alegam, à proibição contida em circular do Banco do Brasil, o apelado consignou o frete e logrou vistoria na ação em que a apelante impugnou a oferta (fls. 8), conformando-se, porém, com a sentença, que transitou em julgado.

Ingressou depois dias o apelado com nova ação, reclamando reparação dos prejuízos que sofrera com a demora na retirada do automóvel - despesas de armazenagem, estragos no carro e honorários de advogado e custas. A sentença apelada julgou procedente, em parte, a ação, negando indenização pelos estragos no automóvel e taxa de capatazia paga pela apeada. Daí a apelação da ré, que continua a sustentar a inteira improcedência da ação.

A apelante se negou a receber o frete em cruzeiros. Consignada, judicialmente, a respectiva importância, contestou o pedido. Foi vencida e conformou-se.

Fora de dúvida, portanto, que, se a mercadoria não foi retirada, por falta de pagamento de frete, e se da estada da mercadoria no armazém do porto, prolongada por essa razão, resultaram despesas de armazenagem, caberá à apelante pagar o prejuízo que sofreu o apelado, desde que seja responsável por essa demora.

Sustenta a apelante que não. Não opôs embargos à entrega da mercadoria. Não usou o direito de retenção, nem deu autorização para isso. Mas, nesse ponto, é que está o equívoco da apelante. A lei expressamente autoriza a retenção da mercadoria, em garantia do pagamento do frete, se o despacho foi com a cláusula a pagar. O armam não poderia, assim, entregara mercadoria, sem o pagamento do frete. O depositário zela pela guarda e conservação da coisa, como se fôsse sua. Não pode deixar de exercer uma garantia que a lei faculta, salvo se tiver instrução em contrário. Para que não se usasse, no caso, do direito de retenção, seria necessário, para descarga da responsabilidade do depositário, que houvesse autorização da apelante para dispensar a garantia, uma vez que estava obrigada a conservar a coisa depositada, com o cuidado e diligência que costuma empregar a prudência do bom varão quanto ao que lhe pertence. Não é preciso insistir sôbre a amplitude da significação do têrmo "conservação", que é a da lei (art. 1.266 do Cód. Civil).

E não se diga que não há responsabilidade da apelante, porque o automóvel seria, entregue, se ela houvesse feto perante a autoridade aduaneira prova de depósito. Primeiro, porque, ante a recusa da apelante, tendo êle consignado o frete e sido contestada a consignação, tudo levava a crer que a mercadoria não podia ser retirada. Segundo, porque não há prova de que, no caso do apelado, aconteceria a mesma coisa, pois a apelante não se limitou a deixar de comparecer para o recebimento do que lhe fôra oferecido em juízo, mas contestou a ação e litigou, ativamente, até sentença final. E por último, porque, ante a recusa da entrega do carro, não estava obrigado o apelado a fazer uma reclamação administrativa, a fim de positivar a mora da apelante, solenemente manifestada no pleito judicial. Confirma-se, assim, a decisão recorrida.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 13 de maio de 1952. - *Antônio Vieira Braga*, presidente e relator; *Ari Franco*; *Mem de Vasconcelos Reis*, vencido, por isso que dou

provimento à apelação para, reformando, em parte, a sentença apelada, julgar improcedente a ação.

Dos elementos dos autos e das alegações da inicial resulta que foi a presente ação proposta pelo apelado para os fins de haver da apelante a importância de Cr$ 13.907,00, despendida, com a armazenagem e consertos de um automóvel por aquêle trazido dos Estados Unidos, por isso que, devendo ser o frete, aqui, pago em mil fiéis, exigia-lhe o fôsse em dólares.

Não atendeu a sentença apelada à principal defesa da apelante, ou seja, que a demora do desembaraço dêsse veículo e a sua conseqüente entrega proviesse dêsse fato, ou melhor, por não permitira lei aquêle desembaraço, sem o pagamento do frete devido.

Entendo não assistir razão ao Dr. juiz *a quo* ao sustentar poder a apelante obstar êsse desembaraço nas repartições da Alfândega.

Dois são os dispositivos do Cód. Comercial reguladores do assunto: os artigos 527 e 619, os quais não permitem a retenção da mercadoria pelo transportador, por motivo de não-pagamento de frete, por isso que o primeiro se limita a declarar que o capitão não poderá reter a bordo os efeitos da carga a título de segurança do frete, tendo sòmente o direito de exigir dos donos, ou consignatários, no ato da entrega da carga, que depositem ou afiancem a importância do frete, avarias grossas e despesas a seu cargo, e, na falta de pronto pagamento, depósito ou fiança, poderá requerer embargo pelos fretes, avarias e despesas sôbre ás mercadorias da carga, enquanto estas se acharem em poder dos donos ou consignatários, ou estejam fora das estações públicas ou dentro dela, e o segundo, ao dispor que o capitão ou fretador não poderá reter fazendas no navio a pretexto de falta de pagamento de frete, avaria grossa, ou despesas, podendo, porém, procedendo competente protesto, requerer o depósito de fazendas equivalentes, pedindo a venda delas, ficando-lhe o direito salvo, pelo resto, contra o carregador, no caso de insuficiência do depósito.

O dec. nº 19.473, de 1930, com as modificações feitas pelo dec. nº 19.754, de 1931, não modificou aquêles dispositivos do Cód Comercial, como se vê da parte segunda de seu art. 7°, estabelecendo que a falta do frete e despesas autoriza a retenção da mercadoria.

Ao apelado incumbia, uma vez que pretendia a apelante lhe fôsse entregue o auto pagando o frete da forma que entendia, ser em mil réis e não em dólares, prestar fiança ou consignar e, em conseqüência, desembaraçar a mercadoria; não o fêz, entretanto, porque, embora intentando ação de consignação, aguardou o resultado da mesma.

É certo que houve pagamento de armazenagem, mas por culpa do apelado, e, nessas condições, não pode êsse prejuízo ser atribuído à apelante.

*

AÇÃO EXECUTIVA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

- Não se confunde a prescrição intercorrente da ação executiva com a prescrição da execução das sentenças em geral.

Casa Bancária de Crédito Municipal Ltda. *versus* Humberto Peixoto Duarte

Ap. nº 18.909 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 18.909, em a qual é apelante Casa Bancária de Crédito Municipal Ltda., sendo apelado Humberto Peixoto Duarte:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, considerada como matéria substancial ao *mérito* do recurso a *preliminar* suscitada pelo apelado neste, em negar-lhe provimento e confirmar a decisão recorrida, - pagas as custas na forma da lei.

Trata-se, na espécie, da cobrança executiva de uma nota promissória, movida pela Casa Bancária de Crédito Municipal Ltda. coatora o ora apelado e a respeito da qual declarou, decretando-a, a sentença recorrida, a argüida prescrição intercorrente, por isso que, a partir de 1° de outubro de 1945 (fls.

17), esteve o processo paralisado até 9 de novembro de 1951 (fls. 19), ou seja, por mais de cinco anos.

Com efeito, a prescrição, no caso, é da ação, subordinada à regra do art. 52 do dec. nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, e que, interrompida com sua propositura e a conseqüente citação inicial, recomeçou a correr da data do ü timo ato, que, como se vê de fls. 17, é de 1° de outubro de 1945, e daí até 9 de novembro de 1951 (fls. 17) estêve o processo paralisado, operando-se, então, a aludida prescrição intercorrente.

Tal prescrição não é de ser confundida com a que se relaciona com a execução das sentenças em geral, pois diz respeito com a da ação executiva.

Assim, portanto, nada há que modificar na decisão recorrida, por isso que julgou com boa aplicação da norma jurídica.

Distrito Federal, 1º de agôsto de 1952. - *Homero Brasiliense Soares de Pinho,* presidente e relator; *Artur Marinho; Omar Dutra.*

*

FALÊNCIA - RESTITUIÇÃO

- Restituição do valor de mercadorias adquiridas pelo falido nos 15 dias anteriores ao pedido de concordata ou da decretação de falência.

- Reputa-se procedente o pedido de restituição de mercadorias, quando vendidas pelo falido, anteriormente arrecadação.

A. F. Lopes & Cia. Ltda. *versus* Síndico da falência da Casa Festas Tecidos, Confecções, S.A."

Ag. nº 3.000 - Relator: DESEMBARG. SADI DE GUSMÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.000, agravante A. F. Lopes & Cia. Ltda.; agravado Banco do Brasil, síndico da falência da Casa, Festas "Tecidos, Confecções, S.A.":

Trata-se de pedido de restituição de mercadorias (ou seu valor) vendidas à falida a 10 dias da data do requerimento de concordata, mercadorias essas não encontradas no acervo arrecadado, por terem sido vendidas pela falida.

O Dr. juiz atendeu, afinal, ao pedido, a despeito da impugnação do síndico, motivando agravo por êste interposto.

Tal decisão, no entanto, ante o agravo, o Dr. juiz veio a reformar, ensejando a subida dos autos a esta Câmara, a requerimento do interessado.

A argumentação do síndico da falência, requerida, entretanto, não convence no que entende com a inteligência das disposições dos arts. 77 e 78 da Lei de Falências.

Cita o mesmo, em sua impugnação, comentário de VALVERDE, mas em passagem referente ao cumprimento, ou não, pela massa, dos contratos bilaterais, na espécie, contratos com pacto comissório.

Na hipótese, entretanto, trata-se de aplicação de norma expressa da Lei de Falências, a qual autoriza a reivindicação de coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa (art. 76, § 2º).

Se alienadas pelo massa, cessa o direito de restituição.

Na espécie, a venda foi feita pelo falido e não pela massa, pesando contra êle a presunção de dolo, com enriquecimento injusto.

E por isso mesmo a lei, em seu artigo 78, § 2º, determina a restituição do respectivo preço, ou valor estimado, sem qualquer restrição ou distinção: A restituição do valor, di-lo VALVERDE, é feita pela fórmula do art. 77, muito embora assuma a natureza de um crédito contra a massa ("Comentários à Lei de Falências", ed. "REVISTA FORENSE", vol. I, pág. 498).

Ante o exposto:

Acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, para o efeito de restabelecer a sentença de fls. 31, vencido o desembargador-presidente.

Custas pelo agravado.

Distrito Federal, 9 de junho de 1952. - *A. Sabóia Lima*, presidente; *Sadi Cardoso de Gusmão*, relator; *Oscar Tenório.*

A. Sabóia Lima, vencido: a mercadoria, cuja restituição se pede, não foi arrecadada. Em face do que dispõe o artigo 72, § 2º, da Lei de Falências, não podia ser deferida a restituição de mercadoria que não mais existia.

*

"WARRANT" - CONHECIMENTO - ENDÔSSO

- O endôsso simultâneo de "warrant" e do conhecimento do depósito transfere em regra, a propriedade da mercadoria; no caso em que funciona como mandato implícito, tal se dá nos contratos de abertura de crédito sob caução dêsse título, opera-se uma exceção, não se verificando a aquisição da mercadoria "warrantada" pelo credor.

H. Sales & Cia. Ltda. *versus* Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais

Ag. nº 2.813 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de petição número 2.813, em que é agravante H. Sales & Cia. Ltda., sendo agravado o Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais: 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 decisão recorrida, pagas as custas na forma da lei.

Como credor na falência de H. Sales & Cia. Ltda., habilitou-se o Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais por dois créditos: um de Cr$ 631.851,30, saldo de uma conta correspondente a um contrato de abertura de crédito, garantido por *warrant* de café depositado nos Armazéns Gerais Guanabara; o outro, de Cr$ 891.000,00, por desconto de uma nota promissória vencida em 29 de março de 1950, como quirografário.

De referência ao primeiro, porque tivesse havido incêndio, com destruição total da mercadoria aludida, a seguradora, como indenização, depositou a importância de Cr$ 528.600,40, sôbre a qual, nos têrmos do art. 16 do dec. nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, pediu o credor fôsse classificado como privilegiado, tanto mais quando dito crédito era ainda garantido por hipoteca de um conjunto industrial e terrenos da falida, em Londrina, no Estado do Paraná.

A êsse crédito o síndico e a falida opuseram impugnação, sob o fundamento de que, tendo havido transferência do *warrant* ao Banco, juntamente com o conhecimento de depósito, se operara a transferência da mercadoria, passando aquêle à condição de seu adquirente, e não credor, sofrendo, pois, as conseqüências dessa situação jurídica.

Por apenso, estão os autos da ação executiva que o Banco estava promovendo contra a devedora e da qual constam, em original, seus títulos de crédito e, também, o exame contábil de sua escrituração mercantil, na parte relativa ao negócio com a falida.

A decisão de fls. 43-46 apreciou as alegações das partes, e, desprezando as impugnações, deu o credor por habilitado com o privilégio da garantia hipotecária, mandando ratear entre todos os credores por *warrants* a soma depositada pela seguradora, e classificando o Banco como quirografário, quanto ao crédito por promissória.

Dessa decisão interpôs a falida o presente recurso de agravo, dizendo fazê-lo "na parte que mandou incluir o crédito como privilegiado" (fls. 49), mas concluindo por pedir a exclusão do mesmo, de referência à parcela de Cr$

1.851,30, sob a insistência de ter havido, com a transferência dos *warrants* e do conhecimento de depósito, a aquisição da mercadoria por parte do credor (fls. 49 v.).

Como se vê, o recurso se restringe apenas ao crédito de Cr$ 631.815,30, a respeito do qual pretende a agravante não seja classificado como privilegiado, mas isto se não fôr excluído a pretexto de se haver operado, com a transferência já referida, a aquisição da mercadoria *warrantada* pelo credor.

Ora, êsse crédito corresponde a um contrato de abertura do crédito, ao qual foi dada a garantia dos *warrants* e o refôrço da hipoteca e um conjunto industrial e de terrenos da falida em Londrina, Estado do Paraná. De referência à garantia hipotecária, nenhuma impugnação foi oposta, tendo sido instituída em instrumento hábil, perfeitamente formalizado, sem vícios internos e externos, devidamente inscrita, e que só podaria ser atacada por meio de ação autônoma e regular.

Quanto à garantia penhoratícia, é certo que o endôsso simultâneo de *warrant* e de conhecimento de depósito transfere a propriedade da mercadoria. Cumpre, todavia, observar que, no caso dos autos, na transferência dos elementos em questão, se operou um mandato implícito, por se tratar de título em caução ou garantia de um contrato de abertura de crédito, não tendo havido, portanto, a aquisição da mercadoria *warrantada* pelo credor. Isso vale dizer que, se a mercadoria aludida, - de valor muito superior ao crédito, - não tivesse sido consumida pior incêndio e tivesse o credor conseguido sua integral liquidação, estaria obrigado a passar ao creditado a diferença a mais do seu pagamento. Tendo, porém, perecido a mercadoria, pela mesma razão não perde êle a qualidade de credor. Aí, neste caso, o perecimento da coisa dada em garantia da dívida opera arenas o vencimento desta (Cód. Civil, art. 762, IV), de modo que o ora agravado, Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais, continuou credor da falida pela soma do crédito em referência e com a garantia que lhe foi reconhecida.

Distrito Federal, 9 de maio de 1952. - *Homero Pinho*, presidente e relator; *Antônio Faustino Nascimento*; *Roberto Medeiros*.

*

TRANSPORTE DE PASSAGEIRO - RESPONSABILIDADE CIVIL DE TRANSPORTADOR - DIREITO REGRESSIVO

- Ressalvado o direito regressivo contra terceiro, principal causador do evento, é responsável a emprêsa de transportes pelo dano sofrido por passageiro seu, decorrente da culpa presumida que lhe atribui a lei.

Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda. *versus* Juraci Pereira dos Santos e outra

Ap. nº 15.775 - Relator: DESEMBARG. HENRIQUE FIALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 15.775, em que é apelante a Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro Ltda., sendo apelados 1°) Juraci Pereira dos Santos; 2º) Viação Oriental Limitada:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, dar provimento em parte ao recurso, para excluir da indenização os lucros cessastes, reduzir os honorários de advogado a 10% e mandar que os aparelhos sejam adquiridos pelos juros das apólices e bem assim conservados.

Controvertida é, na jurisprudência dêste Tribunal, a tese brilhantemente sustentada pela apelante, no sentido de ser considerado como motivo de fôrça maior, excludente de responsabilidade da emprêsa transportadora pelos danos sofridos por passageiro, quando o acidente de que resultou o dano proveio ou foi determinado por fato de terceiro, culpa exclusiva dêste.

No caso dêstes autos, entretanto, não há lugar para aplicação dessa tese, desde que não ficou plenamente provada, como seria mister, a culpa exclusiva do terceiro.

Com efeito, embora pareça fora de dúvida, ante a prova produzida, que o evento não teria ocorrido se não fôsse a inescusável imprudência, e

possìvelmente também imperícia do motorista do ônibus, deixa essa mesma prova a convicção de que teria sido possìvelmente evitado o acidente se o condutor, motorneiro do bonde, tivesse usado de maior cautela, no momento em que entrou com o seu veículo na movimentada rua de São Januário, vindo da rua Teixeira Júnior.

Por outro lado, atribuir, como quer a ré ora apelante, culpa exclusiva não só ao motorista do ônibus, mas também à emprêsa proprietária dêsse veículo, pelo ato de seu preposto, levaria a discussão da causa, e sua solução, demasiado longe a possibilidade de isenção de responsabilidade da emprêsa transportadora pelo dano sofrido por passageiro seu, decorrente da culpa presumida que lhe atribui a lei.

Assim, ressalvado forçosamente o direito regressivo contra o principal causador do evento, inevitável é o julgamento da procedência da ação do passageiro contra a transportadora.

Quanto à condenação, tem em parte razão a apelante. Não se justifica, com efeito, a condenação a lucros cessantes relativos aos salários do autor, desde que, segundo êle próprio informou em seu depoimento a fls. 102, continuou êle a recebê-los integralmente, sem qualquer interrupção. Também no que se refere aos aparelhos ortopédicos, deve a verba destinada a sua aquisição e conservação provir de juros de apólices da dívida pública, tantas quanto bastem como fôr calculado, as quais serão reversíveis à apelante, nos têrmos dos arts. 911 e 912 do Cód. de Proc. Civil. Finalmente, em conformidade com o que tem esta Câmara estabelecido em casos análogos, os honorários de advogado do autor serão calculados à razão de 10% sôbre o montante da indenização, inclusive os juros.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 25 de abril de 1952. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Henrique Fialho*, relator; *Vicente de Faria Coelho*.

*

COMPRA E VENDA - DEPÓSITO DO PREÇO

- Desde que o vendedor declare salientemente não poder entregar a mercadoria, desnecessário se torna o depósito do preço para que o comprador execute a ação de rescisão do contrato, por inadimplemento contratual daquele.

Este-Asiático Comércio e Navegação Ltda. *versus* Alcalo Química Brasileira S.A.

Ap. nº 14.233 - Relator: DESEMBARG. ESPÍNOLA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 14.233, em que é 1ª apelante Este-Asiático Comércio e Navegação Ltda. (2ª apelada) e é 2ª apelante Alcalo Química Brasileira S.A. (1ª apelada), remetido, por unanimidade de votos, o agravo no auto do processo para apreciação e decisão no mérito das apelações, os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, contra o voto do relator, que negava provimento à primeira apelação e provia a segunda, acordam, por maioria de votos, em prover o recurso de Este-Asiático Comércio e Navegação Limitada, para condenarem, como condenam, Alcalo Química Brasileira S.A., e para excluírem a condenação ao décuplo das custas, devendo ela pagar as custas e os honorários de advogado da autora, vencedora no feito, na base de 20%.

Entre as duas correntes, que se chocam acêrca de ser, ou não, necessário deposite o comprador o preço, quando aciona o vendedor, para rescisão do contrato, por inadimplemento do último, discussão que, do terreno doutrinário, extravasou para os julgados, a boa orientação de um juiz é perquerir se, no caso em aprêço, havia, ou não, necessidade do oferecimento do preço, como condição para não se eximir o vendedor da entrega da coisa.

Assim empostada a questão, a espécie dos autos demonstra, desenganadamente, que a ré, vendedora, fêz sentir, salientemente, que não entregaria a mercadoria, embora recebido o preço.

De fato, interpelada, como se vê de fls. 7, para, "no prazo de 48 horas", "efetuar a entrega da dita mercadoria, nas condições constantes do pedido aludido, sob pena de, não o fazendo, ficar constituída em mora, para todos os efeitos de direito, e notadamente responder pelas perdas e danos, que do seu inadimplemento resultarem", a ré, notificada em 19 de setembro de 1949, respondeu, em 22: "a falta da entrega dessa mercadoria pela suplicante à suplicada resulta de caso fortuito, em conseqüência de acidente ocorrido em suas instalações frigoríficas, sujeitas a reparações importantes, que estão sendo feitas e que só poderão ser concluídas dentro de 40 a 50 dias, o que impossibilita a realização da entrega a ser feita contra pagamento" (fls. 15).

Se, assim, confessou a vendedora, em declaração clara e solene, não poder entregar a mercadoria, contra pagamento, ressalta a desnecessidade de depositar a compradora o preço, ao acionar aquela, pela inexecução contratual, para haver, com a rescisão do contrato, perdas e danos; já a ré a desobrigara, afirmando, definitivamente, que não entregaria a mercadoria contra o recebimento da quantia estipulada.

E, para que a ré se isentasse da responsabilidade pelo inadimplemento, necessário fôra que, na ação, provasse a fôrça maior alegada - isto é, *o acidente ocorrido nas suas instalações frigoríficas, cuja reparação exigiu 40 a 50 dias.* Nenhuma prova fêz e, proposta a ação, abandonou, completamente, a escusa, pretextando impossibilidade devida à escassez da matéria suma - "quando se esperava uma grande produção de óleo de hortelã-pimenta (*mentha arvensis*), que é a matéria-prima para o fabrico do mentol cristalizado, e se extrai daquela planta, devido à grande sêca e outras condições meteorológicas adversas, falharam completamente as expectativas", e "das 450 toneladas que deviam produzir as regiões em que se a cultiva, a safra do ano corrente (1949) não excedeu da quarta parte esperada" (fls. 25 v.). Ora, em 7 de julho de 1949, como se vê da carta por cópia a fls. 30, já a vendedora estava plenamente a par da deficiência da safra, pedindo dilatação de prazo, que a compradora estendeu por mais um mês (resposta de fls. 29 - datada de 8). Assim, em 19 de setembro, ao ser notificado, não podia ignorar, e não ignorava, a situação, quanto à escassez da produção da matéria-prima, no ano, e não foi êsse o motivo alegado, como impedimento de cumprir o contrato; apegou-se ao não provado acidente nas instalações frigoríficas, exigindo cêrca de dois meses para reparação - do que não deu prova. Não lhe era possível, portanto, proposta a

ação, variar, ante a impossibilidade de convencer da existência do motivo de fôrça maior alegado na resposta, de fôlhas 15, e apegar-se a um fato anterior, já sobejamente do seu conhecimento, pelo menos desde dois meses e meio antes, para erigi-lo em impedimento - fôrça maior, quando não lhe dera a menor consideração, naquela resposta. Muito significativa a respeito é a declaração, que, a fls. 26, faz a ré, de que chegou, em 30 de junho, a reunir os seus compradores, para discussão dos contratos, ante o fracasso da safra. Verificado que não houve falta absoluta da matéria-prima, mas redução a um quarto (proporção não provada, aliás), e sabido que a compradora, na carta de 8 de julho, se prontificou a arranjar a matéria-prima, a conclusão a que se chega é que a inexecução do contrato, pela vendedora, resultou da diminuição do lucro, em função do aumento do preço da matéria-prima, devido à deficiência da safra.

Que o inadimplemento do contrato, a falta de entrega da mercadoria, se traduz em prejuízo da compradora, é ponto líquido, pois não pôde ela executar a comissão, que lhe dera The East Asiatic Company, de Bombaim, sujeita, pois, a ter que indenizar a comitente dos prejuízos por esta sofridos, além de perder a comissão, que o negócio lhe garantiria.

Não tendo, na ação, se apurado o valor exato dêsses prejuízos - transfere-se à execução a respectiva liquidação.

Como parte inadimplente, a ré deve pagar os honorários do advogado da autora, segundo orientação jurisprudencial, no sentido de aditar-se tal ônus, sempre que um dos contratantes viola o contrato e dá causa à sua rescisão. A base de 20%, fixada na sentença, é a normal.

Não se justifica, porém, a conclusão do Dr. juiz *a quo*, condenando a ré ao décuplo das custas, por dolo processual, visto ter concorrido para o retardamento do feito; a própria recusa da precatória, se tem plena justificativa, por muito tardiamente requerido, não justifica o rigor da sentença apelada, embora não merecesse amparo o agravo no auto do processo, destinado a assegurar uma prova, que, além do mais, se apresentava inútil, porque a escassez da safra não fôra, na resposta à interpelação, referida como causa da inexecução da obrigação.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 28 de dezembro de 1952. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Eduardo Espínola Filho*, relator designado; *Hugo Auler*, vencido.

Não resta a menor dúvida que, em se tratando de compra-e-venda mercantil, o que se tem em vista é um contrato bilateral no qual surge o problema de saber qual dos dois contratantes deverá realizar em primeiro lugar a sua prestação, para que possa exigir que o outro contratante cumpra a sua obrigação, eis que a exigibilidade da tradição pelo comprador pode, em regra, estar subordinada ao pagamento do preço que deverá efetuar ao vendedor, em face da regra *non adimplenti contractus*, contida no art. 1.092 do Cód. Civil. Ora, o art. 1.130 do Cód. Civil, que tem aplicação subsidiária aos contratos mercantis por fôrça do disposto no art. 121 do Cód. Comercial, afirma que, não sendo a venda a crédito, o vendedor não está obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço, ao qual é assim outorgado como que um direito de retenção sôbre os efeitos vendidos (cf. CLÓVIS ("Código Civil", Rio, 1938, 5ª ed., vol. IV, pág. 307) e FUZIER-HERMANN-JOSSERAND ("Code Civil Annoté", Paris, Recueil Sirey, 1940, tomo V, n° 176, pág, 130). Aliás, é por demais antiga a regra de que o vendedor tem o direito de retenção sôbre a coisa vendida até o pagamento do preço pelo comprador, pois assim já o entendia o direito romano: *"venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendit"* ("Digesto", 18, 1, fr. 19; 1, fr. 13, § 8). E foi por esta razão que o nosso legislador já determinara que tôda vez em que o vendedor deixar de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador tem opção, ou de rescindir o contrato, ou de demandar o seu cumprimento com os danos da mora, no art. 202 do Cód. Comercial, desde, porém, que preceda interpelação judicial com o depósito do preço, como se infere do art. 205 do Cód. Comercial. E neste sentido é a lição unânime dos comercialistas, pois VIVANTE afirma peremptòriamente que *"l'offerta è una condizione necessaria per la risoluzione di diritto anche per quel contraente che deve eseguire il contratto, cioè fare la consegna della merce o il pagamento del prezzo"* ("Trattato di Diritto Commerciale", Milão, Vallardi, 5ª ed., 1935, vol. IV, número 1.697, pág. 179). Outra não é a opinião de UMBERTO PIPIA, para quem a resolução do contrato de compra-e-venda por culpa do vendedor ou do comprador sòmente poderá ser autorizada mediante o prévio depósito da coisa ou do preço, respectivamente, justificando esta conclusão com muita propriedade através da advertência de que *"il*

venditore che pretende il pagamento del prezzo deve dimostrarsi o dichiararsi pronto a consegnare la cosa, per evitare che il compratore gli opponga l'exceptio venditae sed non traditae; *a sua volta il compratore che pretende la consegna, ad evitare la* exceptio pretii nondum soluti, *deve di chiararsi pronto a pagare il prezzo"* ("La Compra-Vendita Commerciale", Turim, Utet, 1902, nº 786, pág. 714). Por sua vez, CUNHA GONÇALVES esposa a tese da necessidade da oferta do pagamento pelo comprador para que possa obter a rescisão do contrato de compra-e-venda com o reconhecimento da culpa do vendedor e, portanto, o do direito às perdas e danos a seu favor, afirmando que, "na situação criada pelo vendedor, o comprador, fazendo tal oferta, *cumpre a sua obrigação*, pela forma exigível e suficiente para a demonstração de sua intenção" ("Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro", São Paulo, 1950, nº 120, pág. 414).

Nessa conformidade, é estreme de tôda e qualquer dúvida que, em face do que dispõe o art. 1.130 do Cód. Civil, o cumprimento da obrigação do vendedor de fazer entrega da coisa vendida está subordinado ao implemento da obrigação do comprador de pagar o preço e, nessas condições, tendo-se em vista o art. 1.092 do mesmo diploma legal, logo se está a ver que fica dependendo do pagamento do preço a exigibilidade da tradição: enquanto não fizer a sua prestação, o comprador não poderá exigir a prestação do vendedor. Esta circunstância foi que levou BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE à conclusão de que, na hipótese de o comprador não efetuar o pagamento, o vendedor possui, com efeito, tanto a execução *non adimplenti contractus* como o direito de retenção ("Cours de Droit Civil Français", Paris, Rousseau & Cia., 1938, tomo XI, nº 176, pág. 130). E no mesmo sentido foi a conclusão a que chegou RAMELLA, segundo o qual é princípio universalmente consagrado que não pode um contratante exigir o implemento da obrigação do outro contratante se, primeira ou contemporâneamente, não fêz: a oferta real de sua prestação, segundo o velho aforismo *qui agit prius adimplere debet*. Dêste modo - prossegue o insigne comercialista italiano - se o réu alegarem sua defesa que o autor é inadimplente, invocando a seu favor a regra *inadimplenti non est inadimplendum*, não mais se poderá acolher a ação de rescisão do contrato ("La Vendita nel Moderno Diritto", Milão, Sociétà Editrice Libraria, 1920, vol. 1°, nº 150, pág. 308).

Ora, na espécie *sub judice*, a primeira apelante, quando interpelou judicialmente a segunda apelante para constituí-la em mora pelo inadimplemento de sua obrigação de entregar os efeitos vendidos, nos têrmos do art. 205 do Cód. Comercial, não efetuou o depósito judicial do preço ajustado, deixando assim de cumprir a sua obrigação, que deveria ser cumprida em primeiro lugar, nos têrmos dos artigos 1.130 e 1.092 do Cód. Civil, com o que se tornou vulnerável à defesa fundada na regra *non inadimplenti contractus*.

E que domina a matéria o princípio, de que nenhum dos contratantes poderá obrigar o outro contraente a cumprir a sua obrigação, - devendo primeiramente fazer a sua prestação aquêle que pretende o cumprimento do contrato ou a sua rescisão com o reconhecimento das perdas e danos a seu favor. E na hipótese há ainda a ponderar que a primeira apelante, ao promover a interpelação judicial da segunda apelante, teve a intenção de exigir o cumprimento do contrato no prazo de 48 horas, semente admitindo o exercício do seu direito à rescisão com perdas e danos na eventualidade de não ver atendida a sua pretensão (doc., de fls. 7).

Em conseqüência, não havendo a primeira apelante cumprido a sua obrigação de pagar o preço ajustado, fazendo a oferta real de seu valor, a invocação do princípio *inadimplenti non est inadimplendum* feita pela segunda apelante em sua contestação (doc. de fls. 23 v.-24) está a autorizar a desacolhida do pedido de rescisão com perdas e danos pleiteado, com apoio no art. 202 do Cód. Comercial.

Mas que assim não se entenda e se há de ver, outrossim., que outro fundamento está a arrimar idêntica conclusão, pois tudo está a indicar nos autos da presente ação que o retardamento parcial de que se ressentiu o cumprimento da obrigação assumida pela segunda apelante, de entregar dentro de certo prazo a mercadoria vendida à primeira apelante, foi realmente devido a um caso de fôrça maior. Com efeito, a primeira apelante não poderia ignorar que a obrigação da segunda apelante de entregar-lhe 1.800 libras de cristais de mentol USP nos meses de junho e julho de 1949 estava a depender de fabricação, a qual, por sua vez, dependia da execução de um contrato de compra-e-venda de coisa futura, representada por uma safra de 450 toneladas de *mentha arvensis*, da qual é extraído o óleo de hortelã-pimenta, que constitui a matéria-prima com

que são fabricados, os cristais de mentol, através da qual a adquirente assumira os riscos da ocorrência de um *minus* em sua quantidade ou qualidade sem que tivesse o direito de argüi-lo contra o fornecedor, como observa LINO SALIS ("La Compra Vendita di Cosa Futura", Cedam, Pádua, 1935, n° 39, págs. 78-79). E justamente a segunda apelante alega que, devido às condições meteorológicas, fôra na época por demais reduzida a safra de hortelã-pimenta, o que constituiu um fenômeno natural a impedi-la de cumprir a sua obrigação, pois que fôra apenas de quarta parte a produção. Dir-se-á que não está provada a ocorrência daquele evento de ordem natural impeditiva do implemento de sua obrigação. Não é verdade. A segunda apelante alegou em sua contestação que o fato da safra de *mentha arvensis* não haver atingido aquêle índice esperado de produção obrigou-a a reunir todos os seus contratantes na sala de assembléias da firma Zapparelli Serena S.A. em 30 de julho de 1949, cientificando-as da ocorrência dêsse caso fortuito e prontificando-se a pagar-lhe 20% dos prejuízos alegados e 30% dos que fôssem comprovados e com o que não concordou a primeira apelante, ao contrário do que fizeram os demais (doc. de fls. 26). Não foi impugnada esta alegação e a sua prova sòmente não foi produzida por haver o Dr. juiz *a quo* indeferido o pedido de expedição de carta precatória para que fôssem ouvidas as suas testemunhas constantes do rol (despacho de fls. 146), o que deu causa ao agravo interposto a fls. 149, com fundamento no art. 851, II, do Cód. de Proc. Civil (têrmo de fls. 167), o qual seria de prover-se no caso de outro modo ser julgada esta ação.

É que a prova desta alegação foi feita pela própria primeira apelante que, através da carta feita e assinada em 8 de julho de 1949, reconheceu que a segunda, apelante havia paralisado a fabricação do produto por falta de matéria-prima e lhe oferecia seis toneladas de óleo bruto de hortelã-pimenta, contendo o mínimo de 72% de mentol livre e combinado, ao preço de Cr$ 303,00 o quilo pôsto a domicílio São Paulo (doc. de fls. 11), o que, aliás, não poderia ter sido aceito em face do preço ajustado, que fôra de Cr$ 360,00 o quilo de cristais de mentol. A excessiva onerosidade da matéria-prima oferecida pela primeira apelante não só estava revelar a crise fortuita do produto, como a impedir que a segunda apelante aceitasse naquela base o seu fornecimento, para entregar pelo mesmo preço a encomenda. Evidente é, pois, a *laesio superveniens* que ocorreu entre a formação do contrato e a sua execução, determinada pela redução de três quartos da safra esperada, devida única e exclusivamente a condições meteorológicas que ultrapassaram a álea normal de previsão, o que, em síntese,

constitui um fenômeno natural que informa o caso fortuito, segundo a definição do insigne LACERDA DE ALMEIDA: "Em direito, o acaso manifesta-se sob a forma de fôrça maior ou caso fortuito: compreende a ação de causas que estão fora do alcance da vontade humana, isto é, tudo o que se não prever, ou que, previsto, se não pode evitar ("Obrigações", Pôrto Alegre, ed. César Reinhardt, 1897, § 36, págs. 169-170). E o sentimento de justiça a que está vinculada a idéia de eqüidade, de que se não pode afastar a equivalência das prestações, que é uma noção econômica de equilíbrio de direitos, está a autorizar, em tal hipótese, a rescisão do contrato, sem reconhecimento de culpa por parte do devedor, desde que não foi pedida a sua revisão judicial. Domina a matéria a conclusão a que chegou, com muita propriedade, JACQUES MAURY, em sua clássica tese de doutorado: *"Le contrat synallagmatique implique par se nature un équilibre de droit et de fait entre les deux obligations essentielles. La théorie de la cause assume l'équilibre de droit sur le terrain de l'exécution"* ("Essai sur le Role de la Notion d'Equivalence en Droit Civil", Paris, ed. Jouve & Cia., 1920, tomo I, livro II, cap. 1°, § 2º, II, pág. 278). Na espécie dêstes autos, o evento que determinou a impossibilidade absoluta da prestação a que se obrigara a segunda apelante, pois a sua indústria chegou a sofrer uma paralisação total, e, posteriormente, a sua excessiva onerosidade, determinada por um caso de fôrça maior, haja vista para um cotejo entre o preço pelo qual lhe foi oferecido o quilo de óleo bruto de *mentha arvensis* com 72% do aproveitamento pela primeira apelante e o preço ajustado para o fornecimento na base do quilo de mento (Cr$ 303,00 Y 60,60 = 363,60), estão a impor a justiça da rescisão pura e simples do contrato. É bem verdade que BRACCIANTI afirma com razão que "*l'avvenimento che determina l'eccessiva onerosità deve verificarsi dero la stipulazione del contratto e prima che la prestazione debba essere eseguita"* ("Degli Effetti della Ecessiva Onerosità Sopravveniente nei Contratti", Milão, ed. A Giuffré, 1947, nº 24, pág. 89; cf. ANGELO DE MARTINI ("L'Ecessiva Onerosità nell'Esecuzione dei Contratti", Milão, ed. A. Giuffré, 1950, pág. 77). Mas não é menos verdade que, na espécie, o contrato foi celebrado em 2 de abril de 1949 e sòmente no mês de junho foi que se verificou a redução da entrega da matéria-prima resultante da escassez de produção.

Finalmente, se não bastassem tôdas essas circunstâncias para que se desacolhesse o pedido formulado na presente ação, estaria a autorizá-lo, outrossim, o fato de a primeira apelante não ter sofrido qualquer prejuízo pela

inexecução do contrato. Na qualidade de agente de The East Asiatic Company, com sede em Bombaim, na índia (doc. de fls. 129), foi que a primeira apelante, ocultando a existência dêste contrato de comissão mercantil e, portanto, agindo em seu próprio nome, celebrou com a segunda apelante o contrato de compra e venda de que trata a presente ação. Ora, o art. 165 e seguintes do Cód. Comercial define a comissão mercantil como sendo um contrato de mandato relativo a negócios mercantis, quando pelo menos o comissário é comerciante, sem que nesta gestão seja necessário declarar ou mencionar o nome do comitente, completando, porém, esta noção quando no art. 116 diz que o comissário, contratando em seu próprio nome ou no nome de sua firma ou razão social, fica diretamente obrigado às pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem êste contra elas, salvo se o comissário fizer cessão a uma das partes de seus direitos. A conjugação dos arts. 116 e 165 do Código Comercial está a mostrar que na comissão mercantil tanto o comissário pode agir em nome do comitente como em seu próprio nome. Na comissão mercantil, em que o comissário revela o nome do comitente, surge a figura da representação perfeita, devendo ter aplicação as regras concernentes ao mandato comercial, como se infere do art. 190 do citado diploma legal. Na comissão *proprio nomine*, a quase unanimidade da doutrina afirma que inexiste representação, pois o comissário é credor e devedor perante o terceiro com quem em seu próprio nome contrata, tanto assim que para êste último é *res inter alios acta* o contrato de comissão, a situação sendo definitivamente idêntica àquela que resultava do mandato romano em suas linhas primitivas. Neste sentido é a opinião de LYON-CAEN & RENAULT ("Traité de Droit Commercial", Paris, ed. Droit & Jurisprudence, 5ª ed., 1923, tomo III, ns. 479-480, págs. 474-475); de JEAN ESCARRA ("Manuel de Droit Commercial", Paris, Recueil Sirey, 1948, tomo II, nº 1.062, pág. 641), e de GEORGES RIPERT ("Traité Elémentaire de Droit Commercial", Paris, Droit & Jurisprudence, 1951, 2ª ed., nº 2.351, pág. 902). Dêste modo, quando muito, o comissário *proprio nomine* terá contra aquêle com quem contratou uma ação para haver, por via oblíqua, a indenização que houver pago ao seu comitente pelos prejuízos que a êste último forem causados, e que não resultarem de culpa sua, no exercício da comissão. Em conseqüência, não havendo The East Asiatic Company alegado quaisquer prejuízos pelo fato de lhe ter sido fornecida a mercadoria com diferença do preço e do prazo (doc. de fls. 118 e 129) e, muito menos, responsabilizado a sua comissária por tais modificações supervenientes, é óbvio que nenhum foi o prejuízo da primeira apelante pelo fato de a segunda

apelante haver incorrido no inadimplemento do contrato em face da, regra de que onde não houver dano não poderá haver responsabilidade.

E, finalmente, merece censura a sentença apelada na parte em que condenou a segunda apelante no décuplo das custas e nos honorários do advogado. O processo não se caracterizou por qualquer ato temerário no curso da lide, de modo a provocar incidentes manifestamente infundados, nem muito menos ocorreu qualquer fato que, por sua natureza, induzisse dolo processual a autorizar aquela sanção penal prevista no art. 63 do Cód. de Proc. Civil.

Por êsses fundamentos, dei provimento à segunda apelação para o efeito de decretar a rescisão pura e simples do contrato, negado o direito da primeira apelante de haver as custas em décuplo e os honorários de advogado, não provendo, em conseqüência, a primeira apelação.

*

FALÊNCIA - RESTITUIÇÃO - CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS

- Não estão compreendidas entre as coisas sujeitas a pedido de restituição as contribuições descontadas dos empregados e não entregues oportunamente pelo falido aos Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões. Tais importâncias constituirão créditos com privilégio geral em favor dos ditos Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões.

I. A. P. I. *versus* Banco Fluminense de Produção S.A., síndico da massa falida do Banco Construções & Comércio Ltda:

Ag. nº 2.789 - Relator: DESEMBARG. FAUSTINO NASCIMENTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.789, em que é agravante o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários e agravado o Banco Fluminense de Produção S.A., síndico da massa falida do Banco Construções & Comércio Ltda.:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, para confirmar, como confirmam, a decisão agravada.

Assim decidem, porque as importâncias resultantes das contribuições descontadas dos empregados e não entregues ou recolhidas pelo falido aos Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões, não estão compreendidas entre as coisas sujeitas a pedido de restituição. Tais importâncias constituirão créditos com privilégio geral em favor dos ditos Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões, na forma do disposto no art. 102, § 3º, inciso II, do dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências). Com efeito, os princípios que orientam o atual instituto falimentar da restituição são os mesmos do da reivindicação, e, de acôrdo com êstes mesmos princípios, aquelas contribuições não podem ser caracterizadas como "coisa arrecadada em poder do falido, quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato".

Com efeito, tendo o instituto da restituição a mesma natureza do da reivindicação, sua verificação sòmente poderia ocorrer se a coisa restituenda se apresentasse revestida daqueles pressupostos que sempre caracterizaram a coisa reivindicanda: *a)* existência da coisa em poder do falido; *b)* possibilidade de sua identificação; *c)* direito de propriedade do reivindicante ou reclamante sôbre a coisa. No caco especial da restituição, o direito positivo exige mesmo que a coisa restituenda tenha sido arrecadada em poder do falido. Ora, tratando-se de importância em dinheiro, como se poderiam identificar aquelas supra-mencionadas características?

Por outro lado, é bem de ver que o art. 9º do dec.-lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937, foi revogado implìcitamente pelo dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, em virtude do princípio, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior, entre outras hipóteses, quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Foi o que ocorreu na espécie: a Lei de Falências, muito posterior ao já citado dec.-lei nº 65, referindo-se especialmente às dívidas do falido para com os Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões, sòmente fêz menção às contribuições devidas pelo falido e aos créditos dos empregados, em conformidade com as decisões da Justiça do Trabalho, estatuindo que tais créditos têm privilégio geral, não dando a nenhum dêles o caráter de coisa restituenda. Trate-se, pois, de créditos dos Institutos ou Caixas de

Aposentadoria e Pensões pelas contribuições que o falido dever simplesmente como empregador ou como depositário das contribuições descontadas dos seus em pregados e não recolhidas, *opportuno tempore*, àquelas instituições de previdência social, a classificação dos créditos em apreço há de ser sempre a mesma: privilégio geral. E isto na conformidade do disposto no art. 102, § 3°, inciso II, da Lei de Falências.

Custas pelo agravante.

Distrito Federal, 13 de maio de 1952. - *Homero Pinho*, presidente; *Antônio Faustino Nascimento*, relator; *Artur Marinho*.

Ciente, em 3 de junho de 1952. - *Fernando Maximiliano.*

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - SINCERIDADE DO PEDIDO

- O proprietário que não mora em prédio próprio tem a presunção legal de sinceridade do pedido de retomada para uso próprio. Essa presunção pode ser destruída por prova em contrário.

- Desde que fique amplamente provada a insinceridade do pedido de retomada, a improcedência da ação se impõe.

Santo Felipo **versus** Maria de Lourdes de Oliveira

Ap. nº 11.531 - Relator: DESEMBARGADOR DUQUE ESTRADA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 6 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.765)

*

CONSTRUÇÃO - DEFICIÊNCIA DAS OBRAS - CULPA DO CONSTRUTOR - INDENIZAÇÃO

- Desde que fique apurada a culpa do construtor pela conclusão deficiente das obras e em desacôrdo com o contrato de construção, responde pelos danos causados.

Construtora Bittencourt Ltda. **versus** Durval de Meneses e outros

Ap. nº 11.988 - Relator: DESEMBARGADOR DUQUE ESTRADA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 25 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.766)

*

DESAPROPRIAÇÃO - INDENIZAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- O **quantum** da indenização, nos têrmos do § 16 do art. 141 da Constituição federal de 1946, só em cada caso pode ser fixado e deve representar o valor real da propriedade por ocasião do ato da efetiva desapropriação.

- Para não haver diminuição da justa indenização, são devidos honorários de advogado, que devem ser calculados sôbre a diferença entre a quantia oferecida pela expropriante e a definitivamente fixada por sentença judiciária transitada em julgado.

Lúcio Pinto Ribeiro **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 11.995 - Relator: DESEMBARGADOR DUQUE ESTRADA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 2 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.767)

*

CONCURSO - INSCRIÇÃO - FUNCIONÁRIOS INTERINOS

- Não constitui violação ao preceito constitucional assecuratório da igualdade do cidadão perante a lei, o fato de a lei ordinária circunscrever o concurso para o preenchimento de um cargo ou investidura num cargo, condicionado a ser o candidato já funcionário interino.

Prefeitura do Distrito Federal **versus** Lúcia Alvarenga e outros

Ap. nº 12.113 - Relator: DESEMBARGADOR. SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 11 de novembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.768)

*

CONCURSO - INSCRIÇÃO - FUNCIONÁRIOS INTERINOS

- É inconstitucional a limitação quando se pretende circunscrever o concurso aos ocupantes interinos do cargo a ser provido em caráter definitivo.

Prefeitura do Distrito Federal **versus** Irene da Silva Melo e outros

Ap. nº 13.138 - Relator: DESEMBARGADOR ALOÍSIO MARIÁ TEIXEIRA - Ac. unânime da 8ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 26 de dezembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.769)

*

DIREITOS AUTORAIS - PAGAMENTO

- As disposições legais quanto ao pagamento de direitos autorais, aplicam-se a todas as composições musicais e peças teatrais executadas, representadas ou transmitidas, com intuito de lucro, em reuniões públicas. Isenta-se, assim, do

seu pagamento a sociedade civil com fins culturais, beneficentes e de serviço social, em que tais obras musicais são realizadas em recinto fechado, privativo, sem qualquer lucro, em que o ingresso só é permitido aos seus associados e convidados.

Associação Cristã Feminina do Rio de Janeiro **versus** Sociedade Brasileira de Autores Teatrais e União Brasileira de Compositores

Ap. nº 13.339 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 15 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.770)

*

FALÊNCIA - SÍNDICO - SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS

- O juízo da falência só é competente para as ações reguladas na Lei de Falências. A representação da massa falida pertence ao síndico, cuja qualidade de credor só pode ser apreciada no juízo da falência.

- Na sociedade por cotas de responsabilidade limitada não há responsabilidade solidária entre os cotistas para a integralização da cota de cada um dêles, pois cada sócio só responde pela realização de sua respectiva cota.

- A falta de registro do contrato, com a da alteração posterior, não produz a sua nulidade.

Banco Americano de Crédito S.A., síndico da falência de R. Lima & Cia. Ltda. **versus** Olga Freire Leite e Oiticica

Ap. nº 14.643 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 13 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.771)

*

MINISTÉRIO PÚBLICO - INTIMAÇÃO PESSOAL

- Não sendo o Ministério Público parte no processo, é indispensável a intimação pessoal do seu representante para ciência da data da audiência de instrução e julgamento, não bastando para tanto a publicação no "Diário da Justiça".

Companhia Comércio e Navegação **versus** Hermínia da Cunha Melo

Ap. nº 15.266 - Relator: DESEMBARGADOR HENRIQUE FIALHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 10 de outubro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.772)

*

DÍVIDA - MULHER CASADA

- Dívidas contraídas por mulher casada, separada de fato do marido, para seu sustento e tratamento e de seus filhos, bem como para despesas com entêrro, não se presumem que tenham sido feitas com o intuito de bem fazer.

Gentil Fernandes de Castro e sua mulher **versus** Antônio Martins dos Santos e outro

Ap. nº 15.513 - Relator: DESEMBARGADOR VIEIRA BRAGA - Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 8 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.773)

*

CITAÇÃO - PRECATÓRIA - CONTESTAÇÃO

- O réu que é citado por carta precatória deve diligenciar para oferecer a sua contestação dentro do prazo legal, a partir da juntada da referida carta.

Maximilien André Remy **versus** Adriano da Cruz Pereira

Ap. nº 15.643 - Relator: DESEMBARGADOR EMANUEL SODRÉ - Ac. da 8ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 23 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.774)

*

PRESTAÇÃO DE CONTAS - QUITAÇÃO RECÍPROCA

- Existindo quitação recíproca, inexiste direito a qualquer das partes de pedir contas à outra.

Marcelo Cunha Monteiro de Carvalho e outro **versus** Godofredo Barbosa Laje Moretzohn

Ap. nº 22.885 - Relator: DESEMBARGADOR FARIA COELHO - Ac. unânime da 7ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 16 de junho de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.775)

EMBARGOS - AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO

- Em princípio não cabem embargos com fundamento em divergência quanto à apreciação de agravo no auto do processo, mormente não se referindo êste a qualquer questão passível da decisão de mérito.

Agravante: José Neder

Ag. nº 20.519 - Relator: DESEMBARGADOR SADI DE GUSMÃO - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 24 de junho de 1953.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.776)

*

AÇÃO EXECUTIVA - INTEGRALIZAÇÃO DE AÇÕES DE SOCIEDADE ANÔNIMA

- Se, no ato da subscrição, ficou estabelecido que, no caso de mora, a sociedade usaria do recurso previsto na letra **b** do art. 76 do dec.-lei nº 2.627 (venda das ações em bôlsa), não é possível admitir a cobrança executiva prevista na letra a do mesmo dispositivo.

S.A. Seringais do Alto Javari versos José Vieira Monteiro

Ap. nº 486 (embs.) - Relator: DESEMBARGADOR NARCELIO DE QUEIRÓS - Ac. das Câmaras Cíveis Reunidas do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 9 de junho de 1949.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.777)

*

JUNTA GOVERNATIVA DE SOCIEDADE CIVIL - REGISTRO

- Não é dado a uma junta governativa de uma sociedade civil antes da inscrição dos seus respectivos estatutos, acionar qualquer dos seus membros, para dêles haver a posse de bens confiados a sua guarda, em virtude de investidura na administração da mesma sociedade.

Manuel de Almeida e outros **versus** Euclides da Cruz Cabral e outros

Ap. nº 11.224 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 29 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.778)

*

LOCAÇÃO - FALÊNCIA DO LOCATÁRIO - RESPONSABILIDADE DO FIADOR

- É necessário não confundir tolerância, dando prazo ao inquilino para saldar os aluguéis atrasados, com moratória e novação, de modo a exonerar o fiador da responsabilidade do pagamento dos aluguéis.

Irmãos Pelegrino Ltda. **versus** Banco da Lavoura de Minas Gerais S.A.

Ap. nº 11.874 - Relator: DESEMBARGADOR: DUQUE ESTRADA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 30 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.779).

*

DESQUITE - ABANDONO DO LAR

- Para caracterizar o abandono do lar conjugal não basta a separação do casal. Há necessidade que se prove a voluntariedade e que o abandono se prolonga por mais de dois anos contínuos.

Maria Carolina Leite Teles de Meneses **versus** Álvaro Teles de Meneses

Ap. nº 7.485 - Relator: DESEMBARGADOR FARIA COELHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 6 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.780)

*

DESQUITE AMIGÁVEL - ALIMENTOS - MAJORAÇÃO

- A pensão de alimentos, estabelecida no desquite amigável, regularmente homologado por sentença, não pode ser judicialmente majorada.

- Os alimentos à filha do casal, sobrevindo mudança na situação econômica do pai, podem ser elevados.

George Hohner **versus** Heloísa de Calda Brito

Ap. nº 8.395 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO SUSSEKIND - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 2 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.781)

DESQUITE LITIGIOSO - INJÚRIAS GRAVES RECÍPROCAS

- Resultando comprovado que os cônjuges se injuriaram recìprocamente, impõe-se a decretação do desquite contra ambos.

Maria Alice Pinheiro Pereira **versus** José Gonçalves Pereira

Ap. nº 11.197 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO - Ac. da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 11 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.782)

*

AGRAVO DE PETIÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO

- O agravo de petição só cabe das decisões que puserem têrmo ao processo sem decidirem do respectivo mérito. Não está nesse caso o despacho do juiz que, em processo administrativo, remete o interessado para as vias ordinárias de direito.

Dr. Sílvio Machado **versus** Espólio de Ilka Ramos Sardinha

Ag. nº 2.903 - Relator: DESEMBARGADOR SÁ E BENEVIDES - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 24 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.783)

*

AÇÃO EXECUTIVA - DUPLICATA

- Não cabe ação executiva por duplicata. não aceita.

Reclamante: Humberto Cavalcânti de Albuquerque

Recl. nº 778 - Relator: DESEMBARGADOR GUILHERME ESTELITA - Ac. unânime do Conselho de Justiça do Distrito Federal, em 12 de setembro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.784)

*

SENTENÇA - PUBLICAÇÃO - RECURSO

- Não sendo publicada a sentença na audiência para êsse fim designada, o prazo para recurso corre de sua integral publicação no "Diário da Justiça".

Construtora Leão Ribeiro S.A. **versus** Dr. Assis Seaffa

Ap. nº 10.478 - Relator: DESEMBARGADOR GUILHERME ESTELITA - Ac. da 8ª Câmara Cível do Trib. de Just. do Distrito Federal, em 15 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.785)

Tribunal de Justiça de São Paulo

DESQUITE LITIGIOSO - ADULTÉRIO - PROVA

- O adultério não se patenteia sòmente por provas inatacáveis, pois isso seria inconcebível, dada a clandestinidade do ato. Há situações que põem em evidência a infidelidade conjugal.

Almerinda Francelina da Silva *versus* João Antônio da Silva

Ap. nº 60.097 - Relator: DESEMBARG. FERNANDES MARTINS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 60.097, da comarca de Santos, em que é apelante Almerinda Francelina da Silva e apelado João Antônio da Silva:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento à apelação.

O autor apelado funda sua intenção em adultério, praticado por sua mulher, na época em que se achava ausente, por ter empreendido uma viagem à Bahia. O casal viveu amancebado por espaço de 10 anos e aos 19 de maio de 1950 foi legalizada a união, com o ato solene do casamento civil (fls.). Os fatos descritos na inicial ocorreram depois dessa união legítima. Não é de se desprezar a prova produzida com relação ao adultério. A vizinhança, há muito, vinha comentando o namôro da apelante com um pensionista do casal, e um vizinho, parede e meia da casa de residência do autor, testemunhou uma ocorrência, que, bem refletida, não deixa dúvidas quanto à infidelidade da apelante. Em certa noite ouviu voz masculina na casa de seu vizinho, que sabia achar-se ausente, e ao

amanhecer, certo de vê-lo já de regresso, viu o pensionista sair da casa, não duvidando ter o mesmo passado a noite no lar do autor. Essa presunção é aceitável. A apelante se encontrava sòzinha na casa, sendo certo que um parente do casal, e seu hóspede, havia se mudado da casa antes do apelado realizar a viagem referida.

O adultério não se patenteia sòmente por provas inatacáveis, pois isso seria inconcebível, dada a clandestinidade do ato. Há situações que põem em evidência a infidelidade conjugal. As testemunhas comentavam certas intimidades entre a apelante e o cúmplice, e o vizinho aludido testemunhou e narrou a cena, observada na ausência do apelado. GARRAUD doutrina, e todos o acompanham, ser o bastante que a mulher e o cúmplice tenham sido vistos e ouvidos em circunstâncias que suponham necessàriamente que êles praticavam ou acabavam de praticar o ato constituído do adultério. Não há como obscurecer-se a convicção de que a apelante e o pensionista, na noite malsinada, se entregavam à prática de relações amorosas. A prova é concludente e o desquite foi bem decretado. A apelante não conseguiu destruir essa prova e nem demonstrou os fatos alegados na reconvenção. As testemunhas por ela ouvidas limitam-se a declarar a vida honesta e recatada da mesma. Mas essa demonstração não é contemporânea ao fato que gerou a ação. As testemunhas referem-se à época em que a apelante residia sòzinha, em uma habitação coletiva, e isso depois de haver se separado do marido ou por êste expulsa do lar conjugal. É fato posterior que não lhe releva da grave falta cometida. Nega-se provimento à apelação, portanto. Observa-se que o apelado juntou uma declaração com suas contra-razões, não se tendo ordenado a audiência da apelante. Trata-se, é verdade, de documento gracioso, mas convém ter em vista a necessidade dessa audiência.

Custas *ex causa*.

São Paulo, 7 de novembro de 1952. - *H. da Silva Lima*, presidente; *Fernandes Martins*, relator; *J. M. C. Lacerda; Justino Pinheiro.*

*

MANDATO - APLICAÇÃO DE DINHEIRO DO MANDANTE PELO MANDATÁRIO

- Embora se utilize o mandatário, a seu benefício, de dinheiro do mandante, se não foi encarregado de aplicar o capital por conta dêste, não se transferem ao mandante as vantagens obtidas pelo mandatário com a utilização do dinheiro. O mandante não se torna, pois, credor do terceiro com quem o mandatário realizou o negócio.

Clélia de Araújo Macedo *versus* Espólio de Beralda de Resende Macedo

Ap. nº 56.887 - Relator: DESEMBARG. RODRIGUES DE ALCKMIN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 56.887, da comarca de São Paulo, em que é apelante D. Clélia de Araújo Macedo e apelada o espólio de D. Beralda de Resende Macedo:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls. e rejeitadas, por votação unânime, as preliminares de nulidade da ação, dar provimento ao recurso, por maioria de votos, para deferir à apelante o levantamento do depósito feito.

Havendo D. Clélia de Araújo Macedo vendido a Estêvão Alesso prédio de sua propriedade, depositou o comprador, em juízo, a importância de Cr$ 60.000,00, correspondente a parte do preço, alegando que o espólio de D. Beralda de Resende Macedo se pretendia credor de Clélia por aquela importância, em virtude da ter esta adquirido o imóvel com dinheiro que, na qualidade de procuradora, retirara da conta da inventariada na Caixa Econômica Estadual. Apresentadas contestações pelo espólio e pela vendedora, foi a ação Julgada procedente, determinando a sentença que os contestantes disputassem o preço no juízo do inventário. Pelo venerando acórdão, tomado a fls., ficou determinado que a sentença decidisse a quem caberia levantar o depósito. Fê-lo, então, o juiz, declarando caber ao espólio a quantia depositada, porque entendeu provado que D. Clélia, adquirira o imóvel, com dinheiro pertencente a D. Beralda.

A maioria da Turma julgadora decide contràriamente: à apelante cabe levantar a importância em depósito. Dúvida não há de que é D. Clélia a vendedora do imóvel, em seu nome adquirido, a Estêvão Alesso. Cabe-lhe, pois, nessa qualidade, o preço da venda.

Alega o espólio que D. Clélia adquiriu o imóvel com dinheiro que, na qualidade de procuradora, levantara da conta de D. Beralda; e, assim, o bem pertenceria à mandante, pois a esta teria a mandatária de transferir as vantagens, provenientes, a qualquer título, do mandato.

A tese é aplicável quando o mandatário realiza, em seu nome, a operação que devia efetuar por conta do mandante (v. PONT, "Mandat", n° 982 *bis*; PLANIOL et RIPERT, "Trat. Pract. de Direito Civ. Francês", vol. XI, nº 1.477) ou, com relação ao emprêgo de dinheiro, quando o mandatário, que o deve aplicar para o mandante, o faz em nome próprio (v. LATERRE, "Le Mandat", nº 570). No caso dos autos, não havendo prova da outorga de mandato para a aplicação de capitais, não há cogitar da transferência das vantagens do negócio à mandante. E se a mandatária se utilizou, em seu benefício, de dinheiro pertencente à mandante, a esta caberia exigir que a apelante lhe prestasse contas e indenização pela abusiva utilização do dinheiro. Êste, também, seria o direito do espólio. De forma alguma, pois, se tornou o espólio credor de Estêvão Alesso, para que se lhe defira o levantamento de parte do preço do imóvel. E enquanto não reconhecido, em processo regular, ser D. Clélia devedora de determinada quantia ao espólio, não caberia a êste levantar a importância depositada sequer a título de sub-rogação nos direitos creditórios de D. Clélia. Ressalvado ao espólio, portanto, o direito de exigir à mandatária, pelos meios regulares, contas e indenização que entenda cabível, dá-se provimento à apelação.

Custas pelo vencido.

São Paulo, 24 de outubro de 1952. - *H. da Silva Lima,* presidente, com voto; *José G. Rodrigues de Alckmin*, relator designado; *Ulisses Dória*, vencido.

*

MARCA DE FÁBRICA - NOME DE FANTASIA

- Não é vedado o uso de nome de fantasia constante de frase de propaganda, devidamente registrada, se êsse uso não é feito isoladamente para indicação de produto da mesma espécie, mas sim no meio de uma frase, como palavra comum do idioma.

- Julga-se improcedente ação de indenização proposta pelo titular da frase de propaganda registrada, mormente se a expressão dita irregularmente usada é de caráter evocativo, sendo inevitável o seu uso na propaganda do produto, que gira sempre em tôrno das mesmas idéias.

"Armações de Aço Probel S.A." *versus* Miguel Lancellotti

Ap. nº 60.124 - Relator: DESEMBARG. SOUSA NOGUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 60.124, da comarca de São Paulo, em que figuram. "Armações de Aço Probel S.A.", apelante, e Miguel Lancellotti, apelado:

Acordam, em 3ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, e por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

A autora apelante tem registrada no Departamento da Propriedade Industrial a marca "Sonho" para distinguir os seus produtos, bem como registrou a frase de propaganda "Colchão de molas Probel um sonho divino". Quer, por via desta ação, que o réu seja compelido a não usar a palavra "sonho" na frase "Colchão de molas Lancellotti - o seu sonho de tôdas as noites", e que lhe pague indenização pelos danos ocasionados.

A sentença, concluindo pela improcedência da ação, decidiu com acêrto.

Embora se trate de vocábulo comum, a palavra "sonho" está registrada como nome de fantasia dos produtos da autora apelante. A êsse respeito não há dúvida alguma, como dúvida não há que dito vocábulo não pode ser usado para indicar produtos semelhantes aos da autora, por parte de terceiros.

Nessa proibição não incorreu, entretanto, o réu apelado, pois êle não usa aquela palavra isoladamente para indicar o colchão de molas de sua fabricação; emprega-a no meio de uma frase ("o seu sonho de tôdas as noites") como palavra comum do idioma, o que não lhe é vedado. Trata-se, aliás, e como bem declarou o apelado, de expressão evocativa, sendo inevitável o seu uso na propaganda do produto, que gira sempre em tôrno das mesmas idéias.

Além disso, a reprodução no todo ou em parte de marca já registrada sòmente é vedada quando possa induzir o comprador em êrro ou confusão, considerando-se essa possibilidade sempre que as diferenças entre ambas não se evidenciem sem exame ou confrontação (Cód. da Propriedade Industrial, art. 95, nº 17). Não havendo possibilidade de enganar o público, não há infração (CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado", vol. 5°, nº 352; BENTO DE FARIA, "Marcas de Fábrica", pág. 351; "Rev. dos Tribunais", vol. 197, pág. 492).

Na espécie, o réu não emprega a palavra "sonho", isoladamente, para indicar os seus produtos; não a emprega como marca dos seus colchões, nem há possibilidade de êrro ou confusão.

E não há possibilidade de engano porque a legenda, onde o réu emprega aquêle vocábulo, está precedida da respectivas marca do produto "Colchão de molas Lancellotti - o seu sonho de tôdas as noites" (fls.).

Empregando a referida palavra, não, está o réu violando direito algum da autora, relativamente à marca de fábrica registrada "Sonho".

Por outro aspecto, quanto à legenda de propaganda registrada pela apelante, também não se vislumbra qualquer violação por parte do réu.

A finalidade da frase ou legenda é "realçar as qualidades dos produtos e atrair a atenção dos consumidores", como está expresso no art. 121 do Cód. da Propriedade Industrial, e o uso de uma dessas frases sòmente é vedado quando possa "originar êrro ou confusão" com outra anteriormente registrada (art. 125, número 6, daquele Código).

Sôbre essa matéria, diz o consagrado Prof. GAMA CERQUEIRA: "Se a legenda se compuser de palavras de uso comum, inapropriáveis a título exclusivo, a proteção legal recairá sòmente sôbre o setor conjunto, sendo lícito a terceiro o emprêgo das mesmas expressões, desde que não estabeleça confusão com outras legendas já registradas" ("Tratado da Propriedade Industrial", vol. 1°, ed. "REVISTA FORENSE", 1946, pág. 424).

No caso dos autos não é possível qualquer confusão entre as duas legendas; que são bem diferentes, que só têm de comum a palavra "sonho", e que são precedidas das respectivas marcas: "Colchão de molas Lancellotti - o seu sonho de tôdas as noites" e "Colchão de molas Probel - um sonho divino". Tenha-se em vista, ainda, que na legenda do réu apelado a palavra "sonho" é usada nos reclames sem qualquer realce, com os mesmos tipos das demais.

Em conclusão, a pretensão da autora não pode ser acolhida. A sentença decidiu com acêrto e merece confirmação.

Custas pela apelante.

São Paulo, 9 de outubro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro,* presidente, com voto, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração:

A apelante, "Armações de Aço Probel S.A.", é titular do registro da denominação da fantasia "Sonho", que lhe garante o direito exclusivo ao uso dessa expressão, na indústria, que explora, de colchões de mola. Assim, possui ela o registro das marcas nominativas "Colchão de molas Sonho", e, bem assim, aquêle da frase de propaganda "Colchão de molas Probel - um sonho divino".

Alegando que o réu Miguel Lancellotti vem usando na propaganda de seus produtos, na indústria que explora, que é a mesma da recorrente, o slogan "Colchão de molas Lancellotti - o seu sonho de tôdas as noites", veio a juízo com a presente ação, que fundou no artigo 189 do Cód. da Propriedade Industrial, objetivando proibir ao referido Miguel Lancellotti o emprêgo da referida denominação "sonho" na propaganda de seus artigos.

Citado, o réu contestou e reconveio. A sentença de fls. deu, afinal, pela improcedência, tanto da ação, como da reconvenção. Para repelir o pedido

inicial, não obstante reconhecer o direito da apelante ao uso exclusivo da palavra "sonho" como marca de seus produtos, entendeu o magistrado que aquêle direito não pode impedir que terceiros, na mesma indústria, empreguem a mesma palavra, desde que não o façam como marca, sendo lícito, pois, o seu uso em frases de propaganda, como vem fazendo o apelado, porque é a expressão "sonho" palavra comum da língua portuguêsa.

Pareceu-me não dever subsistir essa decisão, pelas razões por mim expostas na assentada do julgamento e que aqui reproduzo, em substância:

Dispõe o art. 111, nº 2, do Cód. da Propriedade Industrial - dec.-lei número 7.9113, de 27 de agôsto de 1945 (v. "Revista dos Tribunais", vol. 158, pág. 402), que não são registráveis as firmas ou denominações de sociedades ou associações que se prestem à confusão com outras anteriormente registradas, e, ainda, as denominações que contiverem elementos de fantasia suscetível de confundi-la com marca anteriormente registrada, para produto do mesmo gênero de negócio, ou para a mesma atividade.

Proíbe, por igual, o art. 120, inciso 5°, do mesmo Código, como título de estabelecimento ou como insígnia, a denominação que não se distinga, suficientemente, de outra já registrada como marca ou nome comercial, em favor de terceiros, para o mesmo gênero de negócio ou atividade.

E, finalmente, mais incisivo é o artigo 125, n° 5, do citado Código, quando veda o registro, como expressão ou sinal de propaganda, a todo cartaz, anúncio ou reclame, que inclua marca, título de estabelecimento, insígnias, nome comercial ou recompensa, industrial, dos quais legìtimamente não possa usar o registrante.

Do cotejo dêsses dispositivos resulta que, em se tratando de artigos semelhantes ou do mesmo rama; de indústria ou comércio, ou, ainda, de ramos congêneres, pouco importa que, reproduzindo a marca registrada alheia, a empregue o contrafator como marca, como frase de propaganda, como insígnia, como nome comercial, ou para qualquer outro fim comercial ou industrial.

Veda, a lei, pois, de um modo absoluto, no caso de se tratar do mesmo ramo de indústria ou comércio, com o intuito, evidente, de eliminara mais leve

possibilidade de confusão com outra, o emprêgo de marca alheia, em qualquer de suas manifestações, seja na própria marca, na propaganda de seus produtos ou na insígnia ou nome comercial.

Tanto isso é exato que, tendo o apelado requerido ao Departamento Nacional de Propriedade Industrial o registro da frase de propaganda "Colchão de molas Lancellotti - o seu sonho de tôdas as noites", foi o mesmo registro indeferido, de acôrdo com o mencionado artigo 125, nº 5, do Cód. da Propriedade Industrial, conforme se acha provado às fls.

Demonstrado, assim, como se acha no processo, fato, aliás, não contestado pelo réu, que continua êle usando, apesar daquele indeferimento, a frase de propaganda "O seu sonho de tôdas as noites", na qual se acha reproduzida, com tôdas as suas letras, a marca registrada da autora, não há senão que se concluir que violou o apelado o aludido art. 125, número 5, do dec.-lei nº 7.903, tendo, pois, o pedido inicial tôda a procedência.

Se, como se viu, é objetivo da lei afastar qualquer remota possibilidade de confusão entre marcas relativas ao mesmo ramo comercial ou industrial, inquestionável é que a inserção da palavra "sonho", que constitui a marca da apelante, é suscetível de gerar confusão entre os artigos de uma e de outro, tendo, em tais condições, direito a autora de impedir continue o réu em seu intento de usar a referida palavra.

Insubsistente, também, ao meu ver, o fundamento em que se apoiou a sentença de que, sendo "sonho" palavra comum da língua, seria ela insuscetível de apropriação. Mostra o douto patrono da apelante, invocando a doutrina nacional e estrangeira, que é a marca da autora constituída por uma denominação arbitrária ou de fantasia, como consta, aliás, do registro, marca evocativa que mantém uma relação afastada com o produto que designa, suscetível, pois, de apropriação exclusiva.

Êsses os motivos pelos quais, em resumo, divergindo do voto proferido pelo ilustre relator do acórdão, dei provimento à apelação para julgar procedente a ação, nos têrmos da inicial, prejudicada, conseqüentemente, a reconvenção oposta pelo réu. - *Francisco de Sousa Nogueira*, relator; *Prado Fraga*.

SENTENÇA

Omissis ...

Resume-se, portanto, a controvérsia em saber-se se constitui ou não infração ou usurpação à marca da autora o uso das palavras acima pelo réu.

Confessa a autora a fls. que o réu não fêz, nem procura fazer confusão entre seus produtos e o dela, autora, e que a infração consiste no uso da palavra "sonho" colocada na frase: "o seu sonho de tôdas as noites", eis que aquela palavra é de seu uso exclusivo, por tê-la registrado como marca de seus produtos: "Colchão, Encostos e Assentos de Molas Sonho".

Nossa lei, que é o Cód. da Propriedade Industrial, ou seja, dec.-lei nº 7.903, de 27 de agôsto de 1945, protege as marcas de indústria, comércio e invenções, inclusive expressões, sinais e palavras, como se pode ver no art. 2° e sua letra *b*, combinado com os arts. 88 e 93, do citado Código.

Todavia., quando a marca fôr uma palavra, como é "sonho", esta não pode ser usada por outrem como marca de objeto, ou para designar objeto de fabricação de outrem que não o que a registrou.

Mas como palavra comum da língua pode ser usada em expressões, desde que não confundam com a marca ou com os produtos que essa merca designe, é o que decorre do estudo do parág. único do artigo 93 do citado Cód. de Indústria e Comércio.

O réu fabrica colchões de molas com o nome de "Lancellotti" e em baixo dêsse nome usa a expressão "o seu sonho de tôdas as noites".

Essa expressão não é a registrada pela autora, hão é imitação do nome registrado e nem sua reprodução. Indevido seria o uso da palavra "sonho", feito pelo réu, se o fizesse como indicativo de seus produtos, por exemplo: colchão Sonho; colchão, o sonho de tôdas as noites; colchão, um sonho, ou coisa parecida.

A sentença oferecida pela autora, a fls., não influi para o caso dêstes autos, pois é diverso; aí usou-se a palavra "Kisonho", suscetível de confundir com sonho. Nesta expressão há contrafação ou imitação da palavra "sonho"; na frase usada pelo réu não há imitação, nem usurpação e nem contrafação.

A palavra "sonho" é sem dúvida propriedade da autora como marca de seus produtos, tomada isoladamente, mas, como palavra comum da língua, é insuscetível de apropriação, podendo, portanto, ser usada por qualquer pessoa, industrial ou não, desde que não o faça isoladamente como marca de produto igual ou parecido com o da autora, é o que se deduz do parágrafo único do art. 93 do Cód. da Propriedade Industrial.

Visa êsse Código proteger a marca contra a deslealdade da concorrência, contra possível confusão que traga a produtos de origem diversa, mas de tipo idêntico, que leve o comprador a engano.

A marca da autora é "Colchão de Molas Sonho, Encôsto, Assento, Almofadas Sonho", ao passo que a do réu é "Colchão de Malas Lancellotti".

Usa êle como reclame, debaixo do nome de "Colchões de Molas Lancellotti", a frase "o seu sonho de fadas as noites", que constitui reclame e não marca de fábrica; essa frase é o que os franceses chamam de *refrain*, e os anglo-americanos de *slogan*. Não há assim contrafação de marcas, nem imitação, nem usurpação.

De se considerar que sem má-fé, sem intuito de imitar, de usurpar, de prejudicar, não há infração punível civil ou criminalmente, como ensinam todos os doutrinadores e comentaristas de nosso Cód. de Propriedade Industrial, sendo pacífico êsse ponto, como se vê em JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, em seu trabalho "Marcas de Fábricas e de Comércio", volume 2°, pág. 420, n° 309; CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial", vol. 5°, pág. 371, nº 354. No mesmo sentido, AFONSO CELSO (OURO PRÉTO) em "Marcas de Indústria e de Comércio", pág. 129, n.° 146. Atenda-se a que, desde 1947, o réu vem usando o *slogan* incriminado, e a palavra "sonho" como marca do autor foi registrada sòmente em 1950.

É verdade que em nosso Direito as marcas são atributivas de direito de uso, e não simplesmente declaratórias, como se vê em JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Marcas de Fábricas", vol. 2°, ns. 203 e 204. Uma das marcas da autora é "Sonho", para colchão, almofadas, etc., mas o réu jamais usou em produtos de sua indústria a marca "Sonho", nem coisa com isso parecida. Usa sempre sua própria marca "Colchão de molas Lancellotti", acrescida do *slogan* "o seu sonho de tôdas as noites".

O douto advogado da autora reconhece nos autos não haver imitação da marca pelo réu, e sim o uso da palavra "sonho" por parte dêste. Não é possível proibir a quem quer que seja de usar a palavra "sonho" em frase de reclame, porque é palavra comum da língua portuguêsa, e por isso insuscetível de apropriação. A autora tem direito incontestável de proibir o uso da palavra "sonho" como marca ou para designar colchões, almofadas e encostos, que não sejam de sua fabricação.

O réu não usou tal marca. Os numerosos documentos oferecidos pelo réu, fôlhas, mostram sem dúvida que a palavra "sonho", como a palavra "saúde", pode ser usada por vários fabricantes, desde que aliada a outra palavra, de forma a não confundir os produtos.

Assim, a palavra "Óleo Saúde" serve também para mel, *toddy*, farinha, leite em pó, sem que, com isso, hajam umas usurpado ou contrafeito a marca da outra.

Seria impossível admitir-se a exclusividade do uso da palavra "sonho" pela autora.

Demonstrado como está, o réu não usurpou marca da autora, não a imitou, não a contrafez, e, portanto, não infringiu a proibição legal.

Em face do exposto, concluo pela Improcedência da ação, condenando a autora nas custas do processo.

A reconvenção também não procede, porque a autora está certa e convencida de que, ao propor a presente ação, estava defendendo direito seu, é o que se pode concluir do estudo atento dos debates e das provas produzidas neste processo.

Não há prova de que aja por emulação ou com intuito preconcebido de prejudicar.

Julgo, pois, também improcedente a reconvenção, condenando o réu nas custas da reconvenção. Lida e publicada nesta audiência, ficam delas as partes intimadas.

São Paulo, 18 de março de 1952. - *Oscar Martins de Melo.*

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CULPA - PEDIDO - FUNDAMENTAÇÃO

- A responsabilidade civil do Estado, como pessoa de direito público, está fora do conceito civilista da culpa. Situa-se no campo do direito público.

- Inteligência e aplicação dos artigos 15 do Cód. Civil e 194 da Constituição federal de 1946.

Prefeitura Municipal de Santa Isabel *versus* Inocêncio Pereira de Melo

Ap. nº 60.956 - Relator: DESEMBARG. J. R. A. VALIM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 60.956, de Santa Isabel, em que são apelantes a Prefeitura Municipal e o Juízo *ex officio* e apelado Inocêncio Pereira de Melo, adotado o relatório de fls.:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento aos recursos e manter a sentença apelada, por seus jurídicos fundamentos.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 13 de novembro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente, com voto; *J. R. A. Valim*, relator; *Prado Fraga*.

SENTENÇA

Omissis...

V. Invoca o autor o disposto nos artigos 159, 1.518, 1.521, inciso III, 1.538 e 1.544 do Cód. Civil.

Mas, a responsabilidade civil do Município - como pessoa jurídica de direito público - está fora do conceito civilista da culpa. Situa-se no campo do direito público.

Ensina o Prof. NOÉ AZEVEDO: "A "questão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público nunca se confundiu com a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. São problemas diversos e que não podem ser resolvidos da mesma forma" ("Rev. dos Tribunais", vol. 50, pág. 300).

A jurisprudência vencedora no venerando Supremo Tribunal é no sentido de que o problema da responsabilidade do Estado não pode ser examinado e resolvido só à luz dos princípios da responsabilidade civil.

A idéia de "ato contrário a direito" empregada pelo art. 15 do Cód. Civil é mais ampla do que a de "ato contrário à lei expressa", e, conquanto inserta nesse Código, é de direito público e dominada pelos princípios dêste.

Modernamente, no direito administrativo, domina a teoria do risco integral ou objetivo em relação à responsabilidade do Estado por prejuízos sofridos pelos particulares; ela se objetiva no risco que êle faz correr (acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 18 de agôsto de 1942, na apelação cível nº 7.127, relator ministro OROZIMBO NONATO, *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 147, pág. 328).

No mesmo sentido, brilhante sentença do ilustrado juiz JOSÉ FREDERICO MARQUES: "As questões sôbre a responsabilidade civil do poder estatal, por

ato de seus agentes, refogem às normas de direito privado e se assentam em preceitos jurídicos-públicos, conforme o proclamou, no aresto sôbre o "caso Blanco", o Conselho de Estado em França. Essa orientação vem sendo adotada pela doutrina e a *communis opinio*, por ser a única em harmonia com os postulados do direito administrativo (cf. JEAN APPLETON, "Traité élémentaire du contentieux administratif", 1927, pág. 401; MARCEL WALINE, "Manuel élémentaire du droit administratif", 1946, pág. 492; JOSÉ DE AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, 1944, pág. 143; FRANCISCO CAMPOS, "Pareceres", vol. I, 1934, pág. 229; FILADELFO AZEVEDO, voto, *in* "Direito", volume XXIII, pág. 245).

A nova Constituição, acolhendo em seu texto o que preconizavam PEDRO LESSA ("Do Poder Judiciário", 1915, página 166), CASTRO NUNES ("Mandado de Segurança", 1937, pág. 352) e outros (cf. FILADELFO AZEVEDO, ob. e loc. cits.), consagrou explicitamente a teoria do risco, no art. 194, tornando assim desnecessária qualquer indagação sôbre a culpa aquiliana, - sentença essa confirmada pelo egrégio Tribunal de Justiça, por acórdão unânime de 16 de novembro de 1948, relator desembargador LEME DA SILVA *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 178, pág. 830.

Assim, ao fato relatado na inicial aplica-se o disposto no art. 15 do Código Civil e art. 194 da Constituição federal de 1946.

Não há prejuízo da omissão dêsses princípios de direito público na inicial. Entre os poderes do juiz na formação do material de cognição figura o de verificar e determinar as normas a aplicar à relação jurídica disputada pelas partes (CHIOVENDA, "Instituições de Direito Processual Civil", 1943, vol. 2°, pág. 463; PEDRO BATISTA MARTINS, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", 2º vol., págs. 395 e 465).

Em caso semelhante ao dos autos, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça, por acórdão relatado pelo desembargador FREDERICO ROBERTO: "Não importa que o autor haja invocado o disposto no art. 159, parág. único, combinado com os arts. 1.518 e 1.521 daquele Código. "Uma vez que não haja modificação no objeto da demanda, incumbe ao juiz a aplicação exata, do preceito legal" ("Revista dos Tribunais", vol. 197, pág. 251).

VI. É indubitável, e nem isso questiona, que Armindo Lopes Chaves, como funcionário da Prefeitura Municipal de Santa Isabel, no dia 21 de julho de 1949, por volta do meio-dia, conduzia um caminhão da ré pela estirada de Igaratá, quando, nas proximidades do Quilômetro 62, comprimiu com a carroçaria dêsse veículo o autor contra um barranco da estrada, causando-lhe ferimentos graves.

VII. Surge a divergência quanto à responsabilidade civil da ré. Mas não há dúvida. O Município responde pelos danos resultantes do atropelamento causado pelo condutor de veículo a seu serviço.

Argumenta a ré que não houve, de sua parte, culpa *in eligendo* ou *in vigilando.*

Mas, como ficou exposto, a responsabilidade da ré não depende de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Limitou-se o Código Civil - art. 15 - solvendo velhas controvérsias, a responsabilizar a pessoa jurídica de direito público, impondo-lhe a obrigação de ressarcir o dano causado, independentemente da indagação de sua responsabilidade direta ou indireta. É a doutrina aceita e assim tem sido julgado, como se deduz de aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ("Decisões de 1924", pág. 780) e decidiu expressamente a 2ª Câmara do Tribunal paulista ("Direito", vol. II, pág. 784), nos têrmos do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 20 de junho de 1946, relator desembargador DÉCIO PELEGRINI, *in* "Rev. de Direito Administrativo", vol. 5°, pág. 164.

VIII. Não custa descer ao exame do aspecto em que a questão fôra colocada pela ré.

O motorista Armindo Lopes Chaves afirmou, no interrogatório feito no processo-crime: "o veículo que conduzia se encontrava em perfeito funcionamento; apenas o breque estava falhando ligeiramente" (fls.).

Em depoimento prestado nesta ação declarou: "que o breque, no momento, não falhou pròpriamente; o que aconteceu foi o seguinte: o caminhão estava carregado e devido o lugar ser uma curva em descida, o breque não tinha capacidade para segurar o veículo" (fls.).

As próprias testemunhas da ré não destroem esta prova, antes a confirmam. A 1ª testemunha disse: "que nesse momento o motorista do caminhão brecou o veículo, mas o breque não pegou e aconteceu comprimir, com a carroçaria do mesmo, Inocêncio Pereira de Melo, que se achava ao lado do barranco" (fls.). A 2ª testemunha informa: "que Armindo contou ao depoente que meteu o pé no breque e o breque não pegou porque era uma descida" (fls.).

Vê-se que o argumento da ré foi destruído por afirmativas de suas próprias testemunhas.

Conseguinte mente, ainda que se examine a questão sob o prisma, civilista da culpa, não estando os freios do caminhão em bom estado, provada ficou a culpa *in vigilando* da ré.

IX. Pelos fundamentos expostos e mais que dos autos consta, julgo procedente a ação e condena a Prefeitura Municipal de Santa Isabel ao pagamento ao autor - Inocêncio Pereira de Melo - das verbas seguintes:

a) De Cr$ 21.400,00, pelas despesas de internamento num hospital, para o tratamento regular e as intervenções cirúrgicas a que alude o laudo de fls., confirmado pelo laudo do Prof. FLAMÍNIO FAVERO de fls.

b) Ao pagamento da prestação mensal de Cr$ 2.500,00, a contar da data do desastre (21 de julho de 1949) e até o mesmo se refazer fìsicamente e estar em condições de trabalhar em serviço leve.

Nesse ponto aceito o laudo do perito da Prefeitura (fls.), não só por ser uma quantia módica como também porque se ajusta às condições de vida do autor, como confessou expressamente (fls.).

Essas prestações serão acrescidas dos juros da mora, a partir da data da citação inicial.

c) Honorários de advogado do autor, na base de 20% sôbre as verbas *supra*.

Custas pela ré.

Para ser lida e publicada na audiência designada (fls.).

Recorro *ex officio* para o egrégio Tribunal de Justiça, de acôrdo com o artigo 822, parág. único, inciso II, do Cód. de Proc. Civil, nos têrmos da nova redação dada pelo dec.-lei nº 4.565, de 11 de agôsto de 1942.

Santa Isabel, 29 de agôsto de 1952. - *Vercingetorix de Castro Garms.*

*

DIVISÃO - POSSE DE TERCEIRO - REIVINDICAÇÃO - USUCAPIÃO

- Aquêle que adquiriu, a título singular, a totalidade do imóvel comum, é terceiro, não é condômino.

- Achando-se o imóvel dividendo, em sua totalidade, na posse de terceiro, não pode ser dividido, antes de ser prèviamente reivindicado.

- O possuidor ultratricenal, com justo título, pode invocar legìtimamente, a seu favor, o usucapião, ordinário ou extraordinário.

- Inteligência do art. 1.772, § 2º, do Cód. Civil.

Dr. Nemer Accorsi, sua mulher e outros *versus* Alípio Cândido dê Oliveira e sua mulher

Ap. nº 59.713 - Relator: DESEMBARG. PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 59.713, da comarca de São José do Rio Prêto, entre partes, apelantes Dr. Nemer Accorsi, sua mulher e outros, apelados Alípio Cândido de Oliveira e sua mulher:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls., por votação unânime, dar provimento à apelação

para reformar a respeitável sentença recorrida e julgar os apelados carecedores da ação, ficando os mesmos condenados a pagar as custas de todo o processo.

Assim decidem, porque:

Reconhece a respeitável sentença recorrida que a gleba dividenda se acha a partir da alienação feita por Manuel Martins a João Pinto de Morais, na posse exclusiva dos promovidos e de seus sucessores" (fls.).

No laudo de fls., os peritos, unânimemente, certificam que os autores "nunca exerceram posse no imóvel dividendo (respostas ao quesito 1° dos autores), e que os réus estão na posse da referida gleba, diretamente por si, desde 1926, sendo que os seus antecessores já a exerciam no imóvel (respostas aos quesitos 1° a 3°, dos réus, fls.).

"Os peritos estimam em Cr$ 2.100.000,00 as benfeitorias feitas pelos réus na gleba em questão e esclarecem que: "segundo foi constatado no imóvel e de acôrdo com informações insuspeitas da vizinhança, os antecessores dos autores nunca exerceram posse no imóvel em litígio" (fls.).

Em seu depoimento pessoal, confessa o autor Alípio Cândido de Oliveira que "a área se encontra inteiramente explorada com plantações, pastos formados e benfeitorias; que o depoente nunca exerceu posse na gleba nem fêz nela qualquer benfeitoria; que antes dos réus a área dividenda estava na posse de Isac Francisco Pimenta e que êste também incorporara a referida gleba a uma fazenda maior, havendo vendido essa fazenda, inclusive a gleba incorporada, ao Sr. Feliciano Sales, o qual a vendeu posteriormente aos réus Accorsi" (fls.).

Informam ainda os peritos que: "Percorrendo e examinando atentamente o objeto litigioso, representado pelas terras que constituem o quinhão nº 82 da divisão geral da fazenda "Campo", constatou-se que o imóvel descrito na inicial se encontra totalmente na posse dos réus, que ali construíram numerosas benfeitorias, constantes de casa de sede e dependências, engenho de aguardente, lavoura de café (60.000 pés, aproximadamente), invernada, com as respectivas cêrcas de arame, e o restante da área ocupada com plantações de cana de açúcar, algodão e cereais" (fls.).

Aquêle que adquiriu, a título singular, a totalidade do imóvel comum, é terceiro, não é condômino. Temos, pois, que, segundo a prova dos autos, o imóvel dividendo se acha em sua totalidade na posse de terceiro, não havendo, por conseqüência, condomínio a ser dividido, pois a comunhão é o pressuposto necessário da ação divisória.

"Note-se, diz MENDES JÚNIOR, que, na ação de divisão, não é possível reivindicação alguma..." ("Direito Judiciário", 2ª ed., pág. 170).

Ora, de há muito que os egrégios ministros COSTA MANSO e MÁRIO GUIMARÃES e desembargadores JÚLIO DE FARIA, ANTONINO VIEIRA e MANUEL CARLOS demonstraram que: "os condôminos de imóvel, que se acha na posse de terceiro, não podem requerer sua divisão sem lirèviamente reivindicá-lo" ("Rev. dos Tribunais", 39-437, 44-403, 103-651, 112-676, 120-28. Cf. MANUEL CARLOS, "Decisões", pág. 124, nota "Diário Oficial", do Estado de São Paulo, de 18 de maio de 1935).

Além da impossibilidade de levantar o perímetro e proceder aos cortes dos quinhões de imóvel em poder de terceiro, sem á aquiescência dêste, existe a razão jurídica decorrente do concurso sucessivo das ações, visto que a reivindicação serve de preparação à ação *communi dividundo* (SAVIGNY, "Droit Romain", trad. Guenoux, t. V, § CCXXXI, pág. 227).

Acresce que, de 1905, data da alienação da totalidade da gleba dividenda a terceiro, a 1946, data em que foram adquiridos pelos autores os supostos direitos hereditários dos sucessores de Rita Maria de Jesus e requerido o inventário desta, decorreram-se 41 anos, durante os quais os réus, por si e seus antecessores, se mantiveram na posse exclusiva das terras em questão.

É de se considerar, além disso, que, segundo a prova dos autos (fls.), o marido de Rita, Alexandre Moisés, residia na vizinhança da gleba dividenda, ou seja, na fazenda "Fartura", onde faleceu, em 3 de novembro de 1933 (fls.). E, se Alexandre Moisés assistiu, impassível, a tôdas as transmissões da referida gleba e à sua ocupação pacífica e total por terceiros adquirentes, durante tão largo espaço de tempo, é porque reconhecia a validade dessas aquisições, pressupondo-se a preexistência de partilha entre os co-herdeiros, ou que por qualquer outra forma tenha, entre êles, cessado a comunhão.

Discorrendo sôbre os casos em que se presume a partilha entre co-herdeiros, diz ALMEIDA E SOUSA: "Esta presunção *a fortiori* é mais tolerável para se presumirem partilhas por 10 anos entre rústicos das aldeias, que vivem separados, possuindo bens, que foram comuns ..." ("Obrigações Recíprocas", § 590).

Explica o mesmo autor que "concorrem circunstâncias adminiculativas da realidade das mesmas partilhas precedentes: como primeiro, se um dos irmãos vendeu como seus próprios alguns bens, que lhes proviessem da mesma herança, sem mencionar serem comuns"... 5°, "uma recíproca paciência permitindo uns irmãos a outros, as alienações, que faziam cada um do que possuía" (ob. cit., § 591).

Nessas condições, nenhum efeito jurídico pode defluir dêsse serôdio inventário procedido em 1946, porquanto dispõe o art. 1.772, § 2°, do Cód. Civil:

"Não obsta à partilha o estar um ou mais herdeiros na posse de certos bens do espólio, salvo se da morte do proprietário houverem decorrido 30 anos".

Comentando êsse dispositivo legal, diz CLÓVIS BEVILÁQUA: "A ação para pedir a partilha da herança, *familiae erciscundae*, procede do estado de indivisão, em que se acham os herdeiros. Diz-se imprescritível esta ação, porque dura enquanto subsiste a comunhão. Quando, porém, desaparece, de fato, a comunhão, porque algum dos herdeiros se acha na posse de certos bens do espólio, durante 30 anos, desde a morte do *de cujus*, extingue-se a ação de partilha. O decurso de 30 anos faz cessar, de direito, a comunhão que, de fato, não existia" ("Código Civil Comentado", 5ª ed., vol. 6, página 264).

O art. 1.772, § 2°, do Cód. Civil refere-se tanto à prescrição aquisitiva como à extintiva, conforme doutrina M. I. CARVALHO DE MENDONÇA em um dos dois únicos fascículos que escreveu para o "Manual do Código Civil Brasileiro":

"A ação *familiae erciscundae* é uma ação pessoal e como tal entra na classe daquelas que, segundo o artigo do Código Civil, prescrevem em 30 anos. De modo que, no parágrafo analisado, o Código faz aplicação das regras que

estabeleceu para a prescrição das ações pessoais e seu pensamento é, em têrmos claros, o seguinte: qualquer herdeiro e mais as pessoas interessadas referidas no Código podem requerer a partilha dos bens daquele a quem sucedem ou em cujo patrimônio tenham interêsses patrimoniais, ainda que certos bens do espólio se achem na posse de algum ou de alguns dos herdeiros; se, porém, após a morte do *de cujus,* tiverem decorrido 30 anos sem que nenhum de entre tais interessados tenha pedido a partilha, essa ação prescreve contra todos, ninguém mais pode pedir a partilha e o herdeiro, em posse dos bens, os adquire definitivamente".

Depois de discorrer sôbre o assunto, conclui o insigne civilista:

"De tudo quanto temos exposto resulta que, segundo pensamos, a melhor opinião sôbre a natureza da prescrição de que trata o parágrafo é precisamente aquela que aí vê acumuladas as duas prescrições: a aquisitiva e a extintiva".

"É esta a realidade das coisas que ocorre no momento em que algum dos interessados, autorizado pela lei, quiser exercer a ação de partilha".

"Decorridos os 30 anos após a morte do proprietário, êste direito se acha efetivamente extinto para êle. E por que se acha extinto? Precisamente porque a posse, por igual tempo, de outro herdeiro a respeito dos bens a partilhar já produziu em seu favor a aquisição" ("Manual do Código Civil Brasileiro", caderneta nº 52, fascículo 2, págs. 55-57).

Tudo o que acaba de ser dito é com referência à posse de um dos herdeiros, enquanto que, no presente caso, se trata de posse de terceiro, com justo título, caso em que a boa-fé é presumida, conforme dispõe o parág. único do art. 490 do Código Civil. Nesta circunstância, ensina LACERDA DE ALMEIDA: "Se a parte se achar em poder de terceiro, que a tenha adquirido por justo título e de boa-fé, aproveita-lhe a prescrição ordinária ("Terras Indivisas", nº 63-A, págs. 52-53).

Possuidores ultratricenais, com justo título, podem os apelantes, com fundamento nos arts. 550 e 551 do Cód. Civil, invocar, como legìtimamente invocaram, a seu favor o usucapião ordinário, como o extraordinário.

E o fato de haverem os réus adquirido, em 1929, os direitos hereditários de Benedita Mendes Oliveira e João Ribeiro não pode ser retorquido em seu detrimento, pois apenas significa que compraram o que já haviam adquirido por outro título.

Como bem disse o ministro COSTA MANSO, referindo-se a uma das partes que pretendera fazer acôrdo, em determinado processo: "Isso só demonstra espírito de conciliação ou aversão a demandas, e não o reconhecimento do direito do adversário" ("Rev. dos Tribunais", vol. 33, pág. 307). É também o que afirmam COLIN et CAPITANT ("Droit Civil", 4ª ed., vol. II, pág. 728).

Em conclusão:

a) Achando-se o imóvel dividendo, em sua totalidade, na posse de terceiro, não pode o mesmo ser dividido, antes de ser prèviamente reivindicado. Além disso, *b)* a presente ação está prescrita, porquanto: "o proprietário perde o domínio porque o adquire o possuidor" (LAFAYETTE, "Direito das Coisas", 2ª ed., emendada, § 59, pág. 148).

Em face do exposto, dão provimento à apelação, para o fim acima mencionado.

São Paulo, 16 de outubro de 1952. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*; *J. R. A. Valim.*

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - IMÓVEL LOTEADO - REGISTRO

- A cláusula "em qualquer tempo", contida no art. 22 do dec.-lei número 58, de 10 de dezembro de 1937 (nova redação da lei nº 649, de 11 de março de 1949), é evidente, refere-se ao registro feito, quando ainda não transferida a propriedade da coisa prometida em venda. Não, quando já negociada, em definitivo, antes da medida protetora.

- Inteligência e aplicação da lei nº 649, de 11 de março de 1949, e artigo 22 do dec.-lei nº 588, de 1957.

Benedita Lídia Santoni de Azevedo e outros *versus* Espólio de Antônio Santiago

Ap. nº 59.718 - Relator: DESEMBARG. CANTIDIANO DE ALMEIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 59.718, da comarca de São Paulo, apelantes Benedita Lídia Santoni de Azevedo e outros e apelado o espólio de Antônio Santiago:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório último, dar provimento ao recurso dos réus, a fim de julgar a ação improcedente, prejudicado o apêlo do autor.

Custas pelo apelado.

Entendem que não é de anular-se a escritura outorgada pelo espólio do Dr. Eduardo Vicente de Azevedo a João Franco, que alienou, por sua vez, a coisa a terceiros. Êstes adquiriram-na de inteira boa-fé, confiados nos assentos constantes de registros públicos. O compromisso particular firmado entre o *de cujus* e o Dr. Eduardo Vicente de Azevedo, em 1924, só foi levado a registro em 1951, quando bodas as transações acima j á efetivadas, sem margem a que retroagissem os efeitos daquele, de molde a invalidar contratos anteriores, jurìdicamente perfeitos. A cláusula "em qualquer tempo", contida no art. 22 do dec.-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937 (nova redação da lei nº 649, de 11 de março de 1949), é evidente, refere-se ao registro feito, quando ainda não transferida a propriedade da coisa prometida em venda. Não, quando já negociada, em definitivo, antes da medida protetora.

Esta só "impede a inscrição de direitos reais posteriores" que sejam incompatíveis com a promessa, "ou, pelo menos, subordina, sua eficácia à da promessa de compra e venda primeiramente inscrita" (SERPA LOPES, "Tratado de Registros Públicos", 2ª ed., vol. III, nº 478, página 208).

Aliás, a propósito, indo mais adiante, já se externou o egrégio Supremo Tribunal Federal: "...para a hipótese de se tornar o título de promessa registrável e, pois, oponível *erga omnes*, é necessário atender à natureza dêsse título e à sua formalização no caso em que se não trata de imóveis loteados. O regime dêstes amplia-se a outros imóveis, porque, no "essencial e básico,... deriva êle de aplicação de princípios gerais, que constituem também fonte de direito. Mas é lícito, quando não se trata de imóveis loteados, rastreando a vontade das partes mesmas, distinguir entre promessas particulares que, por amor da forma, apenas originam perdas e danos e promessas por escritura pública valiosa, com o registro, ao estabelecimento de um direito real". E reporta-se ao ensino de FILADELPO AZEVEDO: "Nas promessas do regime de loteamento... por motivos especiais, levam sempre a possibilidade da execução específica e podem ser averbadas, prevalecendo *erga tertios*. No regime comum, as promessas por escritura particular são irregistráveis. Por escritura pública, prevalecem, registradas, *erga omnes*, e comportam naturalmente execuções específicas..." (acórdão, *in* "Jurisprudência", do "Diário da Justiça", da União, de 2 de janeiro de 1950, pág. 7).

No mesmo sentido vem a lição de SERPA LOPES: "Se... a promessa de compra e venda fôr celebrada pela forma particular, sendo de valor superior a Cr$ 1.000,00, valerá apenas como um contrato de eficácia meramente pessoal, isto é, sem oponibilidade a terceiros, sem poder ser inscrito, nem lhe sendo reconhecível a fôrça de execução compulsória" ("Tratado de Registros Públicos", 2ª ed., vol. III, nº 480, pág. 213).

Ora, aqui, a promessa, passada em escrito particular, desprovido de outorga uxória (cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal, *in* "Rev. dos Tribunais", volume 200-653), a despeito do registro, que não foi a inscrição exigida em lei (decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, letra *a*, nº XIV), desmerece a atenção obtida na sentença.

Assim, por qualquer ângulo que se encare a situação do espólio autor, não lhe resulta direito real algum, oponível contra terceiros, no momento, com fito de invalidar a transferência da propriedade.

Em resumo, no momento em que vendida, a coisa a outrem, não o promitente-comprador, teria infringido o espólio réu tão-só uma *obligatio faciendi*, que se

resolveria, agora, pela cobertura das perdas e danos, se ocasionados. E não só o espólio seria responsável. Também João Franco, igualmente partícipe do compromisso não cumprido.

Mas, dêsse aspecto da situação não cuida a inicial. Limita-se a invocar a nulidade das diversas transações efetuadas, ùnicamente com o acréscimo de custas e honorários de advogado.

Certo e determinado o pedido (Código de Proc. Civil, art. 153), a exigir interpretação restrita (Cód. de Proc. Civil, artigo 154), a ação era de ser julgada improcedente, inviável a nulidade que se almejava proclamar. Resta ao apelado, em outra demanda, - demonstrando-os, - o reembôlso dos prejuízos, com o inadimplemento do ajuste. No momento, nada reclama, a êsse propósito, sequer alternativamente (Cód. de Proc. Civil, artigo 153, parág. único).

São Paulo, 16 de outubro de 1952. - *Teodomiro Dias*, presidente; *Cantidiano de Almeida*, relator; *Pinto do Amaral; Augusto Néri.*

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - ÁREA INAPROVEITÁVEL

- Inadmissível, durante a vigência da locação, para efeito de obter-se redução do preço dos aluguéis, a alegação de não aproveitamento de parte da área locada.

Comercial e Importadora Casa Centenário S.A. *versus* Maria das Santos Ferreira

Ap. nº 59.763 - Relator: DESEMBARG. FERRAZ DE SAMPAIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 59.763, da comarca de São Paulo, em que são apelantes e recìprocamente apelados a Comercial e Importadora Casa Centenário S.A. e Maria dos Santos Ferreira:

Acorda a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado como integrante dêste o relatório de fls., por votação unânime, negar provimento a ambas as apelações, pagas as custas na forma da lei.

A autora, sem rebelar-se contra o critério adotado na sentença para fixação dos aluguéis, pretende a exclusão da locação de uma área de 150 m^2, correspondente à maior parte de um corredor lateral do prédio, sob a alegação de que, sem ter qualquer utilidade, não deve pesar para a agravação dos aluguéis.

Não tem fundamento a reclamação. Inadmissível, durante a vigência da locação, para efeito de obter-se redução do preço dos aluguéis, a alegação de não aproveitamento de parte da área locada. Tal importaria na modificação do contrato de locação, com prejuízo evidente para o locador. Aliás, pela planta do prédio, esclarecido ficou que o corredor constitui entrada para caminhões, fazendo parte integrante do imóvel.

Sem fundamento, também, o referido a respeito do preço unitário do terreno, estimado em cêrca de Cr$ 1.000,00 o m^2. É fato sabido, com a progressiva valorização da propriedade imobiliária, que terrenos mais distantes e em local de menos procura são adquiridos por preço superior ao ora em questão.

Assim, também, e por igual, não deve ser aceita a reclamação da ré no que respeita ao critério da fixação dos aluguéis. Sob certo ponto de vista, como justificou a sentença, é até preferível por mais fácil e preciso.

São Paulo, 7 de novembro de 1952. - *Mário Masagão*, presidente; *R. F. Ferraz de Sampaio*, relator; *Clóvis de Morais Barros; Camargo Aranha*.

SOCIEDADE DE FATO - DISSOLUÇÃO - "AFFECTIO SOCIETATIS"

- A sociedade de fato deixa de existir quando desaparece a "affectio societatis", ainda que continuem, em poder dos sócios, bens do patrimônio comum.

- Inteligência e aplicação do artigo 335, nº V, do Cód. Comercial.

Pedro Reinig *versus* Luís Orrico

Ap. nº 58.368 - Relator: DESEMBARG. ULISSES DÓRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 58.368, da comarca de Caconde, em que é apelante Pedro Reinig e apelado Luís Orrico:

Acordam em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, repelidas as preliminares de nulidade da sentença, negar provimento ao recurso.

Alega o apelante que a sentença recorrida está em conflito com o venerando acórdão, proferido na ação possessória que lhe foi movida pelo apelado, porque reconheceu como existente a sociedade até 4 de abril de 1945, em contradição com aquêle julgado, admitindo, assim, como regular o ato do apelado assenhoreando-se dos bens sociais, quando, na ação possessória, ficara assentado que os bens pertenciam à sociedade.

Inexiste, porém, a contradição pretendida pelo apelante. O venerando acórdão proferido na ação possessória reconheceu, tão-sòmente, a existência de uma sociedade de fato entre as partes e a impossibilidade de sua dissolução de plano. Não fixou o prazo de sua duração, tendo sido, pois, regular a sua fixação pela decisão ora recorrida.

A alegação de que a sentença decidiu *ultra petita*, também improcede, porque em matéria de dissolução de sociedade, ainda que o seu término não haja sido alegado ou reconhecido pelos sócios, pode a sentença fixá-lo em face da prova produzida.

Afirmou o autor, ora apelante, que se retirou da sociedade em 1946, passando a, tratar de assuntos particulares. A prova produzida, no entanto, não confirma essa alegação e daí haver o MM. juiz concluído que a sociedade deixou de existir, realmente, aos 4 de abril de 1945. E concluiu com acêrto, pois, com a saída do apelado nessa ocasião (fls.), deixou de existir a *affectio societatis*,

rompendo-se o vínculo social. O fato de continuarem em poder dos sócios alguns bens do patrimônio comum, não implicou na subsistência da sociedade.

A sentença apelada examinou com meticulosidade a prova produzida e demonstrou com muita ilustração os fundamentos jurídicos em que se apóia. Deve ser mantida.

São Paulo, 26 de agôsto de 1952. - *J. M. Gonzaga*, presidente, com voto; *Ulisses Dória*, relator; *A. de Oliveira Lima.*

SENTENÇA

Omissis ...

II - Renova o réu, nas alegações finais, o pedido para que soja o autor julgado carecedor da ação, escolhido que foi o processo especial, quando a dissolução da sociedade irregular se procede pelas vias ordinárias. Não lhe é lícito êsse procedimento, pois a espécie já ficou decidida no despacho saneador, do qual não interpôs o recurso específico.

A questão não pode ser reexaminada. O despacho saneador produz efeitos de coisa julgada, impossibilitando a sua alteração pela sentença final. Manifestado que fôsse o agravo no auto do processo, ensejando nova apreciação da matéria decidida, ainda uma vez seria rejeitada, porque a impropriedade da ação, tese controvertida, não ultrapassou a fase inicial e foi obtida a finalidade visada, merecendo ser repetida a oportuna observação de JORGE AMERICANO, quando diz que: "na seqüência do processo, o que vale é a realidade objetiva, desde que esta se alcança sem prejuízo, apesar da 1ª falta de determinado ato ou têrmo, não há que pronunciar a nulidade pela nulidade; se o dano é meramente potencial mas não chega a tornar-se efetivo, a pronunciação da nulidade é que seria "danosa" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, pág. 592).

III. Trouxe o réu ao debate o instituto da exclusão de sócios, sustentando, na contestação e no memorial, que se viu forçado, com apoio no art. 339 do Código Comercial, a despedir o seu sócio.

A ação deve ser deslindada por outros fundamentos, mas impõe-se o exame da tese suscitada, dadas as suas conseqüências, pois ao sócio despedido não é facultado o ingresso no pretório, para pleitear a dissolução da sociedade. Outros são os seus direitos, por outras ações assegurados.

Ensina o sábio VIVANTE ("Trattato di Diritto Commerciale", 4ª ed., volume II, pág. 624, nº 752) que *"per salvare il corpo sociale dalle aventure o dalle colpe personali dei soci; per allontanare dal capo di tutti il danno imputabile sol-tanto a taluno di essi, la legge concede alla società il diritto di escludere coloro che ne mettono, in pericolo d'esistenza"*. Êsse é o fundamento jurídico do instituto, de caráter eminentemente conservativo, pois restringe as conseqüências da aventura ou da culpa de um sócio ao menor mal possível, assegurando, com a eliminação do elemento nocivo ao corpo social, a continuidade da sociedade.

Com o preceito do art. 339 do Código Comercial, o nosso Direito consagrou o princípio da despedida com justa causa. Depende, todavia, a exclusão do sócio de expressa convenção das partes contratantes.

A necessidade de cláusula expressa, autorizando a exclusão e determinando as causas que, para êsse fim, podem ser invocadas, é defendida, com indisputável autoridade e acêrto, por CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado", vol. III, página 687), por SOARES DE FARIA ("Da Exclusão de Sócios de Responsabilidade Limitada") e, com êles, pela maioria dos comercialistas pátrios. Diz o Prof. MIGUEL REALE que "a nossa doutrina já "pode ser considerada pacífica pelo menos em um ponto: a exclusão forçada de um sócio por deliberação de seus pares, representando a sociedade, quando não resultar das duas causas legais, só poderá se verificar em virtude de expressa estipulação contratual" (*in* "Revista dos Tribunais", 150-462).

No direito peregrino, essa é a doutrina corrente (cf. "Rev. dos Tribunais", 138-266, 150-470, 164-261, e "REVISTA FORENSE", 120-478).

Afastadas as hipóteses legais - artigos 289, 317, alínea 2ª, e 335, n° V; todos do Cód. Comercial, "em face da doutrina e da jurisprudência dos nossos tribunais, não é possível cogitar-se da possibilidade de exclusão de sócio sem cláusula expressa a respeito" ("Rev. dos Tribunais", 164-248).

No caso dos autos, o contrato é omisso a respeito, não tendo ficado pactuado o afastamento compulsório de sócio, razão por que, se outros impedimentos não existissem, a exclusão teria resultado de exorbitância.

Ocorre, também, que o art. 115 do Cód. Civil inclui entre as condições defesas a que é conferida ao arbítrio de uma única pessoa e, "sendo dois apenas os sócios de uma sociedade, é inadmissível a exclusão unilateral de qualquer dêles, o que implica, necessàriamente, na dissolução daquela" ("REVISTA FORENSE", 120-478, e "Rev. dos Tribunais", 164-248). Esta tese é sedutora, notadamente à vista dos magníficos ensinamentos de VIVANTE (ob. cit., pág. 628, nº 759), mas a sua discussão teria apenas interêsse teórico.

O douto patrono do réu, em diversas passagens de suas razões, procura salientar que a sociedade irregular, hipótese em tela, não tem personalidade jurídica. Como, então: invocar o instituto da exclusão forçada, se êste existe em função imediata da sociedade, da pessoa jurídica? Sendo o instituto uma garantia da pessoa jurídica, constitui a despedida um ato desta. Não é aos sócios pròpriamente que assiste essa competência e sim à sociedade, cuja decisão é tomada na forma da lei e do contrato (cf. MIGUEL REALE, parecer citado, e VIVANTE, em tópico transcrito).

Considero, destarte, inaplicável o instituto da despedida para a solução da questão de fato e de direito equacionada nos autos. E, se adequada à espécie, a exclusão não teria sido pronunciada core o revestimento de um mínimo de formalidades e cautelas exigíveis.

IV. BONELLI define a sociedade irregular *"come un contratto sociale inetto a mettere in vita una persona giuridica"*, encontrando a oposição de VIVANTE, para quem *"contratto e persona giuridica svolgono dalla volontà dei contraenti contemporaneamente e subiscono le stesse vicende"* (ob. cit., pág. 71, nº 331 bis).

A controvérsia sôbre essa questão é permanente, dando lugar a embates de vulto entre os mais renomados jurisperitos. Perfilho-me à corrente liderada por CARVALHO DE MENDONÇA, em favor da qual já se pronunciou o Tribunal Supremo: "A sociedade irregular não encerra, em sua constituição, qualquer

vício mortal; não se reveste, apenas, de formalidades de constituição, registro e publicidade. A falta de registro, no entanto, não atinge a própria vida da sociedade, que não se degrada a simples comunhão de interêsses. Distingue-se a sociedade de fato, que é nula, da simplesmente irregular, com personalidade, sujeita apenas a certas restrições, que não atingem nem a capacidade patrimonial e representação em juízo, nem a autonomia do patrimônio, nem o emprêgo de firma ou razão social" ("Revista dos Tribunais", 117-80).

A sociedade Orrico & Reinig Limitada foi organizada por escritura pública, em 3 de outubro de 1944, e o contrato não é nulo de pleno direito, como se pretende. A circunstância de ter sido conferida, por uma das cláusulas do contrato da sociedade, ao sócio Pedro Reinig, alemão, a faculdade de gerir e administrar durante algum tempo a sociedade, estipulação feita ao arrepio da Carta Constitucional de 1937 - art. 146 - não acarreta a nulidade do contrato, mas ùnicamente dessa cláusula (cf. fls.). E o fato de ser ou de tornar impossível a contribuição com imóveis para a formação do capital social, nas sociedades irregulares, em nada afetava a sua organização, certo que o próprio instrumento de constituição previa a entrega de dinheiro, em quantia prèviamente fixada, em substituição à transferência imobiliária.

O que não padece dúvida é que a sociedade chegou a funcionar, divergindo as partes no tocante à fixação do período em que teve existência. O contrato, que não está revestido das formalidades legais, prova a constituição da sociedade, mas é admissível a prova da inexistência do "estado social de fato", ou seja, que a sociedade não se aperfeiçoou.

A vida de uma sociedade irregular prova-se por testemunhas (art. 122 do Cód. Comercial) e por presunções (artigo 305 dêsse mesmo Código). Essa é a jurisprudência ("Rev. dos Tribunais", 188-153), êsse o entendimento de CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado", III, 670). VIVANTE ministra a mesma lição:... *"i soci possono provare l'uno contro l'altro l'esistenza della società con ogni specie di prova. Possono provarla anche colle testimoni, anche colle presunzioni"* (ob. cit., pág. 74, nº 332).

Desde logo os autos mostram que, mal a sociedade esboçava os seus primeiros passos, se estabeleceu evidente incompatibilidade entre os sócios, assinalando

essa desarmonia não só as testemunhas ouvidas, mas, com eloqüência, as certidões de fls., como, aliás, o fazem a inicial e a contestação.

Celebram contrato de sociedade as pessoas que mùtuamente se obrigam a combinar os seus esforços ou recursos para lograr fins comuns, diz o art. 1.363 do Cód. Civil. Isso nada mais é do que a *affectio societatis*, envolvendo a idéia de harmonia, solidariedade, e nunca de recíproca hostilidade. Os associados, na sentimentalidade latina do Código francês, são como irmãos, devendo reinar entre êles uma fidelidade, uma lealdade e uma sinceridade absolutas.

Na vida normal dos negócios, nem excepcionalmente poderia florescer, ou sequer sobreviver, uma sociedade onde a incompatibilidade e a desconfiança entre os sócios tornavam impossível o resultado visado. O que ficou pactuado, o fim social, não poderia ser atingido. Essa situação justificava, de imediato, a dissolução judicial (cf. "Rev. dos Tribunais", 165-333 e 166-331) que não foi procurada, ocorrendo, então, o inevitável o fim efetivo, real, ainda sem a chancela, do direito.

Dos elementos de prova subministrados nos autos, verifica-se que a sociedade existiu da data de sua constituição, até o dia 4 de abril do ano seguinte, quando um dos sócios, o réu, se retirou com os bens de sua cota para a formação do acervo social. Daí por diante não, se poderá mais falar em sociedade, passando autor e réu ao trato dos próprios negócios, nos quais, encontraram a prosperidade. Em depoimento pessoal, o autor refere-se ao seu completo afastamento das atividades sociais e às inequívocas manifestações do réu, contrária a uma sociedade que nascera claudicante.

Nem se argumente com o venerando acórdão de fls., para a descabida defesa de uma vida social indefinida; aquela decisão reconhece a existência da sociedade, fato que não foi negado, para esclarecer que a sua dissolução não poderia ser declarada de plano, em ação possessória, com desprêzo dos meios regulares de direito. E o documento de fls., longe de apoiar a tese da continuidade social, testifica um negócio a que a sociedade foi estranha, por isso mesmo já encerradas as suas atividades.

Não se nega que, em condições normais e numa sociedade regular, estipulado no contrato o prazo de sua duração, os sócios estão obrigados ao cumprimento

do ajuste e, salvante os casos legais ou expressamente consignados no ato constitutivo, não podem pedir a sua dissolução, porque, então, seria criado um regime de insegurança, de falta de garantias e de surpresas. Mas a sociedade irregular vive sob constante ameaça, *"sono però dominate de una causa permanente e generale di scioglimento, dal diritto, cioè, riconosciuto ad ogni socio di chiederlo in ogni tempo, ponendo fine ad uno istituto ilegale, che perciò è cagione di continuo perturbamento dell'ordine giuridico"* (VIVANTE, ob. cit., pág. 607, nº 733). E êsse autor dá notícia do julgado da Côrte de Cassação de Roma, segundo o qual essa sociedade pode dissolver-se de fato, ainda que por tácito consenso, mas êste deve ser comprovado por fatos positivos, excludentes de tôda dúvida sôbre a vontade dos sócios.

E de fatos tais nos autos sobejam provas positivas, além da presunção decorrente da inatividade social, por largo espaço de tempo, e do princípio de que uma sociedade, ou a sua continuação, não pode ser imposta unilateralmente.

Uma doutrina oposta ou um entendimento diverso levariam a iníquas e desastrosas conseqüências. Admitida a vigência de uma sociedade em semelhantes condições, o autor estaria locupletando-se com o trabalho e pecúnia alheios, o que é indefensável e injurídico, como injurídico e indefensável seria afirmar-se a sua responsabilidade se, ao invés da prosperidade, o réu fôsse arrastado à quebra.

Dir-se-á que da conduta do réu resultaram prejuízos ao autor; êste poderá, em ação própria, reclamar perdas e danos, que, nestes autos, não podem ser apreciados, estranhos que são à natureza da causa, certo, ainda, que esta sentença não terá autoridade de coisa julgada relativamente àquela ação.

Por outro lado, não tem procedência a solução simplista pretendida pelo réu: a reposição das partes a sua anterior posição, com o reconhecimento, ainda, de que as cotas do autor e do réu estão em poder de cada um. Seria olvidar que a sociedade funcionou, havendo em conseqüência lucros ou prejuízos, que não poderão ser atribuídos, com exclusividade, a um dos sócios, além de que ao réu foi entregue a importância de Cr$ 15.000,00, segundo informa o recibo de fls., e, ainda vigente a sociedade, realizou-se a permuta de um motor, com reposição em dinheiro, como dizem em seus depoimentos pessoais.

Entendo, por fim, ser de rigor a sentença declaratória da dissolução da sociedade mercantil, mesmo quando já deixou de existir, como no caso vertente.

V. *Ex positis*: Julgo procedente, em parte, a ação e hei por dissolvida a sociedade irregular Orrico & Reinig Limitada, constituída pelos sócios Luís Orrico e Pedro Reinig, e que funcionou, nesta cidade, no período de 3 de outubro de 1944 a 4 de abril de 1945.

Proceda-se à liquidação, indicando os interessados o liquidante, em três dias, após o trânsito em julgado desta decisão, e ficando esclarecido que as restituições, porventura devidas a qualquer das partes, serão acrescidas dos juros moratórios legais, com obediência, também, às normas contratuais regulamentadoras da distribuição dos lucros.

Custas em proporção, segundo a regra geral.

Os honorários advocatícios não encontram amparo legal.

Publicada em audiência prèviamente designada para êsse fim.

Caconde, 4 de dezembro de 1951. - *Otávio Stucchi.*

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - ABALROAMENTO DE VEÍCULOS - CRUZAMENTO - PREFERÊNCIA

- Não é curial exigir que os condutores de veículos com preferência nos cruzamentos aí parem, para que passem outros veículos.

Darci Raposo Bandeira e outro *versus* Laudelina Loiola Gonçalves e outra

Ap. nº 57.842 - Relator: DESEMBARG. GÓIS NOBRE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 57.842, da comarca de São Paulo, em que é apelante o Dr. Darci Raposo Bandeira e outro e apelada D. Laudelina Loiola Gonçalves:

Trata-se de uma ação objetivando a responsabilidade civil do Dr. Darci Raposo Bandeira e de Odilon Demonte Pontes, contra êles promovida por Dona Laudelina Loiola Gonçalves e sua filha. Neusa Dora Gonçalves, em virtude de ter o automóvel do primeiro, por ocasião de um choque com o automóvel do segundo, na esquina da rua Marquês de Itu com a rua Bento Freitas, nesta capital, no dia 2 de setembro de 1949, apanhado e morto o marido e pai das autoras, Leopoldo Gonçalves.

A sentença julgou procedente a ação contra os dois réus. Apelou apenas o Dr. Darci Raposo Bandeira e merece provimento sua apelação.

Não se pode, em face das provas dos autos, concluir por qualquer culpa de sua parte no evento de que, infelizmente, resultou a morte do marido e pai das recorridas.

A fotografia de fls. é bem elucidativa. Por ela se vê que descia o recorrente com seu automóvel em direção à cidade, quando, ao passar pelo cruzamento da rua Marquês de Itu, pela qual trafegava, com a rua Bento Freitas, foi seu carro atingido na parte lateral esquerda, no pára-lama traseiro, pelo automóvel do outro réu. Êste impacto produziu no carro do apelante um movimento de rotação sôbre si mesmo, tendo como pião as rodas da frente, o que fêz com que a parte traseira subisse sôbre a calçada, onde apanhou a vítima.

A descrição da ocorrência e principalmente o ponto da carroçaria do automóvel do apelante que foi atingido mostram claramente que êste se aproximou do cruzamento pela direita e já tinha, mesmo, quase o ultrapassado quando foi atingido pelo carro do outro réu.

Segundo o dec.-lei n° 3.651, de 25 de setembro de 1941, que deu nova redação ao Cód. Nacional do Trânsito:

"Quando, em qualquer circunstância, se encontrarem dois ou mais veículos, em direções que devem cruzar-se, passará em primeiro lugar o que vier da direita, exceto:

a) se houver sinal luminoso no cruzamento;

b) se houver guarda sinaleiro;

c) nos cruzamentos com via pública preferencial, assim classificada pela repartição reguladora do trânsito, e onde houver indicação relativa à preferência" (art. 3°, nº V).

Ora, na hipótese, como já ficou assinalado, o automóvel do apelante aproximava-se pela direita e não havia qualquer das exceções que pudessem dar ao outro veículo preferência de passagem. Além de tudo, o fato de ter sido apanhado lateralmente, demonstra que havia êle entrado em primeiro lugar no cruzamento, estando, pois, de qualquer modo assegurada sua preferência. E não se pode, finalmente, exigir que os motoristas, quando nos cruzamentos tenham preferência, apesar disto parem seus veículos, para deixar que os outros passem. Seria isto exigir uma prudência exagerada, que acabaria por emperrar o trânsito, cujo bom escoamento também é vital para a cidade.

Diz-se que o apelante dirigia seu automóvel com velocidade excessiva. A prova com que se procurou alicerçar esta afirmação é, entretanto, precária. Apenas uma das testemunhas aludiu à velocidade do carro do apelante, e isto mesmo por ouvir dizer (fls.) e em têrmos não muito categóricos, referindo apenas que o carro dêle estaria em maior velocidade do que o outro. O próprio laudo da polícia técnica, ao mencionar o carro do apelante, refere-se apenas à marcha acelerada. E a precariedade desta prova não resiste à conclusão a que se pode chegar em face das circunstâncias emergentes dos autos.

É de primeira evidência que, tendo entrado no cruzamento em primeiro lugar, segundo a preferência que tinha, ao perceber que seu automóvel ia ser apanhado lateralmente por outro veículo, não poderia o apelante fazer uso dos freios. Antes, o ato indicado para o evento seria a aceleração do motor, o aumento de velocidade, para fugir ao impacto. Assim, a projeção do automóvel para a frente apenas 4 ou 5 metros, como se vê a fls., além de explicável, serve

para demonstrar que sua velocidade não podia realmente ser grande. Se esta última hipótese ocorresse, não estancaria êle, como fêz, quase perpendicularmente à linha da calçada, quando a parte traseira, no movimento de rodopio causado pelo impacto, chocou-se com o poste.

Pelo exposto, vê-se que a prova dos autos não autoriza a conclusão de que tenha o apelante concorrido para o infausto evento com qualquer parcela de culpa. Tem êle em seu favor a disposição do Regulamento de Trânsito, que lhe dava preferência de passagem no cruzamento, e não existem elementos que levem à conclusão de que seu automóvel, apesar de as circunstâncias demonstrarem que não seria ela a causa eficiente do evento, trouxesse velocidade excessiva para o local.

Nestes têrmos:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça do Estado, em 1ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., por maioria de votos, dar provimento à apelação para o fim de julgar improcedente a ação proposta em relação ao recorrente Dr. Darci Raposo Bandeira, devendo ser pagas as respectivas custas, conseqüentemente, pelas autoras e o outro réu, na proporção.

Custas do recurso pelas recorridas.

São Paulo, 21 de outubro de 1952. - *Gomes de Oliveira*, presidente; *Tácito M. de Góis Nobre*, relator designado; *Davi Filho*, vencido, confirmava a sentença; *José Frederico*.

*

INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - ASSISTENTE - INTERÊSSE NO LITÍGIO

- Admite-se o ingresso se o assistente alega e prova o interêsse que tem na intervenção, a existência de relação jurídica entre êle e a parte a quem vai assistir e a possível influência da sentença a ser proferida sôbre aquela relação jurídica.

José Emílio Legaspe e sua mulher *versus* Américo Caselato

Ag. nº 54.174 - Relator: DESEMBARG. SILVA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados em mesa e discutidos êstes autos de agravo nº 54.174, de Sorocaba, dêles se verifica o seguinte:

Américo Caselato, o agravado, moveu em Sorocaba uma ação cominatória a José Emílio Legaspe e sua mulher, a fim de os compelir a lhe outorgar escritura definitiva de um sitio na fazenda Santa Helena, vendido ao agravado, conforme documentos juntos por traslado.

O agravante pretendeu entrar com embargos de terceiro, que foram repelidos; em seguida, pleiteou ingresso como assistente dos réus, na forma do art. 93 do Cód. de Processo, sendo também repelido pelo despacho transcrito a fls. do presente instrumento. O recorrente insiste no pedido de assistência e entende que a decisão a ser proferida na ação cominatória terá influência na relação jurídica entre êle e José Emílio Legaspe, e irá até refletir em ação executiva que propôs na comarca de São João da Boa Vista contra os vendedores, na qual foi penhorado o imóvel cuja escritura o credor pleiteia.

A intervenção pedida é de conceder-se. Ainda admitindo-se que a execução seja produto de dívida simulada, para dificultar o direito do comprador, concorrer com êle futuramente, para criar empecilho ou por espírito de chicana, visando a tumultuar a marcha do processo movido pelo comprador aos vendedores, receio manifestado também pelo juiz da causa, ainda assim, não é o momento de julgar a simulação. Nesta fase preliminar da ação, é impossível afirmá-lo, com a conseqüência de negar ao agravante a intervenção pedida, que se mostra, pelo menos *prima facie*, em condições de merecer deferimento. Quanto aos temores e males prefigurados, a energia do juiz impedirá por certo que a assistência seja desvirtuada e evitará que a chicana embarace a causa, o que nem sequer as próprias partes poderiam pretender.

Para obter ingresso, o assistente deverá alegar e provar o interêsse que tem na intervenção, a existência de relação jurídica entre êle e a parte a quem vai

assistir e que a sentença a ser proferida "haja de influir" naquela relação jurídica (art. 93 do Cód. de Processo).

Entende LOPES DA COSTA que cabe intervir tôda vez que o terceiro puder sofrer pela sentença na causa alheia um prejuízo jurídico pelo fato de a coisa julgada poder modificar a relação jurídica em que é parte ("Direito Processual", 3, página 289).

É uma noção um tanto restritiva do instituto e que, a nosso ver, não se coaduna com o estatuído no Código nem com a tradição do nosso Direito, uma vez que a assistência foi estabelecida em moldes originais.

A possibilidade de influência não quer dizer que vá ao extremo da coisa julgada, pois pode restringir-se a uma ameaça ao direito do assistente, seja pelo perigo de frustrá-lo, de lhe dificultar o reconhecimento, de reduzir ou extinguir garantias, aumentar riscos ou responsabilidades, s até pela existência de conluio entre as partes, tornando-se a uma delas indiferente a demanda e as suas conseqüências, o que poderia influir no patrimônio do assistente, como no caso dá fiança.

Aqui, a coisa julgada não modificará a relação jurídica entre o assistente e os vendedores, porque seu crédito continuará tendo efeito contra êles; mas, inegàvelmente, a sentença, mandando outorgar escritura ou pretendendo ter valor de escritura, poderá reduzir ou pelo menos dificultar a execução sôbre o imóvel, já objeto de penhora efetivada. A sentença que eventualmente fôr proferida contra os vendedores influirá nessas relações, seja pelas dificuldades com que o agravante vai arrostar, seja pela possibilidade de prejuízo ou frustração de seu direito, sôbre o bem dos vendedores que são também devedores do agravante, havendo entre o agravado e o agravante um interêsse comum numa, mesma coisa: pretender o primeiro, com exclusividade, o imóvel para si, por fôrça da compra e venda, e pretendê-lo o segundo para assegurar a penhora e a eventual execução.

À vista do exposto, a Turma dá provimento ao agravo, por votação unânime, pagas as custas pelo agravado.

São Paulo, 27 de abril de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente e relator; *Fernandes Martins*; *João M. C. Lacerda.*

*

RECURSO - PRAZO - CONCURSO DE CREDORES - DEVEDOR COMERCIANTE

- Se os recorrentes se virem impossibilitados de manusear os autos, por terem êles saído do cartório, sem sua provocação, durante o prazo para interposição do recurso, justo é que se lhes devolvam os dias decorridos com essa audiência. Tem-se como suspenso o aludido prazo que começou a fluir no dia em que baixou a cartório o processo.

- Não há mais razões para negar a instauração de concurso de credores, por ser comerciante o devedor. O Cód. de Processo vigente não faz distinção quanto à qualidade do devedor, uma vez que dispõe que o concurso é de credores do devedor comum.

Antônio Branco de Jesus Godói e outros *versus* Dr. Irineu Penteado Filho

Ag. nº 54.201 - Relator: DESEMBARG. FERNANDES MARTINS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n° 54.201, da comarca de Rio Claro, em que são agravantes Antônio Branco de Jesus Godói e outros e agravado o Dr. Irineu Penteado Filho:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, conhecer do agravo e dar-lhe provimento.

Os agravantes foram intimados da decisão agravada aos 21 de fevereiro último e interpuseram o presente recurso no dia 2 de março. Pela certidão de fls., verifica-se que os autos da ação principal estiveram conclusos desde o dia 22 de fevereiro, ou seja, desde o dia imediato à aludida intimação, até o dia 27, quando foram devolvidos a cartório.

Em rigor, o prazo do recurso findar-se-ia a 28. O agravo de instrumento será interposto por petição que conterá a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma da decisão e a indicação das peças do processo que devem ser trasladadas. É o que dispõe o art. 844, ns. I e III, do Cód. de Processo.

Ora, é bem de ver que tudo isso só pode ser feito à vista dos autos que contêm o despacho de que se pretende recorrer. Os agravantes se viram impossibilitados de manuseá-los, para orientar-se, instruir o recurso, porque os autos não, se achavam em cartório, onde deveriam permanecer até o transcurso do prazo para recurso. Ficaram privados, não por sua culpa e nem por provocação própria, sim por impedimento a que foram estranhos.

Assim sendo, é fácil compreender-se que, durante o tempo em que os autos permaneceram fora de cartório, conclusos ao juiz, o prazo do recurso ficou suspenso, recomeçando a sua fluência no dia que baixaram. Nessa conformidade repele-se a preliminar e conhece-se do agravo.

Entende o despacho agravado que, quando o devedor comum insolvente é comerciante, não está sujeito a concurso de credores; declara-se, em casos tais, a sua falência. Os executados são comerciantes; têm sua firma devidamente Inscrita na Junta Comercial.

Enquanto perdurou entre nós o regime processual consubstanciado no regulamento nº 737, de 1850, só tinha lugar o concurso de preferência, - que era o têrmo empregado, - entre outros, quando o devedor não fôsse comerciante. Dispunha a obsoleta legislação que, sendo comerciante o devedor insolvável, a preferência seria regulada conforme as disposições do Cód. Comercial, na parte referente às quebras (art. 610).

O Cód. de Processo paulista modificou, em parte, êsse rigor, pois estatuía em seu art. 100 não ser admissível o concurso creditório por insolvência, nas execuções, quando possa ser declarada a falência de devedor, salvo se ao credor que pretende habilitar-se fôr defeso requerer a falência ou se para isso tiver de renunciar privilégios.

O Cód. de Processo vigente não faz seleção alguma, e nem estabelece qualquer exceção. A disputa dos créditos tanto pode ser contra devedores civis como comerciantes. E nem se poderia admitir o contrário.

No caso, por exemplo, chegar-se-ia ao absurdo de dar ao credor quirografário maiores vantagens que aos privilegiados. A hipoteca tinha de ceder a um simples quirógrafo.

Na vigência do reg. nº 737, de 1850, o eminente desembargador JÚLIO DE FARIA proferira um magistral voto, com referencia a crédito fiscal em execução contra comerciante e cujo concurso também havia sido negado liminarmente, não negando às Municipalidades o direito ao concurso de preferência para a percepção de impostos ("Rev. dos Tribunais", 44-193). Em igual sentido, MÁRIO DE ASSIS MOURA escreveu um brilhante artigo na mesma revista, 29-248, que concluiu pela admissibilidade do concurso de preferência ainda quando seja comerciante o executado.

A lei processual ora em vigor apresenta sòmente a inovação do protesto que impedirá, até que se julgue a final o recurso, o levantamento do preço da arrematação ou da remição e a assinatura da carta de adjudicação (art. 1.022 do Cód. de Processo).

A lei atual não fala em devedor civil ou comerciante; refere-se, ùnicamente, a devedor comum. Sendo o devedor comerciante, ensina AMÍLCAR DE CASTRO, o credor, em vez de protestar por concurso, o que deve fazer é promover a abertura da falência, salvo se aquêle houver deixado o exercício do comércio há mais da dois anos, caso em que, para todos os efeitos, fica equiparado a devedor civil. Havendo protesto por concurso, não pode o exeqüente obstar a instauração dêsse incidente, para conseguir o levantamento do depósito ou a adjudicação de bens, alegando e provando ser o devedor comerciante, a menos que haja a respeito acôrdo expresso de todos os concorrentes; pois, regularmente, na contestação dos artigos e na dilação do concurso, é que tal questão deverá ser agitada para, a final, ser resolvida pelo juiz. O credor que entenda não ser caso de concurso, mas de falência, que requeira a falência se quiser e puder; mas o que não é possível é levantar o exeqüente o produto da arrematação sem instauração de concurso a Pretexto de

ser o devedor comerciante, havendo protesto de outro credor ("Código de Processo Civil", vol. 10, pág. 463).

O agravado entende que o caminho seguro seria os agravantes requererem a falência dos executados. No entanto, ninguém mais habilitado do que êle para o exercício do direito que recomenda a seus concorrentes. A decisão recorrida não pode subsistir e, por isso, dá-se provimento ao agravo para determinar a instauração do concurso de credores. O julgamento do presente agravo foi feito em conjunto com os agravos ns. 54.518, 54.519 e 54.410, da mesma comarca.

Custas pelo agravado.

São Paulo, 18 de maio de 1951. - *R. da Silva Lima*, presidente; *Fernandes Martins*, relator; *João M. C. Lacerda; Justino Pinheiro.*

*

SEQÜESTRO - RECURSO

- É a apelação o recurso cabível da sentença final proferida em processo de seqüestro.

Peter Church *versus* Frederick Douglas Felix Pirie

Ag. nº 62.643 - Relator: DESEMBARG. FERNANDES MARTINS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 62.643, da comarca da capital, em que são agravante Peter Church e agravado Frederick Douglas Felix Pirie:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, mandar distribuir e processar o feito como apelação.

O recurso cabível seria o de apelação. Contra o despacho concessivo do seqüestro, *in limine litis*, o agravante interpôs recurso adequado, qual seja o de

agravo de instrumento, na forma do art. 842, nº 3, do Cód. de Processo. Tratava-se, dada a natureza da decisão, de um despacho meramente interlocutório. No momento a situação é diversa. O seqüestro decorreu em seus têrmos processuais e, a final, veio a sentença, julgando-o procedente com a manutenção da medida preliminar. B definitiva a decisão e contra ela não cabe agravo, sim apelação. É da tradição de nosso direito que o recurso de apelação sempre pressupõe uma sentença definitiva ou com fôrça tal. Ora, a decisão recorrida julgou em definitivo a matéria. Isto pôsto, determina-se que o recurso seja distribuído e processado como apelação.

Custas a final.

São Paulo, 8 de maio de 1953. - *João M. C. Lacerda*, presidente, com voto; *Fernandes Martins*, relator; *Vicente Sabino Júnior*.

DUPLICATA - ENDÔSSO - TERCEIRO DE BOA-FÉ

- A duplicata, embora vinculada transitòriamente à fatura, uma vez aceita e devolvida pelo comprador ao vendedor, é um título de crédito transferível por endôsso e cobrável por ação executiva, equiparado à letra de câmbio e à nota promissória, no que fôr possível e para todos os efeitos, por fôrça de lei. Não se pode negar a autonomia concedida por lei à duplicata; quando em poder de terceiro, máxime não se alegando posse de má-fé.

Samuel Fruchter *versus* Manuel de Oliveira Alves

Ap. nº 62.829 - Relator: DESEMBARG. ISNARD DOS REIS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 62.829, da comarca de São Paulo, em que é apelante Samuel Fruchter e apelado Manuel de Oliveira Alves:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste julgado, repelir a preliminar de nulidade do processo e negar provimento à apelação, também por votação unânime, pagas as custas pelo apelante.

O apelante, inconformado com a sentença de fls., que julgou procedente a ação e subsistente a penhora, recorreu a êste Tribunal, argüindo, preliminarmente, a nulidade do processo desde a penhora, porque a citação, de sua mulher devia preceder ao ato da dita penhora, omissão que lhe acarretou dano, por não concertar com o cônjuge medidas oportunas, tal como o oferecimento de outros bens à penhora; e, no mérito, dizendo que não deve ao apelado a importância que lhe é reclamada, com fundamento nas duplicatas de fls., porque não recebeu as mercadorias, causa dos referidos títulos, pediu que, reformada a sentença, fôsse julgada improcedente a ação.

Preliminarmente, foi repelida a argüição de nulidade do processo. A citação de apelante para, em 24 horas, pagar a quantia pedida ou nomear bens à penhora (art. 927 do Cód. de Proc. Civil) se fêz com regularidade, estando a certidão do oficial de justiça acompanhada da "ciente" do executado, o qual deixou correr o dito prazo sem providência alguma para o caso (fls.). Daí a penhora de fls., da qual, por haver recaído em bens imóveis, foi então intimada a espôsa do apelante, nos têrmos do art. 948 do Cód. de Processo. Como se vê, foi a lei cumprida devidamente. Aliás, a substituição de bens penhorados é matéria prevista nos artigos 949 e 950 do Cód. de Proc. Civil.

No mérito, negou-se também provimento ao recurso. As duplicatas que instruíram a inicial teriam sido emitidas, ou deveriam sê-lo, em virtude do contrato de compra e venda de mercadorias, cuja entrega se constituiria condição essencial à validade dêsses títulos. Dentre as condições exigidas à validade das duplicatas, faltava aquela concernente à entrega da mercadoria - complemento da obrigação assumida pelo aceitante. E, assim, ditas duplicatas constituiriam jurìdicamente uma obrigação sem causa. Essa a alegação do apelante.

Entretanto, é de notar-se que as duplicatas em questão, aceitas e assinadas pelo comprador, correspondem à ultimação da operação comercial, constituindo títulos de obrigação líquida e certa, autônomos e livres, principalmente em

relação a terceiros de boa-fé, como é o apelado, a quem não competia indagar se a mercadoria fôra efetivamente entregue, isto é, se a compra e venda estava perfeita e acabada. A duplicata, embora vinculada transitòriamente á fatura, uma vez aceita e devolvida pelo comprador ao vendedor, é um título de crédito transferível por endôsso e cobrável por ação executiva, equiparado à letra de câmbio e à nota promissória, no que fôr possível e peara todos os efeitos, por fôrça de lei. Pode a: sim a duplicata ser transferida, com a faculdade ao portador de tirar o protesto e exercer o direito de credor. Para o terceiro, constitui *res inter alios* o contrato. Se foi êle cumprido, ou não, a circunstância lhe será estranha, pois isso só interessa às partes contratantes. A fatura se destina a mostrar ao devedor a exatidão da duplicata. Exata que seja, e formalizada que se torne com o aceite, passa a ser título de dívida, líquida e certa, sujeito ao endôsso. E o endossatário, que é, na espécie, o apelado, nada teria, portanto, a ver com a situação do vendedor e do endossante, nem tampouco de perquirir dos têrmos da fatura entregue ao comprador aceitante. Não é possível negar a autonomia concedida por lei à duplicata, quando em poder de terceiro, autonomia que a jurisprudência tem reconhecido. Não há, por outro lado, falar-se em posse de má-fé, porque o réu apelante não fêz, a êsse propósito, alusão alguma, nem produziu prova disso na instrução da causa. Limitou-se o apelante a ligar os títulos ao contrato, quando êste é estranho ao portador, não contratante.

Nesse sentido é a jurisprudência ("Rev. dos Tribunais", vol. 200, pág. 250; recursos extraordinários ns. 11.263 e 11.233, respectivamente, em "Diário da Justiça", da União, de 19 de julho de 1947, página 3.219, e de 4 de setembro de 1947, página. 3.736).

Juros da mora se contam, na espécie *sub judice*, desde a data do protesto. Matéria comercial e não civil (WHITAKER, "Letra de Câmbio", 2ª ed., página 214, nº 147; MAGARINOS TÔRRES, "Aforismos", nota 57, pág. 96; recurso extraordinário nº 15.368, em "Diário da Justiça", da União, de 5 de fevereiro de 1952, pág. 614).

São Paulo, 29 de maio de 1953. - *João M. C. Lacerda*, presidente, com voto; *Isnard dos Reis*, relator; *Fernandes Martins*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - PROTESTO DE TÍTULO JÁ PAGO - ABALO DE CRÉDITO

- Deve compor perdas e danos, resultantes do abalo de crédito, quem abusivamente, leva a protesto título já pago.

A. R. Garcia & Cia. Ltda. *versus* Jurandir Mendonça Machado

Ap. nº 62.883 - Relator: DESEMBARG. SOUSA NOGUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 62.883, da comarca de São Paulo, em que é apelante A. R. Garcia & Cia. Ltda. e é apelado Jurandir Mendonça Machado:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, e adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., negar provimento ao recurso para confirmar, pelos seus próprios fundamentos, a sentença de primeira instância, que bem apreciou a espécie, de acôrdo com o direito e a prova das autos.

Custas pela apelante.

São Paulo, 18 de junho de 1953. - *Pinto do Amaral*, presidente, com voto; *Francisco de Sousa Nogueira*, relator; *Vicente Sabino Júnior*.

SENTENÇA

Omissis ...

2. A matéria versada na presente ação, de indenização tem como causa o fato de ter a ré, A. R. Garcia & Cia. Ltda., protestado um título, aceite do autos Jurandir Mendonça Machado, já pago.

A prova dos autos é suficientemente clara no sentido de firmar que o autor devia à ré a importância de Cr$ 17.831,10, representada pelas duplicatas constantes de fls. Não tendo podido pagá-las no vencimento, o autor, em entendimento que teve com Lourenço Murilo Romero, um dos sócios da firma A. R. Garcia & Cia. Ltda., resolveu cobri-las com os títulos constantes das fotocópias de fls., no valor de Cr$ 22.837,50, de aceite da firma Vítor Ballot & Jaques Giordani, dos quais era beneficiário. Dessa forma, a dívida oriunda das duplicatas ficou coberta com as cambiais oferecidas pelo autor, com a condição de ser quitada assim que as cambiais fôssem resgatadas. As letras dadas em garantia foram resgatadas pela ré, que, apesar de estarem pagas as duplicatas originárias, se aproveitou do ensejo de ter em mãos a última delas, de nº 3.066, no valor de Cr$ 4.172,70, levando-a a protesto com o fito de cobrar a importância de Cr$ 2.621,00, que o autor, a seu ver, lhe devia, por compra: que efetuara posteriormente à caução já referida. Essas compras estão referidas nas notas de fls., com o acréscimo de um carreto que importou em Cr$ 120,00.

Conclui-se do exposto que a ré protestou um título de aceite do autor, já pago, visto que não lhe era dado protestar a duplicata ri? 3.066, que se refere às notas de compra de ns. 4.083, 4.092, 4.100 e 4.171 (fls.), para o fim de pagar-se das importâncias referentes aos títulos de fôlhas e mais o carreto, que importa em Cr$ 120,00.

A ré agiu abusivamente quando levou a protesto a duplicata já paga, porque o protesto, em sua finalidade, é feito contra a falta de pagamento ou de aceite e tem por fim documentar, de modo inequívoco e solene, que deixou de ser cumprida, no dia e lugar determinados, a ordem contida no título. Essa ordem, outra coisa não é senão uma promessa feita ao portador do título por aquêle que, pelo saque, a criou. No caso, portanto, o protesto levado a efeito era indevido, abusivo, doloso, porque foi feito em título inequìvocamente pago.

Não é demais notar que a forma de cobrança usada pela ré, afim de receber as importâncias referentes aos documentos, de fls., também foi abusiva, porque a finalidade do protesto não é de cobrar, mas, segundo os ensinamentos de BONELLI, de apresentar, solenemente, por ato público, o título para o aceite ou pagamento ao sacado para o fim de habilitar o portador a voltar-se contra os obrigados regressivos ("Della Cambiale", página 471). O protesto é, em suma, o ato oficial pelo qual se prova a não realização da promessa contida na letra (v.

LORENZO MOSSA, "La Cambiale", 1937, II, pág. 562; TULLIO ASCARELLI, "Teoria Geral dos Títulos de Crédito", 1943, página 396, nota 4; MARNOCO E SOUSA, "Das Letras", 1897, pág. 556 *et passim*; PONTES DE MIRANDA, "Letra de Câmbio", 1937, vol. I, pág. 324; JOÃO ARRUDA, "Decreto nº 2.044 Anotado", 1914, vol. I, pág. 105; CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", 1938, vol. V, parte II, págs. 387 e segs.; J. M. WHITAKER, "Letra de Câmbio", 1932, pág. 212; PAULO DE LACERDA, "A Cambial", 1913, pág. 283).

Agindo abusivamente, causou a ré dano contra o autor, consistente no abalo de crédito, conforme informam os documentos de fls. É que o abalo de crédito importa na diminuição ou supressão do concito de que alguém goza e que aproveita ao bom resultado de suas atividades profissionais, especialmente se se desenvolvem no comércio.

O abalo de crédito, é cediço, é uma espécie, uma modalidade do dano: Êste é o gênero, do qual aquêle é a espécie. Encerra, pois, segundo a definição de FISCHER, "todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão" ("A Reparação dos Danos no Direito Civil", trad. bras., 1938, pág. 7).

Assim identificado, o abalo de crédito é dano patrimonial e, como tal, bem observa JOSÉ DE AGUIAR DIAS, "sua influência prejudicial se exerce em relação ao patrimônio, não só do comerciante, mas de qualquer profissional, que dependa da manutenção do seu prestígio junto àqueles com quem entra em relações de ordem patrimonial"... "Não há necessidade, nem seria conveniente fazê-lo, de especificar os atos que podem dar lugar ao abalo de crédito. Qualquer que afete o prestígio moral que, principalmente para a vida comercial, é condição essencial do exercício da profissão, é capaz de acarretar abalo de crédito. Naturalmente, a um ato, ainda que abusivo, não será atribuída essa conseqüência, quando não repercuta sôbre êsse setor da atividade do ofendido. Tal efeito só pode ser produzido por ato que dê aos interessados, isto é, às relações mantidas pelo ofendido, a falsa impressão de que não pode continuar a merecer o crédito até então concedido. Isto é, ato que ao comerciante prudente inspire suspensão ou restrição do crédito de que gozava o ofendido. É possível exemplificar como causas mais comuns do abalo de crédito: *a)* as medidas judiciais, penhor, protesto, requerimento de falência, as próprias interpelações,

dês que não constituam o exercício regular de um direito, o que envolve apreciação, não só da ilicitude do ato, como a de seu caráter abusivo, entendido que tem essa eiva o ato emulativo, o que se prende a finalidade anti-social" ("Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", 1947, vol. I, págs. 2 e 3).

No caso *in specie,* o protesto efetivado pela ré não o foi em conseqüência de exercício regular de um direito. Ao contrário, foi abusivo de direito, doloso em sua essência. As suas conseqüências se fizeram sentir imediatamente, abalando o crédito do autor e o seu prestígio moral, na vida comercial. Respeito ao abalo de crédito, falam *ex abundantia* as cartas de fls., que se referem à sua vida profissional, como comerciante. A êle é dado, portanto, indenizar-se dos prejuízos que sofreu, por fôrça do que dispõe o artigo 159 do Cód. Civil.

3. Releva a ré, no final de sua contradita a fls., que o autor "não apontou um único prejuízo sofrido em razão direta do protesto".

É fato inconteste que, para a indenização por ato ilícito, a prova do dano sofrido é imprescindível, muito embora se admita seja tal prova feita por todos os meios permitidos pelo direito. É o ensinamento de CHIRONI ("Colpa Extra Contrattuale", vol. II, § 553).

Todavia, admite a generalidade dos escritores e a nossa melhor jurisprudência, que essa prova possa ser relegada para a fase executória, por artigos de liquidação, desde que estejam indicados e demonstrados os fatos que deram causa ao prejuízo. ANTÔNIO CAMMAROTA, em estudo recente sôbre a matéria, admite *"una indemnización ante un perjuicio posiblemente cierto, gero de deficiente priceba"* ("Responsabilidad Extracontratual", 1947, vol. I, § 68). Entre nós, AGUIAR DIAS é do mesmo entender, quando escreve: "O que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu *quantum*, que é matéria de liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato, de que se queixa na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dana que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante" ("Da Responsabilidade Civil", 1950, vol. I, pág. 101).

No caso dos autos, existe uma demonstração, senão cabal, pelo menos suficiente, da existência do prejuízo sofrido pelo autor. Há prova genérica do

dano havido e, tanto assim, que o autor chegou a estimá-lo, sujeitando-se a arbitramento. Não há, pois, dúvida que o autor sofreu prejuízo que, a seu entender, se eleva a Cr$ 100.000,00. Êste prejuízo foi decorrente do protesto doloso feito pela ré contra título de sua responsabilidade, já pago. Resta, pois, sòmente estimar o *quantum* do dano, que é matéria de liquidação. A prova, nesse sentido, pode ser relegada para a fase executória, por artigos de liquidação, conforme protestou o autor, de início.

4. Ante o exposto: Julgo procedente a presente ação ordinária de indenização proposta por Jurandir Mendonça Machado contra A. R. Garcia & Cia. Ltda. e condeno a ré ao pagamento da indenização, que será apurada em execução, honorários advocatícios na base de 20% sôbre o *quantum* apurado e custas.

Determino, outrossim, seja cancelado o protesto referente à duplicata nº 3.066, no valor de Cr$ 4.172,70 e lavrado no 4º Tabelião de Protestos de Letras e Títulos desta Capital, oficiando-se.

Publique-se na audiência designada.

São Paulo, 29 de novembro de 1952. - *Mário Hoeppner Dutra.*

*

EXECUTIVO HIPOTECÁRIO - CITAÇÃO INICIAL - ARREMATAÇÃO - CESSÃO DE CRÉDITO - NOTIFICAÇÃO

- Não anulada em ação rescisória uma sentença proferida em executivo hipotecário, não se pode anular a arrematação do imóvel por falta de citação inicial de um dos réus no executivo.

- A notificação ao devedor, da cessão de crédito, visa proteger o cessionário para que aquêle não pague ao cedente.

Germano Soares e sua mulher *versus* Ana Elisabeth dos Santos e outra

Ap. nº 62.886 - Relator: DESEMBARG. PAULO COLOMBO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do processo n° 62.886 - apelação cível de São Paulo - em que são apelantes Germano Soares e sua mulher e apeladas D. Ana Elisabeth dos Santos e D. Carolina de Jesus Catroxo:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, negar provimento à apelação e confirmar, pelos seus fundamentes, que são jurídicos e de conformidade com as provas dos autos, a sentença de primeira instância.

Os autores propuseram esta ação como sendo "mista de nulidade de atos jurídicos e de reivindicação" de imóvel. No despacho saneador (fls.) foi bem explicado que os autores cumularam vários pedidos: *a)* nulidade de ato jurídico; *b)* nulidade do auto de arrematação; *c)* nulidade do executivo hipotecário, e *d)* reivindicação. Deixou o juiz aí bem decidido que a nulidade da ação executiva hipotecária só poderia ser apreciada em ação rescisória, de competência do Tribunal de Justiça e já extinta pelo decurso do prazo de cinco anos. Por êsse fundamento excluiu essa matéria da discussão e decisão nesta causa. Na sentença, outro juiz, atendendo ao despacho saneador, afastou de sua apreciação final a matéria. Insurgem-se os apelantes contra isto, dizendo que o despacho saneador não faz preclusão e muito menos coisa julgada. Ainda que se aceite, para argumentar, essa opinião, o certo é que o despacho saneador decidiu bem e não deve ser reformado. O executivo hipotecário foi, na sua primeira fase, julgado por sentença. A nulidade desta, mesmo por inexistência, como alegam os autores da citação inicial, só pode ser decretada em ação rescisória, de competência do Tribunal de Justiça, e iniciada no prazo de cinco anos. Êste prazo já estava findo quando foi proposta esta ação; assim, inútil seria a remessa dos autos ao Tribunal, para o processo e julgamento da ação.

Não houve a nulidade dos atos posteriores à sentença do executivo hipotecário ou de cessão do crédito, como muito bem decidiu a sentença recorrida, com fundamentos que são adotados. Não é possível prender a nulidade de tais atos à do executivo hipotecário, na sua primeira fase, porque não rescindida a sentença em tempo próprio e pelo Tribunal competente; tudo o que se fêz anteriormente a ela, ela mesmo e os atos conseqüentes posteriores, continuam a ter validade jurídica. A falta de notificação da cessão não invalida esta, pois a

notificação é uma formalidade tendente a proteger o cessionário contra o pagamento do crédito ao cedente.

Custas pelos apelantes.

São Paulo, 19 de maio de 1953. - *Gomes de Oliveira*, presidente; *Paulo Colombo,* relator; *Amorim Lima; Davi Filho.*

*

HIPOTECA - FALÊNCIA - PERÍODO SUSPEITO - REVOCATÓRIA

- A ação própria para invalidar-se hipoteca constituída antes do período suspeito da falência lesiva aos demais credores, é a revocatória.

Germano Leardi, síndico da falência de Orlando de Lello *versus* Carlos Codato, Filhos & Cia.

Ag. nº 62.078 - Relatar: DESEMBARG. ULISSES DÓRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 62.078, da comarca de São Paulo, em que é agravante Germano Leardi, síndico da falência de Orlando de Lello, e agravada Carlos Codato, Filhos & Cia.:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Orlando de Lello era devedor à agravada da importância de Cr$ 97.893,00, representada pelas duplicatas de fls., a última das quais vencida aos 15 de junho, de 1950.

Em 17 de agôsto do mesmo ano, outorgou êle à agravada uma terceira hipoteca de um prédio de sua propriedade, reconhecendo-se devedor à mesma da quantia de Cr$ 92.000,00, mas sem fazer referência às duplicatas.

Decretada a falência do mencionado, devedor aos 14 de julho de 1951 (fls.), habilitou-se a agravada como credora privilegiada, com base naquela hipoteca, e viu o seu crédito impugnado pelo falido, pelo síndico a por um credor, como simulado, por se tratar de garantia outorgada às vésperas da falência, em prejuízo dos demais credores.

A sentença, com apoio em decisão confirmada pela egrégia 3ª Câmara Civil ("Rev. dos Tribunais", vol. 171, página 681), considerou o crédito privilegiado, por ter sido a hipoteca constituída antes do período suspeito da falência.

Inconformado, agravou-se o síndico, sustentando a simulação da garantia outorgada ao credor favorecido. Improcede, porém, o recurso porque, embora constituída a hipoteca ao tempo em que a situação do devedor já era precária, pois já havia constituído duas outras hipotecas tendo por garantia o mesmo imóvel, tôdas elas foram celebradas antes do período suspeito da falência, não sendo possível neste processo de habilitação de crédito, fulminar-se de nulidade a de que tratam os autos, sem provas mais completas.

É possível que a referida garantia tenha sido outorgada, realmente, como cobertura para as duplicatas não pagas, mas, trata-se de hipoteca constituída sete meses antes do período suspeito, e devidamente transcrita.

O art. 52, nº III, da Lei de Falências, golpeia a garantia real constituída em detrimento dos demais credores, quando outorgada dentro do período suspeito ou têrmo legal da falência. Para a invalidação de hipoteca em casos como o dos autos, a ação própria é a revocatória, nos têrmos do art. 55 da mesma lei, na qual as partes perdem produzir provas com tôda a amplitude.

Cabe, pois, ao síndico, ou a qualquer interessado a sua propositura, mas, enquanto isso não suceder, a hipoteca constituída a favor da agravada, formalmente perfeita, deve produzir os efeitos que a lei lhe assegura.

Em vista do exposto, fica mantida a decisão recorrida, por conforme ao direito.

São Paulo, 15 de maio de 1953. - *João M. C. Lacerda,* presidente; *Ulisses Dória,* relator; *Vicente Sabino Júnior.*

Foi voto vencedor o desembargador SILVA LIMA.

*

CONCORDATA PREVENTIVA - CONTRATOS BILATERAIS

- Como o pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais, ao credor é lícito pleitear a sua execução integral, ou a rescisão, sem prejuízo de, conforme o caso e dada a natureza da coisa negociada, valer-se do disposto no art. 76 do dec.-lei nº 7.661 de 1945.

- Em se tratando de concordata preventiva, em que o requerente continua a administrar o seu patrimônio, vigoram as regras do direito comum, entre as quais a do art. 1.092 do Código Civil. A do art. 76 da Lei de Falências só é aplicável quando se questionar a respeito de coisa em poder do concordatário, ou de um direito à restituição "in natura", preexistente ao despacho que determinou o processamento da concordata.

- Aplicação do art. 165 do dec.-lei nº 7.661, de 1945.

Usina Açucareira de Jabuticabal S.A. *versus* Companhia "Cestaxi" - Comércio e Indústrias Químicas

Ag. nº 62.230 - Relator: DESEMBARG. SABINO JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatadas e discutidos êstes autos de agravo de petição n° 62.230, de Jabuticabal, em que são agravantes a Usina Açucareira de Jabuticabal S.A. e a Companhia "Cestari" - Comércio e Indústrias Químicas, sendo agravadas as mesmas:

A Companhia "Cestari" - Comércio e Indústrias Químicas comprou da Usina Açucareira de Jabuticabal S.A., em concordata, 60.000 quilos de mamona, num total de Cr$ 180.000,00, que pagou adiantadamente. A vendedora entregou-lhe apenas 38.724 quilos da mercadoria, sendo notificada pela compradora, que lhe moveu ação, em que pretende a entrega da restante, até a contestação, ou a

devolução da diferença do preço, com os juros da mora, honorários de advogado e custas.

A ré, preliminarmente, argüiu a carência da ação por parte da autora e a absolvição da instância, por não se saber se o pedido se cinge a uma restituição, ou à rescisão do contrato. No mérito, declara que não cumpriu a obrigação por motivo de fôrça maior, isto é, pela Insuficiência da produção da mamona. E, faltando a coisa avençada, limita-se o direito da autora à apuração de quanto falta para completar-se a obrigação e a receber dela o preço correspondente, como quirografário, mediante ingresso em sua concordata.

O despacho de fls. atendeu à preliminar, absolvendo a ré da instância, sem determinar a condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios. Agravaram ambas as partes. A ré, para haver honorários da autora, e esta, para obter a prosseguimento da ação, de vez que pretende a rescisão do contrato e a restituição da diferença do preço e mais verbas. O Dr. juiz de direito reformou o despacho de absolvição, da instância, impondo à autora a condenação em honorários, mantendo-o quanto ao mais. Em segunda instância, a Procuradoria Geral opinou pela confirmação do despacho recorrido.

A razão, todavia, está com a autora, Companhia "Cestari" - Comércio e Indústrias Químicas. Tendo a ré pleiteado concordata preventiva, entendeu que a sua credora devia demandar a restituição da diferença do preço pelo processo do art. 76 da Lei de Falências. Êste dispositivo dá processo especial ao pedido de restituição de coisa arrecadada em poder do falido. Como o pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais (lei, art. 165), ao credor é lícito pleitear a sua execução integral, ou a rescisão, sem prejuízo de, conforme o caso e dada, a natureza da coisa negociada, valer-se do disposto no art. 76.

Escreve MIRANDA VALVERDE ("Falência", I, n° 498): "O pedido de restituição de coisa arrecadada em poder do falido, ou se alicerça em direito real, isto é, na propriedade em qualquer de suas manifestações, ou em relação de obrigação preexistente à falência, ou desta decorrente, a qual assegura ao reclamante o direito de reaver a coisa "arrecadada". Bem sé vê que, na espécie dos autos, não ocorre qualquer dessas hipóteses. Cogita-se, antes do cumprimento de obrigação contratual, dependente de verificação, no curso do

processo. O art. 76 prevê os casos em que o falido ou concordatário é o comprador. Se fôr o vendedor, pelo preço que pagou antecipadamente terá o comprador, em caso de falência daquele, um crédito quirografário, sujeito à habilitação regular.

Em se tratando de concordata, em que o vendedor continua a administrar o seu patrimônio, vigoram as regras do direito comum, entre as quais a do artigo 1.092 do Cód. Civil. A do art. 76 da Lei de Falências só é aplicável quando se questionar a respeito de coisa em poder do concordatário, ou de um direito à restituição *in natura*, preexistente ao despacho que determinou o processamento da concordata.

Não se resolvendo com a concordata preventiva os contratos bilaterais, não ficam sujeitos aos efeitos da concordata, e o pedido de restituição se fará de acôrdo com as normas que disciplinam a relação jurídica, em que êle se fundar. Esta é a lição de MIRANDA VALVERDE (obra cit., II, nº 1.009).

Dêste modo, é evidente que a autora formulara legalmente o seu pedido, limitando-se à devolução do saldo do preço pago antecipadamente, com os juros, honorários, custas e a rescisão do contrato.

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento ao agravo da autora, Companhia "Cestari" - Comércio e Indústrias Químicas, para determinar o prosseguimento da ação e julgar, por conseguinte, prejudicado o da ré, Usina Açucareira de Jabuticabal S.A.

Custas pelo vencido.

São Paulo, 5 de junho de 1953. - *João M. C. Lacerda*, presidente; *Vicente Sabino Júnior*, relator; *R. F. Ferraz de Sampaio; Fernandes Martins.*

*

CHEQUE - SUSTAÇÃO DE PAGAMENTO - RESTITUIÇÃO

- Equivale a busca e apreensão a determinação policial feita a estabelecimento bancário, no sentido de ser sustado pagamento de cheque

emitido por pessoa, contra quem foi instaurado inquérito visando à apuração de crime de falsidade. As coisas apreendidas não serão restituídas senão mediante processo regular, nem enquanto interessarem à ação e desde que não exista dúvida.

Clemente Lorusso *versus* Banco Ítalo-Belga S.A.

Ag. nº 62.780 - Relator: DESEMBARG. SILVA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo nº 62.780, de São Paulo, em que é agravante Clemente Lorusso e em que são agravados o Banco Ítalo-Belga e o Juízo da 6ª Vara Cível.

Acorda, em maioria, a 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, negar-lhe provimento, pagas as custas pelo agravante.

Segundo referem êstes autos, a autoridade policial dirigiu-se ao Banco agravado, ordenando ficasse sustado qualquer pagamento ao agravante, porque estava investigando a origem do dinheiro do mesmo recorrente, processado por crime de falsidade. O Banco atendeu à ordem e não pagou. O agravante pediu então a falência da Banco, que prontamente depositou o dinheiro para elidi-la. Quis logo o agravante levantar o depósito, sendo desatendido, manifestando então agravo.

Visa êle obter, por via oblíqua, aquilo que não poderia obter por via direta, transpondo, em tese, interêsses de ordem pública, ligados à elucidação dos crimes, sua punição e reparação à vítima. A inibição posta pela autoridade policial e que o juiz criminal podia revogar, mas não revogou; é de imediato interêsse do processo criminal, matéria de ordem pública. Corre à polícia o dever de impedir lesões a interêsses dessa ordem, expedindo as providências regulareis e frustrando a ação do indiciado, no sentido de obter êxito, lançando mão do produto do crime, ocultando-o, destruindo-o ou consumindo-o, tanto mais que o criminoso, em certos casos, terá de perdê-lo (art. 74, nº II, *b*, do Cód. Penal). Não se compreende que se entregue, logo no limiar do processo, ao suspeito de um atentado à propriedade alheia, a coisa ou valor a êle ligados,

se o Estado se reserva o direito de apurar a legitimidade da proveniência, sua relação com a infração, para, oportunamente, exercer o direito de confisco a seu favor ou em bem do lesado. Cabe à polícia efetuar buscas e, apreensões para descobrimento de coisas relacionadas com crimes, como ensinou JOÃO MENDES ("Conferência Judiciária Policial do Rio de Janeiro", pág. 149). Assim também dispõe o art. 6º, nº II, combinado com o art. 240, do Cód. de Proc. Penal, e antes também o mandavam as leis estaduais sôbre o inquérito policial (dec. nº 1.602, de 30 de abril de 1902, arts. 48, 50, § 5°, e 51, e dec. n° 4.405-A de 17 de abril de 1928, art. 627, *e*). É medida destinada a tirar do réu a disponibilidade das coisas ligadas à infração penal, colocadas sob a alçada policial pela necessidade da rapidez que a providência reclama, pois, se assim não fôsse, sacrificariam irremediàvelmente os interêsses da tutela social, que a polícia é obrigada a resguardar. O dinheiro seria gasto, uma preciosa jóia seria desmontada, perdendo-se a uniformidade do sou conjunto; o metal nobre seria fundido, os títulos ao portador transferidos. Que dizer então de uma medalha comemorativa, de uma peça rara de moeda, de uma condecoração, de uma lembrança de família?

Redargüirá o agravante que não houve busca. Mas, tratando-se de dinheiro depositado em banco idôneo, era ela formalmente desnecessária, bastando a ordem de indisponibilidade que a polícia expediu. Tal providência equivale aos resultados da busca e o seu fim é o mesmo.

Também as coisas apreendidas não serão restituídas senão mediante processo regular, nem enquanto interessarem à ação penal e desde que não exista dúvida (arts. 118 e 120 do Cód. de Proc. Penal). Ora, um dinheiro, suspeitado de ser produto de crime, interessará sempre ao processo criminal, porque poderá sôbre êle exercer o dono medidas assecuratórias (art. 132). Também a incerteza sôbre a propriedade existirá porque a legitimidade do meio de obtenção é o próprio mérito do crime; é o objeto principal da investigação criminal. Se a polícia pode apreender coisas e valores em defesa da ordem jurídica lesada pelo crime (artigo 240, *b*, do Cód. de Proc. Penal), não se vê porque não possa, com o mesmo objetivo, determinar uma providência menos grave como é a de sustar o pagamento de dinheiro de origem suspeita, de quantia que, com indícios hábeis, se supõe proceder de furto, roubo, estelionato ou falsidade.

Não se autoriza com isto a polícia a efetuar seqüestros sem forma nem figura de juízo, porque o de que se trata, é de reconhecer a missão acautelatória que lhe é inerente, quando se trata de crimes, já que a sua missão primordial, como dizia o notável PIMENTA BUENO, é "prevenir os perigos e os delitos e resguardar os direitos individuais".

O seqüestro é medida processual civil, que não se confunde com providências cabentes à polícia e disciplinadas, quer no Cód. de Proc. Penal, quer nas leis que a regulam e nas quais é inevitável um certo arbítrio, corretamente entendido, um certo poder discricionário. Na apreensão feita pela polícia, por isto mesmo que há ainda a dúvida, que envolve tôda investigação policial, a tomada das coisas se faz antecipadamente para evitar mal maior, tendo em conta a natureza do processo criminal, de que o inquérito é integrante. Já no seqüestro se litiga de obrigações de natureza privada, mostrando-se a lei mais exigente para concedê-lo, embora também reconheça a sua urgência. Cabe ao agravante deslindar as dúvidas existentes e mostrar que o dinheiro nenhuma relação tem com o processo criminal. O que não pode fazer é pretender transformar o processo de falência em processo de solução da dúvida e, muito menos, aproveitar-se daquele processo para converter em certeza a propriedade do dinheiro, quando tal certeza é desautorizada pelo delegado processante e pela própria abertura da instrução criminal, cuja finalidade é exatamente indagar da origem do dinheiro.

São Paulo, 22 de maio de 1953. - *João M. C. Lacerda*, presidente; *H. da Silva Lima*, relator *ad hoc; Fernandes Martins; Vieira Neto*, vencido.

*

ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

- Se os pedidos cumulados são inconciliáveis, deve o juiz, no saneador, por questão de economia processual, marcar um prazo ao autor para declarar a qual dos pedidos deseja dar seguimento, e não decretar a absolvição da instância.

- Aplicação dos arts. 112 e 298 do Cód. de Proc. Civil.

Francisca Slivar de Barros *versus* José Forte

Ag. nº 62.565 - Relator: DESEMBARG. SOUSA NOGUEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 62.565, de São Paulo, em que é agravante Francisca Slivar de Barros e é agravado José Forte:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, para o fim adiante mencionado.

A agravante, na qualidade de locatária do prédio n° 1.424 da rua Iguatemi, nesta Capital, ali mantém uma farmácia e pretendeu vender êsse estabelecimento, mas alega que não conseguiu efetivar o negócio com vários pretendentes, devido a exigência do ora agravado, proprietário do imóvel, que pediu certa importância para concordar com a transferência da locação. Entendendo ser ilegal a exigência do locador, propôs contra êle ação ordinária, visando: *a)* a reparação do dano, a ser apurado em liquidação regular; *b)* a declaração do seu direito de alienar o fundo do comércio.

No despacho saneador, o Dr. juiz de direito, acolhendo uma preliminar suscitada pelo réu, absolveu-o da instância, alegando que os dois pedidos são inconciliáveis, mas ressalvou à autora o direito de renovar a ação desde que corrigida a irregularidade observada nesta.

Não se justifica essa conclusão absolutória, pois é possível, por uma questão de economia processual, dar andamento ao feito relativamente a um dos pedidos, uma vez que a inicial apresenta todos os requisitos para qualquer um dêles.

Irregularidades, como as dêstes autos, podem e devem ser corrigidas pelo juiz, no despacho saneador (art. 295 do Cód. de Processo), bastando marcar um prazo para a parte declarar a qual dos pedidos deseja dar seguimento.

É, aliás, função do juiz dirigir o processo por forma que assegure à causa andamento rápido, desde que os interessados não fiquem prejudicados (art. 112

do Cód. de Processo). E na espécie sòmente vantagens, e não prejuízos, resultarão para as partes, do prosseguimento da ação relativamente a um dos pedidos.

Para êsse efeito, dá-se provimento parcial ao recurso, devendo o Dr. juiz de direito marcar um prazo para a autora declarar qual dos pedidos deseja ver processado e decidido.

Custas em proporção.

São Paulo, 30 de abril de 1953. - Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Sr. desembargador LEME DA SILVA. *Francisco de Sousa Nogueira*, relator; *Pinto do Amaral*.

*

ACIDENTE DO TRABALHO - CONCUBINA

- Constitui jurisprudência cediça o reconhecimento do direito da amásia, que convivia com o acidentado, ao tempo da morte dêste, ao recebimento de indenização.

- A circunstância de haver a vítima declarado, no têrmo de nascimento de seu filho, ser casado com sua amásia, equivale ao propósito de indicá-la como sua beneficiária.

Curador de Acidentes do Trabalho de São José do Rio Pardo *versus* Alice Rodrigues Dias

Ag. nº 62.906 - Relator: DESEMBARG. SABINO JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 62.906, de São José do Rio Pardo, em que são agravantes o Dr. curador de Acidentes do Trabalho da comarca e Alice Rodrigues Dias, sendo agravados os mesmos:

Acordam, em 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório da sentença de fls., dar provimento ao agravo do Dr. curador de Acidentes, por não serem conflitantes as leis de acidentes do trabalho e do repouso remunerado (lei número 605, de 1949), e negar provimento, ao recurso da empregadora.

Em relação ao primeiro, pelos motivos constantes da minuta, cujos fundamentos adotam. A lei de acidentes de 1944 foi votada ao tempo em que os diaristas, tal como a vítima, só eram remunerados pelos dias de trabalho efetivo, nada recebendo pelos de repouso. Veio, mais tarde, a lei do repouso remunerado. Nada mais natural que a lei anterior complete com a nova, para efeito da indenização, que sempre deve ser a mais completa. O provimento é dado para que a indenização se fixe em Cr$ 34.560,00.

Quanto ao recurso da empregadora, improcede, visto que a questão da nulidade de ação, por faltar-lhe, a petição inicial e o prazo para acôrdo, foi ela bem respondida a fls. pelo Dr. curador de Acidentes. Por outro lado, constitui jurisprudência cediça o reconhecimento do direito da amásia, que convivia com o acidentado, ao tempo da morte dêste, ao recebimento de indenização. E certo que a dei exige a indicação expressa do beneficiário, tolerando, porém, seja feita por diversos meios, inclusive por qualquer ato solene de vontade (art. 11). A vítima, no registro de nascimento de sua filha, declarou-se casado com Benedita Honorata, circunstância que, embora sem outra prova do casamento, equivale ao propósito de indicá-la como sua beneficiária.

São Paulo, 11 de junho de 1953. - *Pinto do Amaral*, presidente, com voto; *Vicente Sabino Júnior*, relator; *Augusto Néri*.

*

DESAPROPRIAÇÃO - FUNDO DE COMÉRCIO - IMISSÃO DE POSSE

- O locatário do prédio expropriado, ainda que com fundo de comércio protegível, não tem direito a embaraçar a imissão de posse do expropriante no prédio.

- O fundo de comércio não faz parte da coisa, mas sòmente pode aumentar-lhe o valor jurídico é que o seu titular seja indenizado, mas esta indenização não se discute nem se fixa no processo de desapropriação, que visa ùnicamente a coisa pretendida pelo poder público.

Impetrantes: Elias Juliano Bonnard e outros

Mand. de seg. nº 62.758 - Rel.: DESEMB. PAULO COLOMBO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do processo nº 62.758, mandado de segurança de São Paulo, em que são requerentes Elias Juliano Bonnard, José Sousa Dias, Ricardo Fortunato e Aranha Marques & Venucci e é requerido o Dr. juiz de direito dos Feitos da Fazenda Municipal, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste.

Foi a segurança pedida contra ato do requerido que imitisse a Municipalidade de São Paulo na posse dois cômodos ocupados pelos requerentes no prédio da rua Quintino Bocaiuva, esquina da rua Benjamim Constant, com os ns. 147, 161 e 177, da primeira rua, e 9, da segunda, prédio êste desapropriado pela mesma Municipalidade.

A Constituição federal garante o direito da propriedade, salvo o caso de necessidade ou utilidade púbica ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 141, § 16). Daí se conclui que o interêsse público predomina sôbre o particular, acarretando a perda da propriedade, mediante indenização.

Nas ações de desapropriação, isto é, no procedimento judicial em que se fixa a indenização, são partes o poder expropriante e o proprietário. Se outras pessoas podem ser prejudicadas pela desapropriação, só em ação ordinária se decidirá a respeito è se ordenará o ressarcimento dos prejuízos.

Hoje, entre nós, desde o dec. número 24.150, de 20 de abril de 1934, o fundo de comércio é protegido, na forma por êle regulado, como um direito patrimonial do comerciante. Mas, mesmo neste caso, êle não pode influir na

desapropriação, nem constituir embaraço a que o poder público entre na posse de um bem expropriado, usando-o para fim de utilidade ou necessidade pública, ou por interêsse social. É que êsse direito ao fundo de comércio não faz parte da coisa, mas sòmente pode aumentar-lhe o valor. Jurídico é que o seu titular seja indenizado, mas esta indenização não se discute nem se fixa no processo de desapropriação, que visa ùnicamente a coisa pretendida pelo poder público.

Em voto vencedor no recurso extraordinário nº 9.557, disse o douto ministro NÉLSON HUNGRIA: "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 de desapropriação, senão por ação direta do locatário contra o expropriante" ("Arquivo Judiciário", vol. 102, pág. 26).

Neste mesmo sentido decidiu a egrégia 1ª Câmara dêste Tribunal em acórdão publicado na "Rev. dos Tribunais", vol. 197, pág. 193. Foi seguida a doutrina exposta por SEABRA FAGUNDES na obra "A Desapropriação no Direito Brasileiro".

E com muito acêrto, porque é reconhecido geralmente que a desapropriação extingue todos os direitos obrigacionais derivados da causa, inclusive a locação.

Assim, desapropriado um prédio, não tem o locatário, ainda que com fundo de comércio protegível, direito a nele permanecer. O poder público, se desapropriou o prédio, tem de ocupá-lo, de recebê-lo livremente, para dar-lhe a uso devido.

No caso dos autos, são os próprios requerentes que asseveram ter sido pedida a prévia imissão de posse, o que denota a urgência do uso da coisa pela expropriante.

Verdade que tem sido decidido que o poder público, para fazer o locatário desocupar o imóvel, tem de lançar mão da ação de despejo. Mas isto em casos especiais, como, por exemplo, terem sido, após a desapropriação, estabelecidas relações *ex locato* entre o expropriante e o locatário. O próprio acórdão citado

pelos requerentes apreciou um dêsses casos, em que ocorreram outras circunstâncias especiais.

Não tendo, assim, os requerentes direito líquido e certo, acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, denegar a segurança.

Custas pelos requerentes.

São Paulo, 28 de abril de 1953. - *Gomes de Oliveira*, presidente; *Paulo Colombo*, relator; *Amorim Lima*; *Davi Filho; P. Carvalho Pinto.*

*

MANDADO DE SEGURANÇA - ALTERAÇÃO OU AMPLIAÇÃO DO PEDIDO

- O pedido de mandado de segurança, porque deve pressupor a existência de direito líquido e certo, não pode ser alterado ou ampliado no curso do processo.

Vicente Tenerelli *versus* Câmara municipal de Echaporã

Ag. nº 62.930 - Relator: DESEMBARG. ULISSES DÓRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n° 62.930, da comarca de Assis, em que é agravante Vicente Tenerelli e agravada a Câmara Municipal de Echaporã:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

O agravante impetrou mandado de segurança contra o ato do presidente, da Câmara Municipal de Echaporã, por via do qual foi convocado o suplente de vereador José Marcelino Filho para substituir o vereador José Galli, que se afastara, com preterição do impetrante, porque, tendo êste obtido votação

idêntica à do suplente convocado, é no entanto, mais velho do que o referido suplente.

Solicitadas informações, o presidente da Câmara deu os motivos por que procedera daquela forma: visara substituir o vereador José Galli, que apenas se licenciara, e não renunciara, por outro de seu partido Todavia, verificada a irregularidade de seu ato, fôra êste revogado, fazendo-se a convocação do Impetrante.

Não obstante atendido em sua pretensão, quis o agravante que sua convocação fôsse considerada definitiva, exigindo a exibição do Livro de Atas da Câmara, sob o fundamento de que "tem fundada suspeita de que a ata de fls. foi falsificada, ou a cópia não confere com a original".

Agiu muito acertadamente o Dr. juiz de direito ao declarar prejudicado o pedido, uma vez que a Pretensão do Impetrante já se achava satisfeita.

É de meridiana evidência que o mandado de segurança, porque pressupõe a existência de direito líquido e certo, isto é, preciso e determinado, não pode ser pedido em têrmos menos amplos na inicial, e modificado no curo do processo.

As questões relativas à permanência temporária ou definitiva na substituição do vereador afastado e a de requisição do Livro de Atas não se enquadram no pedido inicial, já integralmente atendido.

A injuridicidade do recurso se mostrou tão incisiva ao Ministério Público, que o Dr. subprocurador geral chegou a opinar pelo não-conhecimento do agravo. Esta preliminar, todavia, foi desde logo afastada pela Turma julgadora por se considerar pertinente a o próprio mérito, sendo com êste resolvida.

Em vista do exposto, confirmam a decisão agravada, que decidiu com apoio no direito aplicável ao caso.

São Paulo, 22 de maio de 1953 - *João M. C. Lacerda*, presidente; *Ulisses Dória,* relator; *Justino Pinheiro.*

Foi voto vencedor o desembargador SILVA LIMA.

ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - NÃO-COMPARECIMENTO DO ADVOGADO - ADIAMENTO

- Tem-se entendido admissível a prova "a posteriori" dos motivos impedientes do comparecimento do advogado à audiência de instrução e julgamento.

Espólios de Alfredo Antônio Mariano Fagundes e sua mulher *versus* José Franco da Silveira, sua mulher e outros

Ag. nº 62.644 - Relator: DESEMBARG. CANTIDIANO DE ALMEIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 62.644, da comarca de São Paulo, agravantes os espólios de Alfredo Antônio Mariano Fagundes e sua mulher e agravados José Franco da Silveira, sua mulher e outros:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, a fim de tornar sem efeito a absolvição de instância decretada, prosseguindo-se no processo, com a designação de nova audiência de instrução e julgamento. Correrão por conta dos agravantes, porém, as despesas com o adiamento (Cód. de Processo Civil, art. 266, parág. único).

Custas do agravo pelos vencidos.

Na demanda, que se processa na 8ª Vara Cível, proposta pelos espólios de Alfredo Antônio Mariano Fagundes e sua mulher contra José Franco da Silveira, sua mulher e outros, designada audiência de instrução e julgamento para o dia 22 de janeiro do corrente ano, a ela não compareceu o procurador doa autores. Mandou o juiz, diante de requerimento dos réus, pretendendo a absolvição da instância, sôbre o pedido dissessem os requeridos. Fêz juntar o advogado dêstes, petição datada do dia anterior - o da audiência - em que

solicitava o adiamento, por motivo de moléstia. Ouvidos es contrários, que impugnaram tal justificativa, o magistrado decretou a absolvição da instância (fls.).

Agravaram os autores, contraminutando o recurso os requerentes da medida.

Mantida a decisão, subiram os autos.

É exato, dispõe o art. 266, parág. único, do Cód. de Proc. Civil, que a razão fôrça maior, a aliviar o mandatário da autor da penalidade (Cód. de Proc. Civil; art. 266, n° I), deve ser provada, em hipóteses semelhantes, até a abertura da audiência.

Aqui, pelo que se apura, das datas da petição, que denunciava a moléstia, e do atestado, com firma reconhecida, providenciou o interessado sua apresentação, no mesmo dia da audiência. Se não chegou oportunamente às mãos do Dr. juiz: de direito, por um motivo ou outro, caso seria para desprezar tal mostra, máxime quando dela inteirado o julgador, antes de solucionar a controvérsia. A exemplo de copiosa jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal ("Arq. Judiciário", vol. 95, pág. 289; "Jurisprudência", do "Diário da Justiça", da União, de 14 de agôsto de 1947, pág. 3.530, e de 12 de abril de 1948, pág. 1.254), tem-se sempre entendido admissível a prova, *a posteriori*, dos motivos impedientes do comparecimento do advogado à audiência de instrução e julgamento. E, na espécie, ainda não fôsse feita com antecedência, chegou logo após, nada impedindo o magistrado de verificá-la, primeiramente. Quanto à razão, a impedir o procurador dos agravantes de comparecer à audiência, vem declarada, por profissional da medicina, com firma reconhecida. Merece crédito tal atestação, não desfeita por prova em contrário. Nem se há de falarem protelação, como móvel do adiamento, cuidando-se de custosa demanda reivindicatória, já em têrmos de solucionar-se. Aliás, ao julgador, designando audiências, sem largos intervalos, ou ressalvando a substituição do representante, impossibilitado de patrocinar a causa, persistindo o impedimento, caberá arredar os efeitos de qualquer atraso, se tentado, de futuro.

Provêm o recurso, por êsses fundamentos, que deparam arrimo, igualmente, em julgados dêste Tribunal ("Rev. dos Tribunais", vols. 158-796, 160-106, 174-

301, 178-389, 180-787 e 184-272), a acolher a justificação posterior, não destruível em face de simples presunção de graciosidade ("Rev. dos Tribunais", vol. 188, página 317).

São Paulo, 23 de abril de 1953. - *Rafael de Barros Monteiro*, presidente, com voto; *Cantidiano de Almeida*, relator; *Edgar de Moura Bittencourt*.

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - INSTALAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL - PROVA DE SINCERIDADE

- Quando o pedido de retomada é feito para fim comercial é dispensável a prova da necessidade, embora o locador resida em prédio próprio.

- Pode o locatário pretender provar a insinceridade do pedido de retomada para uso próprio pelo locador, não bastando assim que já existam sanções na lei para a hipótese de inadimplemento do alegado por êle.

Júlio Dias Duarte **versus** António Vaz

Embs. nº 42.432 - Relator: DESEMBARGADOR DAVI FILHO - Ac. do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 22 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.786)

*

"COISA JULGADA - EFEITOS - COMPRA E VENDA - IMÓVEL VENDIDO "AD CORPUS"

- A sentença como ato estatal é válida e eficaz **erga omnes**, mas imutável apenas em relação aos que foram partes no processo.

- Se houve excesso de área na transmissão de propriedade, nenhum direito cabe aos sucessores do alienante de reclamar a devolução dêsse excesso ao comprador, se a venda foi feita **ad corpus.**

Carlos Freire de Figueiredo e outros **versus** Cia. Antártica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos e outros

Ap. nº 46.905 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 8 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.787)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - PREPOSTO

- A culpa do preposto, quando procede com imprudência ou imperícia manifestas, ou com inobservância de preceito regulamentar, envolve a do preponente.

Cia. Municipal de Transportes Coletivos **versus** Sebastião Francisco Ferreira

Ap. nº 52.846 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 22 de fevereiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.788)

*

INVENTÁRIO - ADJUDICAÇÃO DE TODOS OS BENS À VIÚVA MEEIRA - SONEGADOS

- É nula a adjudicação de todos os bens à viúva meeira, se foi ocultada a existência de ascendente do **de cujus**, com flagrante violação aos arts. 1.603, nº II, e 1.606 do Código Civil.

- A ação de sonegados só pode ser intentada depois das declarações finais no processo de inventário, de acôrdo com a regra do art. 1.780 do Cód. Civil e do art. 474 do Cód. de Proc. Civil.

D. Maria Lopes Venegas **versus** Maria Luchi ou Maria Porras Luque

Ap. nº 53.104 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 8 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.789)

*

MORATÓRIA PECUARISTA - EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO

- O emitente de nota promissória, sendo devedor principal, não pode pedir exoneração de sua responsabilidade, nos têrmos do artigo 7º da lei nº 209, pois não é co-obrigado.

Banco Comercial do Estado de São Paulo e outros **versus** Agro Pastoril Palmeiras Ltda.

Ap. nº 54.050 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 15 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.790)

*

LOCAÇÃO - MAU USO DA PROPRIEDADE - MULTA CONTRATUAL - PERDAS E DANOS

- O mau uso da propriedade coloca o locatário na situação de responder pela multa contratual e de reparar as perdas e danos a que der causa.

- Não tem caráter compensatório a cláusula penal fixada no contrato para o caso de violação de qualquer de suas cláusulas e não como prévia estimativa de perdas e danos a se verificarem pelo mau uso da propriedade.

Manuel Moreira de Azevedo **versus** Vidraria Catedral

Ap. nº 54.809 - Relator: DESEMBARGADOR ULISSES DÓRIA - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 18 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.791)

*

SENTENÇA - DOCUMENTOS

- É nula a sentença proferida com base em documentos, sôbre os quais não foram ouvidas as partes.

Cândida Gambasim e outros **versus** Lourenço Bernardi

Ap. nº 54.818 - Relator: DESEMBARGADOR SABINO JÚNIOR - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 8 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.792)

*

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - FIM COMERCIAL - PROVA DE NECESSIDADE

- Não exige a lei a prova da necessidade quando o pedido de retomada da ré é para uso comercial ou industrial.

- Não é dado ao locatário pretender provar a insinceridade do pedido do locador quando a retomada é para uso comercial ou industrial. Se êle não se instalar no

prédio pretendido, não o usar, como alegou, incorrerá nas sanções estatuídas em lei.

Narchi & Cia. **versus** Jorge Heide

Embs. nº 54.829 - Relator: DESEMBARGADOR TOMAS CARVALHAL - Ac. do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 15 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.793)

*

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - APARTAMENTOS DISTINTOS - PEDIDO DE UM

- O fato de uma locação compreender vários apartamentos distintos não impede que o locador retome um dêles para seu uso. A retomada pretendida em nada afetará o uso dos demais, não se verificando o desvirtuamento da finalidade do arrendamento.

- Ao julgador é vedado o confronto da necessidade do senhorio com aquela do locatário, porque viria então êsse confronto ferir o direito de propriedade.

Hotel São Bento S.A. **versus** Antônio Gordinho Filho

Embs. nº 55.292 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS - Ac. do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 3 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.794)

*

FILIAÇÃO ILEGÍTIMA - RECONHECIMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA - RESSALVA

- O reconhecimento de filiação é em regra irretratável. Só se admite a ressalva, ou contra-declaração, para prova da simulação, quando revele uma razão, ou justificativa, de natureza séria e importante, para o ato ostensivo.

Rosa Ursaia **versus** Teresa Mônaco Ursaia e outra

Ap. nº 55.502 - Relator: DESEMBARGADOR PEDRO CHAVES - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 13 de março de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.795)

*

COMPRA E VENDA MERCANTIL - FALTA DE ENTREGA DA MERCADORIA - INTERPELAÇÃO - INDENIZAÇÃO

- Tratando-se de compra e venda mercantil, para que qualquer dos contratantes seja constituído em mora, é indispensável Interpelação judicial, nos têrmos do art. 205 do Cód. do Comércio.

- A indenização devida ao comprador pela não entrega da mercadoria deve ser calculada pela diferença entre o preço do negócio e o da cotação do produto por ocasião da interpelação.

S.A. Indústrias Votorantim **versus** Fernando Marcondes

Embs. nº 55.544 - Relator: DESEMBARGADOR SALES JÚNIOR - Ac. do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 22 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.796)

*

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - DURAÇÃO

- Fixado pelo contrato social um prazo certo de duração, e subordinada esta ao consenso unânime dos interessados, uma vez esgotado o lapso e feita antecipadamente, por um dos cotistas, a denúncia de sua prorrogação, considera-se dissolvida pleno jure a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, depois de expirado o prazo contratual.

M. Nascimento Júnior & Cia. Ltda. e outros **versus** Fernando Nascimento

Ap. nº 56.031 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 7 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.797)

*

EMBARGOS DE TERCEIRO - RECURSO - SEPARAÇÃO DE BENS

- O recurso específico para a sentença proferida em embargos de terceiro é o agravo de instrumento. Mas, como a jurisprudência se mostra vacilante, ora admitindo êsse, ora o de apelação, toma-se conhecimento do interposto erradamente pela parte, aplicando-se a regra do art. 810 do Cód. de Proc. Civil.

- Se os bens penhorados na ação executiva movida ao marido figuram como tendo sido comprados pela mulher, com êle casada pelo regime da completa separação, e se consta que ela já possuía bens de seu primeiro casamento e que dispõe de meios para substituir móveis antigos e comprar novos, é de se concluir, iniludìvelmente, que os bens penhorados lhe pertencem e não ao casal.

Maria Zuliam Caldas Viana **versus** Banco Central de Crédito S.A.

Ap. nº 56.034 - Relator: DESEMBARGADOR SABINO JÚNIOR - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 8 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.798)

*

DESQUITE LITIGIOSO - REVELIA DA RÉ - CITAÇÃO POR EDITAL - RECURSO "EX OFFICIO"

- Não cabe apelação **ex officio** em processo de desquite contencioso, mesmo que a ré tenha sido citada por editais.

Apelados: Edwin Leopold Haslinger Filho e sua mulher

Ap. nº 56.148 - Relator: DESEMBARGADOR SOUSA NOGUEIRA - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 6 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.799)

*

APELAÇÃO - PRAZO - POSSESSÓRIA - REINTEGRAÇÃO

- O prazo para a interposição do recurso de apelação termina com o último instante do último dia civil. Assim, entregue ao escrivão, depois de encerrado o expediente forense e apresentado em cartório na primeira hora do dia seguinte, deve-se considerar o recurso, dentro do prazo.

- Não tendo os réus demonstrado que haviam saldado o compromisso, com o que os autores não teriam ação contra êle, e tendo externado, positivamente, a intenção de se considerarem possuidores a outro título, havendo promovido atos neste sentido, com exclusão da posse indireta dos autores, o que constitui esbulho, julga-se procedente a ação.

Lázaro de Sousa Mendes **versus** Sesóstenes Medeiros da Silva e outros

Ap. nº 56.649 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE - Ac. da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de março de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.800)

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA - LEGATÁRIO PRÉ-MORTO - SOBRINHO

- Caduca o legado se o herdeiro ou legatário falecer antes do testador.

- Para filhos de sobrinhos não se dá direito de representação.

Inácia Alves Silveira e outros **versus** Antônio Martins da Silveira e outros

Ap. nº 56.895 - Relator: DESEMBARGADOR SALES JÚNIOR - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 29 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.801)

*

EXECUTIVO HIPOTECÁRIO - LIQUIDEZ DA DÍVIDA - TRANSAÇÃO - AUMENTO DA DÍVIDA - NOVAÇÃO

- A liquidez da dívida pode ser apurada a final, não havendo necessidade de verificação prévia.

- O aumento da dívida é considerado pelo Código como outra hipoteca, e, portanto, a sua inscrição está dependente dos requisitos legais, não podendo ser feita mediante simples averbação.

- A transação e a novação realizadas entre o devedor e o cessionário do primitivo credor, sem intervenção alguma do segundo credor, extinguem a obrigação e, por isso mesmo, elas não são causas impeditivas do direito dêsse segundo credor, pois a nova dívida não prevalece com relação ao seu crédito.

Francisco Furtado de Andrade e sua mulher **versus** "Companhia Drogadada" - Droguista de Expansão Varejista

Ap. nº 57.041 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 2 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.802)

*

JUROS DA MORA - OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA

- Tratando-se de obrigação ilíquida, não de procedimento malicioso, ou simplesmente maldoso, mas resultante tão-só de negligência, sem maldade, os juros devem ser contados a partir da citação inicial.

José Cândido Ferreira **versus** Ernesto Cavalin

Ap. nº 57.063 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA - Ac. da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 3 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.803)

*

SOCIEDADE ANÔNIMA - INTEGRALIZAÇÃO DE AÇÕES

- Não pode o acionista, para se eximir do pagamento de ações subscritas, alegar, em defesa, nulidade de constituição ou vício de funcionamento da sociedade. Tal defesa é inadmissível.

Dr. Benedito Manhães Barreto **versus** Sociedade de Transportes Aéreos Regionais S.A.

Ap. nº 57.522 - Relator: DESEMBARGADOR SALES JÚNIOR - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 8 de maio de 1959.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.804)

*

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - MUDANÇA DE TÍTULO DE POSSE - PERDAS E DANOS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Verifica-se o esbulho se aquêle a quem foi cedido o imóvel a título precário muda o título dessa posse, transformando-a em posse exclusiva, afastando o possuidor direto.

- O atentado à posse constitui ato ilícito, o que dá motivo a pagamento de perdas e danos e condenação em honorários de advogado.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** S.A. Rebêlo Alves Comissária e Exportadora de Café

Ap. nº 57.603 - Relator: DESEMBARGADOR SILVA LIMA - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 18 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.805)

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - INADIMPLEMENTO PELO PROMITENTE-VENDEDOR - DEVOLUÇÃO DO SINAL EM DOBRO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- A devolução em dôbro do sinal, quando pleiteada judicialmente, não exclui a indenização de perdas e danos, que inclui verba para honorários de advogado.

Joaquim Ruivo **versus** Osvaldo Ferraz Alvim

Ap. nº 57.627 - Relator: DESEMBARGADOR SALES JÚNIOR - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 24 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.806)

*

SEGURO - TRANSPORTE DE MERCADORIAS - APÓLICE EMITIDA EM NOME DO TRANSPORTADOR - INUTILIZAÇÃO DE COISAS EMBARCADAS

- Emitida a apólice de seguro em nome do transportador, a êste compete exigir da seguradora o pagamento do seguro em caso do sinistro. O que se pode admitir é a existência de uma legitimidade concorrente do transportador e do embarcador, podendo a seguradora opor, quando aquêle promova a ação, o que já tenha pago ao segundo ou com êste tenha ficado, de direito, resolvido.

Cia. Rochedo de Seguros S.A. e outro **versus** E. Figueiredo & Cia. Ltda.

Ap. nº 57.685 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 27 de março de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.807)

*

APELAÇÃO - CONTRA-RAZÕES JUNTAS TARDIAMENTE

- Não se atende ao pedido de desentranhamento de contra-razões oferecidas intempestivamente, porque é sabido que elas não constituem têrmo essencial à validade do recurso. A omissão de oferecê-las, tem o caráter de revelia, pelo que se permite, apesar dela, ao apelado, intervir no processo, em qualquer fase, salvo proferir defesa oral, por não haver o que sustentar.

José Américo Cartucchi **versus** Vitório Stefano

Ap. nº 57.771 - Relator: DESEMBARGADOR SABINO JÚNIOR - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 22 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.808)

*

CONCUBINA - SALÁRIOS

- Não tem a concubina direito de cobrar do amásio salários pelos serviços a êle prestados durante o concubinato, se não provou que suas atividades teriam contribuído para a formação do patrimônio daquele. Êsses serviços, meramente caseiros, são compensáveis com o dinheiro gasto pelo amante com a companheira.

Judite Alice de Almeida e seus filhos **versus** Silvino Simões de Ataíde

Ap. nº 57.857 - Relator: DESEMBARGADOR SALES JÚNIOR - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 29 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.809)

*

COMISSÃO MERCANTIL - PROVA - CONTRATO COM FINANCIAMENTO - VENDA DE CAFÉ

- O Cód. Comercial não estabeleceu forma especial para o contrato de comissão mercantil, podendo ser provado por todos os meios admitidos em direito.

- A inclusão, no contrato de comissão mercantil, de um elemento diferencial, o financiamento, dá ao contrato um caráter **sui generis**. E, assim, não pode êsse contrato, configuradamente alterado, ficar estritamente sujeito aos preceitos que regem a comissão mercantil, pura e simples.

- Sempre que o café esteja financiado, e não haja estipulação expressa em contrário, pode o comissário vendê-lo independentemente de prévia consulta ao comitente.

João Manuel Aran **versus** S.A. Cafeeira Arruda & Irmão

Ap. nº 57.891 - Relator: DESEMBARGADOR J. M. GONZAGA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 23 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.810)

*

EVICÇÃO - INDENIZAÇÃO AO EVICTO - CÁLCULO - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - CHAMAMENTO À AUTORIA

- Para apuração dos prejuízos resultantes da evicção, deve tomar-se por base o valor da coisa ao tempo em que se venceu.

- É desnecessária a notificação a que alude o art. 1.116 do Cód. Civil, se o alienante já foi inicialmente citado, como parte no litígio.

Antônio Simões e sua mulher **versus** Vicente Catanzaro e sua mulher

Ap. nº 58.298 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS - Ac. da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 17 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.811)

*

USUFRUTO - AVANÇO DE LEGÍTIMA

- Tratando-se de bens doados em adiantamento de legítima, não pode o doador gravá-los com usufruto em favor do cônjuge supérstite, para valer após a sua morte.

- Se os bens foram doados em adiantamento de legítima, com as cláusulas de Inalienabilidade e impenhorabilidade, para valerem enquanto os doadores viverem, não podem ser cancelados os vínculos relativos à parte do que falecer.

Antônio Ziggiatti, sua mulher e outros **versus** Dr. curador de Resíduos

Ap. nº 58.331 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 24 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.812)

*

PROVA - TESTEMUNHA - DEPOIMENTO - RETIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL - SENTENÇA - FALTA DE AUDIÊNCIA SÔBRE DOCUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DESASTRE - PREPOSTO

- Não tem o valor de depoimento a declaração extrajudicial pela qual a testemunha pretende retificar aquele que prestou perante o juiz e as partes.

- Repele-se a argüição de nulidade da sentença, por falta de audiência sôbre documento junto após a instrução, se ela é pedida pelo próprio autor apelante e a solução do mérito da demanda lhe é favorável.

- Os fatos casuais só não são punidos civil e criminalmente quando sobrevierem sem que haja a menor falta a censurar no agente.

- Quem guia com desatenção e, excedendo-se em velocidade, pode prever as conseqüências do próprio ato; e quem deixa de prover aos cuidados com veículos pesados, como os ônibus, trafegando por ruas e estradas movimentadíssimas, pode facilmente prever o que acontecerá se os breques não estiverem em bom funcionamento.

Benedito Camargo Galvão **versus** Auto-Viação São Bernardo do Campo Ltda.

Ap. nº 58.360 - Relator: DESEMBARGADOR SILVA LIMA - Ac. da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 25 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.813)

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - ARREPENDIMENTO DO PROMITENTE-VENDEDOR - CLÁUSULA DE IRRETATABILIDADE

- Negando-se o promitente-vendedor a cumprir o compromisso de compra e venda de imóvel, celebrado com a cláusula de irretratabilidade, deve restituir o sinal simples, dada a sua natureza confirmatória, acrescido, todavia, dos juros da mora desde a data do seu recebimento, devendo ainda pagar perdas e danos com juros moratórios a partir da citação inicial e honorários de advogado.

Kemel Addas **versus** Nicolau Jacinto

Ap. nº 58.535 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 18 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.814)

*

PRESTAÇÃO DE CONTAS - CREDOR - CAUÇÃO DE TÍTULOS CAMBIAIS

- Está obrigado á prestação de contas o credor que, para cobertura de seu crédito, recebeu em caução títulos cambiais. Não o alforria desse dever o haver apresentado, em processo de falência, extrato demonstrativo de seu crédito.

Umberto Sangiovani e outra **versus** Casa Bancária Pan Americana Mercantil e Industrial S.A.

Ap. nº 58.537 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS - Ac. da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.815)

DESQUITE AMIGÁVEL - RENÚNCIA DA MEAÇÃO

- Sòmente após a partilha e pelos meios regulares poderá um dos cônjuges, no desquite por mútuo consentimento, renunciar a parte dos seus bens, importando êsse ato em doação.

Horácio Di Giulio **versus** Clarice Ferreira Bernardo Di Giulis

Ap. nº 58.629 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 2 de maio de 1962.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.816)

*

DESQUITE AMIGÁVEL - RENÚNCIA A ALIMENTOS

- O cônjuge varão só ficará com a obrigação de alimentos futuros, quando assim fôr convencionado no desquite. Se, ao contrário, a convenção é no sentido de isentar o marido dessa obrigação **post** desquite, por ter ficado a mulher com bens suficientes à sua mantença não deve o juiz assumir uma estranha tutela de pessoa maior e capaz e impor ao ex-espôso a obrigação alimentar.

Sebastião Perozzi Viel **versus** Abigail Abrão Perozzi

Ap. nº 68.626 - Relator: DESEMBARGADOR SILVA LIMA - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo em 2 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.817)

*

DEMARCAÇÃO - FÉRIAS FORENSES - SENTENÇA

- A decisão homologatória de demarcação não se considera ato de jurisdição voluntária ou graciosa, em que o juiz Intervém apenas para homologar o acôrdo ou a vontade das partes: mas de jurisdição contenciosa, em que houve litígio e contestação das partes.

Ângela Meireles Macedo e seu marido **versus** N. Baracat & Cia. e outros

Ap. nº 58.639 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO ROBERTO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 20 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.818)

*

DESPEJO - FALTA DE PAGAMENTO - PURGAÇÕES REITERADAS DA MORA

- Não há infração contratual ou legal na reiteração do direito de pagar os aluguéis no prazo da defesa.

Eurico de Araújo Alves Lôbo **versus** Joaquim Pereira de Araújo Mala

Ap. nº 58.652 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.819)

*

RETOMADA PARA DEMOLIÇÃO - EDIFICAÇÃO DE MAIOR CAPACIDADE DE UTILIZAÇÃO

- A maior capacidade de utilização a que se refere a Lei do Inquilinato não se restringe à finalidade residencial do prédio a ser demolido ou reformado,

máxime em se tratando de construção obsoleta situada em zona que vai perdendo seu caráter residencial.

Antônio Pellini **versus** Alberto Franco

Ap. nº 58.694 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 2 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.820)

*

COMPRA E VENDA MERCANTIL - DEPÓSITO DA COISA

- Para que o vendedor possa demandar o comprador pelo pagamento do preço, deve requerer o depósito judicial da coisa vendida e não-recebida pelo adquirente.

Elétrica Importadora Ltda. **versus** English Exporters (London) Ltd.

Ap. nº 58.750 - Relator: DESEMBARGADOR PINTO DO AMARAL - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 2 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.821)

REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO

- Julga-se procedente o pedido de retificação de assento de nascimento para o fim de corrigir-se êrro consistente na supressão de um dos apelidos de família no nome dos pais do requerente.

Apelante: João Aparecido Vieira da Silva

Ap. nº 58.791 - Relator: DESEMBARGADOR DAVI FILHO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 20 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.822)

*

FRAUDE DE EXECUÇÃO - ALIENAÇÃO FEITA APÓS O PROTESTO DO TÍTULO - FRAUDE CONTRA CREDORES - EMBARGOS DE TERCEIRO

- A alienação de bens feita após o protesto do título exeqüendo não constitui fraude de execução, mas fraude contra credores, a qual, sendo causa apenas de anulabilidade, depende, para ser reconhecida, de ação especial. Só a sentença dá lugar a execução aparelhada; não os títulos executivos.

Virgínio Figueiredo Sobrinho e sua mulher **versus** Henrique Bruscato

Ap. nº 58.939 - Relator: DESEMBARGADOR J. M. GONZAGA - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 27 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.823)

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - CÁLCULO

- O impôsto de transmissão de propriedade **causa mortis** deverá ser pago pelo valor dos bens na época em que se deu a abertura da sucessão e de acôrdo com a lei vigente na ocasião.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Espólio de Benjamim Torretan

Ag. nº 49.202 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 25 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.824)

*

SOCIEDADE COMERCIAL - LIQUIDAÇÃO - NOMEAÇÃO DE LIQUIDANTE

- Deve a nomeação de liquidante recair no sócio que reunir a maioria de sufrágios computada pela maioria dos sócios que votarem.

Roberto Neury Meireles **versus** Urbano Fólix de Araújo Cintra

Ag. nº 58.576 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS - Ac. da 4ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 8 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.825)

*

INVENTÁRIO - LICITAÇÃO

- A licitação pressupõe que o bem a partilhar seja pedido em adjudicação por dois ou mais interessados, sem que haja acôrdo entre êles; que a coisa não seja suscetível de cômoda divisão, nem se possa atribui-la a um só dos herdeiros.

Vicenta Pecoraro Marcolin e seu marido **versus** Nicolino Pecoraro e outros

Ag. nº 58.583 - Relator: DESEMBARGADOR SILVA LIMA - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 2 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.826)

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - PROMESSA DE VENDA - PAGAMENTO A PRESTAÇÕES

- Se o **de cujus** compromissou à venda, mediante pagamento a prestações, certa propriedade, e se por ocasião do seu falecimento não estava o compromisso

inteiramente pago, deve o impôsto de transmissão de propriedade **causa mortis** incidir sôbre o crédito restante do espólio e não sôbre o valor do imóvel.

Carmelina Correia de Oliveira **versus** Fazenda do Estado de São Paulo

Ag. nº 58.663 - Relator: DESEMBARGADOR J. R. A. VALIM - Ac. da 3ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 8 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.827)

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - FALÊNCIA - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

- Em face da inexistência de contrato, pelo vencimento do prazo, os sócios de sociedade por cotas de responsabilidade limitada tornam-se responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Nem por isso podem ser declarados falidos em caso de falência da sociedade. Mas seus bens particulares sujeitam-se à arrecadação juntamente com a dos bens sociais.

Gino Buratini **versus** Massa falida da Fábrica de Parafusos São Paulo Ltda.

Ag. nº 58.859 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 2 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.828)

*

RECURSO - INTIMAÇÃO PELA IMPRENSA OFICIAL - DESERÇÃO

- A publicação da notificação de um ato ou de um prazo judicial, pela imprensa oficial, gera a presunção **juris et de jure** de que o advogado ia parte interessada tomou conhecimento e ficou intimado.

Melhem Simão **versus** José Vitorino França e outros

Ap. nº 440 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 30 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.829)

*

APELAÇÃO - PRAZO

- Sòmente com a juntada aos autos da petição é que se considera interposta a apelação.

Pedro Severino de Sousa **versus** Geraldo Estêves

Ap. nº 1.059 - Relator: DESEMBARGADOR JUAREZ BEZERRA - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 19 de março de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.830)

*

COMINATÓRIA - JANELA - SETEIRAS

- O simples levantamento de parede a menos de metro e meio por si só não dá ao» vizinho o direito de embargar a obra.

- Não se equiparam a janela, proibida de ser construída a menos de metro e meio do vizinho, as frestas, seteiras ou óculos, destinados exclusivamente ao coamento da luz, que, embora tendo dimensões maiores do que 10 cm. de largura por 20 de altura, estejam providos de caixilhos fixos dotados de vidros granitados ou martelados que impeçam o devassamento do imóvel contíguo.

Italo D'Andretta e outros **versus** Major Antônio Reinaldo Gonçalves e sua mulher

Ap. nº 1.103 - Relator: DESEMBARGADOR EUCLIDES DA SILVEIRA - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 23 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.831).

*

COMINATÓRIA - OBRAS CLANDESTINAS - DEMOLIÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- É de rigor a condenação do réu no pagamento de honorários de advogado, em ação cominatória intentada pela Municipalidade para demolição de obras clandestinas, pois a ação resulta de seu procedimento culposo.

Municipalidade de São Paulo **versus** Gabriela Brossi

Ap. nº 1.240 - Relator: DESEMBARGADOR JUAREZ BEZERRA - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 26 de março de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.832)

*

SERVIDÃO DE LUZ - INSTITUIÇÃO POR CONVENÇÃO

- Ante a incerteza da cláusula Instituidora, deve socorrer-se, consoante ensinamento da doutrina, ao modo uniforme com que a servidão vem sendo exercida, para estabelecer-se seus exatos limites.

Giulio Amanti e sua mulher **versus** Francisco Guglielmi, sua mulher e outro

Ap. nº 1.253 - Relator: DESEMBARGADOR SALES JÚNIOR - Ac. da 2ª Câmara Cível do

Trib. de Alçada de São Paulo, em 19 de março de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.833)

*

EXECUTIVO HIPOTECÁRIO - ESCRITURA PÚBLICA

- Credor por dívida confessada em escritura pública tem por si a presunção de liquidez e certeza do débito para sua cobrança.

Sebastião Pinto de Sousa **versus** José Franco de Camargo

Ap. nº 1.522 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 30 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8:834)

*

COMINATÓRIA - AÇÃO NÃO-CONTESTADA - SENTENÇA

- Não contestada a ação cominatória, ou não cumprida a obrigação pelo réu, o juiz deve desde logo, independentemente de audiência de instrução e julgamento, proferir a sentença.

Abílio Augusto Monteiro e sua mulher **versus** Municipalidade de São Paulo

Ap. nº 1.559 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 2 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.835)

*

CHEQUE - CONTRA-ORDEM

- É justa a recusa de pagamento de cheque se houve contra-ordem, embora não motivada.

António Pedro **versus** Banco Ribeiro Junqueira S.A.

Ap. nº 1.632 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.836)

*

SENTENÇA - ÊRRO DE ESCRITA

- Não constitui nulidade da sentença simples êrro de escrita relativa ao nome de uma das partes.

Boros Paulo **versus** Lázaro de Melo Brandão

Ap. nº 1.667 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 23 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.837)

*

CLÁUSULA PENAL - MULTA CONTRATUAL - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Na multa contratual, compensatória, salvo convenção em contrário, está compreendida a verba de honorários de advogado como parcela das perdas e danos por meio dela prefixados.

Dr. José Mestres **versus** Perez de Morais e outro

Ap. nº 1.756 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 14 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.838)

*

POSSESSÓRIA - TERRENO DE MARINHA

- Para a procedência da ação possessória contra réu que contestou em juízo o direito do autor, não é necessário que detenha qualquer parcela do imóvel.

- Embora se trate de terreno de marinha, no todo ou em parte, o seu possuidor turbado tem direito de ser manutenido pela simples respeito que se deve à posse, principalmente contra quem não apresenta título provindo da Fazenda Nacional.

Manuel Cavalcânti de Sousa e outros **versus** Espólio de Álvaro Macedo Guimarães

Ap. nº 1.768 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.839)

APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA - DEPÓSITO JUDICIAL - DEPOSITÁRIO QUE DEIXA DE RECEBER JUROS

- Ao depositário judicial de apólices da dívida pública compete receber os juros respectivos, no momento oportuno, sob pena de responder pelos prejuízos causados com sua inércia.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Maria Fioravanti e outros

Ap. nº 1.858 - Relator: DESEMBARGADOR PEREIRA DA COSTA - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 15 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.840)

*

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - ARGÜIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - RECURSO "EX OFFICIO"

- O juízo de primeira instância, quando reconhece a existência de inconstitucionalidade, não fica por isto obrigado a recorrer **ex officio**. Negar-lhe o pronunciamento a respeito, seria, por outro lado, suprimir uma instância no julgamento, o que também não é admissível.

Julieta Orbi Macedo **versus** Assad Jorge e outro

Ag. nº 1.829 - Relator: DESEMBARGADOR GÓIS NOBRE - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 30 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.841)

*

INTIMAÇÃO POR CARTA - PRAZO

- Nas intimações por meio de carta do escrivão, o prazo para recurso começa de sua entrega ao destinatário.

Virgínia Santana de Carvalho **versus** Caetano Caruso

Ag. nº 1.864 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.842)

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- O impôsto de transmissão de propriedade **causa mortis**, em se tratando de imóvel objeto de promessa de compra e venda, não obstante integralmente pago o preço, deve incidir sôbre o valor decorrente do compromisso e não sôbre o valor do terreno.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Espólio de Ângelo Scolfaro

Ag. nº 1.993 - Relator: DESEMBARGADOR EUCLIDES DA SILVEIRA - Ac. da 1ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 13 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.843)

*

EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA - MÓVEIS

- Salvo prova em contrário, a cargo do embargado, consideram-se pertencentes ao terceiro embargante os móveis penhorados em prédio de sua propriedade e residência, principalmente havendo prova documental de sua compra.

João Maria Coelho **versus** Valdemar Brandi

Ag. nº 2.002 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.844)

*

IMPÔSTO SÔBRE VENDAS E CONSIGNAÇÕES - DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE

- A dissolução de uma sociedade, com a continuação do negócio por um dos ex-sócios da firma extinta, não está sujeita ao pagamento do impôsto de vendas

e consignações. Não se verifica, no caso, transferência onerosa do fundo de comércio, venda no sentido fiscalista.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Tufi Mereb

Ag. nº 1.843 - Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES FARO - Ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 23 de abril de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.845)

DESPEJO - NOTIFICAÇÃO JUDICIAL

- Não se anula ação de despejo por defeito da notificação judicial, sob a alegação de falta de mandato, se a nulidade não foi argüida inicialmente e houve oportuna ratificação dos atos praticados.

Adriano Tavares da Rocha **versus** Antônio Carmelo Trabuzo

Ag. nº 1.859 - Relator: DESEMBARGADOR GYGES PRADO - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.846)

*

EMPREITADA - SERVIÇOS EM REFORMA DE PRÉDIO

- O que o art. 30, **a**, do dec. nº 23.569, de 1933, considera como atribuição do arquiteto, ou engenheiro-arquiteto, é o "estudo, projeto, direção, fiscalização e construção de edifícios, com tôdas as suas obras complementares". Não se inclui nessas atribuições a simples reforma do prédio já existente, factível por empreiteiro não inscrito no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura.

José Maria Castilho **versus** Silvério Henriques

Ag. nº 1.880 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU - Ac. da 2ª Câmara Cível do Trib. de Alçada de São Paulo, em 7 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.847)

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

HERANÇA - PRESCRIÇÃO - INCAPAZES

- O art. 1º do dec.-lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, dispondo que, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados, como vacantes, passarão ao domínio do Estado ou ao do Distrito Federal, se o "de cujus" tiver tido domicílio nas respectivas circunscrições, ou se incorporarão ao domínio da União, se o domicílio tiver sido em território ainda não constituído em Estado, não revogou, nem implícita e nem explìcitamente, o princípio geral e dominante do art. 169, inciso I, do Cód. Civil, que declara não correr a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 54. A interrupção do prazo prescricional em prol dos incapazes é medida especial de proteção, uma espécie de "restitutio in integrum", contra o prejuízo que a negligência de seus representantes legais poderia lhes causar.

Judite Cristina de Castro ou Judite Cristina Fortunato *versus* Espólio de Marcelino José Raimundo

Ap. nº 8.522 - Relator: DESEMBARG. GONÇALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de apelação nº 8.522, da comarca de São Domingos do Prata, em que é apelante Judite Cristina de Castro ou Judite Cristina Fortunato e apelado o espólio de Marcelino José Raimundo:

Integrando neste o relatório de fls., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por votação unânime, conhecer do recurso e provê-lo.

De limine:

Não consideram deserta a apelação por falta de preparo prévio, porque a juntada do instrumento de mandato, a fôlhas 95, não importa em renúncia dos favores da Justiça gratuita, como quer o ilustre advogado do Estado.

De meritis:

A questão cinge-se em saber se, no caso, ocorreu a prescrição; se fluído o prazo de cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passaram ao domínio do Estado, como dispõe o dec.-lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, ou se contra os incapazes o prazo prescricional considera-se interrompido.

A sentença de primeira instância sustenta que a prescrição é indivisível, seu prazo único, tanto para o incapaz como para o capaz, frente ao diploma legal referido.

Já a Procuradoria Geral, em seu parecer, esposa tese contrária, vale dizer que, contra o menor, não corre prazo prescricional.

A razão está com a douta Procuradoria. *In specie*, não se consumou a prescrição.

É que ó invocado texto do dec.-lei número 8.207, de 1945, em que se repousou parte da decisão recorrida, não revogou, nem implícita nem explicitamente, o principio geral dominante do art. 169, nº I, do Cód. Civil, que dispõe não correr a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 5º.

Cogita-se de uma medida especial de proteção, uma espécie de *restitutio in integrum* contra o prejuízo que a negligência dos representantes legais do incapaz poderia lhe causar. Essa é a lição de POTHIER, de BAUDRY-LACANTINERIE, de ALBERT TISSIER, de LAURENT, de HUC, AUBRY et RAU, GIORGI e muitos outros consagrados civilistas. Não se consumando, no caso, nem a decadência e nem a prescrição, esta acolhida e proclamada pela sentença recorrida, vivo, animado, eficaz, é, sem dúvida, o direito da apelante.

Dão, pois, provimento ao recurso para repelir a prescrição reconhecida pela decisão de primeira instância.

Belo Horizonte, 7 de maio de 1953. - *Gonçalves da Silva,* relator; *Afonso Lajes* com o voto em frente; *Aprígio Ribeiro*.

Presidiu ao julgamento e votou o senhor desembargador APRÍGIO RIBEIRO. - *Gonçalves da Silva; Afonso Lajes*, com o seguinte voto, lido na assentada do julgamento:

A autora, em nome de seu filho menor impúbere, propôs contra o espólio de Marcelino Raimundo uma ação de investigação de paternidade, cumulada com a de petição de herança. No curso da ação, faleceu o filho e ela prosseguiu, como sucessora. Os bens do espólio haviam sido arrecadados como herança jacente. E antes de proferida sentença na ação intentada, cumpriram-se os cinco anos do falecimento de Marcelino Raimundo.

Compreende-se que o juiz quisesse dar pela decadência do direito da apelante, como sucessora de seu filho Miguel, aos bens do espólio de Marcelino, pelo decurso de cinco anos. Seria um ponto de vista, embora, pelas razões que adiante exponho, não me pareça ter ocorrido a decadência. Mas não foi isso o que fêz o juiz: julgou prescrito o direito da apelante à sucessão de seu filho Miguel. Êsse direito sucessório não estava em causa, ninguém pleiteou essa prescrição, que, ao contrário da decadência, não é reconhecível *ex officio*. Demais, o filho da apelante faleceu há apenas alguns meses (20 de julho de 1952). E êsse filho podia ser titular de outros direitos estranhos à sucessão de Marcelino Raimundo. A certidão de óbito diz que êle deixou bens a inventariar.

Dado, porém, que a sentença se deva entender como proclamando a decadência do direito da apelante, na qualidade de sucessora do filho, aos reduzidos bens da herança vacante, ainda assim a reformo, porque entendo que não se operou decadência.

Em matéria de herança jacente, tivemos em vigor, durante alguns anos, uma legislação que representava verdadeiro confisco e que nem respeitava, direitos

adquiridos. Felizmente tudo passou e o decreto-lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, restabeleceu, com algumas modificações, o regime do Cód. Civil.

Reza êste, no art. 1.594, com sua nova redação:

"A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Estado ou ao do Distrito Federal, se o *de cujus* tiver sido domiciliado nas respectivas circunscrições, ou se incorporarão ao domínio da União, se o domicílio tiver sido em território ainda não constituído em Estado.

Parágrafo único. Se não forem notòriamente conhecidos, os colaterais ficarão excluídos da sucessão legítima, após a declaração da vacância".

Trata-se, no caso, de um prazo prescricional ou de prazo extintivo, isto é, de decadência?

A distinção entre caducidade e prescrição é das mais difíceis, das mais tormentosas com que defronta o jurista. *"La teoría de los términos de caducidad no está por hoy definitivamente constituida, ni es precisa su delimitación con las figuras jurídicas análogas"*, diz LAFAILLE, (*apud* OROZIMBO NONATO, *in* "REVISTA FORENSE", vol. CXI, pág. 417).

Para alguns, não há diferença entre os dois institutos. Houve tempo, diz GIORGI, em que essa distinção era desconhecida e houve escritores, dos mais autorizados, que confundiam decadência e prescrição. Hoje em dia, continua o mestre, estão as escolas quase de acôrdo em distinguir uma coisa da outra; mas reinam ainda grandes incertezas sôbre o critério distintivo e é preciso que haja na lei e na ciência uma norma certa de direito ou uma teoria segura que ensine a distinguir a prescrição da decadência, tanto em suas causas, como em seus efeitos ("Obrigs.", vol. VIII, nº 225).

O Cód. Civil não nos fornece um critério para a separação entre os dois institutos. No mesmo título insere casos de caducidade ao lado de casos de prescrição. Dêstes, como daqueles, alguns figuram na parte geral, outros na especial do Código.

Do mesmo mal padecia o antigo Código italiano, segundo GIORGI.

Para alguns, a prescrição afeta apenas o direito de agir, ao passo que a caducidade atinge a própria existência do direito. Em outros têrmos, com aquela perece o direito, porque perece o meio de fazer valer; com a decadência desaparece o direito material.

"A faculdade, a cujo exercício se marcou de antemão um têrmo, nasce, originàriamente, com uma limitação no tempo, de modo que já não se pode fazer valer quando, por qualquer motivo, tenha decorrido êsse tempo, ao passo que, na prescrição, o direito nasce com uma duração indefinida e sòmente se pode perder se houver negligência no seu uso" (RUGGIERO, "Inst. de Dir. Civil", trad. port., I, pág. 335).

Com essa opinião parece estar de acôrdo a de MODICA, transcrita em GIORGI, nota ao número citado: a caducidade não afeta o verdadeiro direito e sim os interêsses que nascem limitados no tempo, por vontade do concedente, do juiz ou da lei.

Tôda essa dificuldade que os juristas assinalam inexiste para AUBRY et RAU: a prescrição se distingue fàcilmente, por sua mesma natureza, das decadências que resultam da expiração dos prazos concedidos pela lei, pela convenção ou pelo juiz, quer para o exercício de uma opção ou faculdade, quer para o pagamento de uma obrigação ou a execução de um julgado ("Droit Civil Français", XII, § 771).

Mas depois dessa afirmação admitem os insignes conselheiros casos de decadência que atingem, não o direito diretamente, mas a ação. A confusão, aliás, já fôra anotada por TISSIER, como faz ver ETIENNE BARTIN, na nota 771 à citada obra.

Estaremos, no caso do art. 1.594 do Cód. Civil, diante de um caso de decadência ou de prescrição?

Poder-se-á argumentar, em favor da prescrição, com a tradição do nosso direito.

De prescrição em benefício do Estado se falava na lei nº 628, de 18 de setembro de 1851, art. 32. De outra linguagem não usa a Consolidação, art. 858, acrescentando TEIXEIRA DE FREITAS, em nota, que essa prescrição se interrompe por qualquer meio legítimo, como a propositura da habilitação dos herdeiros. Como de prescrição considera JOÃO LUÍS ALVES o prazo de 30 anos fixado no texto primitivo do art. 1.594. Da mesma forma, CARLOS MAXIMILIANO ("Direito das Sucessões", n° 58).

E a reforma introduzida no mencionado artigo pelo govêrno LINHARES nada mais fêz do que harmonizar o prazo em que os herdeiros deverão pleitear a herança (antes, 30 anos), com o prazo prescricional das ações contra a Fazenda (art. 178, § 10, VI).

É de prescrição que fala o juiz na, sentença, sem atender a que, em tal caso, atuam as causas de suspensão ou interrupção. O herdeiro era menor de 16 anos, a citação ao Estado foi ordenada antes do decurso de cinco anos.

Não estaria prescrito o direito de agir.

Conceda-se, para argumentar, que o caso é de caducidade e não de prescrição.

À decadência não se aplicam os dispositivos acêrca da suspensão e da interrupção (ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, "Tratado de Direito Civil", vol. I, nº 139). Transcorrido o têrmo, é impossível qualquer dilargamento por suspensão ou por outra daquelas causas que prolongam a prescrição (GIORGI, ob. cit., nota 3 ao nº 225).

Mas, ainda aí, a oportuna atuação do interessado não é indiferente à vida do seu direito:

"Como conseqüência resulta que à decadência (caducidade) não se aplicam as causas de suspensão da prescrição, nem as da interrupção. Também a decadência se impede pela demanda judicial, não devendo esta ser nula por incompetência do oficial ou por defeito de forma, nem perempta ou rejeitada, como sucede na prescrição, mas isso, não porque tal constitua interrupção, mas "sim por ser o exercício da faculdade no têrmo predeterminado, de tal modo que, depois do seu aparecimento, já se não pode falar de decadência, ao passo

que, na prescrição, pode, depois dêle, começar um novo período" (RUGGIERO, "Inst.", pág. 335).

Não é como ato interruptivo, mas como exercício do direito a que a lei prefixou um prazo, que a petição de herança atua para impedir a caducidade. O eminente OROZIMBO NONATO, no voto a que já se fez referência, transcreve a lição de COVIELLO, que me permito traduzir:

"Há alguns atos que, embora interruptivos de prescrição, valem para impedir a decadência; mas isso ocorre, não por fôrça de extensão analógica das normas relativas à prescrição, mas pela mesma natureza do ato, que, pondo em exercício o direito, torna, assim, impossível a decadência. Tal ato é, sem dúvida, a demanda judicial quando se trate de ações cujo exercício é subordinado a um têrmo peremptório: é evidente que, em tais casos, propor assim a demanda judicial já não significa *interromper* o têrmo de decadência, mas *exercitar-se* o mesmo direito antes de ocorrer o têrmo e, daí, tornar impossível a decadência".

Ainda segundo GIORGI as decadências não estão sujeitas às leis da interrupção "quando não consistem no exercício do direito segundo o modo especialmente indicado pela lei para o caso ou numa demanda judicial para remover os obstáculos a exercitá-lo".

Não se extinguiu, pela prescrição, o direito de agir da apelante; não desapareceu, pela decadência, o seu direito à sucessão aberta. Dou, por isso, provimento à apelação.

RELATÓRIO

Sob a égide da Assistência Judiciária, Miguel José da Cruz, menor absolutamente incapaz, por sua mãe, Judite Cristina de Castro ou Judite Cristina Fortunato, propôs contra o espólio de Marcelino José Raimundo, ação de investigação de paternidade, cumulada com a de petição de herança.

Alega o autor, na inicial, que êle é o único herdeiro vivo de Marcelino José Raimundo, que faleceu solteiro, sendo a mãe do investigante também solteira, não existindo entre ambos nenhum motivo de impedimento para que se

casassem civilmente, e que, após o óbito do *de cujus*, não obstante várias publicações de editais no "Minas Gerais", ninguém acudiu ao chamamento para a habilitação à herança dos bens, os quais foram arrecadados, avaliados e julgados vacantes. No curso da lide, faleceu o autor menor, e sua mãe, na qualidade de sua legítima herdeira, prosseguiu na demanda.

O juiz, pela sentença de fls. 70 *usque* 79, julgou "procedente a ação proposta para declarar o autor, Miguel José da Cruz, filho de Marcelino José Raimundo e de sua mãe, Judite Cristina Fortunato, herdeira única e universal de seus bens, mas, em conseqüência, declarou prescrito o direito de sua mãe à sucessão do filho, em face do dec.-lei número 8.207, de 22 de novembro de 1945".

A autora apelou da sentença na parte em que concluiu pela prescrição.

A Procuradoria Geral do Estado, em parecer a fls. 100 a 101, opina pelo provimento do recurso, e o Estado de Minas Gerais por seu advogado, pede seja declarada deserta a apelação, por falta de preparo, já que houve desistência tácita do benefício da gratuidade com a juntada, aos autos, da procuração de fls. 95.

No mérito, manifesta-se pelo improvimento do apêlo e a conseqüente confirmação da sentença recorrida.

À revisão.

Belo Horizonte, 12 de março de 1952. - *Gonçalves da Silva.*

*

CONCURSO DE CREDORES - SOLVABILIDADE

- Provada a existência de outros bens do devedor, não cabe concurso de credores.

Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S.A. *versus* Banco Industrial de Minas Gerais, S.A.

Ag. nº 4.464 - Relator: DESEMBARG. LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 4.464, de Pedro Leopoldo, agravante o Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S.A., e agravado o Banco Industrial de Minas Gerais, S.A.:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., converter o julgamento em diligência, para que em primeira instância junte o escrivão ao instrumento certidão da intimação do despacho agravado.

Custas a final.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa,* relator; *Gonçalves da Silva*; *Aprígio Ribeiro*.

RELATÓRIO

O Banco Industrial de Minas Gerais, S.A., executou Alírio Dias Campos. Outra Banco - o Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S.A., - protestou por concurso de credores.

O juiz não admitiu o concurso, pelo, fundamento de que nos autos havia prova de que o executado possuía, além dos: bens executados, outros de valor a êles superior.

O Banco Hipotecário agravou de instrumento, com fundamento no art. 842, nº XIII, do Cód. de Proc. Civil.

O recurso foi interposto a 5 de novembro de 1952.

Dos autos não consta a data de intimação do despacho agravado.

Regular, no mais, o processo do recurso.

Em mesa.

Belo Horizonte, 5 de dezembro de 1952. - *Lopes da Costa,*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n° 4.464, de Pedro Leopoldo, agravante o Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, S.A., agravado o Banco Industrial de Minas Gerais, S.A.:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., negar provimento ao recurso, pagas as custas pelo agravante.

Provada a existência de bens outros, pertencentes ao devedor, suficientes ao pagamento dos credores, não se abre concurso de credores.

Belo Horizonte, 19 de março de 1953. - *Batista de Oliveira,* presidente; *Lopes da Costa*, relator; *Gonçalves da Silva*; *Afonso Lajes*.

RELATÓRIO

Ao relatório de fls. 26 acrescento que êste Tribunal converteu o julgamento em diligência, para que o escrivão junte ao instrumento certidão de intimação do despacho agravado.

Cumpriu-se a diligência (fls. 30). O escrivão, na certidão de fls. 30, informa que intimou o Banco Hipotecário por carta registrada.

Em mesa. - *Lopes da Costa*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - VIZINHANÇA - CONSTRUÇÃO

- Quem constrói em terreno frouxo, responde pelos danos causados ao prédio vizinho.

Sebastião de Oliveira Pena e sua mulher *versus* José Maria A. Cavalcânti e sua mulher

Ap. nº 8.315 - Relator: DESEMBARG. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é apelante Sebastião de Oliveira Pena e sua mulher e apelados José Maria A. Cavalcânti e sua mulher:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e lhe negar provimento. Conforme verificou a perícia, o prédio do autor, que é de boa construção, não apresentava defeito algum até que os réus passaram a levantar garagem, encostada à parede vizinha, aí começando a surgir fendas e a aparecer defeitos, até então não observados. Ora, pela reparação dêsse prejuízo são incontestàvelmente obrigados os réus, pouco importando não tenham êles, com a obra incriminada, tido a intenção de prejudicar. Êsse dever se entronca no direito de vizinhança e tem fundamento real, visto como a ninguém é lícito usufruir proveito, em seu terreno, a detrimento do vizinho. O uso da propriedade, nessa conjuntura, já não é normal, mas anormal, e, portanto, implica em responsabilidade civil. Pouco importa hajam os réus edificado com aprovação municipal, porque a edilidade não se preocupa senão com a observância de regras técnicas que assegurem solidez e higiene, sem atender aos preceitos teóricos que disciplinam as relações de vizinhança. O edifício danificado era de muito boa fábrica: ainda mesmo tendo em vista as condições desfavoráveis do terreno, guardava linha mínima de segurança. Desde que não ultrapassava êste limite, o autor usava do seu direito e o tinha em vê-lo respeitado e, porque ó solo era pouco resistente, por isso mesmo cumpria aos réus serem mais cautos na sua construção: quem faz obra em terreno frouxo deve prever que o abalo pode refletir-se na segurança do prédio vizinho, sujeito ao mesmo percalço do chão pouco propício. Em suma, os réus usaram de um direito, mas usaram-no em demasia prejudicial ao vizinho e, por conseguinte, devem compor os danos que lhe causaram. A sentença, incontestàvelmente, fêz justiça às partes e desmerece reforma.

Paguem os apelantes as custas.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lopes da Costa*.

RELATÓRIO

O Dr. José Maria Cavalcânti é proprietário duma casa à rua Ceará, nesta capital, onde reside e lhe é vizinho o Sr. Sebastião de Oliveira Pena. Há algum tempo resolveu êste levantar na linha da divisa um abrigo para automóvel e, atacada a construção, começaram a surgir na casa do autor fendas em progressão. Atribuindo-as à obra contígua, acionou o réu. A causa iniciou-se perante o juiz de direito da 4ª Vara Cível e a sentença foi proferida pelo juiz municipal respectivo, em virtude de deslocação incidente de alçada, concluindo pela procedência da demanda obrigado o réu a compor o dano segundo o laudo intermédio do perito desempatador à vistoria efetuada.

O vencido apelou: recurso em têrmos.

À revisão.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 1952. - *Aprígio Ribeiro.*

*

ARREMATAÇÃO - FÔRO DA EXECUÇÃO - AVALIAÇÃO - NULIDADE

- É válida a arrematação realizada em hasta pública, com expedição e publicação dos editais em tempo e têrmos, verificada, no juízo da execução, ainda que não seja o da situação da coisa, se tiver precedido acôrdo expresso das partes.

- Não há ausência de avaliação apropriada para a ação executiva, quando se aproveita, a pedido do inventariante e de acôrdo com o exeqüente, a que foi feita no inventário.

- Não há nulidade, quando, praticados por outra forma, os atos tenham atingido o fim, sem prejuízo da parte. Não se decretam nulidades sem demonstração de prejuízo.

Joaquim Paulino de Araújo e sua mulher *versus* Banco de Itajubá, S.A. e outros

Ap. nº 8.221 - Relator: DESEMBARG. GONÇALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Com conceitos de muito boa substância, o juiz recusou a declaração de nulidade da arrematação feita no executivo cambial movido, em 1933, pelo Banco-apelado ao espólio de Casemiro José Osório, de quem os apelantes são sucessores.

In illo tempore, vigorava o Cód. de Proc. Civil do Estado, cujos arts. 164 e 1.286 são mencionados como dispositivos ofendidos; a dizer dos autores, não houve avaliação das coisas penhoradas e a praça de algumas delas se realizou, não na sua situação, mas no juízo da execução.

Apura-se, porém, que o praceamento de Itajubá, com base na avaliação do inventário, se efetuou por proposta: da inventariante D. Ana Pereira de Sousa Osório, autorizada a agir em nome da herança (dito Código, arts. 957 e 1.286, § 3º).

Todavia, ainda que um ato e outro não tenham sido praticados regularmente, fôrça é reconhecer que, no sistema antigo, como no atual, não há nulidades processuais *rationae materiae*. E o magistrado verificou muito bem que nenhum prejuízo adveio aos herdeiros de Casemiro José Osório, e os responsáveis pela solução das suas dívidas, do aceite daquela avaliação e do fato de fazer a hasta em Itajubá, cidade muito mais rica do que a de Pedralva. Procedeu-se muito direita e lìcitamente.

Não sendo possível tornar à matéria da prejudicial, soberanamente decidida na sentença recorrida, resta confirmar esta por seus procedentes fundamentos.

Belo Horizonte, 6 de novembro de 1952. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Gonçalves da Silva*, relator; *A. M. Vilas Boas; Aprígio Ribeiro.*

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral do Estado.

SENTENÇA

Vistos, etc.:

Omissis ...

1. O que tudo visto e bem examinado.

Trata-se de uma causa de grande responsabilidade e de solução difícil, já pelo vulto dos interêsses nela envolvidos, já pela complexidade das questões discutidas e que exigiram e mereceram estudos profundos dos ilustres advogados das partes, como se vê nas alegações de fls. e fls. Seja, porém, como fôr.

Cumpre-me, como juiz, examinar o caso com atenção e, em seguida, dar-lhe a solução que julgar mais acertada, em consonância com os ditames da minha consciência. É o que vou fazer, começando por um retrospecto histórico.

Em 25 de setembro de 1931, faleceu, nesta cidade, o coronel Casemiro José Osório, deixando bens situados nesta comarca e no Município vizinho e têrmo judiciário de Pedra Branca, hoje Pedralva. O inventário respectivo foi iniciado, seis meses depois, a requerimento do representante do fisco estadual, tendo sido nomeada inventariante a viúva meeira D. Ana Pereira de Sousa.

Ao ensejo do inventário, o Banco de Itajubá apresentou-se como credor, com oito notas promissórias, no valor total de Cr$ 890.000,00, emitidas pelo *de cujus* e avalizadas pelos filhos do inventariado: Manuel Osório, Frutuoso José Osório e Dr. Sebastião Osório. A inventariante e alguns herdeiros, inclusive os

suplicantes Joaquim Paulino de Araújo e sua espôsa, concordaram expressamente com essas dívidas, mas outros interessados se opuseram ao pagamento no inventário. E em vista de tudo isso, o MM. juiz remeteu as partes para as vias ordinárias, pelo que o Banco intentou contra o espólio a ação executiva cambial, como se verifica nos autos em anexo. Nesse executivo procedeu-se à penhora dos bens situados aqui e em Pedra Branca, menos na quota que o espólio possuía na firma Casemiro Osório & Filhos, da qual fazia parte o inventariado. A firma Casemiro Osório & Filhos era constituída pelos sócios: Casemiro José Osório, com 50%, quanto aos lucros e prejuízos; Frutuoso José Osório, Manuel Osório e Dr. Sebastião Osório, com a percentagem restante, ou, melhor, respectivamente, 19%, 17% e 14%.

A penhora foi julgada por sentença em 22 de fevereiro de 1933. A requerimento da inventariante e de acôrdo com o exeqüente, foram aproveitadas, para o executivo, as avaliações procedidas no inventário e que acusavam o valor de Cr$709.280,00.

E ainda a pedido da mesma inventariante e aquiescência do credor, ficou determinado pelo juiz se procedesse à arrematação de todos os bens nesta comarca. Foram, então, publicados os editais de praça e, decorrido o prazo, os bens foram arrematados pela firma Pereira, Osório & Cia. Ltda., pela quantia de Cr$ 709.300,00. E, assinado o auto, decorreu o prazo legal sem nenhuma reclamação.

Dias depois, o Banco, afirmando que, os bens arrematados não deram para a solução do débito, intentou outro executivo cambial contra a firma Casemiro Osório & Filhos, esclarecendo que também era credor da firma. Os bens foram penhorados e, em seguido, avaliados por Cr$ 289.960,00. A praça foi realizada nesta comarca, em virtude de acôrdo entre os interessados, como se vê nos autos respectivos.

E os bens foram, afinal, arrematados, em 4ª praça ou leilão, pela mesma firma Pereira, Osório & Cia. Ltda., pela quantia de Cr$ 20.000,00.

Realizada a última praça acima referida, o advogado e procurador da inventariante e de alguns herdeiros compareceu em audiência pública do MM. juiz, realizada em 3 de setembro de 1933, e intimou, sob pregão, o Dr. António

de Sales Dias, como advogado dos demais herdeiros, do despacho do mesmo juiz que mandou arquivar o processo do inventário, visto não haver mais bens a inventariar, "por terem os credores do espólio penhorado e arrematado todos os bens pertencentes ao mesmo espólio". E o escrivão certificou, finalmente, que decorreu o prazo da lei sem qualquer reclamação ou recurso (fls. 99).

Evolvidos, porém, 14 anos e oito meses, os suplicantes Joaquim Paulino de Araújo e sua espôsa, D. Amélia Osório de Araújo, vieram a Juízo e iniciaram a presente ação, argüindo nulidades de atos judiciais e visando ao primeiro executivo cambial já referido. Êste, o resumo histórico da questão.

Prescrição:

Os réus, contestando a causa, levantaram uma preliminar que ainda não foi decidida: a prescrição, com fundamento no art. 178, § 9º, nº V, letra *b*, do Código Civil. Êsse dispositivo assim preceitua:

"Prescreve em quatro anos:

A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contando êste:...

b) no de êrro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato".

Não obstante o parecer do eminente jurista Dr. CARVALHO SANTOS, apresentado com o memorial do Banco de Itajubá, é não obstante as considerações bem elaboradas pelos ilustres advogados dos réus, penso, *data venia*, que êsse prazo prescritivo não se aplica ao caso em exame. Não há dúvida que a lei empregara a palavra *contratos*, mas se refere também a atos, conforme ensinam os comentaristas do Cód. Civil. E o próprio texto, ao determinar o início do prazo, alude a ato e a contrato: "no dia em que se realizar o ato ou contrato".

É forçoso reconhecer, entretanto, que êsse dispositivo se refere a ato ou contrato, nos casos de êrro, dolo, simulação ou fraude. Não é o caso dêste processo.

É certo que os autores, ao fundamentarem o pedido, argüiram a fraude, quando empregaram as expressões: "conluio concertado em roda íntima", "insólito procedimento da inventariante", "concessões recíprocas".

Não é menos certo, porém, que êles, na ação, visaram principalmente às faltas que reputam essenciais: a realização da praça em Juízo incompetente e a falta da avaliação apropriada. O processo, entretanto, não autoriza a conclusão de que os autores tivessem a intenção de envolver no chamado *conluio* o MM. juiz que presidiu ao inventário do coronel Casemiro José Osório.

De resto, basta um simples exame das provas produzidas para se concluir, sem mêdo de êrro, que elas repelem, veementemente, a acusação quanto ao conluio argüido, já pela honorabilidade dos presidentes e diretores do Banco-credor e de sou advogado, já pela nobreza do sentimento da inventariante, D. Ana Pereira de Sousa, digna da consideração e do respeito de todos. O egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido dessa interpretação: "A prescrição do art. 178, § 9º, nº V, letra *b*, do Cód. Civil compreende apenas os atos em que a vontade se vicia pelos defeitos do êrro, dolo, simulação ou fraude e de seu âmbito desbordam as hipóteses de ausência mesma de vontade, da falta completa de consentimento.

Trata-se de prescrição *brevi temporis*, inaplicável a casos não-previstos expressamente na lei" ("REVISTA FORENSE", vol. 112, pág. 392). "A prescrição do artigo 178, § 9º, nº V, só se aplica a atos anuláveis por vício do consentimento". ("REVISTA FORENSE", vol. 120, pág. 432). Bem se vê, por conseguinte, que descabe, no caso em tela, a aplicação do preceito acima transcrito.

Não há, pois, como poder acolher a preliminar sugerida pelos réus, para o efeito visado no sentido da prescrição invocada.

De meritis:

Quanto ao mérito, os autores visaram dois pontos principais: a realização da venda dos bens situados em Pedra Branca, em praça pública, nesta cidade, e a falta de uma avaliação apropriada para a ação executiva do Banco contra o

espólio, de vez que foi aproveitada, para êsse fim, a avaliação feita no inventário.

Verifica-se, entretanto, que os próprios autores desprezaram, depois, a primeira nulidade argüida, para se cingirem especialmente à segunda, referente à avaliação. É o que se conclui do memorial.

Não obstante essa restrição, cumpre-me focalizar aqui a falta ou dúvida: a realização da praça, nesta comarca, dos bens situados no Município vizinho e têrmo judiciário de Pedra Branca, hoje Pedralva.

Nesse sentido e como já o reconheceram, indiretamente, os próprios autores, não há como poder decretar essa nulidade. E que a realização da praça, nesta comarca, foi precedida de um requerimento da inventariante do espólio, com o qual concordou o exeqüente, e teve o despacho favorável do MM. juiz. E o MM. juiz assim decidiu, com fundamento na lei vigente na ocasião:

"A arrematação, contudo, poderá, verificar-se no juízo da execução, ainda que não seja o da situação da coisa, se tiver precedido acôrdo expresso das partes" (Cód. de Proc. Civil mineiro, art. 1.286, § 3°).

Êsse, o dispositivo legal, claro e indiscutível, em que se arrimaram os que pleitearam o deslocamento da praça, tanto na primeira como na segunda ação executiva já referidas.

Cumpre frisar, finalmente, que não se aplica ao caso a proibição contida no final do art. 957 do aludido Código. Os advogados dos réus esclareceram bem êsse ponto, com argumentos convincentes e com apoio na própria lei e nas lições dos doutrinadores e da jurisprudência. E a conclusão a que chegaram se impõe irresistìvelmente no caso: "A inventariante dos bens do espólio de Casemiro José Osório, aceitando a praça de Itajubá como propícia à arrematação dos bens, não transigiu, nem praticou ato que exorbitasse de suas funções de inventariante". "Não se tratava, no caso, de transação".

Deixo de fazer outras considerações elucidativas, porque, como já foi esclarecido, os próprios autores se desinteressaram dessa argüição, restringindo-se apenas à nulidade argüida quanto à avaliação.

Trata-se, realmente, do ponto visado pelos autores, ao pleitearem a procedência da demanda: a falta de uma avaliação apropriada para o executivo cambial, de vez que foi aproveitada a avaliação feita no inventário. E insistem nessa particularidade, argüindo-a como nulidade insanável.

O Cód. de Processo de Minas, vigente na época, dispunha no art. 1.355:

"Se a penhora não consistir em dinheiro e não fôr embargada, ou se forem rejeitados os embargos opostos, proceder-se-á à avaliação dos bens penhorados".

E no art. 164, n° 10, preceituava que "a avaliação é têrmo essencial do processo". É preciso reconhecer, entretanto, que, no caso em aprêço, não ocorreu, pròpriamente, falta de avaliação, uma vez que, como já foi esclarecido, foi aproveitada, a pedido da inventariante e de acôrdo com o exeqüente, a avaliação feita no inventário.

De resto, cogita-se de uma avaliação realizada por um perito judicial e por um, outro escolhido pelos interessados: um perito da confiança da inventariante e dos herdeiros e, segundo se deduz dos autos, um homem de reconhecida idoneidade moral e competente para o encargo. Ora, o fim da avaliação é determinar o valor dos bens para os devidos fins e, nessas condições, não há como poder argüir a avaliação aludida como ineficiente para a arrematação. O Dr. TITO PRATES DA FONSECA, confirmando a lição jurisprudencial, assim esclareceu o ponto em exame: "Desde que a forma em que se desenvolveu o "ato judicial" não prejudicou a relação de direito, preencheu o fim de causa formal, não há razão para se lhe anular os efeitos" ("As nulidades em face do Código de Processo Civil", páginas 150 e 151). Não houve, portanto, falta de avaliação.

Ainda que tivesse havido qualquer resquício de dúvida nesse ponto, a falta teria ficado sanada, em face do silêncio dos interessados. Não interpuseram êles nenhum recurso no momento oportuno, com referência à arrematação, e o processo do inventário foi encerrado e arquivado sem qualquer reclamação. E o Cód. de Processo mineiro era positivo e claro a êsse respeito, conforme o interpretou e aplicou reiteradamente o egrégio Tribunal dêste Estado: "Não se

pronuncia a nulidade não argüida tempestivamente, salvo se resultar de incompetência *rationae materiae"* (acs. de 18-5-1932 e 27-4-1932, "Anuário Forense", do Dr. CALDEIRA BRANT, vol. de 1932, págs. 65 e 66; Código de Processo mineiro, art. 364).

É verdade que os autores insistiram, até final, no seu ponto de vista anterior, argüindo essa nulidade como insanável. *O exame dos autos, porém, evidencia* que todos *os argumentos foram rebatidos,* com vantagem, pelos réus. Essa argumentação dos ilustres advogados dos réus é tão persuasiva e convincente, quanto à inocorrência das nulidades argüidas, que não permite a aceitação da tese defendida pelos autores, embora patrocinada pelos insignes juristas que deram os pareceres agremiados ao seu memorial.

Neste ensejo, consigno aqui o meu prazer, ao deferir, como deferi, os pedidos dos advogados, quanto à juntada dos memoriais oferecidos, após ouvir atentamente a leitura dos mesmos e ouvir os debates orais que se travaram na audiência, com respeito e dentro das normas da ética forense. São trabalhos que revelam a competência e dedicação de seus autores e que ainda mais se realçam pelos três pareceres dos eminentes mestres: Dr. CARVALHO SANTOS[5] e Dr. JORGE AMERICANO. São, em verdade, trabalhos que enriquecem os anais forenses desta comarca.

Não quero e, segundo penso, não devo entrar em minúcias que julgo desnecessárias. Quero declarar, porém, à luz de minha consciência de julgador, que não me rendi aos argumentos doutrinários expendidos pelos insignes juristas e autores dos pareceres citados, quanto à sua aplicação nesta demanda. E assim procedo, tendo, *data venia*, o ousio de dissentir, em parte, dessas conclusões, mas, *in totum*, da sua aplicabilidade nesta causa, ora em exame, pelos seguintes motivos aqui resumidos: 1°) essas conclusões, no meu entender, não desfizeram a argumentação clara dos advogados dos réus, desenvolvida com base nos cinco volumes dos autos e em consonância com a melhor interpretação da lei, assim consagrada por opinados doutrinadores e por uma jurisprudência merecedora de acatamento; 2°) as soluções aventadas, a meu ver, refogem, de certo modo, a essa tendência ou orientação moderna, em matéria processual, de reduzir, ao mínimo possível, o poder destruidor e quase sempre inútil das chamadas nulidades; 3°) essas conclusões não se ajustam à realidade constatada aqui e não se enquadram na *tessitura* dos atos e fatos

consubstanciados neste processo, já em dois volumes e aos quais estão reunidos mais três que remontam ao ano de 1932.

É lícito concluir, portanto, que não procede, de nenhum modo, a alegação referente à nulidade argüida, quanto à avaliação dos bens arrematados.

Prejuízo. Mas, não é sòmente isso. É um princípio de direito, inscrito no Código mineiro e no Código Unitário, que não se pronuncia ou decreta nulidade que não tenha acarretado prejuízo às partes (artigos 171, nº 1, e 278, § 2°). E é justamente nesse alto sentido a lição dos doutrinadores, confirmada por uma jurisprudência torrencial: "Não há nulidade, quando, praticados por outra forma, os atos tenham atingido o fim, sem prejuízo da parte" (acs. do Supremo Tribunal Federal, na "REVISTA FORENSE", vols. 119, pág. 116, 116, pág. 114, e 11, pág. 136). "Não se decretam nulidades sem demonstração de prejuízo" (acs. do Tribunal de Minas, na "REVISTA FORENSE", vol. 122, pág. 196; ac. do Supremo Tribunal Federal, na "REVISTA FORENSE", vol. 98, pág. 161).

É o caso de perguntar, neste lance da sentença, para melhor elucidação: A arrematação, tal como foi efetivada, teria acarretado prejuízos aos interessados no espólio do coronel Casemiro José Osório?

A resposta negativa se justifica e se impõe.

Com efeito. Cumpre, antes de tudo, relembrar e convém transcrever aqui as palavras do advogado da inventariante e de alguns herdeiros, em sua maioria, e que constam do processo do inventário: "Convém, porém, aqui ponderar que a voragem da tremenda crise que atravessamos, a qual desmoronou os edifícios mais sólidos de fortunas particulares, não era possível que os interêsses do espólio, em jôgo no torvelinho dessa mesma crise, se furtassem ao descalabro financeiro que abalou o País, quiçá o mundo. Ao que parece, títulos de dívida líquidos e certos hão de aparecer no rosto dos autos, que absorverão todos os bens do espólio, ficando êste a dever, e, conseqüentemente, nada sobrando a partilhar" (fôlhas 49).

São palavras da inventariante e de alguns herdeiros, por seu advogado, e que mostram a grave situação do espólio, ante a gravíssima situação econômica na ocasião.

E não há como poder afastar êsse quadro, para o exame do questionado prejuízo. O montante das dívidas era superior ao valor dos bens. Ficou devidamente provado que o valor atribuído aos bens era razoável, justo e até favorável aos interêsses dos herdeiros, conforme esclareceu o perito Dr. Luís Goulart de Azevedo, no laudo apresentado. Êsse laudo, que foi confirmado pelo perito dos réus, a não ser em um ponto sem importância, é claro e comprova a inexistência de prejuízo. Trata-se de um trabalho que revela a competência e o bom-senso do perito e esclarece todos os pormenores relativos aos bens arrematados. E o perito, depois de examinar preços de máquinas, depois de ouvir fazendeiros vizinhos e depois de compulsar documentos públicos e particulares, concluiu com esta assertiva: "Em "vista dêsses fatos e das circunstâncias que nêles influíram, em época tão perturbada, o perito é levado à conclusão de que a avaliação dos bens do espólio de Casemiro José Osório foi justa e razoável e que não cabe mesmo censura a quem afirma terem sido os preços da avaliação até favoráveis aos interêsses dos herdeiros" (fls. 304).

Essa conclusão está em harmonia com a prova testemunhal dos réus, especialmente com o depoimento do Dr. José de Abreu Resende, que é também pessoa de alto conceito social e deu os motivos pelos quais afirmou a inexistência do alegado prejuízo, em face da avaliação impugnada. A prova testemunhal dos autores não destruiu essa afirmação. A testemunha Antônio Ramalho, que depôs no Rio de Janeiro, declarou que não conhecia os bens do espólio. Soube do seu valor pelas informações de seu amigo e companheiro Joaquim Paulino de Araújo. Consta, entretanto, do processo que Joaquim Paulino de Araújo declarou, perante o Dr. João Brás, o Dr. Sebastião Osório e o Dr. Carlos Ribeiro Filho, que os bens que iam ser vendidos em praça não valiam mais que Cr$ 600.000,00. A outra testemunha, José Luís Ribeiro de Sousa, disse que o negócio foi muito barato, mas acrescentou que era e ainda se julga credor do espólio do coronel Casemiro José Osório, com a quantia de Cr$ 30.300,00, circunstância que, nos têrmos da lei, desfaz as declarações para o efeito visado. Predomina, portanto, a prova da inexistência do prejuízo alegado.

Mais ainda. Os autos esclarecem que, feitas as duas arrematações, o Banco exeqüente ainda ficou com um saldo de Cr$ 191.000,00, com referência ao espólio, e de Cr$ 505.443,30 relativamente à firma Casemiro Osório & Filhos, da qual fazia parte o inventariado, com 50%, quanto aos lucros ou prejuízos.

Isto significa que o espólio ainda continuaria deficitário, mesmo na hipótese da arrematação até por Cr$ 1.000.000,00, como alegam os autores, nos debates, ao se referirem a uma declaração do Dr. Carlos Ribeiro Filho, a qual foi, aliás, explicada e justificada por seu advogado, sem desfazer a avaliação.

Ainda assim, a diferença conseguida não daria para saldar integralmente a dívida, levando-se em conta a responsabilidade do espólio na firma aludida.

Isto, sem considerar a possibilidade de outros compromissos, como, por exemplo, o do depoente dos próprios autores, que se declara credor com a quantia de Cr$ 30.300,00.

Faço estas considerações sòmente para realçar melhor a minha convicção no sentido da verdade, isto é, que não houve prejuízo para os interessados, com as arrematações dos bens, como foram realizadas, e com as quais concordaram, na ocasião, os mesmos interessados, como já foi esclarecido.

Cumpre-me ressaltar, finalmente, que se cogita de arrematações em hasta pública, com a expedição e publicação dos editais em tempo e têrmos. Não foram, pois, negócios particulares. Foram transações públicas, presididas pelo MM. juiz de direito substituto, com a possibilidade da intervenção ou concorrência de qualquer interessado, a fim de que fôsse conseguido melhor preço. E se esta particularidade não ocorreu, não é lícito concluir, sòmente por isso, pela existência de prejuízo.

Em suma. Ainda que se vislumbrasse qualquer resquício de dúvida quanto às nulidades argüidas, estariam as mesmas sanadas e ficariam sem efeito, ante a comprovação clara e indiscutível da inexistência de prejuízo para os interessados.

Honorários de advogado.

Quanto aos honorários de advogado, aliás não exigidos por todos os litisconsortes, penso que não me é possível determinar o pagamento respectivo. E que, no meu entender, não se pode concluir, que a demanda tenha sido o resultado de dolo ou culpa, mas apenas de interpretação menos acertada dos textos legais. E, nessas condições, não vejo como poder aplicar aos autores essa penalidade.

Em conclusão:

Em vista de tudo quanto foi exposto e do mais constante dos autos e das leis: Julgo improcedente, para os devidos efeitos, a presente ação de nulidade de atos judiciais, intentada por D. Amélia Osório de Araújo e outros interessados, conforme a relação já transcrita acima, contra o Banco de Itajubá, S.A., os ex-sócios da firma Pereira, Osório & Cia. Ltda. e suas firmas sucessoras e outros, também conforme relação anterior, e condeno os mesmos autores ao pagamento das custas.

P. em audiência, I. e R.

Arbitro em Cr$ 600,00, máximo legal, os emolumentos a cada um dos peritos.

A Contadoria, oportunamente.

Itajubá, 16 de maio de 1952. - *Francisco Pereira Rosa*, juiz de direito.

_____

Notas:

*** CONTESTAÇÃO E MEMORIAL REFERIDOS:**

Contestando a ação proposta por Joaquim Paulino de Araújo e sua mulher, D. Amélia Osório de Araújo, brasileiros, êle comerciante, ela de prendas domésticas, domiciliados à rua Montenegro nº 277, na Capital da República, dizem Antônio Simão Mauad, Dr. Carlos Ribeiro Filho, Dr. Sebastião Osório, e suas respectivas espôsas, D. Olga Chaiben Mauad, D. Maria do Carmo Rennó Ribeiro e D. Maria da Glória Braga Osório, todos brasileiros, o primeiro

comerciante, o segundo engenheiro e agricultor, o terceiro engenheiro e as três últimas de prendas domésticas, domiciliados nesta cidade, pelos seus procuradores, - os advogados signatários desta, - por esta ou melhor forma de direito, o seguinte:

I

Pretendem os autores - Joaquim Paulino de Araújo e sua mulher - a decretação de nulidades processuais, visando à anulação da hasta pública dos bens do espólio de Casemiro José Osório, processada nesta comarca de Itajubá, aos três dias do mês de abril de 1933.

E, no esfôrço para consecução dêsse objetivo, ingressaram em juízo com a petição datada de 7 de maio de 1948, apresentando os seguintes argumentos:

a) que, agitada uma ação executiva cambial, no fôro de Itajubá, a 26 de janeiro de 1933, contra o espólio de Casemiro José Osório, num período de apenas 24 horas, venceu o processo a maior parte do itinerário prescrito na lei adjetiva, passando a enumerar com precisão o que chamam o "verdadeiro milagre da realização de tôdas essas medidas vertiginosas, febricitantes" que, no seu modo de ver e apreciar as coisas, revelam o "açodamento presidido por intenções ocultas".

Enumeram, um a um, os atos praticados, concluindo: "dir-se-á, contudo, que o fulminante transcurso delatado nesta exposição não infirma, só pela sua estranheza, o processo respectivo. E nem os requerentes o pretendem. O relato feito, denunciando o atropêlo dos atos e diligências ali evidenciados, vem apenas à guisa de advertência, como um **indício** indisfarçável da existência de um conluio concertado em roda íntima, colimando a aquisição fácil do patrimônio do espólio";

b) que a arrematação dos bens foi realizada na praça de Itajubá, quando devera ter sido na de Pedralva, ex-Pedra Branca.

O deslocamento da praça dificultou o comparecimento dos principais interessados na arrematação, "que seriam, não os habitantes de Itajubá, mas sim os vizinhos e confinantes da fazenda e da usina de açúcar situadas em Pedralva,

pretendentes que a ação sorrateira dos interessados ocultos procurava afastar, como concorrentes perigosos ao jôgo de seus apetites".

Invocam o disposto no art. 1.286 do antigo Cód. de Proc. Civil de Minas Gerais, pondo em evidência o que estava exarado em lei: "que, em regra geral, a arrematação devia ser realizada no local da situação dos bens e que o § 3º do citado artigo abre uma exceção, permitindo seja realizada no fôro da execução, porém, condicionando-a ao acôrdo expresso das partes".

E argumentam: "que a inventariante do espólio, concordando com a realização da praça na comarca de Itajubá, praticou ato que não podia praticar, vale dizer, **transigiu**, sem estar munida de poderes expressos, invocando o texto do art. 957 da legislação processual mineira: Salvo exceção da lei, o inventariante pode acionar e ser acionado **in solidum**, em nome da herança, enquanto esta se achar indivisa, não podendo, porém, transigir - nem se comprometer em árbitros, sem acôrdo de todos os herdeiros".

Teria, assim, faltado ao ato formalidade essencial, tal o acôrdo expresso dos herdeiros, o que o fulminou de nulidade, frente ao disposto no artigo 163, nº 2, do citado Código.

E não é só: **c)** que a avaliação dos bens era têrmo essencial do processo executivo (Cód. de Proc. Civil mineiro, arts. 164, nº 10, e 1.355) e deixar de realizá-la era incorrer na penalidade extrema, dado o caráter da norma, **inspirada no interêsse da ordem pública.**

A dispensa da avaliação importaria na **renúncia** de um direito expressamente assegurado a todos os interessados e essa renúncia, se permitida, exigiria poderes expressos a quem nela consentisse em nome de outrem.

No caso, sustentam os autores, a inventariante "**dispensou** a avaliação e renunciou direitos dos herdeiros, em aceitando como base para arrematação a mesma avaliação processada no feito administrativo".

São seus próprios têrmos:

"Do exposto resulta, sem a mínima dúvida, que a **dispensa** da avaliação, como têrmo essencial do processo executivo, fulmina-o de nulidade absoluta, invalidando os demais têrmos ou ates dependentes ou conseqüentes, mesmo a arrematação posteriormente processada".

São essas as razões em que se arrimam os autores, esmerando-se em esmiuçar pretensas nulidades de uma arrematação pública e solene, processada há mais de 15 anos, narrando o fato ao seu modo, - **e a seu modo aplicando no fato as disposições de leis vigentes ao tempo em que foi realizado.**

No contestá-los não vai grande esfôrço, apesar da sutileza do pedido. Senão, vejamos:

II

Não participamos da mesma estranheza dos autores, face à rápida movimentação dos têrmos e atos processuais do executivo cambial movido pelo Banco de Itajubá contra o espólio de Casemiro José Osório.

E mais nos parece, que o trabalho de examiná-los, um a um, meticulosamente, teve em mira, apenas, predispor o espírito do eminente julgador, arrancando da enumeração cronológica dos fatos "um benefício de conluio concertado em roda íntima, colimando a fácil aquisição dos bens do espólio".

Pena é que, na corajosa afirmativa, fôssem envolvidos de roldão a honra do magistrado que presidiu ao pleito, o nome dos funcionários, a atuação dos oficiais e dos avaliadores, a dignidade de tôda a Justiça, enfim s;o ficando de pé, intangível como uma vestal, a pessoa do suplicante-varão, ora autor, que "não participou, nem participaria do conluio".

No entanto, nenhuma ilação poder-se-á tirar do rápido andamento do processo executivo, cuja índole é mesmo a celeridade, na cautela dos interêsses dos credores.

Os atos foram praticados rigorosamente dentro da lei e, por isso, escapam a qualquer censura, mesmo de ordem moral.

Na verdade, que são ações executivas?

"Ações executivas são aquelas que, protegendo relações de direito de natureza especial, começam pela citação do réu para que pague **in continenti**, procedendo-se **imediatamente**, caso não efetue o pagamento, à penhora ou apreensão judicial de seus bens" (DIONÍSIO GAMA, "Ações Executivas"; AURELIANO DE GUSMÃO, "Processo Civil e Comercial", e JOÃO MONTEIRO, "Direito das Ações").

No caso em análise, era mesmo dever do credor o apressamento da penhora. Amparado em documentos de dívidas líquidas e certas, o Banco de Itajubá pretendeu cobrar o crédito no próprio processo do inventário.

Pois bem, apesar da liquidez da dívida, alguns herdeiros, no único propósito de trazer dificuldades, se deram ao trabalho de impugná-la...

Dado o vulto do negócio, era preciso agir **in continenti**, e o credor assim o fêz, na salvaguarda de seu direito.

Onde foi desrespeitada a lei? Como inferir daí um indício de conluio para a absorção dos bens do espólio?

Eis por que não impressiona, de modo algum, a narrativa que ocupou grande trecho da inicial, pois acordes conosco são os próprios autores, os primeiros a reconhecer e proclamar "que o transcurso fulminante denunciado em sua exposição não infirma, só pela sua estranheza, o processo respectivo".

III

Dispunha textualmente o art. 1.382 do Código de Proc. Civil mineiro, vigente ao tempo do ato ou atos incriminados: "a arrematação, em qualquer processo, contencioso ou administrativo, pode ser anulada, por meio de embargos ou de ação rescisória".

Assim, realizada a praça em 1933 (!), arrematados os bens, ficaram abertos ao espólio executado e aos interessados no feito dois caminhos a seguir: ou a apresentação de embargos à arrematação, opostos no prazo de seis dias (art.

1.396, nº 2, do Cód. de Proc. Civil mineiro), ou, então, a ação rescisória, expressamente consagrada na disposição legal supracitada.

Êsses **remedium juris** estavam taxativamente indicados na lei adjetiva. Pois bem, nem por um, nem por outro caminho enveredaram os autores. Preferiram ficar indiferentes, assistindo ao suave correr dos dias, olvidados de que o direito deve ser exercido **opportuno tempore**, sob pena de não poder mais ser exercitado.

Ora, se o Cód. Processual mineiro estabelecia a ação rescisória, como adequada e própria para o ataque à arrematação eivada de vício, o Código Civil era e é terminante no art. 178, § 1º, VIII: prescreve em cinco anos o direito de propor ação rescisória.

Realmente, a ação rescisória visa rescindir um julgado. E há controvérsia na doutrina sôbre o cabimento da rescisória, visando à anulação de atos judiciais que não dependerem de sentença ou em que esta fôr simplesmente homologatória. Na época, no entanto, isto é, 1933, o caso era de aplicação do art. 1.382 do Cód. Processual mineiro.

O legislador, em Minas, adotou a ação rescisória como meio idôneo para anular a arrematação, embora estendendo ao instituto finalidade ampla. Tínhamos lei expressa. A arrematação, em qualquer processo, contencioso ou administrativo, podia ser anulada por embargos ou por ação rescisória. Assim decidia reiteradamente o Tribunal mineiro: "a arrematação só se anula por meio de embargos ou ação rescisória" ("REVISTA FORENSE", vols. XX, pág. 120, e LI, pág. 166).

Disposição idêntica era a do Cód de Processo do Estado do Rio, em divergência com o Código paulista, cuja regra foi reproduzida pelo Código Unitário.

Mas, real, patente e insofismável, e que, na vigência da lei adjetiva anterior, a ação própria era a rescisória.

Realizada a arrematação em 1933, prescrito estaria, na melhor hipótese, em 1938, o pretenso direito dos autores; isto, quer se aceite, segundo alguns, que o

prazo é de prescrição (JORGE AMERICANO), quer se aceite, segundo outros, que é de decadência de direito ou preclusivo para o exercício da rescisória.

No caso em debate, outra não seria a solução: o direito dos autores, de anular a arrematação dos bens do espólio de Casemiro José Osório, **se existisse,** estaria prescrito em 1938, já que a hasta pública teve lugar em 1933.

Não fôssem soberanamente fortes as razões acima aduzidas e dignas do melhor acatamento, e estaríamos, como de fato estamos, em uma demanda que visa **rescindir um julgado; a sentença de fls. no executivo que consagrou a penhora.**

Explicamo-nos:

a) os autores pedem "a nulidade das avaliações pelos vícios apontados e, em conseqüência, a dos demais atos que são posteriores, por fôrça de um imperativo de lei" (fls. 137);

b) a avaliação, porém, no caso vertente **foi anterior** ao julgamento da penhora, isto é, datada de 3 de fevereiro de 1933 (fls. 86 v. do processo de inventário) - e a penhora foi julgada por sentença em 22 de fevereiro de 1933 (fls. 53 v. do executivo cambial);

c) os pretensos vícios apontados pelos autores a macular o executivo (dispensa de nova avaliação e concordância para a realização da praça no fôro de Itajubá) estariam contidos na petição de fls. 24 do executivo, datada de 27 de janeiro de 1933, e, portanto, **anterior** ao julgamento da penhora por uma sentença que a tornou perfeita e acabada, provocando dos autores afirmações categóricas;

"A penhora subsiste. Ninguém a contesta. Ninguém investe sequer contra o laconismo da sentença que a julgou"... (fls. 137, alíneas 3, 4 e 5).

Contràriamente ao afirmado, investem, pois, os autores contra **uma sentença**, pois atacam, como o confessam, os atos conseqüentes à avaliação (fls. 137 e 12, item 1).

Não importa a assertiva dos autores, pretendendo (fls. 137) ser a penhora e seu julgamento anteriores à avaliação.

Os fatos demonstram o contrário.

Também não importa o nome dado pelos autores à ação (anulatória), que na verdade se caracteriza pelos têrmos do pedido.

A ação é, indubitàvelmente, uma rescisória.[1]

IV

Admitamos, agora, ùnicamente para argumentar, que se trate de uma ação de nulidade de ato judicial.

É evidente que os autores não moram também da ação de nulidade, oportuna a tempestivamente, só o fazendo em 1948.

O Cód. Civil dispõe no art. 178, § 90, nº V:

"Prescreve:

§ 9º Em quatro anos:...

V - a ação de anular ou rescindir os contratos para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado êste:

a) ...

b) ...

c) no de êrro, dolo, simulação ou fraude do dia em que se realizar o ato ou o contrato".

Dir-se-á que o dispositivo não se aplica à espécie, pois o legislador empregou no texto a palavra "contratos".

É rico, porém, de ensinamentos o comentário autorizado do eminente CARPENTER ("Da prescrição", "Manual do Código Civil", págs. 519 e segs.) Vamos transcrevê-lo: "como se vê, o texto em análise emprega impròpriamente a expressão **contratos**, quando devera usar da expressão mais genérica **atos**".

E mais adiante: "o texto em análise, porém, é mais lato: a ação que êle consagra é a que tem por fim desfazer não só atos anuláveis (ação de anulação), como também atos nulos (ação de nulidade), como outrossim atos rescindíveis (ação de rescisão)".

Estudando quais os atos nulos que podem ser desfeitos pela ação do texto (CÓd. Civil. art. 178, § 9º, nº V), escreveu o citado CARPENTER: "os atos nulos são de cinco categorias, a saber: os praticados por pessoas absolutamente incapazes, os de objeto ilícito ou impossível, os que não revestirem a forma prescrita em lei, os em que fôr preterida **alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade,** os que a lei taxativamente declarar nulos".

"O que vale dizer que", escreveu o douto CARVALHO SANTOS ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. III, pág. 497), "no sistema do Cód. Civil brasileiro, não há ação alguma, que vise a anular ou rescindir um contrato (leia-se **ato**, conforme CARPENTER e a própria letra **b** do nº V, § 9º, do art. 178 do Código, que esclarece **ato ou contrato**), cuja prescrição seja maior de quatro anos, por isso que tôda aquela para a qual não se tenha estabelecido menor prazo, prescreve em quatro anos". E, taxativo: "Nem um dia mais tolera o Código. O máximo é quatro

Ora, como os atos judiciais são espécies de ato jurídico (CARVALHO SANTOS, "Doutrina e Prática do Processo Civil", vol. I, pág. 470; JORGE AMERICANO, "Da ação rescisória", págs. 213-214), àqueles se aplicam as regras e princípios gerais que presidem a êste, seja no referente aos requisitos intrínsecos (agente, objeto), seja quanto aos requisitos extrínsecos (forma).

A ação que estamos analisando visa anular um ato processual (avaliação) e, por via de conseqüência, um ato judicial (arrematação). E, pelos têrmos da inicial, atos praticados com dolo, "fruto de um conluio para aquisição fácil do patrimônio alheio, do espólio".

*

Do que foi exposto, resulta, portanto, sem sombra de qualquer dúvida:

1 - que o direito dos autores, se existisse, deveria ser pleiteado por ação rescisória, cujo exercício já prescreveu há longos anos;

2 - que, se tratasse embora de ação de nulidade, faltaria o requisito da tempestividade.[2]

*

Falamos em "ação de nulidade" apenas para argumentar. A lei adjetiva mineira era de clareza solar e o ato foi praticado sob o seu império.

V

A arrematação realizada em 1933, há 15 longos anos, não pode ser declarada insubsistente, sem seria afronta aos princípios de direito e grave ofensa à estabilidade das relações jurídicas.

A preliminar da prescrição deve ser acolhida e o será, por certo, porque se arrima em argumentos de todo em todo irretorquíveis e se apóia, incontestàvelmente, no texto da lei.

VI

No mérito, nenhuma razão assiste aos autores.

- Os réus foram vencidos com referência a prescrição.

Procedia-se no fôro de Itajubá, em 1933, ao inventário dos bens deixados por Casemiro José Osório. O *de cujus* era devedor, ao Banco de Itajubá, de elevada soma, constante de diversas notas promissórias no valor de Cr$ 890.000,00.

No correr do inventário, procurou o Banco cobrar administrativamente o seu crédito. Alguns herdeiros não concordaram com êle, sendo de ressaltar, entretanto, que os autores se puseram de acôrdo expressamente com a pretensão do credor, conforme a elucidativa carta que se encontra a fls. 66 dos autos de inventário (numeração com equivoco, porque depois de fls. 73), dirigida ao seu procurador, Dr. Adolfo G. do Nascimento.

Indo para os meios ordinários, o Banco de Itajubá usou da ação competente: executivo cambial.

Foram penhorados todos os bens do espólio.

A inventariante, D. Ana Pereira de Sousa Osório, representante do espólio, por seu procurador - o mesmo de quase todos os herdeiros **e dos autores -** entrou, então, em juízo cota a petição de fls. 24 (autos do executivo), na qual, em resumo, ponderou: "que estava se processando a avaliação dos bens do espólio (que serviria para a **partilha**, acrescentamos nós) e esta poderia servir perfeitamente para a execução, o que propunha a fim de evitar maior despesa; que o fôro da execução era mais propício ao aparecimento de licitantes, em virtude do caráter comercial da cidade que, próxima a Pedra Branca, situação dos bens, era sob todos os pontos de vista bem maior do que esta; que, nestas condições, pedia **dispensa** da nova avaliação (repetição inútil de um ato, afirmamos) e realização da praça em Itajubá (onde, aliás, tinha seu domicílio, bem como quase todo: os herdeiros, o que lhes possibilitava **maior** e **melhor** fiscalização e a remissão até)".

Êste, o fato. Agora, a tese dos autores, que si resume nisto:

1º) Que a inventariante, assim agindo, **transigiu**, mera administradora da herança que o era dispersada, apenas, da prova de mandato. Não podia oferecer acôrdo em nome do espólio, sem poderes expressos dos herdeiros.

"Faltou assim ao ato formalidade legal essencial, tal o acôrdo expresso dos herdeiros, ou outorga de poderes especiais à inventariaste por parte dos mesmos, a fim de que esta pudesse vàlidamente transigir".

2º) Que a avaliação, têrmo essencial do pro cesso executivo, também não podia ser **dispensada** sem poderes expressos.

"Na verdade, a dispensa daquele ato envolvi além de uma infração imperdoável, a renúncia de um direito, renúncia esta que, se fôsse permitida, exigiria poderes expressos declarados a quem nela consentiu em nome dos outros".

Passemos ao exame da tese formulada pelos autores, prèviamente desdobrada nos dois itens acima.

VII

Dispunha de fato, textualmente, o art. 1.286 do Código mineiro que a arrematação devia se realizar no local do imóvel. O § 3º, entretanto, abria uma exceção:

"A arrematação, contudo, poderá, verificar-se no juízo da execução, ainda que não seja o da situação da coisa, se tiver precedido a acôrdo expresso **das partes**".

Acôrdo expresso **das partes**, diz o Código. No caso **sub judice**, quais eram **as partes**, perguntamos? De um lado, o exeqüente, Banco de Itajubá; do outro, o executado, o espólio de Casemiro José Osório, ainda uma herança indivisa, cuja representação em juízo cabia à inventariante que tinha poderes para acionar e ser acionada **in solidum,** nos têrmos da lei processual.

Falece razão aos autores, quando enxergam nesse ato uma transação, para a qual seriam imprescindíveis poderes expressos.

O consentimento destinado a emprestar forma jurídica a um ato processual, podia ser dado, como o foi, sem necessidade de poderes especiais.

Transigir - é fazer transação, transigir a demanda, o litígio; compô-lo por transação (MORAIS); fazer contrato ou combinação, em que se previne ou se termina uma contestação ou pleito (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO).

Transação é um ato jurídico com que se extinguem obrigações. Ora, o acôrdo feito não importou em extinção de obrigações recíprocas das partes. Basta ler o Cód. Civil, que dispõe; no artigo 1.025, cap. IX, sob a rubrica "Da transação":

"É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

Outra não é a lição de CARVALHO SANTOS ("Código Civil Brasileiro Interpretado", volume XVIII, pág. 173).

"Exige ainda o Código poderes expressos para transigir, isto é, prevenir ou terminar litígios (art. 1.025 do Código)".

Para abono do nosso ponto de vista, citemos ainda:

DE PLÁCIDO E SILVA:

"Na promoção dos poderes implícitos não se incluem, assim, os poderes para receber citação inicial, fazer confissões, firmar transações, etc." ("Comentários ao Código de Processo Civil", 1ª ed. pág. 102).

CARVALHO SANTOS:

"Transigir... A **transação** importa na terminação do litígio. Por isso mesmo se exigem para transigir, poderes expressos e especiais" ("Código de Processo Civil Interpretado", volume II, pág. 102).

Assim, a inventariante dos bens do espólio de Casemiro José Osório, aceitando a praça de Itajubá (nesta, como na de Pedra Branca, situavam-se alguns bens) como propicia à arrematação, praticou ato normal de administração, ato que não só podia, como devia praticar.

Não transigiu, como querem os autores, dando tamanha elasticidade ao têrmo. Procurou, antes, defender os interêsses do espólio.

Houvesse transigência, e esta seria, então, por parte do exeqüente Banco de Itajubá, pois êste, ouvido, limitou-se a não se opor.

Tudo foi feito normalmente. Nada em desencontro com a lei. Foram assegurados os direitos do espólio. A praça realizada foi precedida de editais com os prazos da lei, pública e solenemente, e a arrematação se tornou perfeita e acabada com a expedição da respectiva carta e seu registro no cartório competente.

VIII

Passemos à análise da **dispensa** da avaliação, argüição inapelável, no dizer dos autores.

Não pudemos perceber como viram os autores, na petição da inventariante, uma dispensa de avaliação. É que esta não foi de forma alguma dispensada. **Houve avaliação**. Apenas, serviu de base para a hasta pública a mesma avaliação do processo administrativo que iria servir para a partilha, e realizada por dois peritos: um judicial, e outro particular, indicado por todos Os herdeiros, inclusive pelo próprio autor-varão.

E isto é justamente o que está na sistemática do nosso direito, cuja evolução vem se processando no sentido de evitar atos inúteis, se bem que se atendo sempre ao espírito da lei.

A avaliação é o ato pelo qual se verifico e declara em juízo o valor pecuniário dos efeitos penhorados, na verdadeira e comum estimação dos homens, consoante definição de FRAGA. Sua finalidade é, sem dúvida, servir de base à arrematação, remissão ou adjudicação. Para que se proceda à arrematação (art. 983 do Cód. de Processo Civil). à adjudicação (art. 981) ou à remissão (art. 986), é indispensável se conheça o valor dos bens penhorados, isto é, seu preço vulgar em moeda corrente, cuja determinação se faz pela avaliação (PEREIRA E SOUSA, § 899, **apud** OSVALDO PINTO DO AMARAL, "Código de Processo", pág. 967).

Evidentemente, a conversão de objeto da penhora em dinheiro deve ter por base o conhecimento de seu valor exato (AMÍLCAR DE CASTRO).

O fim da avaliação é estabelecer, firmar, encontrar uma base para a arrematação dos bens, a fim de que conste a estimativa doa editais de praça, para a segurança das partes. E tanto é verdade, que o Cód. de Processo mineiro estabelecia:

"Não se procederá à avaliação:

1) quando se tratar de penhora em bens já avaliados, em contrato para os efeitos da execução".

É que estaria assim respeitado o espírito da lei, quando incluiu a avaliação como têrmo essencial do processo, e inspirada mais no interêsse das partes, do que mesmo numa razão de ordem pública.

Quando as partes - credor e devedor - aceitavam uma estimativa, esta servia de, base à arrematação.

No caso, repetimos, foi respeitado o espírito da lei, mesmo porque, pelas condições especialíssimas de que se revestiu o ato, a avaliação se processou mais para o executivo do que mesmo para o inventário.

Mas houve uma avaliação, reafirmamos. Houve uma base para a arrematação. A estimativa constou dos editais regularmente publicados, que deveriam, lògicamente, ser do pleno conhecimento dos herdeiros e, portanto, dos autores. E a arrematação se fêz pùblicamente, podendo licitar quem quisesse.

Queixam-se os autores de que nem ao menos falaram sôbre a avaliação. Daí se infere:

a) que houve a avaliação;

b) que corroborada fica a nossa assertiva de que se tornou a mesma ato integrante do executivo cambial.

Uma conclusão, portanto, se impõe: Não se verificou a **dispensa** da avaliação, tão pretendida pelos autores.

IX

Não só a inventariante, como os herdeiros, estavam certos da insolvabilidade do espólio, proclamada desde o início com o acôrdo do procurador da maioria dos herdeiros, inclusive o autor-varão.

Releva mencionar aqui o requerimento, pelo seu advogado, e datado de 23 de agôsto de 1933 (fls. 93 dos autos de inventário), que fêz a inventariante, pedindo o levantamento da conta de custas, a fim de se pôr têrmo ao processo, uma vez arrematados todos os bens do espólio, nada mais havendo a inventariar.

Na audiência de 4 de setembro de 1933, o Dr. Adolfo G. do Nascimento, como procurador da inventariante e de outros interessados, inclusive o próprio Joaquim Paulino de Araújo (!...), requereu, também em nome dêste (!...), a intimação de todos os interessados do despacho que mandou arquivar o feito administrativo. E houve deferimento para êste pedido em audiência...

Como pretender, agora, o autor-varão estranhar e alegar que nem sequer falou sôbre a avaliação?

Efetivamente, os herdeiros e os autores, como tais, tiveram conhecimento de tudo quanto se passou. Houvesse nulidade, e estaria a mesma perfeitamente sanada.

X

Teria havido, ainda no dizer dos autores, uma renúncia de direitos.

Poderíamos repetir, **mutatis mutandis**, os mesmos argumentos já expendidos com referencia ao deslocamento da praça para o fôro da execução. Como ali não houve **transação**, aqui não houve renúncia.

Estudando o assunto, CARVALHO SANTOS arrola os atos que, por exorbitarem da administração ordinária, carecem de poderes especiais e expressos, consoante a doutrina e a jurisprudência.

Está entre êles a renúncia, que envolve, em última análise, ato de disposição. Mas, a renúncia é alienação a título gratuito e, como tal, prejudicial ao mandante, de sorte que, com fortes razões, se hão de exigir poderes especiais ("Código Civil Interpretado", vol. XVIII, pág. 357). Ora, a inventariante dos bens do espólio de Casemiro José Osório nada renunciou, nem alienou gratuitamente.

A inventariante aludida, dêsse modo, "não transigiu, nem renunciou direito dos herdei" roa, sendo válido o processo em todos os seus têrmos e atos, e subsistente deve ser declarada a arrematação, em acatamento dos princípios de direito e justiça".

XI

Consideremos, ainda, outros aspectos da questão de molde a se evidenciar a improcedência da inicial.

As nulidades apontadas pelos autores são nulidades de forma, de ato processual ou judicial, e é sabido, segundo a lição dos mestres, que não há ato processual nulo de pleno direito (AMÍLCAR DE CASTRO, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. X, pág. 295; CHIOVENDA, vol. 2º, nº 250; PEREIRA BRAGA, "REVISTA FORENSE", volume 69, pág. 23).

"A forma é a garantia do direito material que se apura no processo e que a sentença irá afinal definir. A nulidade cominada à violação dessa forma é, com a preclusão e as penas disciplinares, sanção sem a qual naufragará o direito dos litigantes" (JOÃO MONTEIRO).

"É preciso, porém, que êsse raio destruidor - como lhe chamou MORTARA - seja manejado com parcimônia e prudência pelo legislador e pelo juiz, para que, meio assegurador da descoberta da verdade judiciária e sua proclamação pela sentença, não se transforme em flagelo da justiça, fazendo do esfôrço despendido no processo um trabalho de Sísifo" (LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil Brasileiro", vol. I, págs. 353 e 354).

"A apreciação da nulidade, hoje, em matéria processual, é pela finalidade da lei e do prejuízo, em substituição ao tradicional sistema do respeito místico à forma sacramental" (acórdão do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, em 29-5-1940). O fetichismo das fórmulas processuais atualmente repousa tranqüilo no museu das antiqualhas do direito, como o dizem inúmeros autores.

Na espécie, ainda que se aceitasse violação da lei, seu espírito foi respeitado.

E nenhuma prova poderão fazer os autores de que o deslocamento da praça para Itajubá lhes trouxe prejuízo. Ou que a avaliação realizada para o inventário, dando base para o executivo, lhes acarretasse dano.

O contrário, sim, poderão provar...

Dizem os autores que o prejuízo potencial era evidente. Não se trata, no entanto, senão de prejuízo real, efetivo, o que não houve no caso.

Atravessava-se, então, uma época de desvalorização reconhecida. E não é possível ou admissível, nem moral nem jurìdicamente, que os autores, em face da valorização dos últimos tempos, lograssem êxito nesta causa, desfalcando inteiramente o patrimônio dos réus.

Sem prova de prejuízo, não se decretam nulidades - dizem todos os tratadistas, e é taxativamente declarado em lei.

Tanto mais quanto essas nulidades, se ocorressem, atravessaram incólumes 15 longos anos, sem reclamação dos autores.

Por último, se nulidades existissem, era de se aplicar, ao caso em debate, o dispositivo do art. 165 do Código mineiro:

"As nulidades de que trata o art. 162 podem ser alegadas em qualquer tempo ou instância, não tendo, de alguma maneira, a parte nelas consentido".

Os autores nelas consentiram, porque:

a) não embargaram a arrematação, podendo fazê-lo se o quisessem;

b) concordaram, em têrmo de audiência, com o arquivamento do inventário e com a declaração expressa da inventariante de que foram arrematados todos os bens do espólio;

c) contribuíram para o arquivamento do processo de inventário, promovendo a intimação de outros herdeiros do despacho que assim o decidiu;

d) não licitaram na praça e nem procuraram remir os bens, como lhes facultava a lei;

e) não intentaram nenhum protesto, nem formularam reclamação alguma.

Silenciaram... Durante anos e anos aceitaram a situação sem um ato sequer que revelasse, longinquamente, qualquer propósito de inconformação com as formalidades processuais. Mais enigmáticos do que a própria Esfinge, deixaram agora a imobilidade em que se petrificaram, tentados, talvez, pela magia dos frutos e conseqüências de assoberbante inflação...

XII

Feitas essas alegações de fato e de direito, que provarão do melhor modo, se necessário, assim resumem os réus a sua contestação:

1. A ação posta em juízo por Joaquim Caulino de Araújo e sua mulher é, inegàvelmente, uma ação rescisória, cuja prescrição já ocorreu há muitos anos e deve ser decretada, o que ora pedem os réus. E é rescisória, não só face aos argumentos já expendidos, principalmente porque os vícios rebuscados pelos autores, como capazes de macular o processo, **são anteriores à sentença que julgou a penhora.**

2. Aderindo-se, embora, à tese de que se trata de **ação anulatória**, esta também já estaria prescrita, diante do dispositivo do Cód. Civil (art. 178, § 9º, nº V).

Estas argüições deverão encontrar guarida no despacho saneador, como o vêm decidindo juízes e tribunais, reiteradamente ("REVISTA FORENSE", vol. CXV, pág. 432).

"DE MERITIS"

3. Que, em data de 25 de setembro de 1931 (fls. 3 do processo de inventário), faleceu nesta cidade, onde residiu e foi radicado por longos anos, o acatado e probo cidadão Casemiro José Osório.

4. Que, na data de seu falecimento, atravessava o país um torvo período de crise econômica, atingindo em cheio a indústria açucareira e a lavoura, determinando a mais completa desvalorização da propriedade.

5. Que o falecido não escapou - usineiro que era - aos efeitos desastrosos da crise econômica, acarretando esta circunstância vultosas responsabilidades para o seu espólio, o qual ficou em situação de insolvabilidade, reconhecida e proclamada, aliás, pela inventariante e revelada pelo desinterêsse dos herdeiros na abertura do inventário, sòmente requerido cinco meses após a abertura da sucessão, e pelo representante da Fazenda Pública.

6. Que, no correr do inventário, o Banco de Itajubá solicitou o pagamento de seu crédito, constante de títulos líquidos e certos, e, em vista de caprichosa recusa, foi compelido ás vias ordinárias e forçado a dar início ao executivo cambial.

7. Que não houve plano algum preconcebido e nem conluio de espécie alguma, uma vez que o executivo foi a conseqüência dó despropositado protesto de alguns herdeiros, entre os quais não se achava o autor-varão, que concordou expressamente com a dívida e nada reclamou, ciente e consciente, como homem de negócios que é, de que o valor dos bens praceados era, naquela emergência e até mesmo há pouco tempo (antes da inflação), inferior ao passivo do espólio e à soma obtida na praça.

8. Que não procede, em verdade, a pueril afirmativa dos autores relativamente ao preço **irrisório** alcançado pelos bens em hasta pública: estêve o autor-varão na cidade de Itajubá, dias antes da praça, ou mesmo no próprio dia desta, e, jactando-se de representar um grupo de capitalistas do Rio de Janeiro, desinteressou-se pela arrematação ou pela remissão; além do que, procurado por herdeiros para a aquisição da propriedade, com facilidades oferecidas pelo

Banco-credor para a solução do débito, recusou-se terminantemente, após saber o montante da dívida, e conhecer o valor dos bens.

9. Que é inexata a afirmativa de que um dos filhos do **de cujus** - o contestante, Dr. Sebastião Osório, - tenha orientado a inventariante e assumido o contrôle dos negócios do espólio. Existia uma firma, Casemiro Osório & Filhos, na qual figuravam outros irmãos mais velhos dêste suplicado e com maior experiência, portanto. E a inventariante, senhora enérgica naquele tempo e de nobres sentimentos, não iria se comprometer em conluios nem se influenciar por opiniões que não visassem ao bem comum.

10. Que a manutenção da hasta pública, com tôdas as suas conseqüências, se impõe à estabilidade das relações jurídicas e situações definitivamente constituídas, não podendo meras e pretendidas nulidades processuais ou bizantinismos subverter aquêle como de ordem pública.

11. Que, nestas condições, mais se patenteia a malícia com que os autores ingressaram em juízo, joeirando futilidades e agindo temeràriamente.

12. Que, pelo exposto, deve a presente contestação ser recebida e, afinal, julgada provada, decretando-se a inteira improcedência da ação ajuizada, na hipótese de não-acolhidas as preliminares, tudo com a absolvição dos réus e condenação dos autores e demais pronunciações de direito.

Requerem os contestantes tôdas as provas admitidas pelo art. 139 do Cód. Civil, inclusive os depoimentos pessoais dos autores, sob pena de confessos, inquirição de testemunhas, etc.

Nestes têrmos, esperam deferimento e justiça.

Itajubá, 19 de outubro de 1948. - P. p., **J. de Almeida Paiva e Lima Medeiros.**

MEMORIAL[3]

Ação proposta por Joaquim Paulino de Araújo e sua mulher, D. Amélia Osório de Araújo, contra o Banco de Itajubá, S.A., Antônio Simão Mauad e Drs. Carlos Ribeiro Filho e Sebastião Osório.

Emérito julgador:

I

Chegados, afinal, à fase culminante dêste pleito, compele-nos o dever ao debate esclarecedor da matéria ajuizada.

Versaremos o assunto tão sucintamente quanto possível, procurando levar ao espírito sereno do ilustre magistrado a modesta contribuição dos advogados signatários dêste memorial, em defesa dos elevados princípios do direito e da justiça.

II

Preliminarmente, se algum direito assistisse aos autores, prescrita estaria a ação.

O Cód. Civil dispõe, em seu art. 178, § 90, nº V:

"Prescreve:

§ 9º Em quatro anos:...

V - a ação de anular ou rescindir os contratos para o qual se não tenha estabelecido menor prazo;

contado êste:

a) ...

b) no de êrro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou contrato".

A discussão e interpretação do texto legal, referente à prescrição de quatro anos, já foi exaustivamente ventilada na contestação.

Indubitàvelmente, a base de todo o processo, intempestivamente ajuizado, pelos têrmos candentes da inicial, é o conluio "concertado em roda íntima", é a fraude "ressaltada no insólito procedimento da inventariante" e na aquisição fácil "do patrimônio do espólio, em concessões recíprocas". É, ainda, a "ação sorrateira dos interessados ocultos, procurando afastar os concorrentes perigosos ao jôgo de seus apetites".

Tudo isso caracteriza perfeitamente a fraude, a malícia, o dolo, arraigados na vontade consciente de prejudicar terceiros.

E tudo isso constitui, por assim dizer, o fundamento básico da ação, o que vem ajusta-la, para efeito prescricional, ao invocado texto do art. 178, § 9º, nº V, letra **b**, do Cód. Civil.

Esta preliminar de mérito, por nós argüida na contestação, recebe agora maior autoridade com o parecer elaborado pelo eminente jurista J. M. DE CARVALHO SANTOS e que integra o memorial oferecido pelos doutos colegas que patrocinam, com invulgar brilho e rara eficiência, os interêsses do Banco de Itajubá, S.A.

Do exposto resulta, portanto, que, se algum direito assistisse aos autores, estaria êle desprovido do requisito essencial da tempestividade, não podendo, em conseqüência, ser exercitado.

O decreto judicial da prescrição se impõe como a própria evidência.[4]

III

Por ocasião do depoimento pessoal da principal autora, D. Amélia Osório de Araújo, ficou patenteada circunstância de relêvo: a autenticidade da carta escrita pelo já falecido Joaquim Paulino de Araújo ao então seu procurador, doutor Adolfo G. do Nascimento, autorizando-o, de maneira expressa, a concordar com o pagamento da dívida do espólio ao Banco de Itajubá, S.A.

Esta carta se encontra a fls. dos autos de inventário de Casemiro José Osório, e constitui, pelo seu conteúdo, documento bastante para invalidar qualquer pretensão dos autores.

Justificamo-nos: o ato do falecido Joaquim Paulino de Araújo, contido na concordância ã habilitação de crédito do Banco de Itajubá, S.A., importou em manifesta autorização para a hasta pública, isto porque, reconhecendo a dívida e sabendo da ausência de numerário para satisfazê-la, consentiu na própria alienação dos bens.

Colhe aqui a citação do ensinamento do eminente e douto desembargador LOPES DA COSTA em seu livro "Da Responsabilidade do Herdeiro e dos Direitos do Credor da Herança", pág. 71:

"O ato pelo qual o herdeiro concorda com o pagamento de dívidas que estejam devidamente provadas é um simples consentimento em que o juiz mande pagá-las.

"O interessado não paga diretamente, porque a prestação deve sair do patrimônio hereditário comum, sob a administração do inventariante".

"Ora, o pagamento de dívidas legìtimamente justificadas não constitui **ato que exorbite do mandato geral**".

E, mais adiante, continua o ilustre magistrado e renomado processualista:

"Se não houver dinheiro no monte e tornar-se necessária a venda de bens para o pagamento, ainda assim o ato não **excede a órbita dos podêres gerais**".

"O herdeiro concorda ou não com o pagamento. Concordando, o pagamento há de fazer-se, e é a lei e é o juiz, cumprindo-a, que lhe determinam a forma".

Nenhum embaraço, pois, criou Joaquim Paulino de Araújo à alienação dos bens; com esta alienação concordou expressamente, quando autorizou seu advogado a reconhecer a dívida, o que determinaria, inevitàvelmente, nos têrmos da lei processual vigente, a separação de bens para pagamento do credor e, por via de conseqüência, a hasta pública ou a adjudicação.

Não fôsse ato de outrem, por outrem praticado, e o único caminho a trilhar, com a plena aquiescência do autor falecido, seria o da alienação em praça ou o da adjudicação ao credor, mas, tanto aquela quanto esta, calcadas, baseadas, **na avaliação dos bens que iria ser processada para fim de inventário.**

Apesar disto e depois disto, veio ainda aquêle mesmo autor reclamar contra o processo executivo, que sòmente existiu e existe em virtude da caprichosa recusa de outros herdeiros no reconhecimento de dívidas líquidas e certas.

Uma conclusão aqui se impõe: concordando com a dívida justificada e certo das conseqüências de sua concordância, o autor Joaquim Caulino de Araújo, iniciador e orientador desta demanda, tornou-se o menos capacitado para invocar pretensas nulidades processuais.

IV

Transpondo, embora, o impecilho de ordem moral e conseqüências jurídicas, objeto das anteriores considerações, estabeleceu o autor Joaquim Paulino de Araújo a relação processual que hoje atinge seu momento culminante, levantando a tese da nulidade da arrematação, desdobrando-a e desenvolvendo-a com a apresentação de dois argumentos:

a) que a inventariante dos bens do espólio de Casemiro José Osório, aceitando o fôro de Itajubá - o da execução - como propicio à hasta pública e conseqüente arrematação dos bens, **transigiu**, o que lhe era defeso fazer, visto como, mera administradora da herança, não poderia oferecer acôrdo em nome do espólio, sem poderes expressos dos herdeiros;

b) que a avaliação, têrmo essencial do processo executivo, não podia ser dispensada sem poderes expressos, por envolver, além de infração imperdoável, uma renúncia de direitos.

Passemos à análise dêstes pontos.

V

Arrimam-se os autores, em sua primeira e inconseqüente afirmativa, no disposto no artigo 957 do Cód. de Proc. Civil, vigente por ocasião do ato, que assim reza:

"Salvo exceção da lei, o inventariante pode acionar e ser acionado **in solidum**, em nome da herança, enquanto esta se achar indivisa, não podendo, porém, transigir e nem se comprometer em árbitros, sem acôrdo de todos os herdeiros".

Realmente, era êste o art. 1.286 do Cód. de Proc. Civil mineiro:

"Se a execução tiver de ser feita em bens existentes fora do território do juiz executor, mandará êste expedir carta precatória-executória ao juiz do lugar em que os bens estiverem, para serem ali penhorados, avaliados e arrematados".

Porém, o § 3º do mesmo texto de lei abria exceção clara e insofismável:

"A arrematação, contudo, poderá verificar-se no juízo da execução, ainda que não seja o da situação da coisa, se tiver precedido acôrdo expresso das partes".

Com a citação do texto e sua ressalva do § 3º, não é necessário grande senso jurídico para se chegar à conclusão de que:

"Houve, no caso, acôrdo expresso das partes: de um lado, o Banco de Itajubá; de outro lado, o espólio de Casemiro José Osório, como executado, representado êste por sua inventariante e viúva meeira, D. Ana Pereira de Sonsa Osório".

"Houve, sem dúvida, acôrdo expresso, o que não negam os autores, antes proclamam em a peça basilar da ação: "Não altera, conseqüentemente, a situação o acôrdo que se vê dos autos..."

Reconhecem, dêste modo, a existência material do acôrdo. De fato, êle existe da maneira mais explícita possível, e foi baseando-se nêle que o integro magistrado de então, no exercício do cargo de juiz de direito desta comarca, houve por bem permitir a praça no fôro da execução, bem mais favorável e propicio à hasta pública.

Qualquer conhecedor da região sabe perfeitamente como corriam as coisas no ano de 1933 e pode afirmar como **communis opinio** que, naqueles como nestes tempos, bem maior é a capacidade econômica da cidade de Itajubá em confronto com a de Pedralva, Município vizinho, onde se situavam os bens.

Mas, não divaguemos. O que se alega, 15 anos após o ato, - hoje dezoito anos, - como se despertasse de longo sono, é que o acôrdo não tem validade jurídica, porque celebrado por parte ilegítima, - a inventariante - sendo certo ainda que esta não estava munida dos imprescindíveis poderes para ultimá-lo. Ressentido estaria o ato de formalidade essencial.

Nada mais fàcilmente rebatível.

Os autores aceitaram o têrmo **transigir**, expresso no Cód. Civil (art. 1.295) e que se aplica igualmente ao mandato judicial (BATISTA MARTINS, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, pág. 327), no sentido vulgar de condescender. Mas, **transigir** é fazer transação, transigir a demanda, o litígio; compô-lo por transação (MORAIS); fazer contrato ou combinação em que se previne ou se termina uma contestação ao pleito (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO).

Nesse mesmo sentido o entendem festejados mestres (CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. XVIII, pág. 173; DE PLÁCIDO E SILVA, "Comentários ao Código de Processo Civil", 1ª ed., pág. 102; CARVALHO SANTOS, "Código de Processo Interpretado", volume II, pág. 102).

Em abono também de nossa afirmativa, invoquemos o pensamento de um juiz estudioso e culto, em sentença que versou caso análogo e que se encontra na "REVISTA FORENSE", volume LXXXIII, pág. 321, sentença esta proferida quando vigente o Cód. de Proc. Civil mineiro, em pleito em que se esforçavam os autores, em igual arremetida, contra uma arrematação pública e solenemente realizada. Um dos pontos altos da inicial era, justamente como no caso vertente, a alegação, que resultou frustra, de que os bens do espólio constavam de imóveis sitos na comarca de Palma, uns, e outros no Estado do Rio de Janeiro.

Eis o que asseverou o ilustre magistrado, rebatendo o frágil argumento:

"Os bens do espólio, como se viu, constam de imóveis situados nesta comarca e de outros situados no Estado do Rio de Janeiro".

"As praças anunciadas para a venda de todos êles foram precedidas de editais afixados no lugar do estilo e publicados no jornal local... Quanto à ausência de edital nas comarcas de situação dos imóveis, de outro Estado, não constitui nulidade, pois houve acôrdo entre os interessados e, pelo disposto no art. 1.286, § 3º do Cód. de Proc. Civil, era permitido efetuar-se a arrematação nesta comarca. O acôrdo foi feito em petição e pareceres, de fls. 169 v. dos autos. E, para isto, não necessitava o procurador dos herdeiros de poderes especiais.

"É que não se tratava de transação, como pensam os autores.

"Transação é ato jurídico com que se extinguem obrigações. Ora, aquêle acôrdo não importava em extinção de obrigações recíprocas das partes".

"Aquêle consentimento, destinado a emprestar forma jurídica a um ato processual, podia ser dado, como o foi, sem necessidade de poderes especiais. Suficiente para a sua realização era o mandato geral".

Ora, nem se nega, antes se argúi na inicial, que a função da inventariante se confunde com a do mandatário. A lição ó corrente na doutrina; dizem dogmàticamente os autores e traz a sanção da jurisprudência dos tribunais.

Assim sendo, o **símile** é perfeito. Apenas, no caso, não se trata de bens situados no Estado do Rio de Janeiro, e, sim, no vizinho Município de Pedralva.

Frente a êsses ensinamentos, a outra conclusão não se poderá chegar, senão a de que:

A inventariante dos bens do espólio de Casemiro José Osório, aceitando a praça de Itajubá como propícia à arrematação dos bens, não transigiu nem praticou ato que exorbitasse de suas funções de inventariante.

Não transigiu, como querem os autores, dando tamanha elasticidade ao têrmo.

Houvesse transigência, e esta seria por parte dos exeqüentes, que se limitaram a não se opor.

Aliás, MM. juiz, são os próprios autores que se, abstraem da nulidade do ato da arrematação em si e, certos da inconsistência do primeiro argumento levantado, relegam-no, por si mesmos: acham-no pouco imperioso para o decreto de nulidade, pois **passam ao outro argumento o da falta de avaliação, erguendo, êste sim, à categoria de "inapelável, categórico, imperioso e fulminante".**

VI

A dispensa da avaliação "é argüição inapelável", dizem os autores.

Por mais que nos esforçássemos, não podemos enxergar na petição da inventariante uma dispensa de avaliação. Diz a malsinada petição:

"que tendo V. Ex.ª ordenado a expedição de carta precatória, para a penhora dos bens executivos, situados no Município de Pedra Branca, e conseqüente avaliação e arrematação ali sucede que, neste momento, acha-se em andamento a avaliação dos ditos bens, para efeito do inventario que corre no fôro desta comarca, e como essa avaliação, que está sendo feita, pode servir perfeitamente para a referida execução, vem a suplicante requerer a V. Ex.ª se digne mandar ouvir o aludido Banco de Itajubá, por seu advogado, o Dr. Olinto Vilela, para ver se êste concorda em aceitar, para a execução que move, as avaliações do mesmo inventário, não só as feitas em Pedra Branca, como as desta cidade".

Assim sendo, houve avaliação. Essa formalidade não foi preterida e nem dispensada. Apenas, serviu de base para hasta pública a mesma avaliação do processo administrativo que iria servir para a partilha e realizada por dois peritos: um judicial e outro particular, indicado e aceito por todos os herdeiros.

Escrevem os autores, partindo de uma falsa premissa - dispensa de avaliação - "é doutrina pacífica a de que, quando a lei considera como essencial qualquer

ato, investe-o da qualidade de absolutamente indispensável à validade do processo. Não há como deixar de realizá-lo sem incorrer na penalidade extrema, porquanto si se patenteia o caráter da norma preceptiva, inspirada no interêsse da ordem pública".

Nem tão pacífica assim é a doutrina, refutamos nós.

A lei é a forma deliberada e racional do pensamento jurídico. Manifestação solene do direito. Sua racional expressão.

Característica de tôda norma jurídica é a imperatividade. Não se pode conceber norma não imperativa.

Contudo, uma tradicional doutrina distingue as, leis em imperativas ou preceptivas e permissivas ou facultativas (MODESTINO: **"Legis virtus haec est: imperara, vetare, permitere, punire"**).

Na verdade, uma regra de conduta social só pode ser imperativa.

Proibindo, permitindo, ou conferindo direitos, qualidades ou atribuições, a lei ordena sempre, impõe obediência a um preceito.

As leis preceptivas, no entanto, são aceitas como aquelas em que o legislador preceitua, ordena, empregando palavras como tais: pagará, deverá, fará, recebera, etc.

Proibitivas - ordenam uma abstenção. Permissivas - aquelas em que se dá ao indivíduo, o arbítrio de proceder de um outro modo.

Escreve eminente jurista que é importante a distinção entre normas "coativas" e "dispositivas".

Mas, conclui seu estudo afirmando que nem sempre é fácil reconhecer e identificar umas e outras.

Não nos socorre a noção de ordem pública, assaz indeterminada.

Não nos serve a diversidade das esferas de direito público e privado, porque há normas de direito público derrogáveis pela vontade das partes, por exemplo, no direito processual, competência territorial e os prazos não-peremptórios.

E há normas de direito privado iniludíveis, como tôdas as que regulam a organização da família, a propriedade, etc., etc.

A estilística legislativa dá alguns elementos para isso, pois, nas normas coativas, usam-se das fórmulas: "não pode, é proibido, é obrigatório, fará, deverá, sob pena de..."; enquanto muitas das normas dispositivas contêm as fórmulas: "salvo convenção em contrário, no silêncio das partes, podem convencionar, é lícito aos interessados, etc..."

Por isso, em caso de dúvida, deve se examinar a **ratio legis**, o fim imediato da norma. Se êsse fim foi a tutela dos interêsses privados, individuais, suscetíveis de renúncia e transação, a norma é dispositiva; se a norma visa à proteção da família, à tutela do interêsse geral, à proteção da personalidade, a norma é coativa.

A norma que exige a avaliação para serem praceados os bens é dispositiva e pode ser dispensada pela vontade das partes. É que isso estava e está na própria lei.

Vejamos o art. 818 do Cód. Civil:

"É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação".

Agora o art. 1.359 do Cód. de Proc. Civil mineiro:

"Não se procederá à avaliação;

"Quando se tratar de penhora em bens já avaliados em contrato para efeito de execução".

Mais incisivo era o art. 1.020 do Cód. de Processo paulista, que dizia:

"Não se procederá à avaliação:

Quando as partes já a tiverem feito no contrato ou por têrmo nos autos".

Comentando o Cód. de Proc. Civil brasileiro, o magistrado paulista OSVALDO PINTO DO AMARAL, no vol. V, pág. 278, escreve:

"Entretanto, casos existem em que, independentemente de disposição legal, é dispensável a avaliação por ser de todo inútil".

"Apontam-se", continua o ilustre juiz, "os seguintes casos:

".....

"**b)** Quando as partes, de comum acôrdo, dão valor aos bens penhorados, fazendo-o constar por têrmo nos autos".

".....

"Fora do Cód. de Processo", é ainda o mesmo autor quem o diz, "encontra-se dispositivo expresso sob dispensa da avaliação, no Cód. Civil, art. 818".

É assim evidente que o legislador, ao incluir a avaliação como têrmo do processo executivo, inspirou-se no interêsse das partes, pois, quando credor e devedor aceitavam uma estimativa no contrato ou por têrmo nos autos ou por petição, ou por qualquer forma de manifestação insofismável da vontade, esta estimativa servia de base à arrematação e a arrematação se fazia perfeitamente legal.

No caso, conforme se disse, com referência ao primeiro argumento dos autores, ou seja o deslocamento da praça para o fôro da execução, houve acôrdo das partes, não quanto à dispensa da avaliação e, sim, quanto à forma da avaliação.

A inventariante, ou melhor, o espólio, por sua inventariante, maior e **sui juris**, com poderes para representá-lo ativa e passivamente em juízo, concordou em haver como boa para o processo executivo a mesma avaliação do inventário.

Foi respeitado o espírito da lei, o ato não poderia beneficiar o credor-exeqüente, nem os possíveis arrematantes dos bens.

E tanto mais se respeitou o espírito da lei, quando é certo que a avaliação se processou mais para o próprio executivo do que para o inventário.

Houve uma base para a arrematação. Essa base constou dos editais de praça amplamente divulgados. E a arrematação se fêz, pùblicamente, podendo quem quisesse licitar.

VII

No entanto, vamos admitir, para argumentar, a irregularidade do ato.

Vamos além: admitamos, ainda para argumentar, houvesse dispensa da avaliação.

Se esta constou dos editais de praça, se êstes foram publicados, se com isso se assegurou interêsses de possíveis pretendentes à arrematação, o ato seria, no máximo, anulável. E nulidade relativa.

O característico do ato nulo de pleno direito é não poder ser ratificado ou sanado pela vontade das partes.

E a nulidade de ordem processual pode sempre sofrer sanação.

Donde afirmarem os mestres que não há ato processual nulo de pleno direito.

Aliás, ainda recentemente, em acórdão de 29 de maio de 1950, do egrégio Tribunal de Justiça de Minas, de quem foi relator o ilustre desembargador AMÍLCAR DE CASTRO, ficou decidido:

"Desprezar os embargos e manter o acórdão embargado que está certo, pois todos sabem que **não há atos processuais nulos de pleno direito,** e por isso mesmo o art. 146 do Cód. Civil entrou na sentença apelada como Pilatos no Credo".

Escreveu o ilustre PEREIRA BRAGA, **in** "REVISTA FORENSE", vol. LXIV, pág. 23, o seguinte:

"Não posso concordar com a distinção em processo de atos nulos e anuláveis. Em Direito Civil ela tem cabimento e, mais que útil, é necessária, em razão da diversidade dos efeitos".

"Ato nulo em direito civil é o irremediàvelmente inválido, o que, natimorto ou inviável, não pode salvar-se pela ratificação, nem pelo suprimento: o juiz pode passar-lhe o óbito de plano e de oficio, sem forma nem figura de juízo".

"O ato anulável, ao contrário, nasce viável e eficaz, e porque só tem o defeito de consentimento, as partes o podem ratificar e executar voluntàriamente: é vedado ao juiz invalidá-lo de oficio".

"Em processo não deve ser assim: a distinção não pode ter iguais fundamentos nem iguais efeitos. Não deve haver atos nulos de pleno direito, e, sim, apenas atas anuláveis".

"Tôdas as nulidades devem ser ratificadas".

VIII

Aliás, casos de maior gravidade não constituem, de acôrdo com os ensinamentos dos mestres, nulidade **pleno jure**.

Assim é que o art. 1.133 do Cód. Civil, por exemplo, dispõe que não podem ser comprados ainda em hasta pública: pelos tutôres, curadores, testamenteiros, etc., os bens confiados à sua guarda ou administração; pelos mandatários, os bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; pelos empregados públicos, os bens da União, e pelos juízes, os bens ou direitos sôbre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender sua, autoridade.

Pergunta o eminente processualista e desembargador LOPES DA COSTA:

"Qual a sanção dessa proibição? Nulidade? Anulabilidade? As opiniões se dividem. Para todos os casos querem uns que se trate de nulidade, outros que se trate de anulabilidade".

Depois de citar diversos autores, conclui o eminente desembargador com as seguintes e expressivas palavras:

"Inclino-me para o lado dos que sustentam em todos os casos a nulidade relativa. O argumento dos que afirmam a nulidade absoluta é a "ordem pública". O conceito dessa ordem pública, porém, é, quer em direito civil, quer em direito internacional privado, um conceito de multa imprecisão".

Falando sôbre a arrematação, também escreveu o insigne jurista CARVALHO SANTOS:

"A arrematação é ato essencial dos processos: das execuções, constituindo a sua supressão ou a inobservância das formalidades legais prescritas para elas, nulidade que pode ser alegada pelo executado ou seus sucessores quer por via de embargos, quer por ação ordinária".

"Entretanto, pertencendo dita nulidade à classe das relativas, podem os interessados convencionar relativamente à eficácia do ato, mantendo tal como fôra realizado e para todos os fins e efeitos previstos e garantidos em direito" ("Código de Processo Civil Interpretado", vol. X, 2ª ed., pág. 188).

Os atos anuláveis, é lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, ("Teoria Geral do Direito Civil", página 339), podem ser ratificados expressa ou tàcitamente, sendo certo que a ratificação tácita é a que resulta da execução voluntária do ato.

Ora, MM. juiz, admitindo-se, como o fizemos, a nulidade relativa do ato, apenas para argumentar, já estaria êle ratificado pelas partes, expressa e tàcitamente.

Expressa, em virtude do requerimento, datado de 23 de agôsto de 1933 (fls. 93 dos autos do inventário), feito pela inventariante, e no qual se pediu o levantamento da conta de custas, a fim de se pôr têrmo ao processo, "uma vez arrematados todos os bens do espólio, nada mais havendo a inventariar".

Expressa, ainda, porque, na audiência de 4 de setembro de 1933, o Dr. Adolfo G. do Nascimento, como procurador da inventariante e de outros interessados, inclusive o próprio Joaquim Paulino de Araújo, requereu, também em nome dêste, a intimação de todos os interessados do despacho que mandou arquivar o feito administrativo.

E houve deferimento para êste pedido em audiência...

Houve ratificação tácita, porque os autores consentiram na arrematação, pois:

a) não embargaram a hasta pública, podendo fazê-lo se o quisessem;

b) não licitaram na praça e nem procuraram remir os bens, como lhes facultava a lei;

c) não intentaram nenhum protesto, nem formularam qualquer reclamação;

d) silenciaram... durante anos e anos, conforme dissemos na contestação, aceitaram a situação sem um ato sequer que revelasse, longìnquamente, qualquer propósito de inconformação com as formalidades processuais.

Cai, assim, por terra, o segundo argumento dos autores.

IX

Outros aspectos da questão, MM. juiz, evidenciam a improcedência da inicial.

As nulidades apontadas pelos autores são nulidades de forma, de ato processual, e é sabido, segundo as lições citadas, que não há ato processual nulo de pleno direito (AMÍLCAR DE CASTRO, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. X, página 295; CHIOVENDA, vol. II, nº 260).

"A forma é a garantia do direito material que se apura no processo e que a sentença irá, afinal, definir".

"A nulidade cominada à violação dessa forma é, com a preclusão e as penas disciplinares, sanção sem a qual naufragará o direito dos litigantes" (JOÃO MONTEIRO).

"É preciso, porém, que êsse raio destruidor como lhe chamou MORTARA - seja manejado com parcimônia e prudência pelo legislador e pelo juiz, para que, meio assegurador da descoberta da verdade judiciária e sua proclamação pela sentença, não se transforme em flagelo da justiça, fazendo do esfôrço despendido no processo um trabalho de Sísifo" (LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil Brasileiro", vol. I, págs. 363-364).

A apreciação da nulidade, hoje, em matéria processual, é pela finalidade da lei e do prejuízo, em substituição ao tradicional sistema do respeito místico à forma sacramental. Assim decidiu o acórdão do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, em 29 de maio de 1940.

O fetichismo das fórmulas processuais, atualmente, repousa tranqüilo no museu das antiqualhas do direito, como o dizem inúmeros autores.

Na espécie, ainda que se aceitasse MM. juiz, a violação da lei, seu espírito foi respeitado.

E nenhuma prova puderam fazer os autores de que o deslocamento da praça para Itajubá lhes trouxe prejuízo. Ou que a avaliação, realizada para o inventário, dando base para o executivo lhes acarretasse dano.

Dizem os autores que o prejuízo potencial era evidente. Não se trata, no entretanto, senão de prejuízo real, efetivo, o que não houve no caso.

Atravessava-se, então, uma época de desvalorização reconhecida. E não é possível, nem admissível, nem moral nem jurìdicamente, que os autores, em face da valorização dos últimos tempos, lograssem êxito nesta causa, desfalcando inteiramente o patrimônio dos réus, fruto do trabalho acumulado de muitos anos.

Já se disse bastante neste feito que não se decretam nulidades sem prova de prejuízo. E isso deve ser ressaltado aqui, e quanto às nulidades apontadas, que,

se ocorressem, teriam atravessado, incólumes, 15 longos anos, sem qualquer reclamação dos autores. No entanto, não se pode falar em prejuízo por diferença de preço, quando se trata de venda em hasta pública, tanto que tais vendas não podem ser anuladas por ação redibitória (Cód. Civil, art. 1.106). É que a hasta pública se realiza solenemente, com a presença de todos os interessados, mediante prévia convocação por editais, presidida pelo juiz, como representante do Estado.

A avaliação é apenas uma estimativa, porque os bens avaliados por uma importância poderão alcançar muito mais, dependendo, exclusivamente, do interêsse manifestado pelos licitantes.

Foi o que levou o desembargador LOPES DA COSTA a afirmar: "que o perigo das avaliações erradas não está na arrematação, qualquer que seja o valor que tenha sido dado à coisa. O risco está para o executado, com as avaliações baixas apenas na adjudicação pelo credor. E, nas mesmas condições, para o exeqüente, na remissão. Porque ambas se fazem pelo valor da avaliação ou pelo maior lance, tendo havido licitantes" ("Direito Processual Civil Brasileiro", vol. IV, pág. 146).

MM. julgador:

Feitas estas despretensiosas considerações sôbre o caso em lide, os réus Antônio Simão Mauad, Drs. Carlos Ribeiro Filho e Sebastião Osório aguardam da parte de V. Ex.ª, cujo saber e inteireza moral constituem, sem nenhum favor, a garantia tranqüila de uma decisão retilínea, pura e simplesmente justiça!

Itajubá, 6 de maio de 1952. - P. p., **J. de Almeida Paiva e Lima Medeiros.**

_____

Notas:

1 Os réus foram vencidos nessa preliminar.

2 Os réus foram vencidos com referência à prescrição.

3 Apresentado, em nome dos réus Antônio Simão Mauad, Drs. Carlos Ribeiro Filho e Sebastião Osório e suas mulheres, Ds. Olga Chaiben Mauad, Maria do Carmo Reno Ribeiro e Maria da Glória Braga Osório, na instrução e julgamento da causa.

4 Os réus foram vencidos nessa parte.

5 O eminente jurisconsulto CARVALHO SANTOS emitiu dois pareceres a favor da tese defendida pelos autores.

*

MANUTENÇÃO DE POSSE - PROVA - PRECARIEDADE

- Os requisitos da ação de manutenção de posse são os enumerados no art. 371 do Cód. de Proc. Civil, e a prova de todos êles incumbe ao autor.

- Existe em proveito do possuidor presunção de, não-precariedade, que o dispensa de tôda prova; quem alega a precariedade é que deve prová-la.

José Olinto da Costa Laje *versus* Antônio Henrique de Freitas e sua mulher

Ap. nº 8.790 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de Ferros, entre partes, José Olinto da Costa Laje, apelante, e Antônio Henrique de Freitas e sua mulher, apelados:

Acordam, em 1ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, dar provimento à apelação, para reformar a sentença apelada e julgar improcedente a ação.

Os requisitos da ação de manutenção de posse são os enumerados no art. 371 do Cód. de Proc. Civil, e a prova de todos êles incumbe ao autor, quando nestes

autos não há prova de espécie alguma de posse efetiva dos autores no lugar onde o réu fêz exploração de malacacheta. Aliás, ou autores intentaram a ação de manutenção alegando domínio e posse precária do réu sôbre o objeto do domínio alegado.

Está plenamente provado, por perícia e testemunhas, que entre a propriedade do réu e a dos autores existe uma cêrca há mais de 15 anos, e o réu, nas suas escavações, não transpôs essa cêrca, ficando, sim, distante da mesma uns 50 metros, mais ou menos (fls. 33 v.). Isso não obstante, a sentença apelada, acompanhando as alegações da inicial, e pretendendo sustentar que parte do terreno abrangido por aquela cêrca é de propriedade dos autores, e de posse precária do réu, foi à procedência da ação, e por isso mesmo erra lamentàvelmente.

Se a ação é *possessória*; ao autor incumbia provar *sua posse* no lugar onde o réu fêz escavações, e não há nos autos prova nenhuma de que os autores tivessem algum dia posse efetiva nesse lugar, que lhes é vedado por cêrca antiga, de 15 anos. E se a ação *não é reivindicatória,* nem podia o juiz investigar domínio dos autores, nem muito menos ter condenado o réu a se demitir da parte de terras que, no entender dêle, juiz, pertence aos autores (fls. 58).

E outro êrro patente da decisão recorrida é a graciosa afirmativa de que é precária a posse do réu no lugar onde fêz as escavações. Não há prova nenhuma da suposta precariedade que, pelos autores que a alegaram, devia ser, e não foi, provada.

Conforme a lição de RAVIART, existe em proveito do possuidor presunção de *não-precariedade*, que dispensa de tôda prova, vale dizer: quem alega a precariedade é que deve prová-la (RAVIART et RAVIART, "Traité Théorique et Pratique des Actions Possessoires et du Bornage", edição de 1948, ns. 99 e 104, págs. 72 e 77; CHIOVENDA, "Istituzioni di Diritto Processuale Civile", vol. I, pág. 316, e vol. II, pág. 331). E, nos autos, não há prova nenhuma, nenhuma mesmo, de que os autores, antes de construída a velha cêrca, sendo possuidores do lugar onde o réu fêz agora suas escavações, permitissem ao réu, que, a título precário, ali estabelecesse posse, *revogável a arbítrio dêles autores.* Todos sabem que o consentimento inicial não basta para macular do

vício de precariedade a posse que em virtude dêle se instaure, e sim é mister que a êsse consentimento aceda a cláusula, *aceita pelo concessionário, de poder ser revogada quando agro ver ao concedente* ("REVISTA FORENSE", vol. 39, pág. 83; vol. 21, pág. 385; vol. 27, pág. 556; vol. 38, pág. 340, e vol. 48, pág. 67; LAFAYETTE, "Coisas", nota 53 ao § 8°, págs. 19-20; ASTOLFO RESENDE, "Da posse", pág. 127, *in fine*). E onde nestes autos a prova dêsses requisitos de inauguração da imaginada posse precária do réu? Diante dos documentos, dos depoimentos, e da perícia, o que se pode afirmar é que o réu fêz escavações em terreno de que tem posse legítima e efetiva há mais de 15 anos, e por isso não podem os autores impedir suas escavações do outro lado da cêrca.

É certo que, fazendo essas escavações, o réu não tem procurado impedir que pedras e terra corram para o terreno dos autores, em plano inferior, já tendo dado a êste prejuízo, que foi avaliado pela perícia em Cr$ 50,00, e *supõe-se* que, por ocasião das chuvas, a terra vá poluir a água de que se servem os autores; entretanto, por isso só, não se pode julgar procedente a ação de manutenção, evidentìssimamente inadequada. É certo que o proprietário, ou inquilino, de um prédio tem o direito de impedir que mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que o habitam (art. 554 do Cód. Civil), mas não é menos certo que, dadas a diferença de nível e a conformação dos terrenos contíguos, seja impossível ao réu fazer uso normal de sua propriedade, sem impedir que alguma terra, ou algumas pedras corram para a propriedade dos autores, e possa ser o réu responsável pelas conseqüências das escavações que vem fazendo; entretanto, dessa questão não se pode cuidar nestes autos, ficando por isso mesmo aos autores ressalvado o direito de usar de ação de indenização, ou de dano infecto.

Custas pelos apelados, na forma da lei.

Belo Horizonte, 15 de junho de 1953. - *Amílcar de Castro*, presidente *ad hoc* e relator; *Autran Dourado*, revisor; *Costa e Silva*, vogal.

*

TESTAMENTO - CASAMENTO RELIGIOSO

- É nula a instituição de herdeira, que recaia em espôsa, casada, religiosamente, com o testador, embora sem as formalidades civis, estando viva espôsa civilmente casada.

D. Francisca Rosa da Silva *versus* D. Maria de Castro Ribeiro e outro

Ap. nº 6.900 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de Patos de Minas, entre partes, D. Francisca Rosa da Silva, apelante, e D. Maria de Castro Ribeiro e Armando Rodrigues da Cunha, testamenteiro do espólio de Tito Antero da Silva, apelados:

Acordam, em 5ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada por seus próprios fundamentos, que são conformes ao direito e à prova dos autos.

Custas pela apelante, na forma da lei.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 1951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Amílcar de Castro*, relator; *Autran Dourado*; *Newton Luz*, vencido, com o seguinte voto:

Entende o juiz prolator da decisão que, havendo o testamento precedido de alguns dias ao casamento religioso, concubina não podia ser, não era a ré, quando instituída; herdeira, e, por conseqüência, infringindo não foi o art. 1.719, III, do Cód. Civil. Nêsse sentido, também argumenta longamente, no memorial, o Dr. Homero Costa.

Se assim fôsse, se assim pudesse ser, tôda vez que um homem civilmente casado quisesse com outra mulher casar-se religiosamente, bastaria que, na véspera do casamento religioso, fizesse testamento dispondo em favor a segunda espôsa a parte disponível de seus bens. Nem seria preciso contrair o

casamento religioso. Poderia mesmo declarar que fazia o testamento na véspera da mancebia.

No caso, o testador ou já convivia com a ré ou pretendia com ela casar-se eclesiàsticamente, quando fêz o testamento que se discute.

Se convivia já com a segunda espôsa, quando testou em seu favor, ninguém pode ter dúvida de que é nulo o testamento, porque flagrante a infração da lei. Agora, se, por ocasião do testamento, ainda não havia mancebia, o testador praticava um ato fraudulento, cometia uma fraude, que PEDRO NUNES, no seu "Dicionário de Tecnologia Jurídica", define: "Artifício malicioso que uma pessoa emprega com a intenção de prejudicar o direito ou os interêsses de terceiro. Tôda intenção de alguém, na execução dum ato contrário a certa disposição de lei imperativa, ou proibitiva".

Também não pode ter acolhida o argumento segundo o qual a regra para adquirir por testamento é a do art. 1.717 do Cód. Civil, e o Cód. Civil não inclui a concubina entre os incapazes de adquirir por testamento, sendo apenas proibida de ser nomeada herdeira ou legatária, "o que é coisa diferente, a ser constatada, em épocas diversas".

Então? É o que se discute e o que se decide: a nomeação da ré pelo testador, contra o que dispõe o art. 1.719, III.

Outra alegação do Dr. Homero Costa é que a situação existente não passa de um "desquite de fato" (entre o testador e a autora) e que o legislador pátrio já reconheceu o "desquite de fato" e lhe deu efeitos jurídicos no § 4º do art. 240 do Cód. Penal, estabelecendo, no crime de adultério, que:

"O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida comum dos cônjuges".

E acrescenta que só mesmo o apêgo à letra da lei não permita a equiparação do desquite regular e do desquite de fato.

Não sei como aplicar principio ou regra de direito penal em norma ou disposição de direito civil. Em todo o caso, não vislumbro no dispositivo invocado do Código Penal haver o legislador reconhecido o desquite de fato, nem sei como equiparar ou como se poderia equiparar o desquite irregular, inexistente na lei e no costume, com o desquite regular, que a lei prescreve e estabelece.

Afinal, alega o douto advogado que a Lei de Acidentes do Trabalho, no seu artigo 21, III, parág. único, do dec.-lei número 7.036, equipara a companheira à espôsa legítima.

Não equipara. O que o parág. único do nº III do art. 21 da Lei de Acidentes dispõe é que "...terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso êste não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade".

Eis aí: caso não exista cônjuge, ou, existindo, não tenha direito ao benefício.

Agora, que se trata de uma situação dolorosa, de um caso doloroso, convenho, estou de acôrdo. Reconheço também que a autora se revela gananciosa e despida de caridade, gananciosa e descaridosa.

Mas ao juiz cumpre julgar segundo a lei e não estabelecer confrontos, para tirar conclusões, ou equiparar situações irregulares ou de fato com situações regulares ou legais. E quando o cumprimento da lei constitui ao mesmo tempo prestígio à família legalmente constituída, ainda mais grave deve ser o julgamento do juiz, cuja consciência só deve ver e encarar a lei e a instituição que ela representa e que é a pedra angular do alicerce da Pátria.

Dou, pois, provimento à apelação, para declarar nula e de nenhum valor a cédula testamentária.

Presente. - *Onofre Mendes Júnior*, procurador geral do Estado.

RELATÓRIO

Tito Antero da Silva, em 24 de maio de 1932, em Patos de Minas, dizendo-se viúvo, sem herdeiros necessários, instituiu sua única e universal herdeira, por testamento público, D. Maria de Castro Ribeiro, com quem, quatro dias depois, se casou eclesiàsticamente.

Em 18 de janeiro de 1950, Tito da Silva foi assassinado e, apresentado em Juízo o seu testamento, mandou o juiz cumpri-lo, naturalmente depois de registrado e inscrito.

Procedia-se ao inventário dos bens deixados pelo *de cujus* quando surgiu D. Francisca Rosa da Silva, residente em Uberaba, exibindo uma certidão pela qual provou ter sido casada civilmente com Tito da Silva em Ribeirão Prêto.

E como fôsse repelida do inventário, propôs contra D. Maria de Castro Ribeiro, a quem chama concubina, ação de petição de herança cumulada com a de nulidade de testamento. Foi a ação contestada pela herdeira testamentária e pelo testamenteiro.

Prosseguiu a causa e, afinal, houve a decisão de fls. 64, julgando procedente, em parte, o pedido: reconheceu a autora como meeira do *de cujus* e declarou válida a cédula testamentária apenas quanto à meação disponível. Considerou o prolator da decisão que, precedendo o testamento ao casamento religioso, eis que êste, como no comêço ficou referido, se realizou no dia 28 de maio de 1952, datando aquêle de quatro dias antes, não se pode dizer tenha sido feita a concubina a nomeação questionada.

Inconformada, querendo tudo, a autora apelou da sentença, tempestivamente, oferecendo contra-razões apenas o testamenteiro.

Dentro do decêndio legal, remeteram-se os autos e o recurso foi preparado, também dentro do decêndio, para êsse fim.

A Procuradoria Geral, ouvida, opinou pelo provimento da apelação para que seja julgada totalmente procedente a ação.

É o relatório.

Conclusão ao Exmo. Sr. desembargador AMÍLCAR DE CASTRO.

Belo Horizonte, 20 de agôsto de 1951. - *Newton Luz.*

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação nº 6.900, em grau de embargos, da comarca de Patos de Minas, embargante, D. Francisca Rosa da Silva, e embargado, espólio de Tito Antero da Silva:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, a êste incorporando o relatório de fls. 152, receber os embargos opostos para reformar o venerando acórdão recorrido e, com êle, a decisão de primeira instância, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador AUTRAN DOURADO, pagas as custas na forma da lei.

O atesto de fls. 101 confirmou a sentença que, em parte, acolheu o pedido da autora embargante, pois não admitiu a nomeação de D. Maria de Castro Ribeiro como universal herdeira dos bens deixados por morte de Tito Antero da Silva.

Consoante a certidão de fls. 9, em 23 de dezembro de 1927 casaram-se civilmente, em Ribeirão Prêto, Tito da Silva e D. Francisca Rosa da Silva. Em 24 de maio de 1932, Tito Antero da Silva instituiu a D. Maria de Castro Ribeiro sua única e universal herdeira, dizendo-se viúvo de D. Maria da Silva. Quatro dias depois, isto é, a 28 de maio, *ut* certidão de fls. 10, casou-se canônicamente com a herdeira testamentária D. Maria de Castro.

A autora embargante veio a Juízo pleitear a nulidade do testamento, com que faleceu Tito Antero da Silva, cumulando êsse pedido com o de petição de herança. Inconformada, apelou a autora da decisão de primeira instância, que logrou confirmação, contra o voto do Exmo. Sr. desembargador NEWTON LUZ. Ainda irresignada, veio a autora com os embargos infringentes de fls. e fls., ora recebidos. *Data venia,* não pode subsistir o acórdão embargado. É fato incontroverso que, ao abrir-se a sucessão de Tito da Silva, atuavam os efeitos do seu casamento civil com a autora embargante. Inatacável a queda da verba testamentária na qual foi instituída herdeira a mulher que, apenas quatro dias

após, se casou religiosamente com o testador. Tudo está a mostrar que, assim, buscou Tito flanquear a proibição legal. Se, em vez de casamento religioso, houvesse êle contraído matrimônio civil, seria ato nulo, inoperante, porque vivia a primeira espôsa, a autora. Na abertura da sucessão não poderiam apresentar-se as duas herdeiras, cuja coexistência é um impossível legal. Sob o ângulo da legislação civil do país, diverso não pode ser o efeito do casamento canônico. Inválida, portanto, a liberalidade feita a D. Maria de Castro Ribeiro pelo testador, homem legalmente casado. Recebem, portanto, os juízes os embargos opostos, para, reformando o acórdão embargado, julgar procedente a ação de nulidade do testamento questionado, reconhecido à autora o seu direito como espôsa legítima do testador Tito Antero da Silva.

Belo Horizonte, 13 de outubro de 1952. - *Batista de Oliveira,* presidente; *Costa e Silva,* relator; *J. Benício; Newton Luz; A. Vilas Boas; Autran Dourado,* vencido.

RELATÓRIO

Ao venerando acórdão de fls. 101, que negou provimento à apelação e confirmou a sentença apelada por seus próprios fundamentos, D. Francisca Rosa da Silva, com apoio no voto vencido do Exmo. Sr. desembargador NEWTON LUZ, opôs embargos infringentes, alegando principalmente que era casada no regime de comunhão de bens com Tito da Silva, com quem conviveu por vários anos, até ser expulsa do lar, porque passara seu marido a viver com Maria de Castro Ribeiro. Admitidos os embargos, foram preparados em tempo. De fls. 133 a 148, lêem-se as impugnações oferecidas aos embargos pelo embargado. Ouvido, o Exmo. Sr. procurador geral do Estado opinou pelo conhecimento e pelo recebimento do recurso, conforme o parecer de fls. 93 e segs.

Vistos, passo os autos ao Exmo. Sr. desembargador revisor, cumprindo-se as exigências da lei, incluindo-se nas cópias os pareceres do chefe do Ministério Público.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 1952. - *Costa e Silva.*

*

LOTEAMENTO - ESPAÇOS LIVRES

- Não pode o proprietário pretender que a Prefeitura lhe indenize os espaços livres destinados a ruas e praças. Êsses espaços convertem-se em terrenos de uso comum inalienáveis por qualquer título.

Ezequiel de Melo Campos *versus* Prefeitura de Belo Horizonte

Ap. nº 8.823 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de Belo Horizonte, entre partes, o Dr. Ezequiel de Melo Campos, primeiro apelante, a Prefeitura de Belo Horizonte, segunda apelante, e apelados, recìprocamente, os mesmos:

Acordam, em 1ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, dar provimento à apelação necessária, e à apelação da Prefeitura, para reformar a sentença apelada e julgar a ação improcedente.

Nos têrmos claros do dec.-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, aprovado pela Prefeitura o plano de loteamento de terreno urbano, ou rural, não pode o proprietário pretender cobrar da mesma Prefeitura o valor dos espaços livres constantes do memorial e planta, destinados a praças e vias de comunicação, uma vez que os mesmos são *inalienáveis por qualquer título* (art. 3º do dec.-lei nº 58). Se houve um plano de loteamento, que não podia deixar de ser aprovado pela Prefeitura, como poderá vir o autor dizer que a Prefeitura *se apossou* do espaço livre destinado a uma praça em frente à Igreja da Pampulha? E como poderá o autor *forçar* a Prefeitura a lhe comprar êsse pedaço de terra, que por lei é inalienável a qualquer título?

Se a Prefeitura se apossou, se a Prefeitura ainda não adquiriu a propriedade por usucapião, o que o autor devia fazer era mover contra a Prefeitura ação possessória, ou ação de reivindicação, nunca ação de *indenização*, como se a

Prefeitura lhe houvesse causado algum prejuízo. E evidentemente, loteado um terreno, não pode o proprietário, beneficiado, pelo loteamento, pretender que a Prefeitura lhe indenize os espaços livres destinados, no mesmo loteamento, a ruas e praças.

E se alguma indenização fôsse devida, estaria prescrita, pelo decurso do prazo de cinco anos. O juiz *a quo* repeliu a alegação de prescrição com estas poucas palavras: "decretar a prescrição invocada pela ré seria em última análise admitir uma nova forma de usucapião qüinqüenal, não instituído por lei". Nada mais do que isso; quando o certo é que o autor propôs ação de *indenização*, e não de reivindicação, e o juiz *a quo*, para condenar a Prefeitura a indenizar, estava na obrigação de dizer *a que título a indenização pleiteada era devida, e não cuidou disso.*

No caso dos autos, a Prefeitura não *se apossou* de coisa nenhuma; nada comprou do autor, nem deu a êste qualquer prejuízo: por fôrça do loteamento *feito pelo proprietário e aprovado pela Prefeitura*, os espaços livres destinados a ruas e praças *se converteram em terrenos de uso comum,* e intuitivamente a Prefeitura não pode ser obrigada *a indenizar* o valor dêsses terrenos aos proprietários.

Fica assim prejudicada a apelação do primeiro apelante, que deverá pagar tôdas as custas.

Belo Horizonte, 15 de junho de 1953. - *Amílcar de Castro*, presidente *ad hoc* e relator; *Autran Dourado*, revisor; *Costa e Silva*, vogal.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - PREPOSTO

- O dono do negócio ou o industrial responde para com terceiros pelos atos praticados pelos seus auxiliares dentro do estabelecimento. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Reinaldo de Sousa Santos *versus* Herbert Seilert

Ap. nº 8.852 - Relator: DESEMBARG. AMÍLCAR DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, da comarca de Teófilo Otoni, entre partes, Reinaldo de Sousa Santos, apelante, e Herbert Seilert, apelado:

Acordam, em 1ª Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, dar provimento em parte à apelação, para reformar a sentença apelada, julgar procedente a ação e condenar o apelado a pagar ao apelante o valor correspondente a 30 alqueires de café em côco, semelhante ao que foi beneficiado e entregue, e as custas do processo. Nada mais do que isso: lucros cessantes não foram provados; honorários de advogado não são devidos; nem despesas de transporte.

É sabidíssimo que a dono do negócio, ou o industrial, responde para com terceiros pelos atos praticados pelos seus auxiliares *dentro do estabelecimento* (CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado", volume II, nº 499, pág. 484); e no caso dos autos a filha do apelado era por êste autorizada a firmar recibos de café para beneficiar, e entregou ao apelante o recibo de fls. 8.

Não vem ao caso ser essa auxiliar maior, ou menor, uma vez que trabalhava dentro do estabelecimento, sob as ordens e à vista de seu pai. E está expresso na lei que as declarações constantes de documentos assinados se presumem verdadeiras em relação aos signatários (artigo 131 do Cód. Civil; CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado", vol. VI, nº 151, página 145), e não sendo posta em dúvida a autenticidade da firma da pessoa que se obrigou, incumbia ao apelado desfazer essa presunção, provando que recebeu apenas 101 1/2 alqueires de café em côco. O apelante nada tinha a provar, uma vez que não foi posta em dúvida a autenticidade do documento de fls. 8, firmado pela filha do apelado, em papel timbrado, dentro do estabelecimento onde trabalha.

E o que diz a sentença apelada? Que se pode declarar sem rebuços que o réu não conseguiu provar sua contestação. O que é verdade, porque, pela prova dos

autos, não se pode mesmo saber com segurança quantos alqueires de café em côco foram entregues ao apelado; e precisamente por isso é que está de pé a presunção *juris tantum* de verdade emanada do documento de fls. 8, e deve a ação ser, em parte, julgada procedente.

Custas da ação e da apelação, em proporção.

Belo Horizonte, 15 de junho de 1953. - *Amílcar de Castro,* presidente *ad hoc* e relator; *Autran Dourado,* revisor; *Costa e Silva,* vogal.

*

LOCAÇÃO - DESPEJO - RETENÇÃO POR BENFEITORIAS - PROVA - FATO NÃO CONTESTADO

- Cabe despejo em virtude de haver o inquilino dado ao prédio destino diverso do que constava do ajuste. Basta que a violação dessa natureza haja ocorrido na vigência do contrato, não sendo necessário que perdure no momento da ação.

- Para configurar-se o direito à retenção exige-se que realmente o inquilino haja feito benfeitoria no prédio, não sendo suficiente que haja concorrido com parte do custo da benfeitoria.

J. Marcolino *versus* Maria Noronha

Ap. nº 6.110 - Relator: DESEMBARG. LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.110, de Belo Horizonte, apelante o Dr. J. Marcolino, apelada Maria Noronha:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, incorporando a esta decisão o relatório de fls. para servir-lhe de parte expositiva, não conhecer do recurso, por interposto fora do prazo, pagas as custas pelo, apelante, vencido o Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS.

A intimação da sentença se fêz a 10 de dezembro (fls. 160). O prazo da apelação findava, pois, a 26, tendo 25 caído em um domingo. A data da interposição, que é a da juntada da petição aos autos, em falta de nota nela lançada, é 27, décimo-sexto dia após a intimação. É certo que o período era da férias forenses. Nestas, entretanto, correm os processos de despejo (Organização Judiciária, art. 160).

Belo Horizonte, 25 de maio de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *Aprígio Ribeiro; A. Vilas Boas*, vencido.

RELATÓRIO

O Dr. J. Marcolino alugou a Fernando Costa Noronha o apartamento nº 5 do prédio nº 373 da avenida Paraná, em 1940.

Meses depois, o locatário ausentou-se, indo para Mato Grosso e deixando aqui a família. O pagamento dos aluguéis passou então a ser feito pela mulher de Fernando, Maria Sorgiacomo de Noronha, em cujo nome eram tirados os recibos.

Em 1948, alegando que Maria lhe era devedora de vários meses de aluguel; que dava pensão no apartamento; que ali instalara uma lavanderia; que mandava fazer chaves da porta da entrada e as entregava aos pensionistas; que perturbava o sossêgo da casa, contra ela propôs ação de despejo.

A ré contestou (fls. 11). Verificando depois, com a juntada da notificação de fls. 19, que o locatário era Fernando, marido da ré, argüiu a nulidade do processo, (fls. 24).

O autor pediu então a intimação de Fernando (fls. 28), que acudiu ao chamado e contestou a fls. 71. Ouviram-se testemunhas (fls. 116 a 129). Procedeu-se a uma perícia, para prova da existência da lavanderia (fls. 84). A ação, com o fundamento em falta de pagamento de aluguéis, perdeu seu objeto, tendo sido purgada a mora. Prosseguiu, porém, o processo, com os outros fundamentos que a inicial alegara. O Dr. juiz, a final, julgou improcedente a ação (fls. 158). A intimação se fêz a 10 de dezembro de 1949 (fls. 160). A 27 o vencido apelou

(fls. 164 v.). O recurso foi razoado e contra-razoado. O preparo, nesta instância, se fêz em tempo oportuno.

À revisão do Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS.

Belo Horizonte, 27 de março de 1950. - *Lopes da Costa*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de reclamação contra o acórdão proferido na apelação nº 6.110, de Belo Horizonte, entre partes, o Dr. J. Marcolino e, de outro lado, Fernando Costa Noronha e sua mulher, sendo o primeiro agora reclamante:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, conhecer da reclamação como embargos, para que assim seja processada.

Custas a final.

Belo Horizonte, 22 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

O venerando acórdão de fls. 210 não conheceu, por serôdia, a apelação interposta pelo Dr. J. Marcolino contra sentença que julgou improcedente ação de despejo movida pelo apelante, nesta capital, a D. Maria Noronha. É decisão da maioria da egrégia Turma, vencido o Exmo. Sr. vogal desembargador VILAS BOAS. O apelante ofereceu contra o cresto reclamação (fls. 212), de que o posterior acórdão de fls. 216 conheceu como embargos, para que assim seja processado. E também ofereceu o reclamante embargos tempestivos. O Exmo. Sr. revisor recebeu liminarmente os embargos (fls. 219 v.). Preparo oportuno. Versam o seguinte:

Por despacho escrito de fls. 157, o MM juiz *a quo* designava para publicação da sua sentença final, em 8 de junho último, o dia 12 do mesmo mês, do que mandou intimar.

Nesse passo, houve nos autos uma Inversão da ordem de juntada de fls.; porque vem imediatamente a seguir o texto da sentença final datada do dia 12 (fls.158 e 159) e só após (fls. 160) foram lavradas certidões de data anterior, uma, do dia 9, referente à remessa de cópia do despacho ao "Minas Gerais", outra, do dia 10, relativa à publicação feita no mesmo despacho intimara-se o apelante. Mais adiante, a fls. 163, é que está a cópia do têrmo da audiência de publicação da sentença, datado do dia 12, têrmo junto igualmente, em 12 (fls. 162 v.). A egrégia Turma, a quem coube a apelação do autor, considerou que a certidão de intimação, posta aos autos depois da sentença, era referente a e essa sentença. Votou vencido, como vimos o Exmo. Sr. vogal.

Contra a suposição do venerando acórdão, o apelante opõe nos presentes embargos um exemplar do "Minas Gerais", onde está a íntegra da publicação de intimação, referente sòmente à designação de dia para ser publicada em audiência a sentença. E argumenta com as datas, para concluir que o venerando acórdão é fruto de equívoco. Pede que os embargos sejam recebidos para oportuno conhecimento.

Feita a revisão, distribuam-se cópias dêste relatório.

Belo Horizonte, 2 de setembro de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de embargos ao acórdão de 25 de maio de 1950, que deixou de conhecer da apelação número 6.110, de Belo Horizonte, por serôdia, sendo embargante o Dr. J. Marcolino e embargada Maria Noronha:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal da Justiça de Minas Gerais, receber os embargos para que a egrégia Turma julgue o recurso, cuja interposição declaram tempestiva.

Conforme o relatório expõe, a intimação, feita por publicação no órgão oficial, não teve por objeto a sentença, mas a designação de dia para sua leitura. Logo, o prazo para recurso não poderia correr dessa intimação.

Custas a final.

Belo Horizonte, 28 de setembro de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente, com voto; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lincoln Prates*; *J. Benício.*

Foi voto vencedor o do Exmo. Sr. desembargador NEWTON LUZ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.110, de Belo Horizonte, apelante o Dr. J. Marcolino, apelado Fernando Costa Noronha:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., dar provimento ao recurso, para decretarem o despejo do apelado, a quem se assina o prazo de 30 dias para desocupação do prédio.

Custas pelo apelado.

Têm como provada a violação do contrato, havendo o apelado mudado o destino do prédio, nêle instalando uma lavanderia, como provam as testemunhas de fôlhas 121 v. e 122. Pouco importa que, dessa instalação, a perícia apenas houvesse encontrado vestígios, pois não é necessário que a violação do contrato ainda perdure no momento da ação.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lopes da Costa*.

Ao acórdão de fls. 228 opôs o vencido os embargos da sentença de fls. 230, alegando ter sido omisso o acórdão, deixando sem solução a questão suscitada na contestação - ter o inquilino direito de retenção, pois havia contribuído com a importância de Cr$ 1.650,00 para instalação de uma bomba no prédio em que ocupava um dos apartamentos.

Em mesa.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 1950. - *Lopes da Costa.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de declaração opostos ao acórdão proferido sôbre a apelação nº 6.110, de Belo Horizonte, embargastes Fernando Noronha e sua mulher, embargado o Dr. J. Marcolino:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça., em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., para servir-lhe de parte expositiva, conhecer dos embargos, que são cabíveis e tempestivos, e, integrando o acórdão embargado, negar aos embargastes o direito de retenção que pleitearam.

Custas pelos vencidos.

Em verdade, na contestação de fls. 72, os embargantes articularam como pedido eventual, para o caso de lhes ser desfavorável a sentença, lhes fôsse reconhecido o direito de retenção por benfeitoria: haviam contribuído com a importância de Cr$ 1.650,00, para a instalação de uma bomba hidráulica no prédio do embargado, prédio em que ocupam um dos apartamentos.

O acórdão, decidindo a apelação, não resolveu sôbre êsse ponto.

Deve, pois, ser integrado.

"Pelas únicas fontes de informação que constam dos autos - a alegação dos embargastes, na contestação, e a réplica do embargado - premido pela falta d'água que se verificava no prédio, os inquilinos entenderam-se com o proprietário para a instalação da referida bomba. O locador entraria com um têrço das despesas, ficando os outros dois terços a cargo dos locatários. Como se vê, não se trata de uma benfeitoria, feita pelo locatário no prédio que lhe foi locado. Conforme o negócio jurídico que houverem então com o embargado, terão ou não os embargantes direito à restituição daquela importância, por fôrça do contrato realizado. Essa é, porém, questão a ser resolvida em outra ação e não na execução da ação de despejo, por não se reunirem na espécie os elementos necessários a integrar a figura do direito de retenção".

Segundo os embargantes, teriam emprestado ao embargado aquela importância, para a reaverem quando deixassem o apartamento locado. O embargado, porém, confirmando a contribuição dos embargastes para aquêle melhoramento, responde que ela foi dada como auxílio, em atenção à modicidade do aluguel cobrado, sem direita, por isso, à restituição.

Não houve, assim, confissão, eis que a natureza jurídica do fato alegado por uma das partes não corresponde à do alegado pela outra. Se o autor cobra do réu, confessando o recebimento, acrescenta que recebeu, não por aquêle título, mas como pagamento de serviços prestados, não há confissão, nela diversidade entre o fato declarado por um e o declarado pelo outro.

Pelo contrário, há negação - a chamada *negatio per positionem alterius*.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 1950. - *Batista de Oliveira,* presidente; *Lopes da Costa*, relator*; Eduardo de Meneses Filho*.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

AÇÃO POSSESSÓRIA - DUPLO OBJETIVO - SENTENÇA "CITRA PETITA"

- Deve o juiz enfrentar o problema que se apresenta no processo, enunciando a decisão como conclusão das premissas estabelecidas.

- A ação possessória tem duplo objetivo: 1) mantém ou reintegra na posse; 2) manda indenizar as perdas e anos sofridos pelo turbado ou esbulhado. Se o juiz manda ressarcir os prejuízos sofridos sem dizer expressamente se houve turbação ou esbulho, não poderá o juízo da execução apurar a origem dos prejuízos enunciados. Se a parte pede X, Y e Z e o juiz só concede Z, sem falar em X e Y, a sentença é "citra petita".

Paulo Edgar Eli e sua mulher *versus* Prefeitura Municipal de Tôrres

Ap. nº 8.876 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO PRUNES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 8.876, de Tôrres, sendo primeiros apelantes Paulo Edgar Eli e sua mulher, segunda apelante a Prefeitura Municipal de Tôrres, e também recorrente, por obrigação legal, o senhor Dr. juiz de direito:

Acordam os juízes da 1ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, dar provimento à apelação de ofício; para tornar insubsistente a sentença, prejudicadas as outras apelações.

O feito, minuciosamente relatado em separado, arrastou-se sôbre repetidas irregularidades. Nenhuma destas, contudo, surge com fôrça capaz de invalidar ou anular o processo. A sentença, porém, é uma construção lógica e jurìdicamente assimétrica, que não pode vingar, por inexeqüível.

Os autores, historiando com riqueza de minúcias o prejuízo sofrido na sua propriedade, em virtude de atos praticados pela Prefeitura Municipal de Tôrres, pedem na inicial: 1) reintegração na posse do lote de terrenos que descrevem; 2) indenização pela Prefeitura Municipal das perdas e danos sofridos em decorrência de um decreto e conseqüente esbulho; 3) manutenção na posse que ainda não perderam. Apesar de aí claramente enunciados três pedidos, o Dr. juiz de direito pura e simplesmente condenou a Prefeitura de Tôrres "ao pagamento de perdas e danos", sem dizer uma palavra a respeito da reintegração e da manutenção. Quem se queixa de esbulho quer ser reintegrado; quem denuncia turbação quer ser manutenido. Ou o juiz reintegra e mantém, por entender provados os atos atentatórios da posse, ou nega a reintegração e manutenção, por não configurado o direito. Em qualquer hipótese, quer concedendo, quer negando, deverá o juiz enfrentar o problema que se apresenta, enunciando a decisão como conclusão das premissas estabelecidas. A ação possessória tem duplo objetivo: 1) mantém ou reintegra na posse; 2) manda indenizar as perdas e danos sofridos pelo turbado ou esbulhado (art. 374 do Código Civil). Se o juiz manda ressarcir os prejuízos sofridos, sem dizer expressamente se houve turbação ou esbulho, não poderá a instância de execução apurar a origem dos prejuízos enunciados. Decorrem do esbulho? Derivam simplesmente da turbação? Ou resultam de ato sem ligação com a posse? Diz a sentença que a Municipalidade intentou fazer, ao projetar a

abertura de uma rua, uma desapropriação. Esta, porém, obedece a normas rígidas, sem cuja observância não se pode falar em desapropriação. O decreto-lei nº 3.365 admite apenas a ocupação temporária, que será indenizada, a final, por ação própria, de terrenos não-edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização (art. 36). Não êste, evidentemente, o caso. A sentença adota como jurisprudencial sufragado por ilustrado colégio estadual, segundo o qual apossando-se o poder público da propriedade particular independentemente de desapropriação, fica obrigado a indenizar, não pelo valor ao tempo da ocupação, mas pelo valor atual".

Não se discute a sabedoria do aresto nem a propriedade da sua invocação. Mas, ao transcrevê-lo, a sentença parece que apenas admite tenha havido esbulho; contudo, se a parte ao mesmo tempo se diz turbada, é que continua na posse e quer ser manutenida. Em síntese: o juiz não resolveu o litígio, deixou o pedido sem resposta adequada, julgou *citra petita*, impossibilitando a execução da sentença.

Instruções. Como consta da parte inicial do acórdão, notam-se no processo diversas Irregularidades. Como instruções, arrolam-se abaixo os fatos que merecem corrigenda:

1) *Recurso ex officio.* O Dr. juiz não apelou, como devia. Haverá apelação necessária, segundo o parág. único do artigo 822 do Cód. de Proc. Civil, das sentenças proferidas contra a União, o Estado ou o Município. Tal recurso será interposto pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença. Como a causa foi movida contra o Município, não devia o juiz omitir a declaração de apelação. A falta, no caso, não deu origem a maior prejuízo, porque esta Câmara, conhecendo das apelações voluntárias das partes, considerou interposta a oficial, ainda que não-formalizada. Aliás, assim já procedeu, em caso semelhante, o egrégio Supremo Tribunal Federal (cf. ALFREDO BUZAID, "Da apelação *ex officio*", pág. 53). A interposição decorre da letra da lei, não depende da vontade do juiz; se êste omite a declaração, cabe à instância superior, de qualquer forma, conhecer da causa integralmente, reexaminando-a na totalidade, para confirmar, reformar ou anular a sentença. Deve o juiz, porém, exarar a declaração de recurso, pois, se os autos não sobem, não haverá confirmação pela segunda instância, e sem esta a sentença não será exeqüível.

2) *Forma da sentença*. Não se exige que a sentença seja um primor de gramática ou de estilo. Gigantes da filologia, como RUI BARBOSA e CARNEIRO RIBEIRO, acusaram-se recìprocamente de deslizes mais ou menos graves, o que exculpa as incorreções dos mais modestos. A ciência do idioma e a arte do estilo têm segredos que, por vêzes, nem mesmo a sabedoria desvenda. Cumpre, porém, escrever com clareza, estabelecendo com segurança os lineamentos do dissídio e o exato alcance da decisão. Também não se deve descurar da apresentação material da sentença. As partes e a superior instância precisam apreender, com facilidade e segurança, o integral e claro pensamento do juiz. Nem todos são bons dactilógrafos; mas, quando não se sabe lidar, de modo satisfatório, com a máquina de escrever, será aconselhável recorrer ao auxílio de um profissional. O que não se admite é que a sentença apareça afeada e desfigurada por dezenas de erros dactilográficos, que por vêzes chegam a tornar ininteligíveis as frases. A sentença ora apreciada exibe mais de cinqüenta palavras mutiladas. É fato que não merece imitado.

3) *Suspensão da instância e prazo respectivo.* Na hipótese de convenção das partes, pode ser suspensa a instância (artigo 197, II, do Cód. de Proc. Civil); no presente processo, alegando que seria negociado um acôrdo, apenas uma das partes pediu que o feito fôsse sobrestado, pois apenas um procurador assina o respectivo requerimento. Não se admite tal sobrestamento de origem unilateral.

4) *Prazo para proferir a sentença*. Encerrado o debate, na audiência de instrução e julgamento, o juiz proferirá sentença; mas, se não se julgar habilitado a decidir a causa, designará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de 10 dias, a fim de publicar a sentença (art. 271 do Cód. de Proc. Civil). O relêvo das teses em debate, a complexidade do feito e a multiformidade da prova justificam, em certos casos, seja excedido aquêle prazo. Onze meses, porém, é tempo de mais para elaborar uma decisão calcada em prova bem conhecida. O fato da suspensão da instância não minora a falta, pois aquela não deveria prolongar-se por mais de 120 dias. É exorbitante o sobrestamento real, mas inexplicado, de 300 dias.

5) *Publicação da sentença e intimação das partes.* A sentença leva a data de 27 de março de 1952; e, no entanto, a audiência de publicação da mesma realizou-se no dia 8 de setembro do mesmo, ano, mais de seis meses depois. Não há justificação para essa demora. Além disso, compareceu à audiência de

publicação um interessado direto (não o seu procurador) e o mandatário da ré; ignora-se, porém, se as partes foram intimadas: para o ato. A falta poderia gerar não pequenos inconvenientes. Não se deve dispensar a certidão de intimação para a proferição da sentença.

6) *Prazo para a interposição de embargos declaratórios.* A Prefeitura, por seu procurador, estava presente na audiência de publicação da sentença; apesar disso, sòmente 17 dias depois entrou com embargos declaratórios, pois deve ser aceita, no caso, a data que consta da *juntada*, já que o despacho do juiz, no pedido de declaração, não tem data alguma. Ora, segundo a lei, os embargos declaratórios serão opostos dentro de 48 horas, contadas da publicação da sentença em audiência. Esgotado o prazo, o juiz não podia tomar conhecimento dos embargos. Mas ainda há mais: a rejeição dos embargos sòmente sobreveio 54 dias depois da interposição, apesar da extrema singeleza da dúvida suscitada pela parte.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 7 de julho de 1953. - *Nei Wiedemann*, presidente; *Lourenço Mário Prunes*, relator; *Mário Boa Nova Rosa*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva.*

*

PAGAMENTO - MANDATO

- Não provada a qualidade de mandatário, autorizado a receber, considera-se mal feito o pagamento.

Oscar Leal Fernandes (assistido) *versus* Maximiliano Mariano Braga

Ap. nº 9.054 - Relator: DESEMBARG. DARCI PINTO

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos:

Acordam, em 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento à primeira apelação e dar provimento, em parte, à segunda.

Na comarca de São Francisco de Assis, Oscar Leal Fernandes, com assistência judiciária, propôs ação ordinária de cobrança contra Maximiliano Mariano Braga, dizendo que, para adquirir dêste e de sua mulher uma fração de campo, teve de vender 57 novilhos de sua propriedade, todos ferrados com a sua marca, a qual está devidamente registrada na Prefeitura daquele Município. Os novilhos estavam no campo de Maximiliano, cuja venda havia sido tratada e onde o autor já residia com a família, em virtude do negócio ajustado. O comprador do gado, Virgílio Nascimento de Deus, se comprometera a efetuar o pagamento por intermédio da filial do Banco Nacional do Comércio, S.A., na referida cidade; mas, induzido por Maximiliano, depositou o numerário em nome dêste, que, assim, se apropriou da mencionada importância, num total de Cr$ 38.800,00. Fundando-se no art. 159 do Cód. Civil, pede indenização dos prejuízos, acrescidos de juros moratórios, custas e honorários de advogado, calculados em 20% sôbre o valor da causa. Citado, defendeu-se o réu, alegando ter vendido a Virgílio Nascimento de Deus 57 bois, pelo valor de Cr$ 38.830,00. Nesse número, havia 11 bois pertencentes ao autor e que foram negociados na seguinte base: 10 a Cr$ 880,00 e um a Cr$ 530,00, perfazendo Cr$ 7.330,00. Os restantes 48 animais pertenciam ao contestante, sendo que 38 dêles foram adquiridos a Homero Estivalet e pagos por intermédio do Banco Nacional do Comércio S.A., e os oito restantes foram comprados a terceiros. A importância de Cr$ 7.330,00, pertencente ao autor, foi entregue ao procurador dêste, Dr. Manuel Viana Gomes, pelo demandado. Os bois comprados a Homero Estivalet foram assinalados com a marca do autor, obtida por empréstimo, porque o réu não dispunha de marca registrada, conforme documento elucidativo, que junta. Em reconvenção, pede seja o autor condenado a restituir em dôbro o que pleiteia, bem como a pagar perdas e danos, custas e honorários.

Falou o autor sôbre o pedido reconvencional; foi saneado o feito. Realizada a instrução e debatida a causa, o MM. juiz de direito prolatou sentença, julgando procedente, em parte, a ação, e improcedente a reconvenção. Mandou, por isso, o réu pagar ao autor a quantia de Cr$ 12.770,00, acrescida de juros moratórios a partir de 8 de agôsto de 1950, bem como honorários de advogado, à razão de

20% sôbre a condenação. Assim decidiu, porque o pagamento dos 11 novilhos, feito ao Dr. Manuel Viana Gomes, foi indevido, e porque as oito cabeças restantes e excedentes ao número das 38, compradas pelo réu a Estivalet, também pertenciam ao autor.

Inconformados, apelaram os contendores. O autor pleiteia o pagamento integral das 57 reses; o réu pretende se reconheça a validade do pagamento que efetuou ao Dr. Viana Gomes e que seja atribuída a si a propriedade dos oito bois que foram considerados como pertencentes ao contrário. Contra-arrazoados os recursos, subiram os autos. Nesta instância, o Exmo. Sr. Dr. procurador do Estado emitiu o parecer de fls. 105, pedindo justiça.

Muito bem e muito acertadamente foi julgada a questão pelo titular da comarca de São Francisco de Assis. Há nos autos confissão expressa do réu de que 11 novilhos, dos 57 vendidos, pertenciam ao autor. O pagamento correspondente, efetuado ao Dr. Manuel Viana Gomes, foi indevido, como reconheceu a sentença, porque êste profissional não era procurador do autor e nem estava, por qualquer modo, autorizado a receber a respectiva importância. Foi, portanto, mal efetuado o pagamento e tem de ser renovado. Está comprovado que o réu adquiriu de Homero Estivalet 38 animais e que, não tendo marca registrada, para assinalá-los, pediu emprestada a marca do autor, como consta do documento de fls. 31, cuja validade é indiscutível, face aos elementos instrutivos do processo, e assim redigido: "Pela presente, declaro ao Sr. Maximiliano Braga que por sua conta e ordem comprei a Homero Estivalet 38 reses, gado, de corte, - 16 de dois e meio anos e 22 sôbre ano, - que por convenção foram marcadas com a marca de minha propriedade, por não possuir o Sr. Braga marca para gado. São Francisco de Assis, 24 de janeiro de 1949. *Oscar Leal Fernandes*". O empréstimo da marca, portanto, só se refere a êstes 38 novilhos, e não a quaisquer outros, de sorte que os demais semoventes assinalados com ela pertencem a seu proprietário, enquanto o contrário não se demonstrar plenamente. Tem-se como certo, de conseguinte, na espécie vertente, que, dos 57 animais vendidos, 19 pertenciam ao autor e 38 ao réu, sendo êstes os que constam do documento acima transcrito. Conseqüentemente, o autor não pode pleitear o pagamento do preço correspondente a todos os bois, mas tem direito de receber a quantia equivalente aos que eram seus. De outra parte, o réu pagou mal o: preço de 11 novilhos, por ter entregue o dinheiro a quem não competia receber, e não pagou o preço correspondente a oito, de

maneira que tem de efetuar êsse pagamento. Apenas deve ser modificado o quantitativo fixado para honorários de advogado, que é de 15% sôbre o líquido apurado em execução de sentença, nos têrmos do art. 11 e § 1° da lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Por êstes motivos, nega-se provimento à primeira apelação e dá-se provimento, em parte, à segunda, para o simples efeito de redução da percentagem relativa a honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 16 de julho de 1953. - *Décio Pelegrini*, presidente; *Darci Pinto*, relator; *Artur Oscar Germany.*

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva.*

*

RECONVENÇÃO - DESPEJO - TÍTULO DE DOMÍNIO

- Não se admite reconvenção com o fim de provar a falsidade do título de domínio do autor, na ação de despejo.

Guilherme Henrique Mate (assistido) *versus* Olmiro Zang

Ap. nº 9.061 - Relator: DESEMBARG. DÉCIO PELEGRINI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos:

Acordam, em 3ª Câmara Cível, negar provimento à apelação interposta por Guilherme Henrique Mate da decisão que julgou improcedente a reconvenção por êle oposta na ação de despejo que lhe moveu Olmiro Zang, por considerarem-na inadmissível, na espécie.

O autor, ora apelado, moveu uma ação de despejo contra o apelante, por falta de pagamento de aluguéis. O réu negou a relação *ex locato* e argüiu a nulidade da escritura, pela qual o autor teria adquirido, de terceiro, o imóvel a que se refere a ação, alegando falsidade de sua assinatura a rôgo, numa procuração que se lhe atribui para efetivação do negócio. O autor foi ouvido sôbre a reconvenção, e o despacho saneador silenciou sôbre o seu cabimento. A decisão apelada julgou a ação improcedente e, inobstante considerar discutível o cabimento da reconvenção, todavia apreciou o seu mérito para julgá-la improcedente, porque o saneador, com trânsito em julgado, a aceitara tàcitamente.

Só o réu apelou, insistindo na procedência da reconvenção, para que se declare a nulidade da transação que teria arrebatado o imóvel de seu domínio.

Isto pôsto, é inexato que o saneador houvesse, embora tàcitamente, admitido o cabimento da reconvenção, na espécie. A respeito, o seu silêncio é completo; só a decisão apelada foi que considerou discutível o seu cabimento. A instância superior, a que o conhecimento de tôda a causa foi deferido, por via de apelação, não é defeso entrar no exame da questão. E, no caso, a preliminar deve ser examinada, para se decidir se, em ação, de despejo, é possível reconvir, alegando a nulidade do título de domínio do autor.

À primeira vista, a resposta pareceria afirmativa, diante do disposto no artigo 192 do Cód. de Proc. Civil. Mas, embora se reconheça que a reconvenção é uma nova ação, dentro da proposta pelo autor, por isso mesmo as suas linhas são naturalmente limitadas aos fatos da inicial, para modificar ou excluir o pedido. É a exigência do art. 190 do Código citado, conforme ao ensinamento da doutrina, segundo o qual a reconvenção deve derivar *"ex eodem fonte, ex eodem negotio, ex eodem contratu"* (GUSMÃO, "Processo Civil", *apud* HEROTIDES DA SILVA LIMA, "Código de Processo Civil", comentário ao art. 190). Não é o caso dos autos. O reconvinte não quer excluir ou modificar o pedido. Alegando fato diferente, quer ir muito além, pretendendo uma verdadeira reivindicação, envolvendo terceiro, estranho à causa. O direito por êle alegado, só por ação própria pode ser exercido.

Determinaram a extração e remessa ao órgão do Ministério Público, para os fins de direito, de certidões do têrmo de fls. 68 e do laudo de fls. 76, que concluíram pela prática da falsidade em livro de notas.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 16 de julho de 1953. - *Décio Pelegrini*, presidente e relator; *Artur Oscar Germany*; *Darci Pinto*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva.*

*

PERITO - AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO

- Não cabe agravo no auto do processo de despacho que indefere indicação de perito fora do prazo.

Acordeões Todeschini S.A. *versus* Carlos Grüm e outro

Ap. nº 8.823 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO PRUNES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 8.823, de Pôrto Alegre, sendo primeiro apelante, *ex officio*, o Sr. Dr. juiz de direito, segundo apelante Acordeões Todeschini, S.A., e apelados Carlos Grüm, o Estado do Rio Grande do Sul e também o segundo apelante:

Acordam os juízes da 1ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, conhecer do agravo no auto do processo e negar-lhe provimento e ainda negar provimento às apelações.

Agravo no auto do processo. É totalmente desarrazoado o agravo. A ré foi intimada para falar sôbre os peritos indicados pelo autor, tendo para isso o prazo de 24 horas, conforme o disposto no art. 132, parág. único, do Cód. de Processo Civil; como não apresentasse impugnação, nem nomeasse peritos,

foram compromissados os indicados pelo autor. Doze dias depois, pretendeu a ré indicar peritos, no que não foi atendida. Insurgiu-se então contra o rechaço que mereceu a sua pretensão. Mas não há mal a reparar, pois o juiz não fêz mais do que cumprira lei.

Mérito. Trata-se de execução de sentença. Não há doutrina controvertida. As partes não debatem teses, mas simplesmente esmiúçam provas. Pleiteia a apelante voluntária três reduções de valores, uma referente à desvalorização de uma máquina esmerilhadora, duas outras alusivas aos honorários do perito-contador e do advogado da parte contrária. O Dr. juiz, analisando com segurança a prova, deu solução acertada ao litígio. A sentença de primeira instância merece ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, eis o que resolvem os componentes da Câmara.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 11 de agôsto de 1953. - *Nei Wiedemann*, presidente; *Lourenço Mário Prunes*, relator; *Mário Boa Nova Rosa.*

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva.*

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - REINTEGRAÇÃO E READMISSÃO - NOMEAÇÃO PARA REPARAR INJUSTA DEMISSÃO

- Se a nova nomeação constitui reparação de ato ilegal de demissão, é reintegração e não readmissão.

Apelada: Prefeitura Municipal de Iraí

Ap. nº 9.069 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO PRUNES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 9.069, de Iraí, sendo apelante, *ex officio,* o Sr. Dr. juiz, de direito e apelados a Prefeitura Municipal e Amauri Cardoso Carpes:

Acordam os juízes da 1ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, dar provimento, em parte, à apelação.

Amauri Cardoso Carpes, funcionário com mais de 10 anos de serviço ao Município, solicitou licença de dois anos para tratar de interêsses particulares; no dia em que se venceu a licença, isto é, em 25 de maio de 1947, foi sumàriamente demitido, sem processo de espécie alguma, por abandono do cargo. Mais tarde, procurando reparar o prejuízo causado ao funcionário demitido, o Sr. prefeito o nomeou, em data de 4 de novembro de 1949, para exercer o cargo de diretor geral da Prefeitura, padrão 30. Concedeu-lhe ainda, a mesma autoridade, ulteriormente, licença-prêmio e gratificação adicional. Encontrava-se o interessado no gôzo de licença-prêmio quando foi demitido e viu cassados, em 16 de maio de 1952, os benefícios retroaludidos. Promoveu então a presente ação, para conseguir o desfazimento das ilegalidades que arrola, restabelecida a sua situação anterior de funcionário com plena garantia e uso de vantagens de que já desfrutava; obteve êxito em primeira instância, com o descaso da Prefeitura, apelando, porém, o Dr. juiz, em virtude de obrigação legal.

A matéria medular está satisfatòriamente decidida. Extraindo do fato as conseqüências legais, a sentença confere à segunda nomeação, de 1949, o caráter de reintegração. Na área administrativa há perfeita distinção entre reintegração e readmissão, decorrendo de uma e de outra efeitos também diferentes. A reintegração é reingresso no serviço público, como se interrupção não houvesse, contado e continuado o tempo anterior, para todos os efeitos; a readmissão restabelece a relação contratual ou estatutária do funcionário com o Estado, mas não assegura o ressarcimento de prejuízo e serve de novo ponto de partida para os direitos e garantias, contando-se o tempo de serviço, em cargos anteriores, ùnicamente para efeitos de aposentadoria. Uma coisa, porém, é o nome, o título, outra o conteúdo real do ato jurídico-administrativo. O ato denominado nomeação, beneficiando antigo funcionário, tanto pode ser reintegração quanto readmissão. Cumpre esmerilhar o conjunto de intenções e circunstâncias para se saber exatamente a natureza do ato em exame.

A simples denominação de pouco vale, porque são correntias as impropriedades de técnica; o que mais pesa é a realidade que se divisa através do título inadequado. No caso ora discutido, vê-se claramente, que a intenção do poder executivo municipal foi reintegrar o funcionário, restabelecendo integralmente o liame anterior. Nem se diga que o não-ressarcimento de prejuízos, pelo afastamento injusto, dá ao ato tonalidades de readmissão. O ressarcimento é direito potencial, que decorre da reintegração, mas, o fato do funcionário não haver gozado da reparação pecuniária pode ser interpretado como mera renúncia a uma fração destacável dos seus direitos; tal desinteresse não deve ser alinhado em desfavor do que se contenta com o menos, só porque podia obter o mais.

Estabelecido o princípio de que o autor foi reintegrado, e não simplesmente readmitido, tem êle tôdas as garantias para impedir que frutifique o ato ilegal da sua segunda demissão. Deve, assim, ser mantida a decisão de primeira instância, para que o autor seja reintegrado no cargo de diretor geral da Prefeitura de Iraí, restituindo-se-lhe a licença-prêmio e a gratificação adicional, na forma em que vigoravam, condenada ainda a Prefeitura a pagar-lhe os vencimentos e gratificação adicional desde a exoneração, datada de 16 de maio de 1952.

Contudo, a sentença peca por excesso em dois pontos:

a) no caso, não são devidos honorários de advogado, pois não se trata de assistência judiciária gratuita, nem se configura hipótese alguma do art. 64 do Cód. de Proc. Civil;

b) os juros da mora devem ser computados de conformidade com o artigo 3° do dec. nº 22.785, de 31 de maio de 1933, que diz:

"A Fazenda Pública, quando expressamente condenada a pagar juros da mora, por êstes só responde da data da sentença condenatória, com trânsito em julgado, se se tratar de quantia líquida; e da sentença irrecorrível que, em execução, fixar o respectivo valor, sempre que a obrigação fôr ilíquida".

Instruções. O exame dos autos revela algumas incorreções processuais, que merecem notadas, para melhor observância ela lei e aperfeiçoamento funcional.

I) A citação far-se-á por intermédio do oficial de justiça, mediante ordem do juiz, é o que determina o art. 162 do Código de Proc. Civil. No caso, uma das citações foi feita pelo próprio escrivão, em cartório, o que contraria aquêle mandamento.

II) Antecipada a audiência para o dia 11 de fevereiro (fls. 36), para ela não foi intimado o Dr. promotor de justiça.

III) Segundo o têrmo de audiência (fls. 38), o Dr. promotor público nela estêve presente e usou da palavra; no entanto, não foi colhida sua assinatura, nem se diz o motivo de tal omissão.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 11 de agôsto de 1953. - *Nei Wiedemann*, presidente; *Lourenço Mário Prunes*, relator; *Mário Boa Nova Rosa*.

Fui presente. - *Álvaro de Moura e Silva.*

*

MANUTENÇÃO DE POSSE - CONDOMÍNIO

- A manutenção de posse é ação adequada para impedir a alteração da coisa comum, por parte de condômino.

Egídio dos Santos Brando e sua mulher *versus* Alziro dos Santos Brando e outros

Ap. nº 8.721 - Relator: DESEMBARG. OSCAR GERMANY

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam, em 3ª Câmara Cível, por unanimidade, negar provimento à apelação em que são apelantes Egídio dos Santos Brando e sua mulher e apelados Alziro dos Santos Brando, sua mulher e Bernardo dos Santos Brando, para confirmar, como confirmam, a sentença apelada, por seus jurídicos fundamentos.

Os autores, ora apelados, como senhores e possuidores, com outrem, por herança de seu pai José dos Santos Brando, de uma área de terras *pro indiviso*, com 3.869,96 m^2, situada no lugar denominado "Porco Morto", no 6º distrito do Município de São Francisco de Paula, com as confrontações mencionadas na petição inicial, achando-se molestados em sua posse por atos turbativos praticados pelo ora apelante Egídio dos Santos Brando, com a contagem, marcação e derrubada de pinheiros dentro da mencionada área, promoveram contra êste e sua mulher a presente ação de manutenção de posse, logrando obter, afinal, em primeira instância, ganho de causa.

Os apelantes sustentaram, e ora reafirmam, caber-lhes o direito de retirar pinheiros da aludida fração de terras, sem que isso possa considerar-se turbação à posse dos autores, ora apelados, pelos motivos que assim expõem: em decorrência do inventário de José dos Santos Brando - do qual o apelante, Egídio dos Santos Brando, também é herdeiro, embora não-contemplado naquela mencionada área de terras, - concertou-se entre os interessados uma partilha extrajudicial dos pinheiros existentes nos imóveis da aludida herança, tocando ao referido apelante cento e vinte e quatro unidades. Tais pinheiros, êle os vendeu à Fábrica de Papel e Celulose, S.A., de Canela, que os contou, marcou e iniciou a sua derrubada. Posteriormente, para melhor acautelar-se, o mesmo apelante adquiriu por compra os pinheiros partilhados ao herdeiro José dos Santos Brando Filho e localizados na referida área de terras, onde êste fôra contemplado com uma parte ideal, no inventário de seu pai. Feita essa aquisição, ratificou a venda celebrada com a citada fábrica de papel.

Não assiste razão, porém, aos apelantes. Nenhuma prova deram da existência de uma partilha dos pinheiros, conforme alegam, As duas cartas com as duais pretendem demonstrar êsse ato são documentos graciosos, pois apenas aludem vagamente à possibilidade de serem contados e partilhados pinheiros. Não são documentos firmados pelos próprios interessados, como seria mister para

provarem o que alegam, mas são missivas do advogado que promoveu o inventário dos bens de José dos Santos Brando.

Demais, a compra de pinheiros a José dos Santos Brando Filho não os habilita à mobilização, para venda, de tais árvores. A fração de terras que êste herdeiro recebeu por herança paterna, na mesma fazenda do "Porco Morto", é uma parte ideal e está em comum com a dos autores, ora apelados. A tirada dali dos pinheiros importa em alteração substancial da coisa comum, mesmo porque são êles mais valiosos, sem dúvida, do que a própria terra em que se localizam. E essa alteração só seria permitida com o assentimento de todos os condôminos, o que, na espécie, não ocorre (art. 628 do Cód. Civil).

Incontestável é, também, por êste aspecto, o direito dos autores, ora apelados, de impedir, por meio da presente ação possessória, a alteração da coisa comum levada a efeito pelos apelantes com o corte dos pinheiros (CLÓVIS, "Código Civil", vol. 3°, pág. 160; CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. 8º, pág. 311).

Bem andou, portanto, o juiz *a quo* em julgar procedente a ação e condenar os ora apelantes ao ressarcimento de perdas e danos, honorários de 20% ao advogado dos autores, conforme tudo apurar-se em liquidação de sentença, e custas, inclusive as do perito.

Custas pelos apelantes.

Pôrto Alegre, 25 de junho de 1953. - *Décio Pelegrini*, presidente; *Artur Oscar Germany*, relator; *Darci Pinto*.

*

VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE - SIMULAÇÃO - PROVA

- Considera-se simulada a venda feita por ascendente a amante de descendente.

Otomar Celino Reinhemer e outros *versus* Gantus Moisés e outros

Ap. nº 9.142 - Relator: DESEMBARG. DÉCIO PELEGRINI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos: Acordam, em 3ª Câmara Cível, dar provimento, em parte, à apelação de Otomar Celino Reinhemer e outros, para julgar procedente a ação de anulação de compra e venda de um imóvel celebrada entre Maria Jorge da Rosa, como vendedora, e Maria Alice Zambelli, como compradora, sujeitando-o a partilha, e manter, quanto ao mais, a sentença apelada.

Os autores, ora apelantes, herdeiros-netos de Moisés Antônio da Rosa e Maria Jorge da Rosa, propuseram contra seu tio Gantus Moisés e Maria Alice Zambelli, com quem o dizem casado, uma ação de petição de herança, cumulada com reivindicação e anulação de escritura de compra e venda. Alegam que, com o falecimento de seu avô, o réu, aproveitando-se da incapacidade da mãe dêle, apoderou-se de todos os bens paternos, em que se incluíam dinheiro, 200 reses, móveis da casa de residência e utensílios. Posteriormente, simulou uma escritura de compra e venda de um imóvel, celebrada entre sua mãe e Maria Alice Zambelli, sua mulher, com que tem vários filhos declarados legítimos. Dito imóvel fôra recolhido pela suposta vendedora no pagamento de sua meação. Pretendem sejam os réus condenados a devolver-lhes todos os bens de que se apoderaram, móveis, semoventes e imóveis, pertencentes ao mencionado casal, com os respectivos rendimentos, juros e honorários de advogado.

A sentença apelada bem apreciou a espécie, no que tange às chamadas ações de petição de herança e de reivindicação, dando-lhes exata solução A primeira, pròpriamente de sonegados, deveria ser dirigida contra a avó dos autores, Maria Jorge da Rosa, inventariante dos bens ficados por falecimento de seu marido, Moisés Antônio da Rosa, também já falecida. Mas os autores não provaram, sequer, a sonegação, assim como não especificaram os bens a reivindicar. Uma de suas testemunhas refere-se, mas vagamente, a ter Moisés deixado perto de 200 reses, enquanto outra menciona 50 ou 60. É bem de ver que êsses dois depoimentos, divergentes e ao desamparo de qualquer outro elemento, não

constituem prova do alegado, tanto mais que, além do imóvel de propriedade do *de cujus*, foram inventariadas 40 reses.

Merece, porém, reforma a sentença apelada na parte referente ao julgamento da ação de anulação da escritura de compra e venda do imóvel descrito na inicial, dirigida contra Maria Alice Zambelli. Contornando proibição legal, pois não podia celebrar a escritura com o filho sem consentimento dos outros descendentes, a suposta vendedora, no fim da vida, já doente, simulou vendê-lo a Maria Alice Zambelli. A simulação é evidente. A ré vive maritalmente, com o filho de quem figura como vendedora, há mais de quinze anos, existindo oito filhos dessa união, registrados como legítimos. Em seu depoimento pessoal (fls. 63), disse Maria Alice que pouco conhece as terras adquiridas, um "banhadal", ignorando se prestam para plantação de arroz. Não se conceberia que uma mulher, dona de casa, ignorante de negócios dessa espécie, fôsse comprar terras pouco conhecidas, de banhado, tendo de pedir dinheiro emprestado para efetuar a transação. Efetivamente, consoante suas declarações, a ré teria pedido o dinheiro necessário para o negócio, Cr$ 40.000,00, de empréstimo a seu pai de criação, Lahude Salim. E o mais incrível é que o mutuante, girando em seu negócio com Cr$ 200.000,00, tivesse aquela quantia guardada em casa e fôsse distrai-la de seu comércio, de que representa a quinta parte, e, ainda mais, sem documento legal de comprovação do empréstimo. Procura a ré demonstrar a realidade do negócio, alegando o pagamento do preço, assistido pelas testemunhas instrumentárias. De fato, as testemunhas vieram depor que os Cr$ 40.000,00 foram pagos no ato, sendo contados pelo notário que lavrou a escritura. Negou, contudo, o oficial público que tal houvesse feito, narrando que quem contou e embolsou o dinheiro foi Gantus Moisés. É possível que houvesse um simulacro de pagamento. Êsse simulacro não destrói, no entanto, os indícios apontados, convincentes da simulação do ato.

Havendo falecido a suposta vendedora, o imóvel deve ser partilhado por seus herdeiros.

Pague a ré os honorários do advogado dos autores, na razão de 10% do valor da escritura anulada.

Custas pelos vencidos, na forma da lei.

Pôrto Alegre, 6 de agôsto de 1953. - *Décio Pelegrini*, presidente e relator; *Artur Oscar Germany*; *Darci Pinto*.

Tribunal de Justiça do Paraná

VEREADOR - FUNCIONÁRIO MUNICIPAL

- Falece ao Executivo municipal atribuições para excluir da fôlha de pagamento o nome de quaisquer vereadores, bem como não é de sua competência organizar a fôlha de pagamento da ajuda de custo aos vereadores, porque esta atribuição deve ficar a cargo do Legislativo municipal, que requisitará a importância consignada em verba para tal pagamento, organizando as fôlhas em tantas vias quantas forem precisas.

- O funcionário público eleito vereador continuará no exercício do seu cargo e perceberá os respectivos vencimentos desde que, pelo desempenho do mandato, sòmente receba a ajuda de custo prevista no art. 20, parág. único, da lei nº 64, de 21 de fevereiro de 1948, ou ficará licenciado, na forma do artigo 19 da mesma lei.

Apelado: Antônio Cicarino Pereira

Ap. nº 5.556 - Rel.: DESEMBARGADOR COSTA BARROS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5.556, de Campo Largo, em que é apelante o Município e apelado Antônio Cicarino Pereira:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, e considerando parte integrante dêste o relatório de fls., em negar, como negam, provimento ao recurso, para manter a respeitável sentença recorrida, pelos seus próprios fundamentos, que são jurídicos e bem apreciam a espécie, bem como as provas dos autos, fazendo justa aplicação dos dispositivos e princípios de direito que lhe são aplicáveis.

Custas na forma da lei.

Curitiba, 23 de outubro de 1952. - *Munhoz de Melo*, presidente; *Costa Barros*, relator; *Guarita Cartaxo*.

Ciente. - *Edgar Távora*, procurador.

SENTENÇA

Vistos, etc.:

Antônio Cicarino Pereira, professor normalista, padrão "H", do quadro de Ensino, da Secretaria de Educação e Cultura do Estado, residente e domiciliado nesta idade, vereador da Câmara Municipal de Campo Largo, eleito em 16 de novembro de 1947, pelo Partido Social Democrático, por intermédio de seus advogados, imperou neste Juízo mandado de segurança contra o Município de Campo Largo, na pessoa do Sr. prefeito municipal.

"A inicial alega, em recurso, o seguinte: "que o impetrante foi eleito em 16 de novembro de 1947, tendo sido empossado em 2 de dezembro de 1947; que exerceu continuadamente o mandato, assegurando-se o direito de receber a ajuda de custo estipulada para o efetivo exercício da função, a qual foi paga nos dois primeiros anos em igualdade de condições, de tempo, modo e quantidade, com os demais vereadores; que o nome do impetrante foi excluído das fôlhas de pagamento elaboradas pelo Executivo municipal, durante o pr sente exercício financeiro, tanto na parte relativa à ajuda de custo no ano transato, quanto na relativa à do ano em curso; que, em face de tal omissão, o impetrante requereu ao Sr. prefeito municipal, expondo o direito que lhe assistia na percepção da ajuda de custo, como vereador em exercício; que a petição foi indeferida, como se vê do despacho do documento de fls.; que o indeferimento não se apoiou em dispositivo legal; que o direito do suplicante é líquido e certo, bastante para o seu reconhecimento considerar que o mesmo, exercendo o mandato de vereador municipal, teria direito ao acúmulo de funções e de vencimentos, dada a sua qualidade de professor público, da conformidade com o autorizado pelo art. 12, parág. único, da Constituição estadual; que a liquidez e a certeza do direito do impetrante à ajuda de custo em aprêço encontra-se amplamente apoiada na legislação vigente, que foi citada - invocada no

requerimento indeferido; que militam, em favor da concessão da segurança impetrada, as seguintes razões: *a)* a questão do pagamento da ajuda de custo aos vereadores é de competência exclusiva do Legislativo municipal, não cabendo ao Executivo apreciá-la nem operar discriminação através da fôlha de pagamento, mormente quando essa discriminação pode revestir caráter político-partidário; *b)* no orçamento da receita e despesa do ano de 1950, como no do presente exercício financeiro, foi consignada verba de Cr$ 72.000,00 para atender ao pagamento de ajuda de custo anual, fixada em Cr$ 6.000,00 para cada vereador, sem que o Legislativo municipal excluísse qualquer dos seus membros dêste pagamento; que, atendendo aos dispositivos dos artigos 19 e 20, parág. único, da Lei de Organização dos Municípios (lei nº 64), combinados com o disposto no art. 12 e parágrafo único da Constituição estadual e art. 94 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, esta é para requerer a concessão da segurança impetrada, a fim de compelir o Município de Campo Largo a efetuar o pagamento de ajuda de custo devida ao impetrante pelo exercício do mandato de vereador nos anos de 1950 a 1951".

A inicial deu entrada em juízo dentro do prazo estabelecido pelo art. 331 do Código de Proc. Civil.

Proferido o despacho de fls., seguiam-se a notificação e a contestação da autoridade coatora.

O Município de Campo Largo, por seu advogado constituído nos autos, apresentou a fls. a sua contradita formal ao pedido do impetrante, dizendo em resumo o seguinte: "que a ajuda de custo é a indenização atribuída ao funcionário para atender às despesas de viagem e nova instalação; que não se concede o benefício, porém, em caso de permuta, remoção a pedido, serviço de inspeção, afastamento temporário da sede, quando fôr eleito para cargo de mandato popular e, finalmente, aos que forem postos à, disposição de outro govêrno; que, no caso *sub judice*, o impetrante não pode pleitear ajuda de custo, para exercitar o mandato de vereador que lhe foi conferido, uma vez que, para o desempenho dêsse mandato, não terá que se transferir da localidade onde mora, não tendo, por isso, de ser indenizado de despesas de viagem e de nova instalação. Dir-se-á que os dispositivos legais invocados não se aplicam ao caso *in foco*, por se tratar de funções distintas em cargos distintos. Mas, neste caso, objetamos nós, tratar-se-ia de acumulações de cargos públicos remunerados, o

que a Constituição do Estado, em seu art. 144, veda expressamente; que durante um determinado período o impetrante exerceu o cargo de inspetor de ensino, e não sua função no magistério público; que, no caso em aprêço, seria do impetrante optar pelos vencimentos de uma ou de outra função pública, como procedeu o Sr. Henrique Vítor Giublin, eleito vereador; que a Lei Orgânica dos Municípios, quando prescreve a competência privativa da Câmara, não atribui à mesma, com exclusividade, a competência de pagamento de ajuda de custo aos vereadores; que o remédio legal invocado pelo impetrante para a defesa de um direito que julga violado não encontra amparo nas provas apresentadas, uma vez que o mandado de segurança, segundo a letra expressa da lei, será concedido para a defesa de direito certo e incontestável".

Isto pôsto:

O caso dos autos é de pagamento de ajuda de custo, negada pelo prefeito municipal, a vereador que também exerce o cargo de professor público, na mesma cidade em que exerce mandato eletivo.

Preliminarmente, não se deve confundir a ajuda de custo, prevista pelo artigo 157 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, com a ajuda de custo, citada no parág. único do art. 20, da Lei Orgânica dos Municípios (lei nº 64). São completamente diferentes, embora sendo ambas feitas em pagamento em dinheiro.

Ajuda de custo, segundo o parágrafo único do art. 157 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, "é a indenização atribuída ao funcionário para atender às despesas de viagem e de nova instalação".

Ajuda de custo, nos têrmos do parágrafo único do art. 20 da Lei Orgânica dos municípios, "é a remuneração anual que será paga aos vereadores no decurso do ano pelo comparecimento efetivo às sessões da Câmara Municipal".

É da competência do Executivo municipal a organização de fôlhas de pagamento de ajuda de custo aos vereadores municipais, fazendo figurar uns e excluindo outros nomes da referida fôlha, por êste ou aquêle motivo? Ou tal competência é exclusivamente do Legislativo municipal?

"Os Estados de direito, como o nosso, repartiam a atividade estadual em três poderes, a saber: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Instituíram-nos com funções especificadas e limitadas, com o deliberado propósito de evitar a supremacia de qualquer dêles sôbre os demais. Não só criaram soberanos e incontrastáveis, sim independentes e harmônicos entre si" (Constituição federal, art. 36). São independentes, na esfera de suas atribuições, e harmônicos, na conjunção de seu funcionamento. Tal sistema "de independências limitadas" ou "de freios e contrapesos", no dizer dos constitucionalistas, visa estabelecer equilíbrio entre todos os poderes, de modo a cingir cada um dêles no campo exato de suas atribuições, pois que, em exorbitando, esbarrará no poder convizinho e será contido pelo corretivo legal do Judiciário, chamado a intervir quando ocorrer lesão de um direito, individual ou estatal. É o regime constitucional do "Judicial Control", do direito americano, a que o jurista polonês MIRKINE-GUÉTZEVITCH, em sua obra "Les nouvelles tendences du droit constitutionnel", ed. de 1932, define, com muita propriedade, como o da "Técnica da Liberdade dos Poderes". É neste sinergismo de funções que reside a independência e a harmonia dos poderes" "Rev. dos Tribunais", vol. 185, pág. 774).

"Advenha de ato do Executivo, do Legislativo ou do próprio Judiciário, o órgão judicante competente deverá julgá-lo desde que lesivo de direito individual. Vem de longe e de muito alto esta lição: "Quis o espírito judiciário de nossos irmãos da América do Norte que, num terceiro poder, existisse uma barreira contra os excessos políticos, contra a onipotência das maiorias parlamentares, contra a tendência absorvente do Poder Executivo" ("Rev. dos Tribunais", vol. 185, pág. 775).

"Dois requisitos de pureza se exigem assim na relação jurídica a ajuizar. Primeiro: que as circunstâncias de fato, a respeito das quais se pretende a incidência de certa norma legal, sejam demonstráveis, com clareza transparente, através de prova que permita ao juiz firmar, desde logo, a certeza de sua existência. Segundo: que o ato administrativo denegatório da prestação pretendida pelo administrado seja evidentemente contrário à Constituição ou à Lei" (SEARA FAGUNDES, *in* "O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", pág. 228).

"Direito certo e incontestável", disse a Côrte Suprema, "é aquêle contra o qual não se podem opor motivos ponderáveis e sim meras alegações, cuja improcedência se reconhece imediatamente, sem necessidade de detido exame" (acórdão de 22 de novembro de 1935; acórdão de 14 de agôsto de 1936, mandado de segurança nº 220, relator, ministro BENTO DE FARIA).

"Para o ministro CARLOS MAXIMIIANO, então procurador geral da República, "é o direito translúcido, evidente, acima de tôda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações".

"Parta de onde partir o atentado ao direito, êle deve ser abatido desde que o direito alcançado seja líquido, seja manifesto e evidente" (CASTRO NUNES, "Do Mandado de Segurança", págs. 78, 79 e 96).

Pelo que acima ficou minuciosamente exposto, falece ao Executivo municipal atribuições para excluir da fôlha de pagamento o nome de quaisquer vereadores, bem como não é de sua competência organizar a fôlha de pagamento da ajuda de custo aos vereadores, porque esta atribuição deve ficar a cargo do Legislativo municipal, que requisitará a importância consignada em verba para tal pagamento, organizando a fôlha em tantas vias quantas forem precisas, e, depois de pago, remeterá uma das vias da respectiva fôlha à Tesouraria da Prefeitura, como documento de caixa, e outra via ao Sr. prefeito municipal, para integrar o balancete da Prefeitura.

Assim sendo, a Mesa da Câmara Municipal é quem deve decidir quais os vereadores que perceberão a ajuda de custo, quais os que devem ser incluídos ou excluídos da fôlha de pagamento e, ainda, quaisquer assuntos que envolvam de perto os vereadores; a decisão é sempre da competência do Legislativo municipal.

O caso ventilado nos autos, do ilustre Dr. Henrique Vítor Giublin, ex-promotor público da comarca de Apucarana e atual advogado do Estado, lotado na Procuradoria da Fazenda ("Diário Oficial" de fls.), é bem diferente. O aludido advogado pediu licença, porque seu cargo efetivo é de advogado, na capital do Estado, tendo que exercer seu mandato de vereador no Município de Apucarana.

O impetrante, sendo professor público primário, tem o direito de receber a ajuda de custo, porque, no exercício dos dois cargos, o eletivo e o magistério público, houve compatibilidade de horários, um é noturno e outro diurno.

O direito do suplicante é certo e incontestável, conforme facultam os dispositivos de lei, que são os seguintes: "O funcionário público eleito vereador continuará no exercício de seu cargo e perceberá os respectivos vencimentos desde que, pelo desempenho do mandato, sòmente receba a ajuda de custo prevista no art. 20, parág. único, da lei nº 64, de 21 de fevereiro de 1948, ou ficará licenciado, na forma do art. 19 da mesma lei" (art. 94 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civil do Estado, pág. 15).

"Nos municípios de renda superior a Cr$ 200.000,00, os vereadores podem receber uma ajuda de custo. Essa ajuda de custo, que será paga no decurso do ano pelo comparecimento efetivo às sessões, não pode exceder a Cr$ 2.000,00 anuais nos municípios de renda até Cr$ 600.000,00; a Cr$ 4.000,00 anuais, quando a renda fôr inferior a Cr$ 800.000,00; a Cr$ 5.000,00 anuais, quando a renda fôr inferior a Cr$ 1.200.000,00; a Cr$ 6.000,00, quando a renda fôr superior a Cr$ 1.200.000,00" (art. 20, parágrafo único, da lei nº 64, de 21 de fevereiro de 1948 - Lei Orgânica dos Municípios - publicada no "Diário Oficial" do Estado, nº 297, de 24 de fevereiro de 1948).

E por analogia: "Ao deputado é permitido exercer, em qualquer grau, o magistério público, havendo compatibilidade de horário" (parág. único do art. 12 da Constituição estadual).

Acresce, ainda, que, como prova de seu direito, certo e incontestável, o suplicante recebeu a ajuda de custo dos anos anteriores, isto é, de 1948 e 1949.

Verificada, assim, a ilegalidade do ato praticado, concedo o pedido de segurança impetrado, que encontra acolhida por seus requisitos, no art. 319 do Cód. de Processo Civil, a fim de compelir o Município de Campo Largo a efetuar o pagamento de ajuda de custo ao impetrante Antônio Cicarino Pereira, pelo exercício do mandato de vereador, nos anos de 1950 e 1951.

Expeça-se mandado de segurança em favor do impetrante, transmitindo-se, por ofício, pelo correio, mediante registro, com recibo de volta, o inteiro teor da sentença ao Exmo. Sr. prefeito municipal de Campo Largo, para fins de direito.

Custas na forma da lei.

Publique-se, registre e intime-se.

Campo Largo, 12 de dezembro de 1951. - *Henrique Nogueira Dorfmund.*

Tribunal de Justiça de Santa Catarina

MAGISTRADOS - APOSENTADORIA - REVISÃO DE PROVENTOS

- É incontestável que o legislador constituinte estadual, emendando o artigo 198 do "Projeto de Constituição", ampliou as garantias outorgadas pelo art. 193 da Constituição federal. Em vez de deixar livre ao legislador ordinário o critério da fixação dos aumentos dos inativos, o preceito da Constituição estadual estabeleceu logo a igualdade dos acréscimos.

- A correta e lógica interpretação dos textos constitucionais da União e do Estado, conduzem a um único caminho, qual o de atribuir aos inativos a mesma proporção de aumento dado aos da ativa. Aliás, mesmo a interpretação gramatical do têrmo "reajustar" conduz a tal destino.

Apelados: Desembargador Sálvio de Sá Gonzaga e outros

Ap. nº 3.455 - Relator: DESEMBARG. ALVES PEDROSA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.455, da comarca de Florianópolis, sendo apelante a Fazenda estadual e apelados o desembargador Sálvio de Sá Gonzaga e outros:

Acordam, em Tribunal de Justiça, preliminarmente, por maioria de votos, conhecer da apelação, e, por unanimidade, admitir como assistentes os desembargadores João de Luna Freire e Honório Hermeto Carneiro da Cunha e o juiz de direito Augusto Lustosa Teixeira de Freitas, e, *de meritis*, por maioria de votos, dar provimento, em parte, à apelação, para, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 10 da lei estadual nº 338, de 2 de dezembro de 1949, condenar a Fazenda do Estado a pagar aos autores os mesmos aumentos verificados e que se verificarem para os magistrados em atividade, a partir da data da promulgação da Constituição estadual, isto é, de 23 de julho de 1947, sendo os atrasados com os juros legais. Fica, outrossim, excluída da condenação a verba referente a honorários de advogado, que no caso não são devidos. Custas em proporção.

Os apelados, desembargadores aposentados, Sálvio de Sá Gonzaga, Heráclito Carneiro Ribeiro, Américo da Silveira. Nunes, Gustavo Toledo Piza, Mileto Tavares da Cunha Barreto, Érico Enes Tôrres, Mário Teixeira Carrilho, Henrique da Silva Fontes, Joaquim Luís Guedes Pinto, Alcebíades Valério Silveira de Sousa e Alfredo Trompowsky, propuseram uma ação ordinária contra a Fazenda estadual, para o fim de terem os seus vencimentos reajustados aos dos desembargadores em atividade, com fundamento nos arts. 193, da Constituição federal, e 195, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Alegam que é público e notório que os aumentos verificados nos vencimentos dos desembargadores, a partir da Constituição de 1946, se deram par motivo de alteração no poder aquisitivo da moeda, e, por isso, têm direito, não só aos referidos aumentos, como também à equiparação, isto é, se julgam com o direito de receber proventos iguais aos dos seus, colegas atualmente em exercício no Tribunal de Justiça.

E concluem pedindo a condenação da ré, ora apelante, a pagar-lhes os mesmos vencimentos que percebem ou vierem a perceber os desembargadores em atividade, sendo os atrasados com os juros legais, custas e honorários de advogado na base de 20% sôbre a quantia devida e conforme se liquidar na execução.

A Fazenda do Estado contestou a ação, sustentando que a revisão prevista no art. 193 da Constituição federal e o reajustamento a que se refere o art. 195 da

Carta estadual não querem dizer equiparação. O que o legislador constituinte estabeleceu foi a concessão de um aumento também aos inativas, em percentagem de acôrdo com o respectivo ordenado mensal e na base que a própria lei do aumento fixar.

Argumenta ainda a Fazenda estadual que os aumentos de vencimentos concedidos aos magistrados não o foram em virtude de alteração do poder aquisitivo da moeda, e, sim, com o objetivo de atrair novos elementos que viessem preencheras vagas existentes no quadro da Magistratura. Não obstante isso, o Estado, garantindo o direito dos autores, aumentou-lhes os vencimentos em proporção ao respectivo ordenado mensal, cada vez que modificou os vencimentos dos funcionários em atividade, conforme se poderá ver do art. 2° do dec.-lei nº 307, de 2 de outubro de 1946, e do art. 10 da lei nº 338, de 2 de dezembro de 1949.

Terminou a contestação requerendo a improcedência da ação, porque, se os autores já tiveram os seus proventos revistos e aumentados, nenhum direito lhes assiste à equiparação pleiteada.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, o digno magistrado, que então exercia o cargo de juiz de direito da 1ª Vara desta capital, proferiu a sentença de fls., julgando procedente a ação, para condenar o Estado na forma do pedido inicial.

Dessa decisão apelou a Fazenda estadual, sendo o recurso recebido nos seus efeitos legais, e, a seguir, contra-arrazoado pelos apelados. Com o falecimento de um dos autores, o desembargador Érico Enes Tôrres, processou-se a habilitação dos seus herdeiros.

Nesta instância, o Exmo. Sr. Dr. procurador geral, do Estado, no parecer de fls., opinou pela reforma da sentença apelada, sob o fundamento de que "reajustar" não significa "igualar". A decisão recorrida, na opinião de S. Ex.ª, ateve-se a uma interpretação ao pé da letra, sem auscultar o direito que a causa permitia se investigasse, sem pesquisar o sentido real do texto constitucional, sem apreciar as variadas facetas apresentadas pela espécie e sem, finalmente, pesar o descalabro financeiro em que se afundaria o Estado, se prevalecesse a interpretação que consagrou.

Aceita, para argumentar, a tese aventada pelos autores e acolhida na primeira instância, ainda assim os inativos sòmente a partir de 23 de julho de 1947 teriam adquirido direito à equiparação. Não tendo a Constituição federal efetivamente igualado os proventos dos funcionários inativos aos da ativa, não podia o julgado retroagir à data de 18 de setembro de 1946.

Por último, o parecer da douta Procuradoria Geral combate a condenação da apelante aos honorários de advogado, de vez que, versando a espécie sôbre interpretação de texto constitucional, não se configurou a obrigação decorrente do art. 64 do Cód. de Proc. Civil.

No curso da apelação, pediram ingresso no feito, como assistentes, os aposentados, desembargadores João de Luna Freire e Honório Hermeto Carneiro da Cunha e o juiz de direito Augusto Lustosa Teixeira de Freitas.

Distribuída a apelação à Câmara Civil, deu-se esta por incompetente e determinou a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, por tratar-se de questão constitucional.

Preliminarmente:

Êste Tribunal, por maioria de votos, decidiu conhecer da apelação. Prevaleceram, nesta primeira questão, os fundamentos do acórdão da Câmara Civil, que se encontra a fls. Realmente, para que o Poder Judiciário encare a questão sob o aspecto da inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público, não é necessário nem imprescindível a alegação das partes. O que é necessário é que haja uma demanda real. Instaurado o processo, não está a Justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional.

No caso dos autos, torna-se impossível apreciar o feito ou o recurso, sem a indagação da inconstitucionalidade das leis posteriores à promulgação das Constituições federal e estadual e que, segundo os autores, ora apelados, violaram preceitos contidos nesses estatutos.

Acresce que as normas constitucionais não se descumprem sòmente pelo ato positivo de violação, mas também pela recusa ou omissão de deliberar e executar aquelas medidas prescritas no texto da Lei Máxima. Se o Legislativo, por omissão, deixa de dar cumprimento a uma determinação constitucional, também aí se configura, embora em sentido negativo ou abstencionista, uma violação, um ato inconstitucional, cuja inconstitucionalidade o Judiciário pode decidir e decretar, ao menos pelo reconhecimento do direito que foi postergado (da sentença do juiz SALES LOPES, "Direitos dos Aposentados", 2° vol., pág. 80).

Quanto ao requerimento formulado pelos desembargadores João de Luna Freire e Honório Hermeto Carneiro da Cunha e pelo juiz Augusto Lustosa Teixeira de Freitas, os comentadores do Cód. de Proc. Civil não se estendem em considerações sôbre a figura da assistência. A jurisprudência, por sua vez, não é farta em julgados esclarecedores do assunto. A posição dos requerentes se aproxima mais do litisconsórcio, isto porque, sendo os seus interêsses iguais aos dos autores, podiam ajuizar ação idêntica. Não são êles pròpriamente terceiros, visto que defendem o seu próprio direito, com interêsse direto e imediato na decisão da causa.

No caso em espécie, porém, a distinção entre a figura do litisconsórcio e a da assistência carece de maior importância, de vez que os requerentes provaram, através de certidões, o seu interêsse na decisão do feito.

Com referência à oportunidade do ingresso, ou não, dos requerentes na causa, nesta fase do recurso, merece destaque a opinião de JORGE AMERICANO, que o admite em qualquer fase do processo, mesmo na execução.

Ante o exposto, o Tribunal, por unanimidade de votos, resolveu admitir os requerentes como assistentes, na forma do art. 93 do Cód. de Proc. Civil.

De meritis:

As Constituições federais de 1891, 1934 e 1937 eram omissas em matéria de aumento de vencimentos dos servidores públicos. As Constituições estaduais nada continham a respeito. Foi o surto inflacionário decorrente da segunda

guerra mundial que levou os constituintes de 1946 a incluir na Constituição de 18 de setembro daquele ano o como contido no art. 193:

"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade".

As Constituições dos Estados de Alagoas (art. 142), Amazonas (art. 83, § 4º), Bahia (art. 78), Ceará (art. 160, XIII), Mato Grosso (art. 110, VI), Minas Gerais (art. 144), Pará (art. 63), Paraíba (artigo 136), Paraná (art. 160), Piauí (artigo 145, XVIII), Rio Grande do Sul (artigo 210, § 4°), Rio de Janeiro (art. 118) e Sergipe (art. 181) limitaram-se a reproduzir o preceito da Constituição federal, sendo que no Rio Grande do Sul os proventos da inatividade em caso algum serão inferiores ao salário mínimo regional, e, no Estado do Rio, não poderão exceder aos da atividade.

Os Estados do Espírito Santo, Maranhão e Rio Grande do Norte mandaram adotar as normas estabelecidas na Constituição federal para os funcionários públicos. O mesmo se observa no art. 163 da Constituição de Pernambuco, que, no entanto, logo a seguir, no art. 170, estabeleceu:

"Tôdas as vêzes que o Estado ou o Município decretarem aumento de vencimentos dos funcionários da ativa, decretarão igualmente a melhoria das pensões pagas aos inativos, numa base nunca inferior a 50% daquele aumento".

Vejamos, agora, o que se contém nas Constituições de Goiás, São Paulo e Santa Catarina sôbre o assunto:

Goiás:

"Art. 119. Qualquer aumento de vencimentos concedido a funcionário é extensivo aos inativos".

São Paulo:

"Art. 95. Qualquer alteração de vencimentos dos funcionários em virtude de medida geral, será extensiva aos proventos dos inativos na mesma proporção".

Santa Catarina:

"Art. 195. Sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, serão a êles reajustados os proventos da inatividade".

Antes de tudo, impõe-se a investigação das motivos que levaram o constituinte catarinense a substituir a redação do texto constitucional adotado pelo constituinte federal. O "Diário da Assembléia" nº 33, de 12 de junho de 1947, publicou o "Projeto de Constituição", elaborado pela Comissão Constitucional. Nêle figura o art. 195, com a reprodução literal do art. 193 da Constituição federal:

"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade".

A êsse dispositivo o operoso constituinte, deputado PAULO FONTES, apresentou uma emenda substitutiva, que tomou o n° 105 e foi subscrita por mais de 12 deputados, dentre os quais cumpre destacar os nomes dos Srs. JOÃO JOSÉ DE SOUSA CABRAL, FERNANDO DE MELO, OSVALDO BULCÃO VIANA, AROLDO CARNEIRO DE CARVALHO e VALDEMAR RUPP, por serem, também, advogados ilustres e conceituados.

Diz a referida emenda:

"No art. 115 do Projeto de Constituição, substitua-se a expressão "serão reajustados", dando-se ao mesmo artigo a seguinte redação:

"Art. 195. Sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, serão a êles reajustados os proventos da inatividade".

Na justificação dessa emenda, o seu ilustre autor escreveu o seguinte:

"A desvalorização da moeda, acarretando o aumento de vencimentos dos funcionários em atividade, degradava, até há pouco, os aposentados para situação inferior à que lhes fôra inicialmente dada, porque os seus proventos não eram aumentados. A cada novo aumento de vencimentos, isto é, a cada novo encarecimento do custo da vida, iam sofrendo a injustiça de aviltamento econômico, que acabava por deixar na indigência velhos servidores que, para sua mantença, só dispunham dos proventos do antigo cargo".

"A injustiça foi reparada pelo artigo 193 da Constituição federal, - do qual é literal reprodução o art. 195 do Projeto, a saber":

"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade".

"A mudança proposta em nada contradiz essa garantia federal, porque não a frustra nem a restringe. Pelo contrário, estando nela compreendida, torna, para os funcionários estaduais, perfeitamente clara e insofismável a revisão que o diploma federal manda efetuar e que, dentro dos princípios de justiça, deve ter o objetivo de assegurar ao funcionário aposentado a situação primitiva que lhe atribuiu o prêmio da inatividade remunerada, isto é, assegurar-lhe o direito de receber proventos iguais aos dos colegas da mesma categoria em atividade, ou de receber proporcionais aos mesmos vencimentos, conforme seja a aposentadoria com vencimentos integrais ou com vencimentos proporcionais" (Constituição federal, artigo 95, § 2º, e art. 191, §§ 2° e 3°).

"Com a mudança proposta tiram-se as dúvidas que do texto federal possam resultar" (doc. fls.).

A emenda foi votada e aprovada por maioria de votos na sessão extraordinária de 7 de julho de 1947. Encaminhando a votação, disse o deputado PAULO FONTES:

"A emenda que apresentei é clara e está suficientemente justificada: visa deixar os aposentados garantidos contra surprêsas, sempre que, por causa da desvalorização da moeda, sejam elevados os vencimentos dos servidores em atividade; visa dar leal cumprimento ao art. 193 da Constituição federal,

mantendo os aposentados na situação inicial em que os põem a aposentadoria, que é terem os seus proventos em correlação com vencimentos pagos aos funcionários em atividade. É de inteira justiça conservar-se essa correlação e ela há de ter sido a finalidade da garantia federal" ("Diário da Assembléia Constituinte", nº 48, de 14 de julho de 1947).

Conhecidas a origem e as razões da emenda n° 105, a questão tem que ser estudada sob duplo aspecto, isto é, em face da Constituição federal e da Constituição estadual.

O art. 193 da Constituição federal tornou obrigatória a revisão dos proventos da aposentadoria, mas ficou livre ao legislador ordinário fixar o critério a ser obedecido pela administração pública. Segundo os comentadores do art. 193, a revisão não implica equiparação; apenas a todo aumento deve corresponder aumento.

É certo que os juízes dos Feitos da Fazenda do Distrito Federal, da Bahia e do Piauí, em brilhantes sentenças, vêm julgando procedentes as ações promovidas por funcionários públicos federais aposentados contra a União, para que sejam assegurados aos inativos proventos iguais aos vencimentos dos servidores da mesma categoria em atividade, invocando o preceito do citado art. 193.

Mas, os fundamentos de tais decisões não se aplicam aos casos em que se discutem direitos de funcionários públicos estaduais.

É que os referidos magistrados, e entre êles o insigne JOSÉ DE AGUIAR DIAS, consideram em vigor a Lei Linhares (decreto-lei nº 8.512, de 1945), que, no artigo 4°, estabeleceu igualdade entre os proventos dos inativos e os vencimentos dos ativos. Conforme sustentam nas decisões publicadas no 2º volume dos "Direitos dos Aposentados", êsse diploma legal se adapta ao preceito constitucional, por fôrça mesmo da reiteração do critério pelo legislador ordinário através das leis nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951, equiparando vencimentos de militares ativos e reformados, nº 1.193, de 6 de setembro de 1950, relativa aos funcionários, da Fazenda, e nº 1.220, de 28 de outubro de 1950, referente aos diplomatas.

Aceita essa interpretação, os aumentos forçosamente teriam que ser iguais, sem o que seria mantida a equiparação da Lei Linhares.

No Estado de Santa Catarina houve apenas um aumento de vencimentos no período compreendido entre a data da promulgação da Constituição federal e a da Constituição estadual. Trata-se do decreto-lei nº 307, de 29 de novembro de 1946, que, concedendo um aumento de 40% para os funcionários em atividade, inclusive os magistrados, melhorou os proventos dos inativos na base de 30, 20, 10 e 5%.

O critério adotado no art. 2º do citado decreto-lei pode ter sido injusto, mas foi inconstitucional. Na falta de lei interior, de âmbito estadual, eliminando as desigualdades entre aposentadorias de épocas diversas, podia o dec.-lei número 307, fixar o critério para a revisão dos proventos da inatividade, nas bases que ao legislador parecesse mais adequado, sem, com isso, violar o art. 193 da Constituição federal.

Nestas condições, a apelante tem razão em parte. A sentença recorrida não podia conceder a equiparação de vencimentos pleiteada pelos apelados, a contar da data da promulgação da Constituição federal.

Resta, pois, apreciar o pedido dos autores sob o segundo aspecto, ou seja, em face da Constituição estadual.

Os autores, conforme já foi dito, foram aposentados em épocas diversas e com vencimentos diferentes. A Constituição estadual encontrou e manteve essa desigualdade. O art. 195 não elevou os proventos da inatividade, apenas traçou norma regulando os futuros aumentos.

Se o legislador constituinte estadual, com a aprovação da emenda nº 105, teve a intenção de equiparar os proventos da inatividade aos vencimentos dos funcionários em atividade, fêz obra incompleta, pois não se apercebeu da desigualdade entre aposentadorias de épocas diversas.

Conseguiu, incontestàvelmente, a igualdade dos acréscimos, assegurando aos inativos o direito à mesma elevação dos vencimentos. Mas, sem a elevação das proventos da aposentadoria ao nível dos vencimentos dos funcionários ativos

em vigor na data da promulgação da Constituição, é de todo impossível a equiparação pleiteada pelos autores, mesmo com a igualdade dos aumentos.

Mais cautelosos e mais previdentes, pelos menos em relação aos magistrados, foram os constituintes mineiros e pernambucanos. Os primeiros fizeram incluir no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 29: "Os magistrados aposentados antes de 1946 terão os vencimentos, inclusive quaisquer abonos, equiparados aos que percebiam em janeiro daquele ano, os em atividade, respeitada a categoria de cada um"; e os segundos, também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, garantiram aos magistrados aposentados a atualização de seus vencimentos, mediante simples atos administrativos (art. 21).

Vê-se, portanto, que, também com fundamento no art. 195 da Constituição do Estado, a sentença apelada não podia equiparar os vencimentos dos autores aos que percebem os desembargadores em atividade no Tribunal de Justiça.

Até aqui, a razão ainda está com a apelante.

É incontestável, porém, que o legislador constituinte estadual, emendando o art. 195 do Projeto de Constituição, ampliou as garantias outorgadas pelo artigo 193 da Constituição federal. Ao invés de deixar livre ao legislador ordinário o critério da fixação dos aumentos das inativos, o preceito da Constituição estadual estabeleceu logo a igualdade dos acréscimos.

Com efeito, os dicionários mais modernos da língua portuguêsa dão ao verbo "reajustar" o significado de "tornar a ajustar". E "ajustar" quer dizer "igualar-se, tornar justo, certo, exata". A lei deve ser interpretada conforme o pensamento do legislador. Já ficou demonstrado neste acórdão, de modo insofismável, que a maioria da Assembléia Estadual Constituinte, ao substituir a expressão "serão revistos" por "serão reajustados", aceitou a justificação do deputado FONTES, de que o objetivo da emenda era assegurar aos inativos o direito de receber aumentos iguais aos dos funcionários em atividade.

Aliás, a apelante, que combate com veemência a equiparação das vencimentos deferida pela decisão recorrida, situa perfeitamente bom a questão, nas razões de apelação, nesta síntese lapidar:

"De fato, a correta e lógica interpretação dos textos constitucionais da União e do Estado conduzem a um único caminho, qual o de atribuir aos inativos a mesma proporção de aumento dado aos da ativa. Essa, douta Câmara, a interpretação que vem sendo dada, quer pelo govêrno federal, quer pelos governos dos Estados-membros. Aliás, mesmo a interpretação gramatical do têrmo "reajustar" conduz a tal destino, pois que CALDAS AULETE define: "Reajustar - acomodar-se, adaptar-se, proporcionar-se" (vol. I, página 71), e o próprio "Pequeno Dicionário", de H. LIMA e GUSTAVO BARROSO, define: "Adaptar, amoldar" (página 42) (fls.).

Nenhuma dúvida mais pode restar quanto à interpretação do art. 195 da Constituição estadual: a base do aumento será a mesma, para ativos e inativos.

Após a promulgação do Estatuto Político de 23 de julho de 1947, os vencimentos dos desembargadores foram aumentados duas vêzes: uma, pela lei número 89, de 1° de junho de 1948, de Cr$ 5.530,00 para Cr$ 7.700,00; e a segunda, pela lei nº 732, de 29 de agôsto de 1952, de Cr$ 7.700,00 para Cr$ 11.000,00.

É público e notório que êsses aumentos foram feitos por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda. Êste requisito, acentuou o ilustre juiz SALES LOPES com muita precisão, vem sendo o fator de permanente atuação no período inflacionário que vimos atravessando desde a eclosão da segunda guerra mundial. Todos, pùblicamente, e cada um em particular, vêm sentindo os efeitos continuados, ostensivos, notórios e positivos desta escala inflacionária, sempre elevada e sempre em ascensão. Portanto, em todos os aumentos de salários e de vencimentos praticados no correr do ciclo inflacionário, está sempre implícito, como fator indeclinável, êste motivo da constante diminuição do poder aquisitivo da moeda ("Direito dos Aposentados, vol. 2°, pág. 81).

A lei nº 89, de 1948, e a lei nº 732, de 1952, foram omissas em relação aos magistrados aposentados. Na opinião do douto PONTES DE MIRANDA, bastaria êsse fato para o Poder Judiciário reputá-las inconstitucionais.

O Estado, na contestação de fls., argumenta que os magistrados inativos tiveram os seus vencimentos majorados pela art. 10 da lei n° 338, de 2 de dezembro de 1.949. Mas êsse dispositivo é flagrantemente inconstitucional, por ter violado o princípio da igualdade dos acréscimos, previsto no art. 195 da Constituição estadual, e por ter deixado de reconhecer o direito dos apelados a êsses acréscimos desde o dia 1° de junho de 1948, quando começou a vigorar a lei número 89.

O preceito constitucional é imperativo. A sua aplicação é imediata. Segundo decidiu AGUIAR DIAS, não há necessidade de lei especial, pois a violação está consumada e ao Poder Judiciário cabe a suprema prerrogativa de fazer respeitar a Constituição. O reajustamento preconizado no texto constitucional tem por fim incorporar aos proventos dos inativos o aumento ou aumentos que se verificarem para os funcionários em atividade.

O funcionário aposentado não pleiteia aumento de vencimentos, desde que êsse aumento foi verificado para os que estão em atividade. O que cumpre ao Estado é apostilar nos títulos dos autores os vencimentos fixados de acôrdo com os aumentos concedidos aos ativos.

É de se observar, finalmente, que a condenação da apelante ao pagamento de honorários de advogado não se justifica, por inaplicável o art. 64 do Código de Proc. Civil.

Por tôdas estas razões de fato e de direito, impunha-se o provimento, em parte, da sentença apelada.

Florianópolis, 10 de dezembro de 1952. - *Guilherme Abry,* presidente; *Alves Pedrosa*, relator designado; *Nélson Guimarães*, vencido, no mérito.

A Constituição federal diz, em seu artigo 193:

"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários da atividade".

A dos Estados de Alagoas, art. 142; Amazonas, art. 83, § 4°; Bahia, art. 78; Ceará, art. 160, inciso XIII; Espírito Santo, art. 60; Maranhão, art. 126; Mato Grosso, art. 110, inciso VI; Minas Gerais, art. 144; Pará, art. 119; Paraíba, art. 136; Paraná, art. 160; Piauí, art. 145, inciso XVIII; Rio Grande do Norte, art. 132; Rio de Janeiro, art. 118; Sergipe, art. 181, e Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 38, § 5º, guardaram fidelidade absoluta ao texto federal, transcrevendo-o na Constituição ou a êle fazendo remissão.

Com redação diversa, são anotadas:

A de Goiás, que, no seu art. 119, diz:

"Qualquer aumento de vencimentos concedido a funcionário é extensivo aos inativos".

A de Pernambuco, que assim se expressa no seu art. 170:

"Tôdas as vêzes que o Estado ou Município decretarem aumento de vencimentos dos funcionários da ativa, decretarão igualmente a melhoria das pensões pagas aos inativos, numa base nunca inferior a 50% daquele aumento".

A do Rio Grande do Sul, que, no seu art. 210, § 4º, declara:

"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os ganhos dos servidores em atividade, e em caso algum serão inferiores ao salário mínimo regional".

A de São Paulo, que prescreve no artigo 95:

"Qualquer alteração de vencimento dos funcionários em virtude de medida geral será extensiva aos proventos dos inativos, na mesma proporção".

Finalmente, a de Santa Catarina, que, no seu art. 195, preceitua:

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

Pelo que ficou dito e exposto, os constituintes estaduais não tomaram o texto da Constituição federal como uma determinação de serem, daquela data em diante, os vencimentos dos funcionários em geral, ativos e inativos, iguais, uniformes e do mesmo valor. Aceitaram-no como um princípio, uma norma estabelecida na Lei Maior, que, pelo seu caráter nacional, devia e não podia deixar de figurar nos textos das Constituições dos Estados, reservados, porém, a êstes, por interessar à sua economia interna, o direito de estabelecerem o critério para o seu integral cumprimento.

E acertadamente andaram os constituintes estaduais, porque a Constituição federal impôs, apenas, aos Estados a obrigação do aumento dos proventos dos inativos tôdas as vêzes que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificassem es vencimentos dos funcionários em atividade.

E tanto isto é verdade que vários Estados, no próprio texto da Constituição, estabeleceram critério diverso do que é afirmado pelos requerentes, ora apelados: a de Pernambuco estabeleceu o mínimo de 50% do aumento para os funcionários da ativa; a do Rio Grande do Sul declarou, apenas, que, em hipótese alguma, o funcionário inativo terá provento inferior ao salário mínimo dar região; e a de São Paulo, de que o aumento dos funcionários inativos será na mesma proporção estabelecida para os em atividade.

Diz a sentença apelada que o eminente Prof. VICENTE RÁO afirmou, ao responder consulta sôbre a verdadeira interpretação do disposto no art. 193 da Constituição federal, que "rever" significa "igualar", e que, portanto, os proventos dos funcionários em atividade e inatividade devem ser os mesmos.

O renomado professor, porém, *data venia* do ilustre produtor da sentença apelada, não fêz tal afirmativa; dite, apenas, que os consulentes, funcionários, aposentados dos Correios e Telégrafos, tinham direito de perceberem vencimentos iguais aos dos seus colegas em atividade, porque o critério para a revisão determinada pelo art. 193 da Constituição federal, já estava

estabelecido pelo art. 4° do dec.-lei nº 8.512, de 31 de dezembro de 1945, que diz:

"Fica concedido aos reformados inativos, pessoal em disponibilidade e pensionistas, civis e militares, da União, o aumento dos respectivos, proventos e pensões, na mesma base estabelecida (no aumento concedido aos servidores civis e militares por êste decreto-lei e conforme a tabela, de percentagens anexas (IX)".

E para reforçar os seus argumentos, diz o parecer que o mesmo preceito foi estabelecido pela lei nº 1.193, de 6 de setembro de 1950, em relação aos funcionárias do Ministério da Fazenda; pela lei nº 1.220, de 28 de outubro de 1950, com relação ao Ministério das Relações Exteriores; e pela lei n° 1.316, de 20 de janeiro de 1951, relativa aos militares.

Apoiou-se, portanto, êsse emérito jurista, no critério já estabelecido para certas e determinadas classes, para concluir deverem tais benefícios alcançar os consulentes, porque, do contrário, resultaria uma situação de desigualdade entre os funcionários federais, em inatividade. Não foi, portanto, apoiado, exclusivamente, no citado artigo da Constituição federal que o jurista opinou, em seu parecer, pelo direito dos consulentes ao aumento pretendido; foi buscar êsse direito na lei ordinária que estabelecera, segundo sua opinião, o critério não previsto na Constituição, para o aumento, ali determinado.

E a razão não ficou com o Prof. VICENTE RÁO; e não ficou, porque o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - lei n° 1.711, de 28 de outubro do corrente ano - recentíssima, portanto, estabelece, em seu art. 182:

"O provento da inatividade será revisto:

a) sempre que houver modificação geral de vencimentos ou remuneração, não podendo sua elevação ser inferior a dois terços do aumento concedido ao funcionário em atividade".

Em caráter definitivo, portanto, foi estabelecido, pelo Poder Legislativo federal, o critério da revisão prevista no art. 193 da Constituição federal; assim, a situação de desigualdade em que se encontravam os servidores públicos

federais, injusta, portanto, que foi apontada na consulta já anteriormente referida - funcionários da mesma categoria com proventos desiguais, por pertencerem a Ministérios diferentes - não mais pode existir.

Creio mesmo que, na realidade, não existia essa desigualdade apontada por VICENTE RÁO, pelo menos com relação aos funcionários do Ministério das Relações Exteriores, pois a esta conclusão não autoriza a redação do art. 6° da lei número 1.220, por êle citada, pois essa lei se refere sòmente aos diplomatas e aos militares, porquanto o Cód. de Vencimentos e Vantagens dos Militares - lei nº 1.316 - só garante ao militar, transferido para a reserva ou reformado, o sôldo correspondente ao pôsto ou graduação do militar da ativa; e sôldo, conforme reza a letra *a* do parág. único do artigo 2° desse Estatuto, é representado por dois terços dos vencimentos da atividade. Admite, portanto, o Cód. de Vencimentos e Vantagens dos Militares que o reformado ou o da reserva receba dois terços dos vencimentos do militar da ativa, conforme expressamente está dito no seu art. 292:

"Os proventos dos militares da reserva remunerada ou os reformados, deduzidas as vantagens incorporáveis, se a elas fizerem jus, de acôrdo com as disposições dêste Código, terão, como limite máximo, o total dos vencimentos que perceber o militar da ativa do mesmo pôsto ou graduação e como mínimo o respectivo sôldo".

Pelo que ficou exposto, vê-se que, contràriamente ao que afirmou o brilhante professor, para os funcionários inativos da União, civis e militares, o critério estabelecido, para cumprimento do determinado no art. 193 da Constituição federal, é da desigualdade de proventos dos funcionários da ativa e dos em inatividade, com um mínimo de diferença fixado em um têrço dos vencimentos.

Passando da esfera federal, onde os apelados puseram a primeira âncora, para a estadual, segunda das duas amarras, vemos a Constituição do Estado dizendo em seu art. 195:

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

"Reajustar" será sinônimo de igualar, de nivelar, equiparar, conforme, por várias vezes, dizem os apelados, o que, a final, foi reconhecido pela maioria dêste Tribunal?

PONTES DE MIRANDA, em comentário ao art. 193 da Constituição federal, emprega o verbo "reajustar" como sinônimo de "rever". Diz êle:

"A regra dirige-se aos legisladores ordinários e pode a Justiça, ao ter nas mãos lei que aumente vencimentos, sem o reajustamento que o art. 93 impõe, reputá-la inconstitucional".

"A aplicação aos funcionários em atividade será acompanhada, sempre, de aplicação aos inativos sôbre a mesma base, se outro critério não se tomou".

"A revisão não implica equiparação: mas a todo aumento há de corresponder aumento".

Com o mesmo sentido de "rever" é empregada a palavra "reajustar" em lei que transita pelo Senado: "Reajustando os proventos dos inativos dos Correios e Telégrafos" (sessão do Senado de 5 do corrente).

E mais recentemente ainda, na lei que concede abono aos servidores públicos da União, é êsse vocábulo empregado com o mesmo significado quando, no artigo 19 e seus parágrafos, determina que as autoridades de Previdência Social ficam sujeitas, para o mesmo efeito, a futuros reajustamentos de contribuição dos segurados.

E, realmente, *data venia* da maioria, êsse vocábulo não tem outra significação além da que lhe tem sido emprestada, quer em doutrina, quer nas leis e ementas.

O que, na realidade, êle significa é uma revisão com aumento, é uma alteração para mais do que está estabelecido, e, assim, o seu emprêgo traduz melhor o pensamento do constituinte ou do legislador do que a palavra "revisão", empregada na Constituição federal, que, por não ter conteúdo próprio, nada mais significa que "ver novamente, ver com atenção, examinar com cuidado". Reajustar implica, necessàriamente, em aumentar, em dar aumenta

correspondente, em atender, desde logo, de imediato, o imperativo constitucional "de que a todo aumento há de corresponder aumento", isto é, que, tôda lei que aumentar vencimentos dos funcionários em atividade, deve amparar, em seu próprio contexto, os funcionários inativos.

E se a Constituição do Estado não estabeleceu em seu próprio texto o critério a ser sempre observado nesse reajustamento, conforme o fizeram as dos Estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo e Goiás, a lei ordinária o fêz através do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, votado pela Assembléia Legislativa em 12 de janeiro de 1949, pela vontade dos mesmíssimos representantes do povo que elaboraram a Constituição.

Estabelece o seu art. 199, § 4º:

"O provento da aposentadoria não poderá ser superior are vencimento ou remuneração da atividade, nem inferior a um têrço".

Fixou, portanto, a lei estadual, como o fêz a federal, um critério para êsse reajustamento, critério êsse que, na opinião de PONTES DE MIRANDA e VICENTE RÁO, deve existir para cumprimento do mandato constitucional já citado.

E melhor lei que o próprio Estatuto dos Funcionários não pode existir para fornecer ao intérprete os elementos necessários à exegese de texto de interêsse da classe.

O elemento histórico, ou melhor, o material legislativo no qual se apoiou a maioria, *data venia*, não pode ter a valia que lhe foi dada, frente às advertências de CARLOS MAXIMILIANO:

"Só devem servir de guia da exegese os materiais legislativos quando o pensamento diretor, o objetivo central, os princípios que do mesmo ressaltam, encontram expressão no texto definitivo";

"Os motivos intrínsecos imanentes no contexto e por êle próprio revelados, prevalecem, hoje, contra os subsídios extrínsecos; o conteúdo da lei é independente do que pretendeu o seu autor" ("Hermenêutica e Aplicação do

Direito", págs. 158-159). - *Oscar Leitão*, vencido, em parte, no mérito, com o seguinte voto:

Têm em mira os autores, na presente demanda, a equiparação de seus proventos aos dos servidores da mesma categoria, em atividade. A disposição do artigo 193 da Constituição federal de 1946 é categórica. Prescreve, de modo expresso, que:

"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade".

A Constituição do Estado, seguindo como era bem de ver, a orientação da Magna Carta, assim se expressa, no seu art. 195:

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

Não se trata, aí, de uma simples faculdade, mas de indeclinável obrigação imposta ao Estado, de modo que, segundo doutrina PONTES DE MIRANDA, "a aplicação aos funcionários públicos em atividade será acompanhada, sempre, de aplicação aos inativos, sôbre a mesma base, se outro critério não se tomou" ("Comentários à Constituição de 1946", vol. IV, pág. 167).

Ora, pela lei nº 89, de 29 de novembro de 1946, e n° 338, de 2 de dezembro de 1949, fêz o Estado aumento nas vencimentos dos funcionários públicos em geral e nos dos magistrados, em particular, estabelecendo, naquela, percentagem entre 30 e 5%, para os inativos, e, nesta, 15%.

Daí a propositura da presente ação pelos autores, que reclamam vantagens idênticas às obtidas pelas demais desembargadores, com fundamento na Magna Carta.

O direito dos autores à mesma elevação de vencimentos é ponto incontroverso.

Assistem-lhes, sem dúvida alguma, as mesmas vantagens concedidas aos desembargadores em atividade. A Lei Suprema, a Lei das Leis, não sanciona tratamento desigual entre servidores da mesma categoria.

Essas leis que aumentaram os vencimentos dos magistrados em atividade, embora contemplando com pequenas percentagens os em inatividade, desrespeitou os arts. 193 e 141, § 1º, da Constituição federal, não ampliando as mesmas vantagens aos desembargadores inativos.

Como sàbiamente proclama VICENTE RÁO - "a melhor interpretação é sempre a que resulta do modo pelo qual já se aplicou o texto constitucional ou legal, examinado. E assim é que se verificam as aplicações seguintes: *a)* a Constituição de São Paulo prescreve em seu art. 95: "Qualquer alteração dos vencimentos dos funcionários em virtude de medida geral será extensiva aos proventos dos inativos, na mesma proporção" e a Constituição de Goiás (art. 119), por igual, dispõe: "Qualquer aumento de vencimentos concedido a funcionários, é extensivo aos inativos"; *b)* a lei nº 193, de 6 de setembro de 1950, consagra o mesmo preceito com relação aos funcionários do Ministério da Fazenda; *c)* a lei nº 1.220, de 28 de outubro de 1950, também assim dispõe com relação ao Ministério das Relações Exteriores; *d)* a lei nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951, relativa aos militares, por sua vez, estende aos inativos os aumentos concedidos aos militares da ativa. Dessas leis, em particular das três últimas, resultaria uma situação de desigualdade entre os funcionários federais em inatividade, se a todos não fôsse estendido o benefício da equiparação".

E argumenta: "Aplicar-se o preceito constitucional do art. 193, no sentido de equiparação de proventos ou vencimentos dos funcionários de alguns Ministérios ou departamentos outros, importa violar, por modo flagrante o princípio da igualdade da lei para todos e da igualdade de todos perante a lei, como que constitui uma das garantias estatutárias dos direitos dos cidadãos".

Não se argumente que há necessidade de uma lei especial, regulando a espécie em foco. É de ver-se, meridianamente, que a violação do preceito constitucional foi consumada e ao Poder Judiciário compete a suprema e elevada prerrogativa de fazer respeitar a Constituição.

Por outro lado, o dispositivo constitucional é imperativo, a sua aplicação é imediata, tudo o que se contraponha é eliminado.

O poder constituinte é absoluto (CARLOS MAXIMILIANO, "Direito Intertemporal", pág. 235).

Ainda argumenta VICENTE RÁO: "Prescreve a Constituição, de fato, a revisão dos proventos dos funcionários inativos, sempre que os vencimentos dos funcionários em atividade forem modificados, por alteração do valor aquisitivo da moeda. Ora, todo acréscimo de vencimentos pressupõe uma adaptação ao custo de vida e, pois, ao valor aquisitivo da moeda. Segundo êsse preceito constitucional, portanto, a todo aumento dos funcionários em atividade deve corresponder uma revisão dos proventos dos inativos. Mas, qual o critério a que a revisão deve obedecer? Ao critério da igualdade dos acréscimos, pois seria absurdo admitir-se, ou conceber-se, que o valor aquisitivo da moeda seja um para os ativos e outro para os inativos. O aumento deve ser contemporâneo".

O meu voto é, pois, pela confirmação da sentença apelada, com exclusão, porém, dos honorários do advogado dois autores; *Mário Rocha*; *Adão Bernardes*, vencido na preliminar: não estou de todo convencido do acêrto na remessa dêste processo ao Tribunal Pleno, para julgamento. Falam êstes autos de uma ação ordinária proposta na 1ª Vara da Capital, por vários desembargadores aposentados, contra a Fazenda estadual, ação esta em que os autores pedem seja a Fazenda condenada a lhes pagar os mesmos vencimentos que vêm percebendo ou vierem a perceber os desembargadores em atividade, a contar da data em que foi promulgada a Constituição federal, isto é, 18 de setembro de 1946. O dispositivo invocado como fundamento do pedido é o art. 195 da Constituição estadual, que manda reajustar os proventos da inatividade aos vencimentos dos funcionários em atividade, sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, êstes últimos vencimentos sofram alteração. A sentença de primeira instância, exarada pelo então juiz ARNO HOESCHI, hoje honrando uma das cadeiras dêste Tribunal, julgou procedente a ação, fazendo aplicação, pura e simplesmente, do mencionado art. 195 da Constituição estadual. O juiz considerou êsse dispositivo constitucional auto-executável e, por isso, fêz dêle aplicação mediata condenando a Fazenda a pagar aos autores os mesmos vencimentos atribuídos aos desembargadores em atividade, de acordo com as leis de aumento, a partir da data da Constituição

federal. Não foi levantada, em todo o decorrer do processo, nenhuma questão relativa à constitucionalidade, ou não, de lei ou de ato do poder público. Nem poderia, mesmo, ser levantada questão nesse sentido, porque estava em jôgo, apenas, a aplicação do art. 195 da Constituição estadual. Leia-se a motivação da sentença, na sua parte expositiva, e ver-se-á que aí não há a mais leve referência às várias leis de aumento e de reajustamento de vencimentos. E na parte conclusiva do julgado, o que vemos? Simplesmente isto: o juiz considerou que o verbo "reajustar" dêsse dispositivo constitucional é sinônimo de "igualar", "equiparar" e, por isso, condenou a Fazenda, na forma como já assinalamos. O venerando acórdão que remeteu o processo a esta Côrte Plena, sustenta que a sentença de primeira instância, esposando o ponto de vista dos autores, para julgar procedente a ação, evidentemente o que fêz foi declarar inconstitucionais os arts. 2° e 10 das leis de 46 e 49, tendo-os como inexistentes, face às Constituições federal e estadual. E remata as suas considerações, afirmando: "Não importa que na espécie as partes tenham procurada ladear a questão, deixando, de focaliza-la expressamente". Ora, *data venia* da autoridade dos nomes que subscreveram êsse aresto, a impressão que me causou a sua leitura, após meticuloso exame dos autos, foi de que, êle sim, o acórdão, ladeou a questão: os autores pediram, com os aplausos da sentença, fôsse condenada a Fazenda a pagar vencimentos, à vista do dispositivo do art. 195 da Constituição estadual, enquanto que o acórdão descobre que, o que estêve na intenção dos autores e do julgador, foi considerar inconstitucionais as leis que reajustaram os vencimentos, face ao imperativo constitucional. Não, o, juiz cru sua sentença, nem se referiu a tais leis, a não ser no relatório do feito. Quando passou a estudar o merecimento da causa, foi logo analisando, interpretando o art. 195, já tantas vêzes referido, para, a final, condenar a Fazenda, fundada exclusivamente na exegese dêsse dispositivo constitucional. Não há, portanto, nenhuma questão ligada à constitucionalidade ou não, de lei ou de ato do poder público, pelo que entendo não ser caso de julgamento pelo Tribunal Pleno, e, sim, pela Câmara Cível, para onde deverão regressar os autos.

No mérito, com a seguinte declaração de voto: Está em discussão, nesta causa, saber se o verbo "reajustar", empregado pelo legislador constituinte estadual, tem o significado de "igualar", "equiparar", ou exprime, simplesmente, a idéia de atualização. Quer dizer: sempre que o legislador ordinário decretar aumento de vencimento para os funcionários em atividade, baseado na elevação do custo

de vida conseqüente à desvalorização da moeda, êsse aumento atinge a classe dos inativos, igualando, equiparando os seus proventos aos vencimentos aumentados, ou têm êles direito, apenas, a uma percentagem sôbre o que for fixado para os em atividade? A meu sentir, a prova provada de que o dispositivo constitucional em aprêço, quando mandou "reajustar", não, mandou "igualar" ou "equiparar", está na superveniência das leis de aumento dos vencimentos dos funcionários, em geral, e dos desembargadores, em particular, que, ao mesmo tempo, atualizaram os proventos dos inativos, isto é, o dec.-lei n° 307, de 29 de outubro de 1946, e a lei nº 338, de 2 de dezembro de 1949. Não há melhor intérprete do legislador constituinte do que o legislador ordinário, quando, entre um e outro, existe identidade física; os mesmos representantes do povo que subscreveram a Constituição estadual de 47, votaram essas leis de aumento de vencimentos e atualização de proventos. Se estivesse na mente do legislador constituinte igualar proventos a vencimentos, não iria êle, uma vez transformado em legislador ordinário, expedir leis aumentando vencimentos e atualizando proventos. A sentença, desconhecendo essa circunstância, cega à realidade dos fatos, seguiu rumo diametralmente oposto, "igualando", "equiparando" proventos a vencimentos, no que, a meu ver, não andou acertada. Êste argumento, por si só, bastaria para que eu reformasse a sentença, mas desejo discutir os argumentos que lhe serviram de arrimo. O ilustre prolator da decisão recorrida invoca o paradigma do art. 195 da Constituição estadual, que é o 193 da Constituição federal, e afirma que êste último dispositivo, quando recomenda a "revisão" dos proventos dos inativos, sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, sofrerem modificação os vencimentos dos funcionários em atividade, outra coisa não fêz senão "igualar" tais proventos aos vencimentos alteradas. Mas, o que desde logo chama a atenção do observador, é que as leis expedidas pelo legislador federal ordinário, em cumprimento do citado art. 193 da Carta Magna, não realizaram a "igualação" ou "equiparação" a que se refere a sentença e, sim, estabeleceram percentagens sôbre os aumentos, que foram acrescidos, aos proventos. Acosta-se a sentença na autoridade de VICENTE RÁO, mas reconhece, ao mesmo tempo, que opinião contrária sustenta PONTES DE MIRANDA. São dois gigantes da cultura jurídica nacional, A ambos dedico a mesma admiração como juristas, mas acho que, na solução do caso que nos preocupa, a opinião de PONTES DE MIRANDA deve prevalecer, não só porque se trata de matéria constitucional, em que a sua autoridade é imensa, como porque a sua opinião é corroborada pela legislação ordinária, tanto no

campo federal como nos Estados, legislação essa que, ao fazer aplicação dos dispositivos constitucionais em referência, não mandou, de modo algum, "igualar" ou "equiparar" as vencimentos dos funcionários em atividade aos proventos dos inativos. Reconheço que, ante o crescente encarecimento da vida, que vem criando para a família brasileira um verdadeiro clima de angústia e aflição, a tendência é para essa "igualação" ou "equiparação". Haja vista o que se está verificando no Rio Grande do Sul, em cuja Assembléia Legislativa, segundo noticiam os jornais, está correndo um projeto de lei nesse sentido. Mas isso em nada prestigia o ponto de vista, da sentença. Pelo contrário, vem confirmar que o que está legislado, não é ainda a "igualação", sim, mera "atualização". Reconheço, também, que o "reajustamento" levado a efeito pelo govêrno estadual, através das leis ns. 307 e 338, não corresponde, absolutamente, às necessidades da classe dos inativos, originadas pelo constante encarecimento da vida. Mas para êsse mal há o remédio da ação declaratória, isto é, uma ação pela qual seja o govêrno constrangido a reconhecer a falha e a inexatidão do aludido reajustamento. São estas as razões do meu voto. Dou, portanto, provimento à apelação, para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido, podendo os autores renovar a ação sob forma declaratória, na forma como acabo de enunciar; *Trompowsky Taulcis*; *Osmundo Nóbrega*.

Fui presente. - *Vítor Lima.*

Foi voto vencedor o Exmo. Sr. desembargador FERREIRA BASTOS.

Tribunal de Justiça de Goiás

EMBARGOS DE TERCEIRO - DOCUMENTO PARTICULAR - POSSE DE GADO

- Não legitima o uso de embargos de terceiro documento particular transcrito ou registrado após a penhora.

- Constitui prova bastante da posse sôbre gado o fato de se achar êste em pasto de sua responsabilidade e com a marca do indigitado possuidor.

Antônio Garmes Filho *versus* Charqueada Santana Ltda.

Ag. nº 427 - Relator: DESEMBARG. BENTO DE LOIOLA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 427, da comarca de Jaraguá, em que é agravante Antônio Garmes Filho e agravada a Charqueada Santana Limitada:

Acordam o juízes da egrégia 2ª Câmara, por votação unânime, em conhecer do agravo e regar-lhe provimento, para confirmar a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos, que são jurídicos e calcados nas provas existentes nos autos.

E assim procedem porque, como muito bem acentuou o ilustrado Dr. juiz *a quo*, o documento em que o agravante funda, sua pretensão só foi transcrito no Registro de Títulos a Documentos depois que se penhoraram os semoventes sôbre os quais deram-se os embargos.

Ora, de conformidade com o art. 135 do Cód. Civil e jurisprudência dos nossos tribunais, os efeitos de instrumento particular não se operam, a respeito de terceiros, antes de transcrito no Registro Público.

CARVALHO SANTOS, comentando êsse dispositivo, escreve: "Do terminante e categórico dispositivo legal, podemos deduzir as seguintes conclusões: *a)* a data do instrumento particular, para efeito de terceiro, é a do registro; *b)* não é bastante para imprimir data certa ao documento particular qualquer outro meio, dos previstos no direito anterior, como sejam o reconhecimento da firma por tabelião ou quando apresentado em juízo ou em repartição pública, ou ainda após o falecimento de alguma das partes signatárias; *c)* é hoje obrigatório o chamado registro facultativo de títulos e documentos".

Inúmeros são os arestos dos nossos tribunais afirmando que "documentos particulares não transcritos no registro público não valem contra terceiros". Acresce, além disso, que as reses penhoradas estão com a marca do devedor e se achavam em seu poder, isto é, em um pasto sob sua responsabilidade.

Pelos documentos transcritos a fôlhas 33 v., verifica-se que o executado Joaquim José Ferreira pagou na coletoria estadual de Chagas o impôsto de vendas e consignações sôbre a venda de 118 vacas e 155 bois, sendo que daquelas 68 eram destinadas às charqueadas de Anápolis.

Constata-se, outrossim, que o embargante, ora agravante, não tem ferro de marcar gado registrado na Prefeitura de Anápolis, onde residia.

Da certidão transcrita a fls. 34, se vê, também, que o agravante não tem sua firma registrada na Inspetoria Comercial da referida cidade, como comprador de gado para revenda, ou para corte.

Ora, se o documento exibido não vale contra terceiros por ter sido transcrito no Registro de Títulos e Documentos depois de feita a penhora, e se a prova testemunhal oferecida pela agravada é igual à produzida pelo agravante, restam-nos as demais provas, palas quais se verifica que o executado pagava impôsto sôbre vendas e consignações em seu próprio nome, o que faz presumir que o gado penhorado lhe pertence. Essas reses, além disso, foram adquiridas pelo devedor e estavam com sua marca e sob sua posse. Bem andou, portanto, o Dr. juiz *a quo* em rejeitar os embargos, desde que êstes não ficaram provados.

Custas pelo agravante.

Goiânia, 6 de junho de 1952. - *Eládio de Amorim,* presidente; *Inácio Bento de Loiola*, relator; *José Campos; Jorge Jardim.*

Tribunal de Justiça do Ceará

AÇÃO RESCISÓRIA - RECURSOS - MAGISTRADO - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA

- A ação rescisória não depende do esgotamento dos recursos à decisão rescindenda.

- Os magistrados não estão obrigados a contribuição para institutos de previdência.

Dr. Manuel de Sales Andrade *versus* Estado do Ceará e Instituto de Previdência do Estado

Aç. resc. n° 75 - Relatar: DESEMBARG. ARNAUD BALTAR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, e discutidos êstes autos de ação rescisória, sob nº 75, de Fortaleza, em que figuram, como promovente, o Dr. Manuel de Sales Andrade, juiz de direito da comarca de Baturité, e, como promovidos, a Fazenda Estadual e o Instituto de Previdência do Estado do Ceará.

O Dr. Manuel de Sales Andrade, juiz de direito da comarca de Baturité, invocando o art. 799, n° I, letra *c*, do Cód. de Proc. Civil, propôs a presente ação rescisória contra o Estado do Ceará e o Instituto de Previdência, do mesmo Estado (Ipec.), alegando, em síntese, o seguinte:

Que, a 20 de janeiro de 1930, quando obteve nomeação de juiz de direito, já gozava, como juiz municipal reconduzido, e, conseqüentemente vitalício, de garantia de irredutibilidade de vencimentos, sujeitos apenas a impostos gerais (art. 72, § 32, da Reforma Constitucional de 1925-1926);

Que essa garantia se acha, desde então, incorporada ao seu patrimônio, como um direito adquirido, não mais podendo sofrer diminuição, quer por lei ordinária, quer por lei constitucional posterior, atento ao princípio de que "a lei não prejudicará em caso algum o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada" (art. 3° da Introdução ao Cód. Civil);

Que as Constituições de 1934, 1937 e 1946, nos seus arts. 64, letra *c*, 91, letra *c*, e 95, nº III, respectivamente, mantiveram aquela, mesma garantia;

Que a Constituição de 1934 sujeitava os vencimentos dos magistrados, conquanto irredutíveis, aos impostos gerais (art. 64, letra *c*, citados), orientação que, igualmente, deve a Carta de 1946 (artigo 95, nº III, citados), à feição da Reforma de 1925-1926, atrás mencionada, ao passo que a de 1937 (art. 91, letra

c) obrigou também aquêles vencimentos a impostas, iras sem a qualificação de "gerais", acêrca do que, magistralmente, escreveu CASTRO NUNES:

"A omissão da palavra "gerais", em seguida a impostos, pode prestar-se a uma dúvida. Estará admitida a sujeição dos vencimentos dos juízes a impostos que não sejam compreensivos dos vencimentos da função pública em geral? Ou, por outras palavras: será admissível impôsto peculiar aos vencimentos da Magistratura?

"Interpreta-se a Constituição pelos princípios gerais em que esta assenta e pela boa-fé que teria presidido à preceituação. Se ela estabelece a irredutibilidade dos vencimentos como uma garantia da sua fixidez, será êste o princípio dominante que há de guiar o intérprete. Qualquer redução fraudulenta, ainda que sob a forma de impostos, será excluída do razoável entendimento do texto. O atributo particularizada aos vencimentos, dos magistrados teria realizado o que a garantia quis evitar, a hostilidade que estaria facultada ao legislador, na escala dessas particularizações, inutilizando a garantia. O que esta tem em vista é a independência da função e é por êsse objetivo que se terá de medir o seu alcance" ("Teoria e Prática do Poder Judiciário", ed. "REVISTA FORENSE", págs. 107 a 108);

Que o texto, seja qual fôr a interpretação dada, jamais poderia ferir o seu direito;

Que impostos gerais são os que abrangem tôdas as classes, e dêles não podem se eximir os juízes, porque não seria lícito, a quem quer que seja, se liberar do ônus de concorrer mia as despesas indispensáveis à manutenção do Estado (CASTRO NUNES e CARLOS MAXIMILIANO);

Que, no ato da nomeação, adquire o magistrado, além de outras prerrogativas, a de irredutibilidade de seus vencimentos, que não podem ser reduzidos, como arbitràriamente o foram pelo dec.-lei nº 390, de 10 de novembro de 1939, pôsto em execução com o regulamento que baixou com o dec.-lei nº 650, de 13 de dezembro do mesmo ano, obrigando o suplicante e todos os magistrados a contribuir para o Instituto de Previdência do Estado do Ceará, no sentido de formar um fundo social, destinado ao custeio de aposentadorias, pecúlios e outras vantagens aos associados e suas famílias;

Que, em face da inconstitucionalidade dessa obrigação, ajuizou o postulante em 26 de abril de 1943 uma ação ordinária contra o Estado do Ceará e o Ipec., a fim de que não mais fizessem descontos nos seus vencimentos, aliás, na razão de 5%, e serem os réus condenados a lhe restituir as importâncias descontadas a partir da primeira dedução em fôlha, dês que a prescrição referente a qualquer dessas parcelas foi interrompida pela mesma ação (doc. n° 3);

Que, dita ação decaiu por sentença de 1° de agôsto de 1944, do então Dr. juiz de direito dos Feitos da Fazenda Estadual, a qual, como principais fundamentos, ressaltou:

a) que a Constituição de 1937, com evidente intuito de reduzir a imunidade dos vencimentos dos magistrados, suprimiu o adjetivo "gerais", que se seguia à palavra "imposta", no art. 64, letra *c*, da Constituição de 1934;

b) que, submetendo dita Constituição de 1937 a qualquer espécie de impostos os vencimentos da Magistratura, a contribuição para o Ipec., se justifica, pois o Estado, chamando a si os encargos de maior responsabilidade e amplitude, não poderia prover ao seu custeio só com os recursos ordinários, surgindo a necessidade de dilatar a fisionomia das contribuições para preencher os fins estatais;

c) que o Estado não se beneficia com o produto das contribuições, que transfere para o Ipec., reservadas ao custeamento das obrigações a êste deferidas (doc. nº 4);

Que dessa decisão houve apelatório, que foi recebido e mandado subir à superior instância;

Que de seu recebimento agravaram os apelados, tendo o Tribunal dado provimento ao agravo para considerar deserta a apelação, por não ter sido tempestivamente preparada (doc. nº 5);

Que o apelante, não se conformando com o resultado, fêz uso do recurso de revista, de que o Tribunal não tomou conhecimento, por acórdão de 22 de

junho de 1949, cujas conclusões foram publicadas, passando em julgado (doc. nº 8).

Essa publicação, aliás, foi feita no "Diário Oficial" de 25 de janeiro de 1950.

E, afinal, com o argumento de que a decisão em referência infringiu o artigo 3°, §§ 1° e 2°, da Introdução ao Código Civil; art. 72, § 32, da Reforma Constitucional de 1925-1926; art. 64, letra *c*, da Constituição de 1934; art. 91, letra *c*, e art. 95, n° III, das respectivas Constituições de 1937 e 1946, requer o suplicante a citação da Fazenda Estadual e do Instituto de Previdência do Estado do Ceará, para a presente rescisória, com a solicitação de que, rescindida a sentença de primeira instância, sejam os réus condenados a lhe restituir tôdas as quantias descontadas em seus vencimentos, com os juros legais, nas custas e honorários de advogado, na proporção de 20% sôbre o que se apurar, e não mais ser feito, por parte da dita Fazenda, qualquer desconto nesses mesmos vencimentos.

Em contestação à lide, oficiando o 2º procurador fiscal do Estado, no exercício da Procuradoria Judicial, e o procurador judicial do Ipec., levantaram, respectivamente, duas preliminares, que são:

a) o funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa;

b) a ação intentada não pode merecer acolhida porque o autor, antes, não esgotou os recursos ordinários.

No que tange ao mérito, tachou o procurador do Ipec. de improcedente a ação, por falta de fundamento legal, mas que, na hipótese de sua convalência, se deve decretar a prescrição das contribuições relativas ao lapso de tempo superior a cinco anos, contados da citação feita.

No seu parecer de fls., rejeitando o Dr. procurador geral do Estado as preliminares suscitadas, bem como a prescrição qüinqüenal argüida, se manifestou pela procedência da ação, nos têrmos do pedido.

Foram, como vimos, suscitadas duas preliminares, por não se ter, prèviamente, recorridos às vias administrativas e falta do esgotamento dos recursos ordinários.

A primeira, foi brilhantemente rejeitada, na ação ordinária, pelo douto prolator da sentença rescindenda, com os argumentos que adotamos:

"Com efeito, o dec.-lei federal número 1.713, de 28 de outubro de 1939, no art. 223, prescreve a condição de só poder o funcionário recorrer ao Judiciário depois de esgotados os recursos da esfera administrativa. Êste preceito, constituindo uma restrição aos direitos do funcionário, não deve ser entendido ao pé da letra, de modo a negar-se ao funcionário o exercício dos meios judiciários, quando não haja usado os recursos administrativos. E, a respeito, há um acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará, de 10 de abril de 1944, assim ementado: "A exigência estatutária relativa à reclamação administrativa do funcionário público contra o ato do govêrno, não pode infirmar a legitimidade da ação judicial, preferida pelo prejudicado" ("Diário Oficial" de 14 de junho de 1944).

"O direito de ação é um cânone constitucional, estando inscrito no art. 122, nº 7, da Constituição de 1937 (fôlhas 17 v.-18)".

De idêntica maneira a Magna Carta de 18 de setembro de 1946, no § 4° do seu art. 141, dispõe:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Como esta, improcede a outra preliminar.

Não é preciso ¡para o exercício da rescisória o esgotamento de todos os recursos, bastando que a sentença tenha transitado em julgado.

Essa é a regra dominante, a cujo fulcro CARVALHO SANTOS, de modo incisivo, escreve:

"A ação rescisória poderá ser promovida desde que a sentença nula tenha passada em julgado, dela não cabendo mais recurso algum. Não se exige que tenham sido esgotados todos os recursos contra, a referida sentença. Mesmo porque, embora não interpostos os recursos, não se poderá tolerar que a sentença nula continue a produzir seus efeitos de coisa julgada, com sacrifício do próprio prestígio da Justiça".

"O que não se admite é que, antes de passada em julgado a sentença, seja possível à parte ingressar em juízo com ação rescisória, mesmo porque, se ainda cabe recurso, por meio do qual se obtenha a reforma da sentença nula, não se justificaria o emprêgo do remédio da rescisória, que se reveste de caráter excepcional, e, por isso mesmo, para ser utilizado como medida extrema no intuito de evitar perdure o sacrifício da verdade, em conseqüência da fôrça da coisa julgada de uma sentença nula" ("Código de Processo Civil Interpretado", vol. IX, pág. 122).

JORGE AMERICANO, por seu turno, externa, igual conceito: "Do momento em que a sentença passa em julgado, quer houvessem sido esgotados todos os recursos cabíveis, quer não, poderá ser proposta a ação rescisória, uma vez que haja nulidade ou ilegitimidade na sentença rescindenda" ("Da ação rescisória", nº 28, pág. 61).

A doutrina, ora exposta, é também seguida por M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, "Da ação rescisória", nº 3; DE PLÁCIDO E SILVA, "Comentários ao Código de Processo Civil", 2° vol., pág. 747, nota 1.131; CARNEIRO DE LACERDA, "Código de Processo Civil", vol. IV, página 407; OTÁVIO DE QUEIRÓS, "Código de Processo Civil nos Tribunais e na Doutrina", vol. 2º, pág. 52.

Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais se norteia dentro dessa mesma órbita, merecendo destaque, entre avultadas decisões, a do Supremo Tribunal Federal, de 7 de outubro de 1948, que assim decidiu: "O direito de propor ação rescisória não depende do esgotamento dos recursos ordinários, em relação a sentença rescindenda ("REVISTA FORENSE", vol. 123, pág. 116); a do Tribunal do Ceará, de 21 de maio de 1943, proferida na ação rescisória nº 14, do ex-têrmo de Frade, de que foi relator o desembargador LEITE DE ALBUQUERQUE.

De meritis:

O dec. nº 390, de 10 de novembro de 1939, no art. 3°, estatui:

"São contribuintes obrigatórios do Ipec.:

a) os funcionários do Estado ou dos Municípios que executem serviços de natureza permanente;

b) os extranumerários, contratados ou que percebam vencimentos, qualquer que seja a modalidade, pelas dotações da verba "Pessoal", desde que executem serviços de natureza permanente;

c) es empregados de institutos autárquicos da administração estadual".

O decreto *supra* não tem dispositivo inconstitucional, pois, em verdade, não declarou o magistrado contribuinte obrigatório. É claro, por lhes escapar verdadeiramente a qualidade de funcionários público., isto é, em sentido restrito, órgãos que são de, um dos poderes da soberania nacional. Inconstitucional é a falsa interpretação que administrativamente se deu àquele decreto, incluindo-se os membros do Poder Judiciário como sujeitos a um desconto compulsório de 5% sôbre seus vencimentos, destinado ao Instituto de Previdência do Estado (Ipec.), para o fundo de aposentadoria e seguro social, fato, aliás, às expressas vedado pelo art. 72, § 32, da Reforma Constitucional de 1925-1926; art. 64, letra *c*, da Constituição federal de 1934; art. 91, letra *c*, da Constituição de 1937, e, art. 95, nº III, da vigente Constituição de 1946.

Ainda que o magistrado fôsse funcionário público, na acepção restrita, a situação continuaria a mesma porque os dispositivos, de último citados, abriram ùnicamente uma exceção, sujeitando os seus vencimentos a impostos gerais, compreendendo-se, como tais, os que recaem sôbre os cidadãos e não apenas sôbre determinada classe ou categoria.

E dentro dessa restrição imperativa da lei, sôbre a matéria em julgamento, outra não tem sido a orientação do Tribunal Federal de Recursos, como ressalta dos brilhantes e exaustivos votos, constantes das notas taquigráficas, que

fundamentaram o acórdão proferido na apelação cível nº 1.424, na ação em que foram promoventes os desembargadores VICENTE FERREIRA DA COSTA PIRAGIBE, NÉLSON HUNGRIA e vários outros magistrados do Distrito Federal, confirmado, em grau de embargos, pelo acórdão de 29 de dezembro de 1949, demanda em que os aludidos magistrados pleitearam e obtiveram não só a isenção de contribuir para o Ipase, como a restituição das contribuições compulsòriamente pagas.

Tão líquido e certo era êsse direito que, posteriormente, com a mesma finalidade isto é, a fim de se forrar à contribuição compulsória para o Ipase., o ministro FRANCISCO DE PAULA ROCHA LAGOA, do Tribunal Federal de Recursos, hoje com assento no Supremo Tribunal Federal, requereu um mandado de segurança, concedido em primeira instância e confirmado por acórdão unânime do dito Tribunal de Recursos, de 26 de julho do ano transato, 1951, que temos, em mãos, e cuja ementa é a seguinte:

"Magistrado; contribuição obrigatória para o Ipase., ilegalidade; dispensa da mesma contribuição; e no contexto: voto do relator: os magistrados não são contribuintes obrigatórios do Ipase.".

O Ipec. é uma autarquia idêntica à do Ipase., tanto na sua estrutura quanto. nas suas finalidades: aquêle no âmbito estadual; êste no federal.

Em última *ratio*, convém ressaltar que o famigerado decreto-lei estadual nº 390, que institui o Ipec., criou a isenção da obrigatoriedade para os desembargadores, tornando-os, assim, contribuintes facultativos.

Ora, o imperativo decorrente dessa situação relativa aos desembargadores é, sem sombra de dúvida, a aplicação da mesma regra a todos os demais magistrados, dês que êstes estão em situação idêntica. *"Ubi eadem causa ibi jus estatuemdum, ou ubi oadem est ratio legis eadem debit esse legis dispositio"*.

A lei não pode conferir aos desembargadores melhor direito que aos outros. juízes. *Tollitur quaestio*.

Isto pôsto:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça do Geará, por maioria de votos, em sessão plena, adotando como parte integrante dêste o respectivo relatório, julgar procedente a lide, rescindindo a sentença, de primeira instância, constante da certidão de fls. 15 a 20 e v., a fim de declarar que o autor, Dr. Manuel de Sales Andrade, não está sujeito a desconto obrigatório de seus vencimentos para o Ipec., dada a irredutibilidade dêstes, frente à Magna Carta, condições em que, devem ser canceladas suas inscrições, destinadas àquele objetivo, restituindo-lhe a Fazenda Estadual, solidàriamente, com o mencionado Instituto, as importâncias já compulsòriamente pagas, a partir do primeiro desconto em fôlha, acrescidas dos juros moratórios, nos têrmos do art. 3° dia dec. nº 22.785, de 31 de maio de 1933, excluído, entretanto, o pedido de verba para pagamento de honorários de advogado.

Custas *ex lege*.

Fortaleza, 5 de março de 1952. - *Virgílio Firmeza*, presidente; *Arnaud Baltar*, relator; *Boanerges do Amaral*; *Boanerges Facó*, vencido: O presente julgamento, que se iniciou a 13 de fevereiro, com os votos dos desembargadores relator e revisor, terminou a 5 de março seguinte com quatro votos vencedores contra dois vencidos, um impedimento e uma abstenção de voto.

Na sessão de 20 de fevereiro, o desembargador OLÍVIO CÂMARA, baseado no § 1° do art. 33 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, suscitou a suspensão do julgamento e transformação da sessão em Conselho, sob o fundamento de que os desembargadores relator e revisor estavam impedidos de tomar parte no julgamento, de vez que tinham sido autores na ação contra a Fazenda Estadual e o Instituto de Previdência do Estado, julgada pelo desembargador AVELAR ROCHA a 1º de agôsto de 1944, quando juiz de direito da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda do Estado, em Fortaleza. Declararam então os desembargadores relator e revisor que se não sentiam impedidos no julgamento da rescisória, sob o nº 75, pois não eram parte na mesma e não tinham qualquer impedimento de ordem jurídica, ou mesmo moral na causa.

Seguiu-se o encerramento do Conselho e o Tribunal voltou a funcionar em sessão pública com o prosseguimento da votação na ordem comum (§ 3° do art. 33 do Regimento).

Foram suscitadas duas preliminares contra a rescisória:

a) o funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário após o esgotamento de todos os recursos administrativos;

b) à rescisória devia ter precedido o esgotamento de todos os recursos ordinários, preliminares que foram, unânimemente, rejeitadas, e a essa rejeição concedi o meu voto, de vez que no julgamento da rescisória, sob nº 64, de Fortaleza, de que fui relator, havia eu consignado na ementa:

"Cabe a ação rescisória da sentença que pôs têrmo ao processo, sentença definitiva ou com fôrça de definitiva, contanto que seja sentença final da causa de que não caiba mais recurso ordinário. Ao cabimento da rescisória não se impõe que tenham silo esgotados todos os recursos comuns, mas que a sentença rescindenda tenha passado em julgado, isto é, que lhe não mais caibam quaisquer recursos ordinários".

No mérito. As garantias constitucionais à Magistratura, entre nós, no regime republicano, tiveram a princípio as suas vicissitudes, antes que se estabilizassem em virtude dos próprios arestos do Supremo Tribunal Federal. É o que passo a examinar, para que se possa concluir se as contribuições do Instituto de Previdência do Estado do Ceará, não constituindo impôsto, ferem o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos do magistrado.

Na Constituição de 24 de fevereiro de 1891 se continham os princípios basilares da líbero-democracia da época vitoriana, líbero-democracia, que, na prática, entre nós, degenerou em governos pessoais, cujos chefes negavam garantias às funções judicantes do magistrado, ao exercício de voto do cidadão, estabelecendo o divórcio entre o governante e o governado.

O Ceará, como o resto do Brasil, se ressentiu dessa, inconstitucionalidade. É que a política dos governadores, instituída por um republicano histórico da fibra de CAMPOS SALES, deu-nos leis, como as de ns. 420, de 29 de setembro de 1897, o 444, de 6 de agôsto de 1898, que permitiam, *ad libitum* do Poder Executivo, a remoção de juízes de direito, a aposentadoria *ex officio* de magistrados de qualquer categoria, o preenchimento das vagas de juízes de

direito com juízes substitutos e promotores sem antiguidade absoluta, a interrupção de quatriênios de suplentes e a nomeação de novos...

Por isso, JOÃO MONTEIRO, fazendo comentários em tôrno dessas leis, escreve:

"Em um país assim desembuçado de escrúpulos constitucionais, escrever um livro sôbre o quadro de sua organização judiciária, o mesmo fôra que escrever na areia." ("Curso de Processo Civil", vol. I, 3ª ed., pág. 192).

O Supremo Tribunal Federal, reagindo contra êsse estado de fato, em jurisprudência mansa e pacífica, tanto para os magistrados federais como para os estaduais, estabeleceu as seguintes garantias para êles:

I - vitaliciedade;

II - inamovibilidade;

III - irredutibilidade de vencimentos, princípios que se tornavam constitucionais, pois foram consignados na Reforma de 1926 (art. 57 da Constituição), não obstante ter sido discutida e votada sob o estado de sítio.

Assim é que, quando aparecia uma lei esporádica que permitia desconto nos vencimentos dos magistrados, vinha um aresto do Supremo que punha abaixo essa lei inconstitucional, como aconteceu no Estado do Ceará.

A Constituição de 16 de julho de 1934 manteve aquêles princípios (art. 64), embora sem a rigidez anterior, pois permitiu entre outras restrições, a redutibilidade de vencimentos dos magistrados com referência aos impactos gerais. A Constituição de 10 de novembro de 1937 - Lei Orgânica do "Estado Novo", - foi além pois no art. 91, letra *c*, suprimiu o adjetivo "gerais", permitindo, assim, a incidência de impôsto sôbre os vencimentos dos magistrados, como nos casos dos funcionários em geral, incidência que vigorou, integral, até 18 de setembro de 1946, isto é, até a vigência da Constituição atual.

Ademais, a contribuição que faz o magistrado, para o Instituto de Previdência do Estado do Ceará, ou Ipec., constitui impôsto? Conforme definição da própria Lei Orgânica do Ipec., essa contribuição representa taxa de assistência social.

TENÓRIO DE ALBUQUERQUE escreve:

"Previdência é o meio pelo qual o Estado proporciona aos seus funcionários as garantias contra os riscos e incertezas do futuro, cria um ambiente moral de confiança e de tranqüilidades, que valoriza o homem e torna o trabalho mais produtivo. A assistência são os meios de socorro imediato: a aposentadoria, pensões, pecúlios, serviço hospitalar, socorros médicos, etc. Na República, uma das formas mais antigas da previdência foi o montepio, instituído por iniciativa de RUI BARBOSA, quando ministro da Fazenda, para os funcionários daquele Ministério. Leis posteriores estenderam os benefícios do montepio a todos os funcionários da União" ("Direito Administrativo", 2ª ed. revista, págs. 285-286).

Assim, no caso concreto, trata-se de assistência social, garantindo ao segurado vantagens econômicas à invalidez ou um seguro social à família do segurado. A assistência garantida pelo Estado dá ao segurado assistência médica, outras vantagens, sem lhe faltar sequer a aposentadoria. Ademais, o Ipec. não recebe as contribuições de seus segurados, de vez que as importâncias pagas são recolhidas ao Tesouro do Estado, contribuições que revertem em benefício do segurado e de sua família. O Ipec., no Estado, corresponde ao Ipase para os funcionários federais.

Argumenta-se ainda contra o Instituto o fato de os desembargadores componentes do Tribunal, ao tempo da criação do Instituto de Previdência do Estado do Ceará, terem ficado isento.- de contribuição obrigatória, o que, *a contrario sensu*, constitui um argumento a favor do Instituto, de vez que os desembargadores ficaram isentos dessa contribuição mediante um dispositivo especial de lei (art. 9° do dec.-lei nº 650, de 18 de dezembro de 1939).

Pelos fundamentos constantes do presente voto vencido é que julguei, *data venia*, em sentido contrário ao venerando acórdão, improcedente a ação rescisória proposta contra a Fazenda Estadual e o Instituto de Previdência do Estado do Ceará, proposta pelo Dr. Manuel de Sales Andrade, atual juiz de

direito da comarca de Baturité, confirmando, assim, a sentença, de primeira instância, ou melhor, mantendo a mesma sentença.

Olívio Câmara, vencido: Por ocasião do julgamento, valendo-me da faculdade assegurada pelo § 1º do art. 33 do Regimento Interno do Tribunal, solicitei a transformação da sessão em Conselho para que apreciada fôsse a formação do juízo, de vez que os juízes relator e revisor tinham figurado entre os autores da ação cuja sentença constitui o objeto da presente rescisória.

Deveria o Tribunal agir com pleno conhecimento da situação, sendo, então, reconhecido que se tratava de incompetência relativa, prorrogável, pelo consenso da parte contrária, que silenciou absolutamente sôbre o fato.

Não tem por procedente a ação, de vez que o Instituto de Previdência do Estado foi criado em vigência da Constituição federal em 1937, que expressamente sujeitou os juízes à contribuição dos impostos, contràriamente à de 1891, que, no art. 57, § 1°, determinou, de modo geral, que os seus vencimentos não poderiam ser diminuídos.

A inconstitucionalidade das leis é reconhecida em face da Constituição em cujo domínio a lei é publicada e, assim sendo, não se pode examinar o caso concreto à luz do preceito da Constituição de 1946, pois versa um dos anteriores de 1891 e 1934.

A Carta Política de 1937 usou da expressão "impôsto" em sentido genérico, abrangendo as taxas, muito embora na técnica da ciência das finanças haja distinção, dando a cada vocábulo significados distintos, diferenciados pela própria natureza e aplicação.

Contudo, taxa constitui forma de contribuição e, por isso, a expressão "impôsto" tem a significação unilateral que foi, ao meu ver, a adotada pela Carta Política de 1937.

Na interpretação das leis, a significação das palavras tem saliente importância, devendo o excepto buscar a época em que foi empregada, para afixação do seu sentido.

Contràriamente, além disso, a qualquer entendimento no sentido de haver a Carta Política de 1937 obrigado os juízes ao pagamento de impôsto, faz isenção das taxas, tanto que a expressão "maior", em significação, compreendo a menor.

Em sentido próprio: taxa - visa serviço especial em benefício do pagador, e impôsto - é tributo destinado às necessidades públicas.

No regime constitucional vigente, tanto a taxa como o impôsto vulnera o quanto da irredutibilidade de vencimentos dos juízes, desde que o último não contenha o caráter de generalidade, que, faltando, incida na apontada proibição.

A evolução do direito não deixou de alcançar a família, passando das regras proibitivas de sua organização a ampará-la na sua subsistência, como elemento primordial que é da sociedade, em frase de IVAIR NOGUEIRA.

Conseqüências dessa nova concepção são as condições e garantias que a socialização do direito trouxe para o instituto da família, entre os quais o seguro social.

Em face do exposto, certo ter sido a contribuição reclamada criada no império da Constituição de 1937, não assiste razão ao autor.

Foram êstes, em síntese, os motivos que me levaram a negar procedência à presente ação adotados, além disso, os fundamentos da sentença, que se pretende rescindir; *Daniel Lopes; Leite de Albuquerque.*

Fui presente. - *Osvaldo de Aguiar*.

Tribunal de Justiça de Alagoas

CÂMARA MUNICIPAL - PENA DISCIPLINAR

- Compete à Câmara e não à sua Mesa a imposição de pena disciplinar aos funcionários de sua Secretaria.

Impetrante: D. Maria Cássia de Carvalho

Rec. de mand. de seg. nº 35 - Rel.: DES. MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso cível (mandado de segurança), de São Miguel dos Campos, em que é recorrente o Juízo e recorrida a Câmara de Vereadores:

Acorda a Turma julgadora do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso interposto *ex officio,* a fim de ser mantida a sentença, pelos seus fundamentos jurídicos e legais, devendo a sentença fazer parte integrante dêste acórdão.

Custas na forma da lei.

Maceió, 30 de setembro de 1952. - *Carlos de Gusmão,* presidente; *Mário Guimarães,* relator; *J. X. Gomes de Melo; Baltar Filho.*

SENTENÇA A QUE SE REFERE O ACÓRDÃO "SUPRA"

Vistos, etc.:

D. Maria Cássia de Carvalho, com apoio no art. 141, § 2°, da Constituição federal e na forma do art. 1° da lei número 1.533, de 31 de dezembro de 1951, impetra mandado de segurança contra ato do Sr. presidente da Câmara de Vereadores dêste município que, ilegalmente e com abuso de poder, em data de 15 de agôsto próximo findo, a suspendeu, por 90 dias, das funções de diretora da Câmara de Vereadores dêste município.

Alega a requerente que é funcionária efetiva da Câmara de Vereadores dêste município e, em virtude de comunicação que fez ao Sr. presidente da mesma Câmara, na sessão de 14 de agôsto, de que não pudera lavrar a ata da sessão anterior em virtude de o 1º secretário não lhe haver fornecido os dados necessários e tampouco acompanhado a respectiva confecção, foi, por aquele cidadão, admoestada àsperamente; que, por motivos pessoais, o Sr. presidente,

no dia seguinte, baixou uma portaria suspendendo a impetrante por 90 dias - "em virtude de ter praticado insubordinação grave na sessão da Câmara realizada em 14 do corrente mês, desacatando por palavras os vereadores, inclusive esta Presidência; que o ato de suspensão é manifestamente arbitrário e ilegal, seja porque a impetrante não praticou qualquer insubordinação ou desacato ao presidente da Câmara de Vereadores, seja também porque o presidente da Câmara de Vereadores não tem competência para suspender a impetrante, desde que tal competência pertence à Câmara dos Vereadores, em vista do que dispõe o art. 4°, alínea *c*, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores, que dispõe:

"Competia exclusivamente à mesa:

".....

"*c)* propor, por intermédio do 1º secretário, a nomeação, suspensão e demissão dos funcionários da Casa".

Que não tendo o presidente atribuição de suspender a impetrante, mas a Câmara, está configurada a ilegalidade e o abuso de poder do Sr. presidente, praticando um ato que lhe é defeso, importando isso na violência a direito líquido e certo da impetrante.

O Sr. presidente da Câmara de Vereadores informou, a fls., sustentando a legalidade do ato que praticara, motivado pela atitude de grave insubordinação e de desrespeito à Câmara de Vereadores e, particularmente, a alguns de seus pares.

Afirma ainda que não cabe mandado de segurança contra ato disciplinar, quando praticado por autoridade competente e com observância das formalidades essenciais, não procedendo os argumentos da impetrante, certamente com apoio no verbo *propor*, de que a nomeação, suspensão e demissão dos funcionários da Câmara são atos da competência da Câmara e não atribuições do presidente ou mesmo da Mesa, porque o verbo citado tanto pode ter o significado de sugerir, alvitrar, expor, relatar, como também pode traduzir a idéia de determinar, traçar normas, deliberar, projetar.

Conclui afirmando que a segurança requerida não encontra guarida em lei, desde que o direito da impetrante não se manifesta líquido e certo.

Ouvido o Ministério Público, depois de uma dissertação filológica sôbre o verbo *propor*, acaba por entender que o ato da Mesa da Câmara é legal.

Isto pôsto:

A requerente é funcionária da Secretaria da Câmara de Vereadores dêste município e, em data de 15 de agôsto próximo findo, foi suspensa, por 90 dias, pela Mesa da Câmara, das funções que ali exerce.

Contra tal medida, que reputa ilegal e arbitrária, porque a autoridade que a impusera é incompetente para praticá-la, impetra mandado de segurança com fundamento no art. 141, § 24, da Constituição federal e no art. 1° da lei número 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

O presidente justifica seu ato como conseqüência da atitude da impetrante, na sessão de 14 de agôsto, - "de grave insubordinação e de desrespeito à Câmara de Vereadores e, particularmente, a alguns de seus pares"; diz que se trata de ato disciplinar, "praticado por autoridade competente, tendo ainda obedecido às formalidades essenciais", do qual não cabe mandado de segurança.

A Constituição federal prescreve que:

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

A lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 5°, nº III, assenta que não cabe mandado de segurança "de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente, ou com inobservância de formalidade essencial".

Com efeito, a suspensão de um funcionário público por autoridade competente e com observância de formalidade essencial, é ato disciplinar. Tal medida está fora do alcance do Judiciário, para que se mantenha a harmonia dos poderes. Se o Judiciário pudesse penetrar nos meandros da administração pública para

desfazer os atos de natureza discricionária que a administração viesse a executar, acabaria por afrouxar de tal maneira as relações de disciplina que devem existir entre chefes e subordinados e a tal ponto que a máquina administrativa se deixaria emperrar.

"A administração", disse PIMENTA BUENO, "é o coração do Estado e sua mola central; dela deve partir a vida, a energia para animar todos os meios do bem-ser público; deve para isso re"colher todos os esclarecimentos necessários, organizar os elementos de sua ação, circundar-se de coadjuvações prestantes, enfim desempenhar em grau elevado o que faz um bom administrador particular quando quer e sabe desempenhar seu encargo, nada olvidar, tudo prever, reprimir quanto é nocivo, promover, secundar, realizar tudo que é útil" ("Direito Público Brasileiro", número 350, pág. 257).

A hierarquia que, no dizer de BIELSA, *"es la relación de subordinación en que se encuéntran los órganos inferiores respecto de los superiores y, reciprocomente, la relación de supremacia de los órganos superiores respecto de los inferiores"*, representa a eficiência das atividades da administração, porque *"tanto los que ordenan como los subordinados forman parte del gran organismo de las funciones públicas jerarquicamente constituido, partindo desde el sumo poder del jefe de Estado y sus ministros, que formar el vértice de la pirâmide de la jerarquía administrativa hasta descender a los más modestos funcionarios auxiliares de la administración, que constituyen, por decirlo así, la base"* ("Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración", vol. II, pág. 13, nota 16; *apud in* "Revista do Serviço Público", vol. II, nº 2, artigo de J. A. DE CARVALHO E MELO.

A hierarquia é, como se vê, o poder de gravidade da administração, a fôrça que orienta e governa a estrutura administrativa dentro das normas que constituem a própria administração. No sentir de J. A. DE CARVALHO E MELO, hierarquia "é ordem, método e organização; é disciplina, respeito e obediência; é cooperação, solidariedade e confiança; é harmonia de vistas, unidade de ação e acôrdo de vontades, dirigidas estas em sentidos diversos para um fim comum, quer sob feição de exame e preparo de atos administrativos, quer sob o aspecto de sua deliberação, quer sob o prisma de sua execução" (rev. cit., pág. 56).

Entre os deveres do funcionário ressaltam a boa conduta e a obediência.

A obediência, que é reputada o mais importante dos deveres, não significa servilismo, mas um ajustamento da liberdade que goza o indivíduo na vida civil aos rígidos princípios de legalidade e ordem que norteiam a administração pública.

"Não há serviço público que não seja organizado sob a base da hierarquia. Existe, em qualquer dêles, uma graduação de funcionários, e o princípio que mantém a hierarquia é o dever da obediência funcional sancionado pela disciplina" (AURELINO LEAL, "Rev. de Direito", vol. XXXVI, pág. 362).

Discorrendo, em ofício que dirigiu ao presidente da 3ª Câmara da Côrte de Apelação do Rio, sôbre o regime disciplinar, doutrinou o ilustrado jurista:

"Na responsabilidade funcional definida no início dêsse dispositivo constitucional, assenta o regime disciplinar".

"É uma lição trivial de direito administrativo que a responsabilidade dos funcionários é civil, penal e disciplinar. Esta, justamente, tem *"per scopo di assicurare l'osservanza delle norme di subordinazione gerarchica ed in generale l'osato adempimento di tutti i dovere di officio"* (ORLANDO, "Trattato", vol. I, pág. 421)".

Quem tem hábito de consultar livros de direito administrativo, sabe que "a responsabilidade da administração pode ser considerada na ordem *interna* e na ordem *externa*" e que a primeira se verifica *"Irsi rapporti tra l'amministrazione ed il funzionario"* - nas relações entre a administração e o funcionário", realizando-as por meio da disciplina (vide, além de ORLANDO, na loc. cit; MEUCCI, ob. cit., págs. 222, *in fine*, 223 e 218-219).

Não é tão escassa a própria literatura nacional, que não tenha pôsto ao alcance dos pesquisadores de "teses" mal compreendidas, a verdade simplíssima do que estou afirmando. No seu "Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo", VIVEIROS DE CASTRO disse que a infração dos deveres funcionais "podia produzir uma tríplice responsabilidade: civil, penal e administrativa ou disciplinar", e que esta "é uma conseqüência da subordinação

hierárquica e deve ser considerada como uma manifestação da faculdade jurisdicional da administração..." (vide ob. cit., página 541).

O regime disciplinar, pois, não é um mera criação legal ou regulamentar; é, sim, uma instituição constitucional, explìcitamente consagrada, e consagrada com vigor. Quando o legislador estatuiu que "os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos...", submeteu-os a uma responsabilidade estreita, rigorosa, severa, porque todos êsses vocábulos se contêm na frase constitucional. *Estritamente responsáveis, é o mesmo que estritamente, rigorosamente, severamente responsáveis"* ("Rev. de Direito", vol. 36, págs. 370 e 371).

Outro não é o sistema jurídico de nossos dias. E assim como o *habeas corpus*, na sua fase áurea no nosso direito, não atacava o ato disciplinar de autoridade competente, o mesmo acontece hoje com o *mandado de segurança.*

Mas, se a autoridade é incompetente para praticar o ato ou se êle foi praticado sem se observar formalidade essencial, não está isento do corretivo judicial. A tendência, ensina CASTRO NUNES ("Do Mandado de Segurança", 3ª ed. atualizada, pág. 215), é, entretanto, para jurisdicionar o poder disciplinar.

Essa tendência de jurisdicionar o poder disciplinar, sentida e reconhecida pelo ilustre CASTRO NUNES, é corolário natural da formação jurídica do nosso povo, cuja Constituição veio de adotar o Estado de direito. É o que se deduz do art. 141, § 2º, da Constituição federal

""Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O Estado de direito se traduz, segundo FRANCISCO CAMPOS, no "princípio da legalidade dos atos do govêrno ou da necessidade da sua imputação à lei, como condição essencial da sua validade" ("REVISTA FORENSE", volume CXIV, pág. 50).

Já se viu, que o ato disciplinar normal escapa ao exame do Judiciário. A boa ordem do serviço público - Judiciário, militar ou administrativo - impõe a

concessão de certo arbítrio aos respectivos chefes, na punição disciplinar dos seus subordinados (COSTA MANSO, "Processo na Segunda Instância", pág. 430; *apud* em "Mandado de Segurança", de CASTRO NUNES, pág. 410). Contra êle não há *mandado de segurança*. A lei é clara, ao fixar a proibição.

Todavia, o mesmo se não dá contra o ato disciplinar que viola a norma legal.

Ao Judiciário cabe dar-lhe combate, porque "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (Constituição brasileira, art. 141, § 4º).

Fixados êsses princípios, resta saber se a Mesa da Câmara de Vereadores dêste município tem competência para suspender a impetrante.

O ato que a suspendeu se baseou no art. 4°, letra *c*, do Regimento Interno da Câmara, que diz:

"Compete exclusivamente à Mesa:

.....

c) propor, por intermédio do 1° secretário, a nomeação, suspensão e demissão dos funcionários da Casa".

Em tôrno do verbo *propor* se chocaram as partes que falaram neste processo. Parece-me que inùtilmente.

Que diz o Regimento da Câmara?

Apenas o seguinte: que a Mesa da Câmara propõe, por intermédio do 1° secretário, a nomeação, suspensão e demissão dos funcionários da Casa. Evidentemente o que está escrito no Regimento Interno não é o que se fêz.

Exemplificando; se na Secretaria da Câmara há uma vaga., a ser preenchida, a Mesa toma conhecimento do fato e propõe à Câmara, par intermédio do 1° secretário, a nomeação do candidato escolhido. Quer dizer: apresenta para ser nomeado, como acontece ao Tribunal de Justiça, quando, digamos, numa vaga

por antiguidade, indica o juiz escolhido para ser nomeado pelo chefe do Executivo.

Propor um candidato não é, na terminologia jurídica, nomeá-lo, mas, simplesmente, apresentá-lo para ser por outrem nomeado.

Na interpretação do inciso regimental, outra solução não seria aceitável em virtude do que estabelece o art. 96, número V, da Constituição do Estado.

Determina o artigo citado:

"Compete às Câmaras Municipais:

.....

V - prover os cargos de sua Secretaria, na forma da lei".

"*Competir*, na acepção empregada, é pertencer por direito, caber, tocar, cumprir; ser da competência, das atribuições de ..." (FRANCISCO FERNANDES, "Dicionário de Verbos e Regimes", verbo "Competir").

Prover é nomear (alguém) para algum emprêgo ou cargo. Prover um lugar vago (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO). Se os não conhecia, como os proveu sem os conhecer? E se os conhecia, como os proveu conhecendo-os (VIEIRA, "Sermões", volume 69). A respeito dêste verbo, ensina o Dr. J. SÁ NUNES: "O verbo *prover*, na acepção de nomear, investir, promover, conferir dignidade ou emprêgo, é bi-transitivo, isto é, requer objeto direto de pessoa e objeto indireto de coisa: prover alguém de algum emprêgo, cargo, ofício, etc., ou em algum emprêgo, cargo ou ofício. *Prover uma pessoa em um cargo*, quer dizer nomeá-la para o exercer, investi-la nêle" (FRANCISCO FERNANDES, ob. cit., verbo "Prover).

Se a hipótese fôr de suspensão ou demissão, a solução outra não pode ser que a indicada acima, mesmo porque o verbo *propor*, no período anotado, não significa e nem pode significar *apresentar* ou *sugerir* para o primeiro membro da coordenação, em que êle é claro, e *determinar* ou *deliberar* para os demais membros da coordenação em que êle se acha oculto.

Como se vê, a Constituição do Estado é explícita quando atribui à Câmara Municipal a competência para nomear os funcionários de sua Secretaria; e por que se pretende entender de outra maneira?

Se o dispositivo constitucional é esdrúxulo, se reforme na Constituição; do contrário êle terá de prevalecer. Ou se modifique o Regimento Interno da Câmara dos Vereadores dêste município, dando expressamente poderes à Mesa ou ao presidente para suspender os funcionários da Secretaria da Câmara, não os estendendo a nomeação ou demissão.

Pelo atual Regimento, não tem a Mesa poderes para suspender funcionários. Êsses poderes pertencem à Câmara.

Diz-se que a nomeação da impetrante foi feita pelo presidente da Câmara de Vereadores. E quem tem poderes para nomear tem para suspender, aposentar e exonerar. De fato assim é. RUI BARBOSA ensinou que "a atribuição de instituir as funções e provê-los envolve a de exonerar os funcionários como de os aposentar" ("Comentários à Constituição Federal Brasileira", coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, edição de 1933, página 37).

Mas um ato imediatamente inconstitucional, que ainda não foi devidamente atacado e destruído, não pode servir de pretexto à prática de novas violações à Constituição.

"É do sistema de garantias da Constituição que a autoridade só tem os poderes que a lei lhe conferiu (KELSEN). Se agiu *sem lei*, entende-se que agiu fora da lei, isto é, arbitràriamente. Em direito administrativo, diz BIELSA, a competência da autoridade não consiste em poder fazer o que lhe não está proibido, mas em fazer sòmente o que lhe está permitido" ("Contencioso Administrativo", pág. 17; *apud in* CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 169, nota 10).

Os atos da Assembléia Estadual assinalados na informação de fls. são legais. A Constituição do Estado não deu à Assembléia o direito de nomear os funcionários de sua Secretaria. Deixou ao Regimento da Casa a solução do assunto. Daí, poder a Mesa da Assembléia praticar os atos que vem praticando,

e não poder a Mesa da Câmara de Vereadores dêste município seguir o exemplo da Mesa da Assembléia, por lhe ser legalmente vedado.

A nota jurídica essencial das leis constitucionais reside na sua fôrça legal aumentada, como ensina JELLINEK. E, nos Estados de direito, como o nosso, reconhecem os mestres do direito público, como KELSEN, HAURIOU, BEARD, FREUD, DUGUIT, FRAENKEL, CARL SCHIMITT, que as normas jurídicas constitucionais são normas dotadas de uma supralegalidade e de uma imutabilidade relativa (PINTO FERREIRA, "Conceito de Constituição", "REVISTA FORENSE", volume CXVI, pág. 590).

A Mesa da Câmara agiu precipitadamente. Violou o seu Regimento Interno, isto é, a lei que a rege, ou, na expressão de RUI, a lei traçada pela legislatura a si mesma ("Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. cit., pág. 32).

Embora reconheça a justiça do ato disciplinar, reconheço também que a autoridade que o decretou é incompetente, razão por que concedo a segurança impetrada, nos têrmos da inicial.

P. R. I.

Cumpra-se o que dispõe o art: 11 da lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

De acôrdo com o parág. único do artigo 12 da supracitada lei, recorro desta sentença para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado, sem que êste recurso tenha efeito suspensivo.

São Miguel dos Campos, 6 de setembro de 1952. - *Antônio César de Moura Castro*.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESTRADAS DE FERRO - CULPA PRESUMIDA - SEGURO - SUB-ROGAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- É responsável a transportadora pela indenização do dano causado à mercadoria transportada. Há, em seu desfavor, uma presunção "juris tantum" de culpa, competindo-lhe o ônus da prova em contrário.

- Uma vez pago o seguro, fica o segurador sub-rogado em todos os direitos e ações que o segurado tiver contra terceiros.

- Fundando-se a ação em dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, impõe-se a condenação em honorários de advogado.

Estrada de Ferro de Mossoró *versus* Cia. Boa Vista de Seguros

Ap. nº 1.765 - Relator: DESEMBARG. TÚLIO BEZERRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação civil nº 1.765, de Mossoró, em que são apelantes e apelados a Estrada de Ferro de Mossoró e a Companhia Boa Vista de Seguros:

Acordam os juízes da Turma julgadora, unânimemente e em parte acolhendo o parecer da Subprocuradoria Geral, negar provimento à apelação da ré, provendo a da autora, para o fim de incluir na condenação os honorários do seu advogado.

Custas pela parte vencida.

I. A sentença da primeira instância julgara procedente a ação promovida pela Companhia Boa Vista de Seguros contra a Estrada de Ferro de Mossoró, com fundamento nos arts. 728 do Cód. Comercial, 1.524 do Cód. Civil, e 1º do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, apenas excluindo da condenação os honorários de advogado, por entender que se não provara a má-fé da transportadora.

Houve apelação de ambas as partes e êste egrégio Tribunal, por maioria de votos, tendo como procedentes as preliminares argüidas, de falta de legítimo

interêsse e prescrição, deu provimento à da ré, julgando a autora carente de ação, ao mesmo tempo que considerava prejudicada a sua.

Em grau de embargos, esta Côrte reformou o venerando acórdão, tendo a autora como parte legítima e mandando que a Turma da apelação se manifestasse sôbre as demais questões ventiladas no recurso.

II. Suscita-se, de início, o problema de se saber quais *os demais fundamentos da mesma apelação*, a que se refere o respeitável acórdão de fls. 132.

É evidente que incumbe à Turma apreciar apenas o *mérito*, pois as questões preliminares foram tôdas discutidas e rejeitadas nos embargos, dando lugar à conclusão, adotada pelo aresto, de *legitimatio ad causam.*

III. Encontra inteiro apoio legal e jurisprudencial a ação proposta pela companhia seguradora.

Em virtude de contrato de seguro marítimo, cobrindo percurso terrestre, constante dos autos, teve a autora que pagar à firma José de Brito & Cia., exportadora de algodão, a indenização de Cr$ 256.144,00 (doc. de fls. 15), referente ao sinistro ocorrido com a mercadoria transportada pela ré e que foi danificada totalmente.

Fazendo uso de um direito assegurado pelos arts. 728 do Cód. Comercial, 1.524 do Cód. Civil, e 1º do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, a autora, mui legìtimamente, procurou receber, da companhia de transportes, a importância que pagou, dela descontando a quantia de Cr$ 25.000,00, relativa ao apurado com os salvados do incêndio.

Com efeito, em face dos mencionados dispositivos, cabia à seguradora, uma vez pago o seguro, sub-rogar-se em todos os direitos e ações tidos pela segurada contra terceiros, sendo inquestionável, também, a responsabilidade da estrada de ferro pelo dano causado.

A culpa da transportadora, no caso, é contratual, presumida.

Há, em seu desfavor, uma presunção *juris tantum* de culpabilidade, só se isentando dela se provar qualquer das excludentes dos ns. 1 a 7 do art. 1° do mesmo dec. nº 2.681.

E é indiscutível que lhe cumpria o ônus dessa prova em contrário.

Nada consta, nos autos, que prove o caso fortuito, a fôrça maior ou qualquer outra das circunstâncias que trariam a isenção da culpa e, conseqüentemente, a não-obrigação de indenizar.

Tenta a ré convencer, assim mesmo, através de mera alegação, que se houve com precaução, procedendo "com a deligência devida e dentro dos moldes aconselhados pela experiência e pela prudência" (contestação, fls. 57).

Na verdade, porém, o que a prova nos diz é que o incêndio e a destruição da mercadoria resultaram de "fagulhas desprendidas da locomotiva", atestado suficiente de que a transportadora não se houve com a necessária diligência na guarda da coisa pela qual se responsabilizou.

O argumento de que o algodão é mercadoria sujeita a combustão espontânea não procede de nenhum modo.

Admite-se que seja produto de *fácil combustão*, o que não é a mesma coisa, apenas determinando um maior risco e, conseqüentemente, exigindo da transportadora maiores precauções.

Isto aumenta, ao invés de diminuir, a sua responsabilidade, que começa "ao ser recebida na estação a mercadoria pelos empregados da estrada de ferro, antes mesmo do despacho, e terminará ao ser efetivamente entregue ao destinatário" (dec. nº 2.681 citado, art. 3°).

IV. Procede a apelação da autora, no tocante a honorários do seu advogado.

Dispõe o Cód. de Proc. Civil, em seu art. 64, que, "quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária".

Trata-se, na espécie, de ação fundada na culpa, embora presumida.

Não há lugar para a distinção pretendida pela douta sentença e acolhida pela ilustrada Subprocuradoria Geral.

Desnecessária a perquirição de má-fé. Se houve culpa, contratual ou extracontratual, impõe-se a condenação nos honorários do advogado da parte promovente da ação.

É assunto pacífico na lei, na doutrina e na jurisprudência dos tribunais.

Natal, 9 de março de 1953. - *José Gomes da Costa*, presidente substituto; *Túlio Bezerra*, relator; *F. Canindé de Carvalho; Carlos Augusto.*

Ciente. - *Anselmo P. Cortês.*

*

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO DE REVISTA

- Decisão tomada em mandado de segurança, por falta de liquidez o certeza de direito, não firma nenhuma regra de interpretação do direito em tese, e não impedindo que o requerente pleiteie, por ação própria, os seus direitos e respectivos efeitos patrimoniais, não pode ser invocada, como fundamento de revista, para a invalidação de julgado em ação ordinária, porque, além do mais, nulificaria aquêle preceito legal.

Estado do Rio Grande do Norte *versus* Dr. João Medeiros Filho

Rec. de rev. nº 54 - Relator: DESEMB. FLORIANO CAVALCÂNTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista nº 54, do têrmo de Natal, em que é recorrente o Estado do Rio Grande do Norte e recorrido o Dr. João Medeiros Filho:

I. O Estado do Rio Grande do Norte, inconformado com o acórdão confirmatório da sentença que julgou procedente a ação proposta pelo Dr. João Medeiros Filho, na parte em que considerou reestruturado no padrão "R" o cargo em que êle foi reintegrado, interpôs recurso de revista, por estar em franca divergência com o acórdão anterior, proferido no mandado de segurança nº 96, em que foi impetrante o professor Aparício Meneses de Carvalho, na maneira de apreciar a mesma tese de direito, desde que num foi negado o direito de gozar da reestruturação (lei nº 2.075, de 7 de fevereiro de 1951), e no outro foi concedido.

II. Admitido o recurso e formado o traslado, o recorrente e o recorrido tiveram vista dos autos para as suas razões, sendo, depois, ouvido o procurador geral do Estado, que oficiou a fls. 28, opinando pelo conhecimento da revista e seu provimento.

III. No julgamento da revista, há que examinar-se se a divergência se manifestou, de fato, quanto à interpretação do direito em tese. É o que, preliminarmente, incumbe fazer, *ex vi* do art. 859 do Código de Proc. Civil. Assim, confrontando-se os dois julgados, ressalta logo o descabimento da revista, pois, em relação à reestruturação do magistério, ponto em que se alega a divergência, não existe nenhuma interpretação no acórdão revistando, como, aliás, nenhuma existe, também, no acórdão anterior, que se pretende discrepado.

IV. Realmente, qual a tese de direito estabelecida no primeiro acórdão que foi contrariada no segundo? Por mais que se procure, não se descobre, e a conclusão será sempre a mesma, isto é, que nem num, nem noutro, foi fixada regra alguma sôbre a reestruturação, vez que naquele, em que se agitava a questão, foi denegada a segurança por "carecer de liquidez e certeza o direito pleiteado" (fls. 14 v.), e neste nem ao menos de reestruturação se falou. Onde, pois, se manifestou uma divergência quanto à interpretação do direito em tese, se nenhuma foi dada, em nenhum dos acórdãos citados? Ademais, é preciso não esquecer que no mandado de segurança sòmente se aprecia o direito, quando êle é líquido e certo, e, por isso, a simples declaração de sua iliquidez ou incerteza não obsta ao procedimento ordinário (art. 15 da lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951). E, se assim é, como apontar-se uma decisão, tomada em

mandado de segurança, "por carecer de liquidez e certeza o direito pleiteado", como resolutória de uma questão julgada em ação própria, pela via ordinária, na qual não se discutiu a mesma tese de direito, que, aliás, não foi ali solucionada, mas apenas considerada não-líquida e certa?

É evidente que não se trata da mesma espécie, que não se discutiu a mesma questão de direito, que não se apreciaram, no acórdão revistando, as mesmas teses suscitadas no denegatório da segurança, que nenhuma interpretação foi dada num e noutro, que nenhuma regra estabelecida no primeiro foi disposta de modo diferente no segundo. Acresce ainda que, além de não haver identidade de causas nem de objetivos, não são também idênticas as situações, porquanto num se trata de demissão, e noutro de readmissão; num, de professor primário, nomeado inspetor do ensino, e noutro, de professor secundário, reintegrado no seu cargo.

Mas, acima de tudo se impõe que nenhuma interpretação do direito em tese foi dada ou estabelecida nos dois acórdãos: no do caso do mandado de segurança do professor Aparício Meneses, porque o julgamento foi tomado por carência de liquidez e certeza do direito pleiteado (fôlhas 14), e no caso do Dr. João Medeiros, porque a questão nem mesmo foi levantada.

Isto pôsto:

Acordam em Tribunal Pleno, por maioria de votos, em discrepância com o parecer do procurador geral da Estado, preliminarmente, não conhecer da revista, por não se verificar nenhuma divergência, de fato, quanto à interpretação do direito em tese, entre o acórdão revistando e o que foi indicado na inicial.

Custas pelo Regimento.

Natal, 3 de agôsto de 1953. - *Lins Bahia*, presidente; *Floriano Cavalcânti*, relator; *F. Cantndé de Carvalho; José Gomes da Costa; Zacarias Cunha*, vencido; *Fábio Dantas*.

Fui presente. - *Sebastião Fernandes Gurpel Filho.*

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - CÁLCULO

- O impôsto de transmissão "causa mortis" não sendo dívida da herança, e sim dos herdeiros, deve ser calculado e pago sôbre cada quinhão hereditário, e não sôbre o total líquido da herança partilhável.

João Fernandes de Melo *versus* Fazenda do Estado do Rio Grande do Norte

Ag. nº 1.398 - Relator: DESEMBARG. FLORIANO CAVALCÂNTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 1.398, do têrmo de Macau, em que é agravante João Fernandes de Melo e agravada a Fazenda Estadual do Rio Grande do Norte:

I. Da sentença que julgou a liquidação do impôsto de transmissão *causa mortis*, no inventário de Maria Pureza Fernandes de Melo, agravou de instrumento o inventariante João Fernandes de Melo, porque o cálculo para o respectivo pagamento se fêz sôbre o montante líquido do espólio, quando devera ter sido sôbre o quinhão cabível a cada herdeiro. O agravo foi contraminutado a fls. 5 *usque* 7 e, nesta superior instância, foi ouvida a Subprocuradoria Geral do Estado, que opinou pela confirmação do despacho recorrido.

II. O princípio tradicional do nosso direito, diz LOPES DA COSTA, é que o Estado apenas tributa os bens que efetivamente foram incorporados ao patrimônio do herdeiro ("Da Responsabilidade do Herdeiro e dos Direitos do Credor da Herança", pág. 28), e o professor CÂNDIDO NEVES, no vol. VI dos "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", pág. 278, ensina que o impôsto de transmissão *causa mortis* não é dívida da herança, e sim dos herdeiros, frisando mais que essa distinção é importante, quando concorrem ao inventário co-herdeiros, não têm igual parentesco com o de cujos, pois nesse caso varia o *quantum* do impôsto devido pelos diversos herdeiros, é que se se considerasse o impôsto como encargo da herança, retirando-se do monte seu total, favorecidos ficariam os herdeiros devedores de

maiores contribuições. Ora, se assim é, como pretender-se que se faça o cálculo sôbre o valor da herança? Porque, diz-se, a legislação fiscal do Estado fala em *herança* e não em *quinhão hereditário*. Mas, é apegar-se demais à letra da lei, desprezando-se o verdadeiro sentido, alcance, fundamento e razão de ser do impôsto. Nada, entretanto, mais absurdo, podendo mesmo levar à injustiça do caso figurado por CÂNDIDO NAVES, na concorrência de co-herdeiros em desigual parentesco com o *de cujus.*

Melhor orientadas são as legislações fiscais dos outros Estados, que, como o de Minas Gerais, declaram expressamente que o impôsto de transmissão *causa mortis* é devido sôbre os *quinhões hereditários* ou legados (art. 6º do dec.-lei nº 67, da 20 de janeiro de 1938). Isso é o que está certo, e assim é que devera ser, também, aqui. Mas, por não estar a nossa legislação jurídica e tècnicamente redigida, empregando *herança* em lugar de *quinhões hereditários*, deve-se, por isso, pelo fetichismo da letra da lei, impor ao herdeiro uma iniqüidade, obrigando-o a pagar um impôsto acima do quinhão que lhe tocou na herança? E a *mens legis*? E os princípios de direito, que limitam o arbítrio do Estado? É ainda CÂNDIDO NAVES que ensina que o legislador estadual não pode ultrapassar certos mandamentos, postos pela doutrina à observância geral, decorrendo o primeiro dêles da própria conceituação do impôsto, que sòmente recai sôbre a transmissão dos bens (ob. cit., página 257).

Com ser assim, o contador calculará o impôsto *"considerando separadamente cada cota hereditária e legado"* (*ibidem*, pág. 293). Interpretar de modo diferente, será exigir do herdeiro mais do que lhe cabe na herança. E não é só, porquanto constitui, também, um desvirtuamento da própria natureza da transmissão *causa mortis*, desde que transforma a dívida dos herdeiros em dívida da herança.

Isto pôsto:

Acordam, em Turma, por unanimidade de votos, contràriamente ao parecer da Subprocuradoria Geral do Estado, dar provimento ao agravo para, reformando o despacho recorrido, mandar que o impôsto de transmissão *causa mortis* seja calculado e pago sôbre cada quinhão hereditário e não sôbre o total líquido da herança partilhável.

Custas na forma do Regimento.

Natal, 31 de julho de 1953. - *Lins Bahia,* presidente; *Floriano Cavalcânti,* relator; *Túlio Bezerra; José Gomes da Costa.*

Ciente. - *Anselmo P. Cortês.*

*

SEQÜESTRO - EXECUÇÃO

- Deve, em regra, como medida preventiva ser decretado o seqüestro antes da decisão da lide principal, cujo trânsito em julgado faz cessar a sua eficácia de pleno direito.

- Excepcionalmente, porém, é permitido ao juiz concedê-lo, ainda depois de decidida a questão, a fim de que se não frustre a execução da sentença e ante a possibilidade de lesões irreparáveis para a parte vencedora.

Francisca Felícia Ferreira da Silva e outros *versus* Hélio Ferreira de Sousa

Ag. nº 1.437 - Relator: DESEMBARG. TÚLIO BEZERRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 1.437, de Natal, entre partes Francisca Felícia Ferreira da Silva e outros *versus* Hélio Ferreira de Sousa:

Acorda a Turma julgadora, por maioria de votos, na forma do parecer da Subprocuradoria Geral, em negar provimento ao recurso, confirmando a decisão agravada.

Custas *ex lege*.

1. Hélio Ferreira de Sousa, tendo proposto ação investigatória de paternidade cumulada com petição de herança, pediu, como medida acautelatória de seus

direitos, o seqüestro do espólio do seu pretendido pai, Antônio Ferreira da Silva, cujo inventário estava em curso, promovido pelos agravantes.

O MM. juiz, depois de receber a contestação dêstes, deferiu o pedido, pelo que, inconformados, recorreram para êste egrégio Tribunal, com assento no art. 842, inciso III, do Cód. de Proc. Civil.

Contraminutado o agravo, manteve o MM. juiz sua decisão, subindo os autos e aqui opinando o Exmo. Dr. subprocurador geral pelo seu não-provimento, como se vê a fls. 20.

2. Embora a petição de seqüestro tenha omitido a menção do dispositivo legal em' que se amparava, deixou bem claro o fundamento jurídico do pedido, fàcilmente apreendido pelo julgador e pelo próprio advogado dos agravantes.

E é isto exatamente o que se requer no inciso III do art. 158 do Cód. de Processo Civil.

Vê-se, assim, que a medida requerida assentou no art. 675, inciso II, do diploma citado, isto é, "ocorrência de atos capazes de causar lesões de difícil a incerta reparação ao direito de uma das partes".

Trata-se, na verdade, de faculdade concedida ao juiz, *além dos casos expressos em lei,* dependente, portanto, do seu cauteloso arbítrio.

Não deve, em regra, o seqüestro, como medida preventiva, ser decretado senão antes da decisão da lide principal, cujo trânsito em julgado faz cessar a sua eficácia de pleno direito.

É o que se infere da interpretação literal, em conjunto, dos dispositivos do artigo 675, inciso II, e do § 2º do art. 687, do Cód. de Proc. Civil.

Na espécie, quando foi requerido o seqüestro, ainda estava em curso a ação de investigação de paternidade, mas, ao deferir o pedido, já havia o MM. juiz proferido nesta sua sentença favorável ao investigante.

A rigor, portanto, não era mais de ser satisfeita a medida preventiva, pois cessara, aparentemente, sua razão de ser.

Excepcionalmente, porém, é permitido ao juiz concedê-la, ainda depois de decidida a questão principal, a fim de que não frustre a execução da sentença e ante a possibilidade de lesões irreparáveis para a parte vencedora.

Adverte CARVALHO SANTOS, com sua autoridade incontestável, que, mesmo transitada em julgado a decisão, "é preciso entender em têrmos" o que está disposto no art. 687, § 2º, citado.

E argumenta o ilustre processualista, exemplificando com o caso do arresto, que, "embora cessando de pleno direito a medida, não poderia o dono dos bens arrestados dêle dispor, com prejuízo da penhora", porque "entender o contrário seria admitir o absurdo de cogitar a lei das medidas preventivas, para depois nulificar seus efeitos e a própria eficácia" ("Código de Processo Civil Interpretado", vol. VIII, págs. 76-77).

E a exceção bem pode ser estendida ao caso dos autos, pois a êle se ajusta fielmente, como demonstram a douta sentença e as razões, da contraminuta.

Com efeito, ensina a decisão: "Não há dúvida que, na situação em que se encontra o espólio, até a sua alienação pode ocorrer, com, graves prejuízos para os direitos do requerente, sendo o seqüestro justificado como medida assecuratória de tais direitos".

Diz o agravado, por sua vez: "Se o seqüestro não tivesse ainda sido decretado, agora mais do que nunca a medida se impunha, porque a agravante Francisca Felícia Ferreira da Silva - que de direito se encontrava na posse dos bens do espólio, na qualidade de inventariante perdeu a qualidade de herdeiro, por ter sido o agravado reconhecido filho do *de cujus*, herdeiro único na sua classe. Admitir o ponto de vista dos agravantes seria tornar inexeqüível a sentença, já confirmada pelo Tribunal" (fls. 10).

Fica, assim, à prudente discrição do juiz, em caso como o dos autos, o exame da oportunidade ou da conveniência da medida acautelatória, cabendo-lhe

sobretudo agir no interêsse do cumprimento da prestação jurisdicional assegurada pela sentença.

Natal, 20 de novembro de 1953. - *Lins Bahia*, presidente; *Túlio Bezerra*, relator; *João Vicente da Costa*; *José Gomes da Costa*, vencido: Por motivo da morte de Antônio Ferreira da Silva, que deixou testamento, houve inventário e partilha julgados por sentença. Hélio Ferreira de Sousa, dizendo-se filho do *de cujus*, intentou ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança e nulidade de testamento, contra os legatários Bento Manso Maciel, Ana Ferreira Vila e Francisca Felícia Ferreira da Silva. Depois da prova, o juiz julgou a ação procedente em parte para deferir a herança ao filho reconhecido, respeitadas as disposições testamentárias do falecido nos limites da cota disponível. Acontece que, quando foi julgada a ação de investigação de paternidade, já o inventário estava concluído, com sentença definitiva, de que não houve recurso. Nada obstante, o filho reconhecido - antes de anular a partilha, protegida por uma sentença - requereu o seqüestro do espólio. Os legatários contestaram a medida preliminar, mas o juiz a julgou procedente, com fundamento no art. 675, nº II, do Cód. de Proc. Civil, daí o presente agravo.

O dispositivo legal em que se arrimou o despacho agravado diz o seguinte:

"Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interêsse das partes:

I, *omissis*;

II, quando antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões de difícil e incerta reparação ao direito de uma das partes".

A lei diz, no seu texto, que são necessárias três condições: *a)* autorização expressa; *b)* que a providência seja anterior à decisão; *c)* que seja provável a ocorrência de atos capazes de causar prejuízos de difícil ou incerta reparação. Portanto, sem a coexistência dos elementos acima destacados não era de conceder a medida extrema do seqüestro.

Os casos autorizados por lei são os Indicados nos arts. 234 e 507, parág. único, do Cód. Civil e 875 da lei adjetiva. Neste sentido há uma decisão do juiz TEIXEIRA VELOSO, de Minas Gerais, publicada no "O Processo à Luz da Jurisprudência", de A. PAULA, 1950, pág. 699, que, ao meu ver, esclarece o assunto.

O Código admite ainda o seqüestro na hipótese do art. 475, o que é de acrescentar à enumeração do julgado a que fiz alusão.

Entretanto, nenhuma das situações legais se apresentaram.

Na verdade, a ação do herdeiro Hélio contra os legatários foi julgada em 25 de fevereiro de 1953 e a medida preventiva foi concedida em 30 de julho de 1953, quando, em face das leis substantiva e adjetiva, já não era mais possível a providência do seqüestro, quer como medida preparatória da ação, pois esta fôra julgada, quer como medida, no curso na lide, porque esta terminara com a sentença declaratória de investigação de paternidade cumulada com petição de herança.

O seqüestro, sendo uma medida violenta, não deve ser concedido senão nos casos expressamente autorizados por lei. E, se êle tem pela frente uma sentença com trânsito em julgado, não pode ser deferido, porque infringe decisão anterior que vigora enquanto não anulada ou rescindida por ação própria e autoridade competente.

Nestas condições, voto pelo provimento do agravo, para que seja reformado o despacho agravado.

Ciente. - *Anselmo P. Cortês.*

PRIMEIRA INSTÂNCIA

JUÍZO DE DIREITO DE NOVA ERA, ESTADO DE MINAS GERAIS

CONDOMÍNIO - VENDA A ESTRANHO - PREFERÊNCIA

- No sistema processual vigente, a ciência ao condômino, para exercer o direito de preferência, na venda de parte de outro condômino, tem que fazer-se, obrigatòriamente, por via judicial.

Ana Élcia Martins da Costa *versus* José Meio Martins da Costa e outros

SENTENÇA

Vistos, etc.:

Ana Élcia Martins da Costa requereu a êste Juízo uma ação ordinária de preferência, para haver para si as partes da casa situada nesta cidade na ladeira São José, n° 41, vendida por seus irmãos e cunhados condôminos, José Élcio Martins da Costa e sua mulher e Luís de Oliveira Pena e sua mulher, Ana Marta Martins da Costa Pena, e Alírio Martins da Costa e sua mulher, Celeste de Araújo Costa, casa esta havida por herança de seus pais e sogros, Afonso Martins da Costa e Olívia Martins da Costa, alegando ter sido a venda feita com infringência do art. 1.139 do Cód. Civil e pedindo sejam os réus condenados ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Paga a taxa judiciária, depositada em cartório a importância da venda e citados os réus, contestaram a ação: Alírio Martins da Costa e sua mulher, dizendo que a autora ficou ciente da venda e nunca manifestou desejo de adquirir as partes dos outros condôminos e sim o de vender a sua, abusando da situação de condômina para locupletar-se à custa dos compradores, exigindo preço absurdo, pois só pela sua parte pedia mais do que o total pago pelos compradores pelas duas outras partes, concluindo por pedir ser julgada improcedente a ação e condenada a autora nas custas, honorários de advogado e demais pronunciações de direito; Luís de Oliveira Pena e sua mulher, alegando não encontrar a autora arrimo no art. 1.139 do Código Civil, por isso que, ampla e reiteradamente, teve pleno conhecimento da intenção dos réus e não poderá, honestamente alegar surprêsa ante a venda feita, terminando por pedir ser a autora considerada carecedora de ação e decretada, em conseqüência, a sua Improcedência, pagando as custas, honorários de advogado e demais cominações legais, por ter agido com espírito de emulação, capricho e dolo.

Dado o despacho saneador, foi procedida a perícia no imóvel, a requerimento da autora, para constatar ser o mesmo indivisível.

Instruída a causa com prova documental e realizada a audiência de Julgamento, foram ouvidas age partes e quatro testemunhas apresentadas pela autora, deixando de se ouvir as testemunhas apresentadas pelos réus, por impedimento legal, uma por ser tio afim da autora, e outra, irmão do réu Alírio Martins da Costa. Terminada a instrução e dada a palavras às partes para debate, pelas mesmas foram lidos os memoriais junto aos autos.

Tudo bem visto e examinado:

Pelo art. 1.139 do Cód. Civil, para que o condômino tenha direito à preferência, necessária se torna a prova conjunta dos seguintes elementos:

a) Qualidade de condômino;

b) Coisa indivisível;

c) Venda de parte a estranhos;

d) Depósito do preço da venda e propositura da ação dentro em seis meses;

e) Não ter sido dado conhecimento da venda aos demais condôminos, ou ao proponente da ação preferencial.

a) "Qualidade de condômino": Está devidamente provada pelo documento de fls. 25.

b) "Coisa indivisível": A perícia realizada, às fls. 73 v., declara: "Não será possível dividir em duas ou três partes iguais a casa em aprêço, sem alterar a sua construção e, conseqüentemente, a substância da coisa".

Esta questão sòmente foi levantada pelos réus nos memoriais de fls. 122 a 127 v. Na contestação, silenciaram. Intimados para acochar a perícia, por ela não se interessaram, nem ao menos para formular quesitos. O fato de ser uma casa de duas residências não indica ser a mesma divisível. Segundo a prescrição do art.

52 do Cód. Civil, coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito. A perícia demonstrou não ser possível partir o imóvel em duas ou três porções reais e distintas, sem alterar sua substância, sendo, portanto, considerado um imóvel indivisível.

c) "Venda de parte a estranhos": Está devidamente provada pelo documento de fls. 26 a 32.

d) "Depósito do preço da venda é propositura da ação dentro em seis meses": Pelo documento de fls. 26 a 32, verifica-la que os dois terços da casa, pertencentes aos réus José Élcio Martins da Costa e sua mulher e Luís de Oliveira Pena e sua mulher, foram vendidos pelo preço e quantia de Cr$ 32.000,00, e pela certidão do Sr. escrivão do feito, exarada às fls. 33, verifica-se ter sido feito, em cartório, no início da presente ação, pelo procurador da autora, o depósito da quantia correspondente à transação realizada. Pelo mesmo documento de fls. 26 a 32, vê-se que a venda foi feita no dia 12 de setembro de 1950, tendo a petição inicial sido despachada no dia 11 de dezembro do mesmo ano, portanto, a menos de seis meses da venda.

e) "Não ter sido dado conhecimento da venda aos demais condôminos, ou ao proponente da ação preferencial": Êste é o ponto essencial da questão, por ter sido o objeto das contestações.

O Cód. Civil, na primeira parte do art. 1.139, deu a norma de que o condômino em coisa indivisível, não pode vender sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. E na segunda parte do mesmo artigo estabeleceu que o condômino a quem não se der conhecimento da venda poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida e estranho, se o requerer no prazo de seis meses.

Não resolveu o nosso estatuto civil a maneira pela qual deve ser dado o conhecimento da venda aos demais condôminas. Deixou esta parte para o Código de Processo.

Os venerandos acórdãos citados pelos réus nos memoriais de fls. 122 a 127 v., *data venia*, contrariam as disposições do art. 410 do Cód. de Proc. Civil, que declara:

"O condômino que quiser vender a sua parte na coisa indivisível pedirá a citação dos demais, para, no prazo comum de cinco dias, deduzirem por artigos a sua preferência".

JORGE AMERICANO acrescenta: "O art. 410 dá forma processual à primeira parte do art: 1.139 do Cód. Civil e ao seu parág. único" ("Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil", vol. 2º, página 281). O Supremo Tribunal Federal assim decidiu: "O Cód. de Proc. Civil, nas disposições do art. 410 e de seus parágrafos, tornou mais seguro ainda o direito de prelação, impondo ao condômino, que queira vender sua fração na coisa indivisível, o dever de citar os outros co-proprietários, para, no prazo comum de cinco dias, deduzirem por artigos a sua preferência" (voto vencedor do ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, relator do acórdão unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal de 11 de novembro de 1947, no recurso extraordinário nº 9.820, *in* apenso do "Diário da Justiça" de 8 de setembro de 1949, página 2.667, citado por ALEXANDRE DE PAULA em "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. IX, pág. 545).

Com o advento do Cód. de Proc. Civil brasileiro, tornou-se, pois, indispensável ao condômino em coisa indivisível, que desejar vender sua parte a estranhos, chamar os demais condôminos a juízo para deduzirem por artigos a sua preferência. Isto porque o art. 410 do Código de Proc. Civil, que deu forma processual ao art. 1.139 do Cód. Civil, fala do condômino pedir a citação, dos demais, e o art. 162 do mesmo Código estabelece que a citação se fará por intermédio do oficial de justiça, *mediante ordem do juiz.* Na sistemática dai direito pátrio, a palavra *citação* quer dizer o chamamento a juízo. Assim ensinam os mestres: "*Citação,* deriva de *citum,* freqüentativo do verbo *ciere* - produzir movimento, chamar, incitar, excitar - é o chamamento do réu a juízo para assistir a todos os atos e têrmos da ação. Ou, como define JOÃO MONTEIRO, o ato pelo qual se chama a juízo aquêle de quem se pretende alguma coisa" (DE PLÁCIDO E SILVA, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. de 1940, pág. 147).

"*Citação* é o chamamento a juízo para atender à causa ou para praticar algum ato judicial" (JORGE AMERICANO, ob. cit., vol. 1°, pág. 307).

"*Citar* - Intimar para comparecer "em juízo ou cumprir qualquer ordem judicial" ("Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguêsa").

"*Citação* (do lat. *citatio*) - Ato pelo qual alguém, por determinação do juiz, é chamado a juízo, a requerimento de outrem ou *ex officio* do juiz, para, em lugar, dia e hora certa, tratar do objeto que lhe é indicado" ("Enciclopédia e Dicionário Internacional").

"No direito processual vigente no Brasil a citação faz-se, como está expresso no art. 162 do Código, por intermédio de oficial de justiça, mediante ordem do juiz; e o estudo do direito anterior parece autorizar a conclusão de que nunca existiu entre nós a citação feita diretamente pela parte, sem "prévio despacho judicial". "No sistema processual que herdamos (certifica JOÃO BONUMÁ) êsse chamamento foi sempre uma medida processual ordenada pelo juiz a pedido ou requerimento da parte, ao contrário de outros sistemas, como o francês, o alemão e o italiano, nos quais os funcionários encarregados das citações (*Huissiers*, *Uscieri*, *Gerichtvollziehern*) fazem as citações por incumbência direta das partes, independentemente de ordem ou mandado judicial" (EDMUNDO MANUEL DE MELO COSTA, em "Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro", vol. 8, pág. 249).

Assim, ao empregar o Cód. de Processo Civil, em seu art. 410, a palavra *citação*, quis que o conhecimento da venda a estranhos, dado pelo condômino em coisa indivisível aos demais consortes, fôsse feito mediante *ordem judicial.*

Além disto, temos a considerar nos presentes autos não estar provado, de maneira clara e precisa, ter sido dada ciência da venda à autora da presente ação.

Pela prova existente, presume-se que ela tivesse tido conhecimento da venda e até mesmo que lhe tivessem sido oferecidas as partes dos outros condôminos, mas, apenas, uma presunção vaga e sem pormenores, assim como das condições da oferta e seu preço.

O art. 1.139 do Cód. Civil fala, "se o outro consorte a quiser tanto por tanto", isto é, em igualdade de preço. Mas, se houve, na realidade, oferta das partes dos

réus co-proprietários à autora, não se sabe por quanto foi feita esta oferta e nem se houve uma recusa formal da condômina Ana Élcia Martins da Costa.

A autora pode ter se interessado em adquirir as partes de seus irmãos e cunhados pelo preço vendido ao Sr. Alírio Martins da Costa, e não se interessar em adquirir por maior preço. Portanto, mesmo que não fôsse necessária a ciência judicial, pelo que existe nos autos, não podemos julgar improcedente a presente ação, porque não está provado que à autora tivessem sido oferecidas as outras partes pelo preço de Cr$ 32.000,00, e dela tivesse havido uma recusa.

Pelo exposto e comentado e mais que dos autos consta e normas de direito, julgo, por sentença, procedente a presente ação ordinária de opção preferencial, movida por Ana Élcia Martins da Costa, contra Alírio Martins da Costa e sua mulher, Celeste de Araújo Costa, e, ainda, contra Luís de Oliveira Pena e sua, mulher, Ana Marta Martins da Costa Pena, e José Élcio Martins da Costa e sua mulher, Elsie Felipe Martins da Costa, para, em reconhecimento do direito de preferência da condômina autora, adjudicar-lhe todos os direitos, domínio e posse dos terços da casa, de morada e seu respectivo lote, sitos nesta cidade, na ladeira São José, nº 41, pertencentes aos condôminos Luís de Oliveira Pena e sua mulher, Ana Marta Martins da Costa Pena, e José Élcio Martins da Costa, e sua mulher, Elsie Felipe Martins da Costa, vendidas a Alírio Martins da Costa e sua mulher, Celeste de Araújo Costa, estranhos ao condomínio, sem a necessária audiência ou citação prévia, nos têrmos da imposição resultante do art. 1.139 do Cód. Civil, combinado com o art. 410 do Cód. de Processo, em conseqüência da insubsistência. da escritura pública de venda de fls. 26 a 32, lavrada em 12 de setembro de 1950, pelo escrivão do 2º Ofício, dêste Têrmo, às fls. 21 a 25 v. do livro nº 4, ficando à inteira disposição dos estranhos adquirentes, Alírio Martins da Costa e sua mulher, a quantia de Cr$ 32.000,00, depositada em cartório, valor da transação primitiva tornada insubsistente e de nenhuma eficácia jurídica. Transitada esta em julgado, expeça-se a carta de adjudicação, para título e conservação do direito da autora, depois de satisfeitas as exigências fiscais, assegurando ao Sr. Alírio Martins da Costa e sua mulher o direito à restituição dos impostos pagos ao Estado, por intermédio da Coletoria Estadual desta cidade, conforme conhecimento de quitação número 15.664, de 11 de setembro de 1950, cumpridas as exigências ulteriores.

Custas pelos vencidos.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Nova Era, 5 de novembro de 1951. - *Célio Vale da Fonseca*, juiz de direito.